

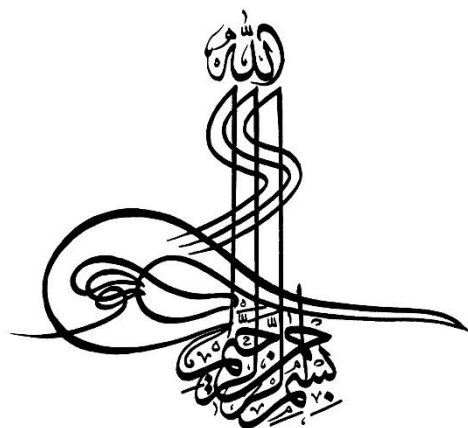
فَوَإِنَّكَ لَتُبْعَتِينَ بِهِ
فِي مَكَالٍ لَّكَ الْوَضْعَيْنِ
الْجُزْءُ الثَّالِثُ

فَوَائِدُ الْمُعْتَمِدِينَ
فِي مَلَائِكَةِ الرُّوحَانِيَّةِ

الجزء الثالث

تأليف
السيد محمد حسين الطباطبائي الحكيم

دار السلام





الطبعة الأولى

١٤٤١هـ - ٢٠٢٠م

اسم الكتاب فوائد اللمعتين في مدارك الروضتين
الجزء الثالث
تأليف السيد محمد حسين الطباطبائي الحكيم
المطبعة نينوا
العدد ١٠٠٠ نسخة
الناشر دار الهلال
تصنيف مكتبة الكونغرس: BP182/3
الفهرسة طبق نظام ديوي: 297/342
الأيداع في المكتبة الوطنية: 6179050
شابك : 978-600-6992-92-4
شابك الدورة: 978-600-6992-90-7

كتاب المتاجر

كتاب المتاجر

{جمع متجر وهو: مفعول من التجارة} وهي لغة: التكسب، وشرعاً: - كما عن المصنف وجماعة - عقد المعاوضة بقصد الاكتساب عند التملك، والمراد بها هنا الأعم منه ومن الخالي عن القصد، كالمعاوضة على المأكول والملبوس وغيرهما، مجازاً أو استطراداً {إما مصدر ميمي بمعناها} وهو نفس الاتجار {كالمقتل، وهو - هنا - نفس التكسب، أو اسم مكان لمحل التجارة، وهي الأعيان المكتسب بها، والأول أليق بمقصود العلم، فإن الفقيه يبحث عن فعل المكلف، والأعيان متعلقات فعله، وقد أشار المصنف إلى الأمرين معاً، فإلى الثاني} وهو الأعيان {بتقسيمه الأول} في قوله: وينقسم موضوع التجارة، فإن الموضوع ما يكتسب به {وإلى الأول} وهو التكسب {بقوله أخيراً: ثم التجارة تنقسم بانقسام الأحكام الخمسة، والمراد بها هنا التكسب بما هو أعم من البيع} لأنهم بحثوا في هذا الباب عن تحريم الاكتساب مطلقاً ببيع وغيره، بل عن تحريم مطلق الانتفاع، بل ما هو أعم منه أيضاً، إذ لا اكتساب في هجاء المؤمن، أو الغيبة، أو حفظ كتب الضلال وما جرى مجراها {فبعد الباب بعد ذكر الأقسام للبيع خاصة غير جيد، وكان أفرادها بكتاب، ثم ذكر البيع في كتاب كغيره} من العقود {مما يحصل به الاكتساب، كما صنع في الدروس أولى} كما هو واضح.

[وفيه فصول]:

[الأول]:

{ينقسم موضوع التجارة} {وهو ما يكتسب به} {بيع أو غيره} {ويبحث فيها عن عوارضه اللاحقة له} {بل عن فعل المكلف باعتبار تعلقه بموضوع التجارة} {من حيث الحكم الشرعي} {إلى محرم، ومكروه، ومباح} باعتبار تعلقها بالأعيان بالذات من حيث فعل المكلف {ووجه الحصر في الثلاثة: أن المكتسب به: إما أن يتعلق به نهي، أو لا، والثاني المباح، والأول: إما أن يكون النهي عنه مانعاً من النقيض، أو لا، والأول الحرام، والثاني المكروه، ولم يذكر الحكمين الآخرين وهما: الوجوب والاستحباب؛ لأنهما من عوارض التجارة} لا من عوارض موضوعها {كما سيأتي في أقسامها}.

[فالمحرم: الأعيان النجسة] ذاتاً [كالخمر] {المتخذ من العنب} {والنبذ} {المتخذ من التمر، وغيرهما من الأنبذة، كالبتع} {المتخذ من العسل} {والمزرة} {المتخذ من الحنطة} {والجعة} {المتخذ من الشعير} {والفضيخ} {المتخذ من البسر} {والنقيع} {المتخذ من الزبيب} {وضابطها: المسكر وإن لم يكن مائعاً، كالحشيشة إن لم يفرض لها نفع آخر، وقصد بيعها المنفعة المحللة} كالتداوي في بعض الحالات، ويشكل حينئذ ما ذكره من الضابط حيث إنه أعم من النجس كما ذكره في الحشيشة ونحوها كالأفيون والهرووين وغيرهما مما لم يكن كذلك، فالأولى، بل المتعين جعل الضابط: هو حرمة الاستعمال مطلقاً سواء كان شرباً أم أكلاً أم زرقاً في الجسم وما شاكله، وسواء كان نجساً أم لا، كما يشير إليه صحيح محمد بن مسلم الأتي [والفقاع] {وإن لم يكن

مسكراً؛ لأنه خمر استصغره الناس} كما في مرسل البحار* وفي صحيح هشام بن الحكم (أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الفقاع؟ فقال: لا تشربه فإنه خمر مجهول، فإذا أصاب ثوبك فاغسله)^(١) وهو ظاهر في نجاسته، قال شيخنا الأعظم في المكاسب: يحرم التكسب بالخمر، وكل مسكر مائع، والفقاع، إجماعاً، نصاً وفتوى. ولذيل صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - (ثم قال: إن رجلاً من ثقيف أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وآله راويتين من خمر، فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وآله فأهريقتهما، وقال: إن الذي حرم شرهما حرم ثمنها... الحديث)^(٢) ونحوه غيره.

[والمائع النجس غير القابل للطهارة] {إما لكون نجاسته ذاتية} كالدم والمني والبول في الجملة، و{كأليات الميتة، والمبانة من الحي، أو عرضية، كما لو وقع فيه نجاسة وقلنا بعدم قبوله للطهارة، كما هو أصح القولين في غير الماء النجس} كما تقدم في الماء المضاف [إلا الدهن] {بجميع أصنافه} سواء كان متخذاً من النبات كالزيت ونحوه، أم من الحيوان كالسمن ونحوه، فيجوز بيعه مع الإعلام [للضوء تحت السماء] {لا تحت الظلال، في المشهور، والنصوص مطلقة} كصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (قال: إذا وقعت الفأرة في السمن فماتت فيه فإن كان جامداً فألقها وما يليها، وإن كان ذائباً فلا تأكله، واستصبح به، والزيت مثل ذلك)^(٣) ونحوه غيره {فجوازه مطلقاً} ولو تحت الظلال {متجه، والاختصاص بالمشهور تعبد، لا لنجاسة دخانه، فإن دخان النجس - عندنا - طاهر، لاستحالته، وقد يعلل} كما عن العلامة في

☆ البحار، ج٦٦، ص(٥٠٠).

(١) الوسائل، ج٣، باب (٣٨) النجاسات، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٥٥) ما يكتسب به، ح ١.

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (٦) ما يكتسب به، ح ٢.

المختلف {بتصاعد شيء من أجزائه مع الدخان قبل إحالة النار له بسبب السخونة إلى أن يلقي الظلال، فتتأثر بنجاسته، وفيه: عدم صلاحيته - مع تسليمه - للمنع؛ لأن تنجيس مالك العين لها غير محرم} قطعاً {والمراد الدهن النجس بالعرض، كالزيت تموت فيه الفأرة، ونحوه، لا} ما كان نجساً {بالذات، كألوية الميتة، فإن استعماله محرم مطلقاً} سواء تحت الظلال أم لا {للتنهي عن استعماله كذلك} مطلقاً، كما عن جمع، لما تضمنه مرسل تحف العقول عن الصادق عليه السلام في قوله: (أو شيء من وجوه النجس، فهذا كله حرام ومحرم؛ لأن ذلك كله منهي عن أكله وشربه ولبسه وملكه وإمساكه والتقلب فيه، فجميع تقلبه في ذلك حرام ... الحديث)^(١) ونحوه غيره، ولكن الأقرب الجواز، للتصريح به في صحيح البزنطي عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: (سألته عن الرجل يكون له الغنم يقطع من ألياتها وهي أحياء، يصلح له أن ينتفع بها قطع؟ قال: نعم يذبيها، ويسرج بها ولا يأكلها ولا يبيعها)^(٢) ونحوه غيره.

[والميتة] {وأجزؤها التي تحلها الحياة} من ذي النفس السائلة، على المعروف من مذهب الأصحاب، وفي التذكرة كما عن المنتهى والتنقيح للفاضل المقداد الإجماع عليه، كما في المكاسب، ولموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (السحت ثمن الميتة، وثمر الكلب، وثمر الخمر، ومهر البغي، والرشوة في الحكم، وأجر الكاهن)^(٣) ونحوه وغيره، والظاهر من معقد الإجماع وكثير من النصوص أن العلة في حرمة البيع هي حرمة الانتفاع بالنجس، لكن لا مطلقاً فإن كانت له منفعة محللة

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٢) ما يكتسب به، ح ١.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٦) ما يكتسب به، ح ٦.

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (٥) ما يكتسب به، ح ٥.

مقصودة عند العقلاء جاز البيع، كاتخاذ جلد الميتة والخنزير لسقي الزرع - مثلاً - كما هو مذهب جمع من الأساطين، ولكاتبة أبي القاسم الصيقل وولده قال: (كتبوا إلى الرجل عليه السلام: جعلنا الله فداك إنا قوم نعمل السيوف وليست لنا معيشة ولا تجارة غيرها ونحن مضطرون إليها، وإنما علاجنا جلود الميتة والبغال والحمير الأهلية لا يجوز في أعمالنا غيرها، فيحل لنا عملها وشراؤها وبيعها ومسها بأيدينا وثيابنا، ونحن نصلي في ثيابنا، ونحن محتاجون إلى جوابك في هذه المسألة يا سيدنا لضرورتنا؟ فكتب: اجعل ثوباً للصلاة ... الحديث^(١)) ونحوه وغيره، دون {ما لا تحله} الحياة {مع طهارة أصله بحسب ذاته} وإن عرضت له النجاسة، كما هو المتسالم عليه بينهم، لوجود المقتضي، وهو عموم قوله عليه السلام: ﴿تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ﴾^(٢) وفقد المانع، وهو النجاسة، بل ويعلم منه جواز بيع الميتة الطاهرة، كميتة ما لا نفس له.

[والدم] النجس {وإن فرض له نفع حكمي معتد به عند العقلاء، كالصبغ} بلا خلاف، بل عن النهاية وشرح الإرشاد لفخر الدين والتنقيح الإجماع عليه، كذا في المكاسب، ولمرفوع الواسطي (مرَّ أمير المؤمنين عليه السلام بالقصابين فنهاهم عن بيع سبعة أشياء من الشاة: نهاهم عن بيع الدم، والغدد، وآذان الفؤاد، والطحال، والنخاع، والخصي، والقضيب ... الحديث^(٣)) ونحوه غيره.

[وأرواث وأبوال غير المأكول] لنجاستها، ولذا أسقط الشارع ماليتهما، لعدم جواز الانتفاع بها على وجه يجوز التكسب بها، بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٣٨) ما يكتسب به، ح ٤

(٢) سورة النساء، آية (٢٩).

(٣) الوسائل، ج ٢٤، باب (٣١) الأطعمة المحرمة، ح ٢.

الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولموثق سماعه بن مهران قال: (سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام وأنا حاضر، فقال: إني رجل أبيع العذرة فما تقول؟ قال: حرام بيعها وثمنها، وقال: لا بأس ببيع العذرة)^(١) والظاهر أن العذرة صنفان: صنف لا يجوز بيعه، وهو العذرة النجسة، وصنف يجوز بيعه، وهو العذرة الطاهرة، وإن لم نقل بذلك يلزم التناقض بين صدر الحديث وذيله، وهو مرفوض قطعاً {وإن فرض لهما نفع} ويشكل: بما تقدم من أن النجس إن كانت له منفعة محللة مقصودة جاز بيعه.

{أما هما مما يؤكل لحمه فيجوز مطلقاً} سواء كان من الأنعام أم غيرها {لطهارتهما، ونفعهما} وفاقاً للأكثر، وللموثق المتقدم {وقيل} والقائل الشيخ المفيد وسار {بالمنع مطلقاً} وإن كان من المأكول؛ لأنها من الخبائث، ويشكل: بأن الظاهر - بقرينة المقابلة بحل الطيبات - أن المراد به الأكل، لا مطلق الانتفاع {إلا} بول الإبل للاستشفاء به {إجماعاً، بل وغيرها، كأبوال بقر والغنم، كما هو الأشهر، لموثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (سئل عن بول البقر يشربه الرجل؟ قال: إن كان محتاجاً إليه يتداوى به يشربه، وكذلك بول الإبل والغنم)^(٢) ونحوه غيره.

[والخنزير والكلب] {البريان مطلقاً} بما في ذلك أجزاءهما التي لا تحلها الحياة، بلا خلاف أجده في عدم جوازه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كذا في الجواهر، لنجاستهما، ولمرسل ابن أبي نجران عن بعض أصحابنا عن الرضا عليه السلام قال: (سألت عن نصراني أسلم وعنده خمر وخنزير وعليه دين هل يبيع خمره وخنزيره، ويقضي

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٤٠) ما يكتسب به، ح٢.

(٢) الوسائل، ج٣، باب (٩) النجاسات، ح١٥.

دينه؟ قال: لا^(١) ونحوه غيره، نعم يقع الكلام في جواز بيع شعر الخنزير وجلده لو كانت له منفعة محللة مقصودة غير مشروطة بالطهارة، كالاستقاء به ونحوه، والأقرب جوازه، للقاعدة المذكورة التي يقع تحتها قوله [إلا كلب الصيد، والماشية، والزرع، والحائط] {كالبستان} والدار والمخزن ونحوهما، كما هو المحكي عن ابن الجنيد والشيخ والقاضي وأبي الصلاح وابني حمزة وإدريس وأكثر المتأخرين، كالعلامة وولده والمحقق الثاني وابن فهد وغيرهم، لخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا خير في الكلاب إلا كلب صيد أو كلب ماشية)^(٢) والظاهر من الشيخ صحة إجارتها، المستلزم لجواز بيعها، ويمكن أن يكون استفادته الجواز من استثناء كلب الصيد والحائط من حرمة بيعه وتعميمه لكل ماله منفعة محللة مقصودة، كاكشاف المجرمين والمخدرات ونحوهما، حيث لا خصوصية للصيد والحراسة، وهو مما يقع تحت عموم قاعدة جواز المعاوضة على كل نجس ذي منفعة محللة مقصودة للعقلاء {و} لذا ألحق به {الجرو القابل للتعليم، ولو خرجت الماشية عن ملكه، أو حصد الزرع، أو استغل الحائط، لم يحرم اقتناؤها، رجاءً لغيرها، ما لم يطل الزمان بحيث يلحق بالهراش الذي لا يجوز بيعه، إجماعاً، نصاً وفتوى} لفقدانه الميزة التي من أجلها جاز بيعه.

[و] يحرم التكسب بشيء لتحريم ما قصد به من الغايات التي صنع من أجلها، كـ [آلات اللهو] {من الدف، والمزمار، والقصب، وغيرها} كالعود، والطبلة، والبيانو، ونحوها [والصنم] {المتخذ لعبادة الكفار} [والصليب] {الذي يتدعه

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٥٧) ما يكتسب به، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١١، باب (٤٣) أحكام الدواب، ح ٢.

النصارى} {وآلات القمار كالنرد} {بفتح النون} وهو ما يعرف بالطاولي [والشطرنج] {بكسر الشين فسكون الطاء ففتح الراء} [والبقيري] {بضم الباء الموحدة، وتشديد القاف المفتوحة، وسكون الباء المثناة من تحت، وفتح الراء المهملة، قال الجوهري: هي لعبة للصبيان، وهي كومة من تراب حولها خطوط، وعن المصنف: أنها الأربعة عشر} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولما تضمنه مرسل تحف العقول عن الصادق عليه السلام (وذلك إنما حرم الله الصناعة التي هي حرام كلها التي يجيء منها الفساد محضاً، نظير البرابط والمزامير والشطرنج وكل ملهوبه، والصلبان والأصنام وما أشبه ذلك ... إلى أن قال: فحرام تعليمه وتعلمه والعمل به وأخذ الأجرة عليه، وجميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها ... الحديث)^(١) ونحوه غيره.

[وبيع السلاح] {بكسر السين من السيف، والرمح، والقوس، والسهام، ونحوها} من البنادق والمسدسات، والمدافع، والطائرات، والدبابات، والسفن الحربية، والمتفجرات، وغيرها من الأسلحة مطلقاً [لأعداء الدين] {مسلمين كانوا أم كفاراً، ومنهم قطاع الطريق في حال الحرب، أو التهيو له، لا مطلقاً} كما هو المعروف بين الأصحاب، ولقوله عليه السلام: ﴿وَلَا تَعَاوُنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾^(٢) ولصحيح أبي بكر الحضرمي قال: (دخلنا على أبي عبد الله عليه السلام فقال له حكم السراج ما تقول فيمن يحمل إلى الشام السروج وأداتها؟ فقال: لا بأس، أنتم اليوم بمنزلة أصحاب رسول الله ﷺ إنكم في هدنة، فإذا كانت المباينة حرم عليكم أن تحملوا

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٢) ما يكتسب به، ح ١.

(٢) سورة المائدة، آية (٢).

إليهم السروج والسلاح)^(١) ونحوه غيره {ولو أرادوا الاستعانة به على قتال الكفار لم يحرم} كما هو المشهور، وللصحيح المتقدم {ولا يلحق بالسلاح ما يعد جنة للقتال كالدرع، والبيضة، وإن كره} كما هو الأشهر، لعدم صدق السلاح عليه، ولصحيح محمد بن قيس قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الفئتين تلتقيان من أهل الباطل أبيعهما السلاح؟ فقال: بعهما ما يكنهما الدرع والخفين ونحو هذا)^(٢).

[وإجارة المساكن والحمولة] {بفتح الحاء، وهي: الحيوان الذي يصلح للحمل كالإبل، والبغال، والحمير} وغيرها مما يصلح لذلك كالسيارات، والقطارات، والطائرات {والسفن داخله فيه تبعاً} [للمحرم] {كالخمر، وركوب الظلمة وإسكانهم لأجله، ونحوه} مما فيه الفساد محضاً، والمعاونة على الإثم والعدوان [وبيع العنب والتمر] {وغيرهما} من الحنطة والشعير {مما يعمل منه المسكر} [ليعمل مسكراً] {سواء شرطه في العقد أم حصل الاتفاق} {منهما قبل العقد على وجه بني العقد {عليه} بلا خلاف أجده فيه، بل عن مجمع البرهان نسبته إلى ظاهر الأصحاب، بل عن المنتهى دعوى الإجماع عليه، وعن الخلاف والغنية الإجماع على عدم صحة إجارة المسكن ليحرز فيه الخمر أو الدكان لبيع فيه، كذا في الجواهر، ولخبر صابر قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر؟ قال: حرام أجره)^(٣) المحمول على الاشتراط جمعاً بينه وبين مكاتبة ابن أذينة -

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٨) ما يكتسب به، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٧، باب (٨) ما يكتسب به، ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ١٧، باب (٣٩) ما يكتسب به، ح ١.

الصحيحة - قال: (كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن الرجل يؤاجر سفينته ودابته ممن يحمل فيها أو عليها الخمر، والختازير، قال: لا بأس^(١)) ونحوه غيره.

[والخشب ليصنع صنماً] {أو غيره من الآلات المحرمة} كآلات اللهو، إجماعاً، كما عن غير واحد، ولما تضمنه خبر تحف العقول المتقدم وغيره [ويكره بيعه لمن يعمله] {من غير أن يبيعه لذلك} كما هو المشهور، كذا في الجواهر، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه سئل عن بيع العصير ممن يصنعه خمرًا؟ فقال: بعه ممن يطبخه أو يصنعه خلاً أحب إلي ولا أرى بالأول بأساً^(٢)) {إن لم يعلم أنه يعمله، وإلاّ فالأجود التحريم} وفيه نظر: لعدم صدق الإعانة على الإثم، وضعف إطلاق أدلة المنع، لتصريح كثير من النصوص بالجواز، كصحيح عمر بن أذينة قال: (كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له كرم، أبيع العنب والتمر ممن يعلم أنه يجعله خمرًا أو مسكرًا؟ فقال: إنما باعه حلالاً في الإبان الذي يحل شربه أو أكله فلا بأس ببيعه^(٣)) ونحوه غيره {وغلبة الظن كالعلم} العادي الذي يمكن الاستناد إليه عرفاً، بل وشرعاً {وقيل: يحرم ممن يعمله مطلقاً} مع علمه أم لا، وضعفه ظاهر.

[ويحرم عمل الصور المجسمة] {ذوات الأرواح} بلا خلاف في ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المنقول مستفيض، كما في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن تماثيل الشجر والشمس والقمر؟ فقال: لا

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٣٩) ما يكتسب به، ح٢.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٥٩) ما يكتسب به، ح٩.

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (٥٩) ما يكتسب به، ح٥.

بأس ما لم يكن شيئاً من الحيوان^(١) ونحوه غيره {واحترز بالمجسمة عن الصور المنقوشة على نحو الوسادة والورق، والأقوى تحريمه مطلقاً} وإن لم تكن مجسمة، كما عن جمع من الأصحاب، لصحيح محمد بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سمعتة يقول: ثلاثة يعذبون يوم القيامة: من صور صورة من الحيوان يعذب حتى ينفخ فيها وليس بنافخ فيها ... الحديث)^(٢) الشامل بإطلاقه لغير المجسم {ويمكن أن يريد ذلك بحمل الصفة على المثل} وهو مطلق المصور {لا المثال} وهو خصوص التمثال الذي لا يكون إلا مجسماً، كما هو غير بعيد.

[والغناء] {بالمدة} وكسر الغين، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سمعتة يقول: الغناء مما وعد الله عليه النار، وتلا هذه الآية ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لُحُومَ الْخَنَازِيرِ وَالَّذِينَ كَفَرُوا أُلَاقِيَهُمْ بِأَنفُسِهِمْ يَكُونُوا مَأْكُلًا لِلنَّاسِ وَمَا يُحِيطُونَ بِشَيْءٍ مِّنْ يَّخْتَارُونَ﴾) ونحوه غيره {وهو: مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب} كما هو المشهور، وفي شهادات القواعد وبعض كتب اللغة: ترجيع الصوت ومدّه {أو ما سمي في العرف غناءً وإن لم يطرب، سواء كان في شعر أم قرآن أم غيرهما} كما عن جمع من الأصحاب، كما قضت به العادة في أمثال ذلك ما لم يرد فيه نص {واستثنى منه المصنف وغيره} كالعلامة والخراساني، بل قيل: إنه المشهور {الحذاء للإبل} بل ربما ادعي أن الحذاء قسيم للغناء، بشهادة العرف، وعليه فيكون خارجاً موضوعاً، ولموثق السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: زاد

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٩٤) ما يكتسب به، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٧، باب (٩٤) ما يكتسب به، ح ٧.

(٣) الوسائل، ج ١٧، باب (٩٩) ما يكتسب به، ح ٦.

المسافر الحداء والشعر ما كان منه ليس فيه جفاء^(١) {وآخرون ومنهم المصنف في الدروس فعله للمرأة في الأعراس إذا لم تتكلم بباطل، ولم تعمل بالملاهي، ولو بدف فيه صنج، لا بدونه، ولم يسمع صوتها أجنب الرجال، ولا بأس به} كما نسب به بعض الأساطين إلى الشهرة، ولعله لصحيح أبي بصير قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: أجر المغنية التي تزف العرائس ليس به بأس، وليست بالتي يدخل عليها الرجال)^(٢) وجواز الأجر يقتضي جواز العمل، ونحوه غيره، ولعل اشتراط حليته بما ذكر، لكونه من المحرمات إجماعاً.

[ومعونة الظالمين بالظلم] {كالكتابة لهم، وإحضار المظلوم ونحوه} مما يقوي سلطانهم، وتسلطهم على رعاياهم، كما هو المتسالم عليه بينهم، ولقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَرْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ﴾^(٣) ولموثق السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام قال: (قال رسول الله صل الله عليه وآله: إذا كان يوم القيامة نادى مناد: أين أعوان الظلمة، ومن لاق لهم دواة، أو ربط كيساً، أو مد لهم مدة قلم، فاحشروهم معهم)^(٤) ونحوه غيره، وهو متواتر {لا معونتهم بالأعمال المحللة كالخطابة} والطبابة، والتعليم ونحوها مما لا يصدق عليه الإعانة في ظلمهم، كما هو ظاهر جمع {وإن كره التكسب به} ما لم تدع الضرورة أو التقية إليه؛ لأن التقرب إليهم مطلقاً فيه الهلاك.

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٣٧) آداب السفر، ح ١.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (١٥) ما يكتسب به، ح ٣.

(٣) سورة هود، آية (١١٣).

(٤) الوسائل، ج١٧، باب (٤٢) ما يكتسب به، ح ١١.

[والنوح بالباطل] فعن المبسوط: الإجماع على حرمة مطلق النياحة، المحمول على النوح بالباطل، ولصحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: (سألته عن النوح على الميت أ يصلح؟ قال: يكره)^(١) والكراهة هنا يراد بها الحرمة بقريئة غيره من النصوص، وإطلاقه محمول على النوح بالباطل بقريئة خبر خديجة بنت عمر بن علي بن الحسين - في حديث - قالت: (سمعت عمي محمد بن علي عليه السلام يقول: إنما تحتاج المرأة إلى النوح لتسيل دمعته ولا ينبغي لها أن تقول هجراً ... الحديث)^(٢) ونحوه غيره، ولذا قال {بأن تصف الميت بما ليس فيه، ويجوز بالحق إذا لم يسمعها الأجنب} فعن المنتهى الإجماع على جواز أخذ الأجرة على النوح بالحق المستلزم لجوازه، ولصحيح أبي بصير قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: لا بأس بأجر النائحة التي تنوح على الميت)^(٣) المحمول على النوح بالحق، ونحوه غيره، ولا يبعد القول بكراهته، جمعاً بين النصوص المجوزة والناهية* إلا ما كان على مصائب أهل البيت عليهم السلام والعلماء والأولياء، مما قد ثبت أنه من أفضل الطاعات عندنا، لأمرهم عليهم السلام بذلك، والحث عليه، وفعلهم له، كما في صحيح يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (قال لي أبي: يا جعفر أوقف لي من مالي كذا وكذا لنوادب تندبني عشر سنين بمنى أيام منى)^(٤).

(١) الوسائل، ج١٧، باب (١٧) ما يكتسب به، ح ١٣.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (١٧) ما يكتسب به، ح ٦.

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (١٧) ما يكتسب به، ح ٧.

* يراجع الوسائل، ج١٧، باب (١٧) ما يكتسب به.

(٤) الوسائل، ج١٧، باب (١٧) ما يكتسب به، ح ١.

[وهجاء المؤمنين] {بكسر الهاء والمد} مطلقاً في الشعر وغيره، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولما دل على حرمة إيذاء المؤمن، وهتك حرمة، وإدخال النقص عليه، وحب شياع الفاحشة فيه، والفخر عليه، ونحو ذلك* {وهو ذكر معاييبهم بالشعر} وتقبيده به تبعاً للقاموس، وقال في الصحاح: إن الهجاء خلاف المدح، اللهم إلا أن يدعى قيام العرف على الأول، كما هو غير بعيد، وقد يؤيده أمر رسول الله ﷺ حسناً بهجاء المشركين، وأنه أشد عليهم من رشق النبال* {ولا فرق في المؤمن بين الفاسق وغيره} للإطلاق، اللهم إلا أن يكون من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر {ويجوز هجاء غيرهم} من المشركين والكافرين مطلقاً {كما يجوز لعنه} وسبه وشتمه، ما لم يكن قذفاً أو فحشاً، فلا إشكال ولا خلاف فيه، كذا في الجواهر، بل هو من أفضل الطاعات والقربات، لتواتره في الكتاب الكريم، والنصوص الشريفة، كما تقدم في أمر النبي ﷺ حسناً، وكذا الأئمة عليهم السلام.

[والغيبة] {بكسر المعجمة} للمؤمن إجماعاً بين المسلمين، ولقوله عز وجل: ﴿وَلَا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضًا أَيُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ﴾^(١) ولموثق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال: من عامل الناس فلم يظلمهم، وحدثهم فلم يكذبهم، ووعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته ... الحديث)^(٢) ونحوه غيره، بحيث بلغ حد التواتر {وهو: القول وما في حكمه في المؤمن بما يسوؤه} أي بما من

☆ يراجع الوسائل، جـ ١٢، الباب (١٤٥) أحكام العشرة.

☆ السنن الكبرى، جـ ١٠، صـ (٤٠٣).

(١) سورة الحجرات، آية (١٢).

(٢) الوسائل، جـ ١٢، باب (١٥٢) أحكام العشرة، ح ٢.

شأنه إساءته؛ إذ قد لا يسوء بعض المؤمنين ما قيل فيه، لكن ذلك لا يخرجهم عن الغيبة المحرمة {لو سمعه مع اتصافه به} وإلا كان بهتاناً، وهو أشد حرمة من الغيبة {وفي حكم القول الإشارة باليد وغيرها من الجوارح} ويؤيده ما روي عن عكرمة (أن امرأة دخلت على النبي ﷺ ثم خرجت، فقالت عائشة: يا رسول الله ما أجملها وأحسنها لولا أن بها قصراً فقال لها النبي ﷺ: اغتبتها يا عائشة ... الحديث)^(١) ونحوه غيره {والتحاكي بقول، أو فعل كمشية الأعرج، والتعريض كقوله: أنا لست متصفاً بكذا، أو الحمد لله الذي لم يجعلني كذا، معرضاً بمن يفعله} بل لا فرق فيما هو نقص فيه بين تعلقه بالبدن، والنسب، والخلق، والدين والدنيا، كما أشار إلى ذلك الصادق عليه السلام في قوله: (وجوه الغيبة تقع بذكر عيب في الخلق، والفعل، والمعاملة، والمذهب، والجهل، وأشباهه)^(٢) {ولو فعل ذلك بحضوره} فيكون حكمه أشد حرمة، للإيذاء الفعلي والتبكي المحرم قطعاً {أو قال فيه ما ليس به فهو أغلظ تحريماً، وأعظم تأثيماً} ففي صحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (من بهت مؤمناً أو مؤمنة بما ليس فيه بعثه الله في طينة خبال حتى يخرج مما قال، قلت: وما طينة خبال؟ قال: صديد يخرج من فروج المومسات)^(٣) ونحوه غيره {وإن لم يكن غيبة اصطلاحاً}.

(١) الدر المنثور، ج٧، ص(٥٧١).

(٢) عوالي اللآلي، ج١، ص(٢٧٦).

(٣) الوسائل، ج١٢، باب (١٥٣) أحكام العشرة، ح ١.

{واستثني منها} أي من حرمتها موارد:

الأول: {نصح المستشير} كما هو المشهور، ولخبر حسين بن عمر بن يزيد عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (من استشار أخاه فلم ينصحه محض الرأي سلبه الله عز وجل رأيه)^(١) وينبغي الاقتصار على خصوص ما جرت به السيرة، وقضت به الضرورة، وما دلت عليه الأدلة الخاصة، لا مطلقاً، ولعل من هذا الباب الجرح والتعديل في الرواة ونحوه.

{و} الثاني: {جرح الشاهد} على المشهور، لقوله عز وجل: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾^(٢) والأمر بالتبين عن حال الفاسق يستفاد منه جرح أمثاله فيما لو تعلق خبره بأموال وأعراض وديانات الناس، ولترجيح ما دل على تقويمه على حرمة الغيبة على نحو لا إشكال فيه، وإلا لضاعت الحقوق في الدماء والأعراض والأموال وغيرها.

{و} الثالث: {التظلم} بذكر ظلم الظالم عند من يرجو رفعه عنه، بل مطلقاً، كما عن جمع، ولقوله عز وجل: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجُحْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلِمَ﴾^(٣) ومن النصوص ما ورد في تفسيرها عن الفضل بن أبي قره عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجُحْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلِمَ﴾ قال: من أضاف قوماً فأساء ضيافتهم فهو ممن ظلم، فلا جناح عليهم فيما قالوا فيه)^(٤) ونحوه غيره {وسماعة}

(١) الوسائل، ج ١٢، باب (٢٣) أحكام العشرة، ح ٢.

(٢) سورة الحجرات، آية (٦).

(٣) سورة النساء، آية (١٤٨).

(٤) الوسائل، ج ١٢، باب (١٥٤) أحكام العشرة، ح ٦.

ولما كان التظلم جائزاً فاستماعه جائز قطعاً، لعدم إمكان التفكيك بينهما، وللسيرة المعلومة المتصلة بزمان المعصومين عليه السلام من غير نكير، ولقول زوجة أبي سفيان لرسول الله ﷺ: (إن زوجي شحيح ولم يعطني تمام النفقة لي ولولدي)^(١) لكنه إنما يجوز بعد تحقق الظلم، كما هو المشهور، وللمرسل عن رسول الله ﷺ (إن المستمع أحد المغتابين)^(٢).

{و} الرابع: {رد من ادعى نسباً ليس له} لأن فيه نصحاً للمدعي مع لزوم حفظ الأنساب، ولا سيما إذا ترتب عليه أثر من الإرث والنظر إلى الأجانب، وخصوصاً الانتساب لهاشم عليه السلام لترتب أحكام خاصة بهم، ولعله داخل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

{و} الخامس: {القدح في مقالة، أو دعوى باطلة في الدين} كما هو المعلوم من سيرة علمائنا الأبرار عليهم السلام لئلا يغتر بها الجهلة، ويضيع الحق، ويكون سبباً للخروج عن الدين القويم، ومنه الرمي بسوء الفهم، والتسرع، وعدم التثبت، وما شاكلها مما يكون الغرض منها الحفاظ على الحق، والردع عن الباطل، الذي هو غرض شرعي صحيح مأمور به شرعاً، ولذا يقرب القول بوجوبه، لدخوله في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

{و} السادس: {الاستعانة على دفع المنكر، ورد العاصي إلى الصلاح} باستغابته مع احتمال التأثير فيه، بلا خلاف ولا إشكال، وهو على الظاهر داخل في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

(١) الجواهر، ج ٤٠، ص (٤٩٢)، الجواهر، ج ٤٠، ص (٢٢٠)، الجواهر، ج ٣١، ص (٣٠٢)،

سنن البيهقي - ج ٧ ص ٤٦٦. كنز العمال ج: ٨ الرقم: ٥١٧١.

(٢) إحياء العلوم، ج ٩، ص (٥٥).

{و} السابع: {كون المقول فيه مستحقاً للاستخفاف، لتظاهره بالفسق} وإن أحب الخفاء؛ لأنه هو السبب في هتك حرمة نفسه، وللسيرة المستمرة؛ ولأن المغتاب بالمتجاهر به صار كالعلوم لكل أحد، ولخبر هارون بن الجهم عن الصادق جعفر بن محمد عليه السلام قال: (إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له ولا غيبة)^(١) ونحوه غيره.

{و} الثامن: {الشهادة على فاعل المحرم حسبة} أي من دون دعوة للتحمل، وإقامة للشهادة، بل يشهد عليه تبرعاً واحتساباً للأجر والثواب، كما لو شهد على الزاني أو السارق ونحوهما، بلا خلاف ولا إشكال في جوازها، كما تقدم في كتاب الشهادات.

التاسع: ما يقصد به دفع الضرر عن المؤمن، كقوله: إنه بليد، أو مجنون، وما شاكل ذلك مما يدفع عنه الضرر به حفاظاً على دمه، أو ماله، أو عرضه الذي هو أهم من غيبته، هذا إذا كان متصفاً بما اغتابه به {وقد أفردنا لتحقيقها رسالة شريفة} أسميناها: كشف الريبة في أحكام الغيبة {من أراد الاطلاع على حقائق أحكامها فليقف عليها} فهي حرية بذلك، وأما ما ورد في الطعن على مثل زيارة عليه السلام وغيره فليس من الغيبة، بل هو من الكذب المحلل في مثل هذه الموارد حفاظاً على حياة المؤمن.

[وحفظ كتب الضلال] وهي ما أوجبت إبطال حق أو إثبات باطل متفق عليه بين الفرقة الحققة المحقة {عن التلف} أو الاحتفاظ بها لغير النقض، كما صرح به غير

(١) الوسائل، ج ١٢، باب (١٥٤) أحكام العشرة، ح ٤.

واحد، بل عن التذكرة والمنتهى نفي الخلاف فيه، وعن كثير تقييد النقض بما إذا كان من أهله، كذا في الجواهر، ولما تضمنه مرسل تحف العقول عن الصادق عليه السلام في قوله: (وكل منهي عنه مما يتقرب به لغير الله تعالى، أو يقوى به الكفر والشرك من جميع وجوه المعاصي، أو باب يوهن به الحق فهو حرام محرم بيعه وشرائه وإمساكه وملكه وهبته وعاريته وجميع التقلب فيه، إلا في حال تدعو الضرورة فيه إلى ذلك ... الحديث)^(١).

{أو} يحفظها {عن ظهر قلب} {ونسخها ودرسها} {قراءة، ومطالعة، ومذاكرة} {لغير النقض} {لها} حيث يستفاد ذلك مما دل على وجوب جهاد أهل الضلال والبدع وإضعافهم بكل ما يمكن، ومنه إبطال مذاهبهم وما يقتضي قوتها وترسيخها، بل وإشاعتها بين الناس [أو الحجة] {على أهلها بما اشتملت عليه مما يصلح دليلاً لإثبات الحق، أو نقض الباطل لمن كان من أهلها} دون ضعفاء البصيرة، خوفاً من الشبهة والالتباس عليهم [أو التقية] {وبدون ذلك يجب إتلافها} كلية {إن لم يمكن أفراد مواضع الضلال، وإلا اقتصر عليها} لأنها هي المحرمة فقط.

[وتعلم السحر] للعمل به، وتعليمه كذلك، وعمله، بلا خلاف أجده فيه في الجملة بين المسلمين، بل هو من الضروريات التي يدخل منكرها في سبيل الكافرين، كذا في الجواهر، ولقوله عليه السلام: ﴿وَاتَّبِعُوا مَا تَتْلُوا الشَّيَاطِينُ عَلَىٰ مُلْكٍ سُلَيْمَانَ وَمَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَلَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السَّحَرَ وَمَا أُنْزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَمَارُوتَ وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٢) ما يكتسب به، ح ١.

فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ^(١) ولموثق السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ساحر المسلمين يُقتل، وساحر الكفار لا يقتل، قيل: يا رسول الله لم لا يقتل ساحر الكفار؟ قال: لأن الشرك أعظم من السحر؛ لأن السحر والشرك مقرونان)^(٢) ونحوه غيره {وهو: كلام أو كتابة} أو عمل {يحدث بسببه ضرر على من عمل له في بدنه، أو عقله، ومنه عقد الرجل عن حليته} بحيث لا يمكنه الدخول بها مطلقاً {والقاء البغضاء بينهما} أو بين غيرهما {واستخدام الجن والملائكة، واستنزال الشياطين في كشف الغائبات، وعلاج المصاب، وتلبسهم ببدن صبي، أو امرأة في كشف أمر على لسانه ونحو ذلك، فتعلم ذلك كله وتعليمه حرام، والتكسب به سحت، ويقتل مستحله} كما عن غير واحد، ولخبر أبي البختري عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام قال: من تعلم شيئاً من السحر قليلاً أو كثيراً فقد كفر، وكان آخر عهده بربه وحده أن يقتل إلا أن يتوب)^(٣) ونحوه غيره.

{والحق أن له أثراً حقيقياً وهو أمر وجداني، لا مجرد التخيل كما زعم كثير، ولا بأس بتعلمه ليتوقى به، أو يدفع سحر المتنبي به} وهو مدعي النبوة باستعماله، كما عن جمع من الأصحاب، ولمرسل إبراهيم بن هاشم عن شيخ من أصحابنا الكوفيين قال: (دخل عيسى بن شقيقي على أبي عبد الله عليه السلام وكان ساحراً يأتيه الناس ويأخذ على ذلك الأجر، فقال له: جعلت فداك أنا رجل كانت صناعتي السحر وكنت آخذ عليه الأجر، وكان معاشي، وقد حججت منه، ومن الله علي بلقائك، وقد تبت

(١) سورة البقرة، آية (١٠٢).

(٢) الوسائل، ج ١٧، باب (٢٥) ما يكتسب به، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ١٧، باب (٢٥) ما يكتسب به، ح ٧.

إلى الله عز وجل، فهل لي في شيء من ذلك مخرج؟ فقال له أبو عبد الله عليه السلام: حل ولا تعتقد^(١) {وربما وجب على الكفاية لذلك، كما اختاره المصنف في الدروس} وتبعه عليه جماعة اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن، ولعله لخبر علي بن الجهم عن الرضا عليه السلام - في حديث - قال: (وأما هاروت وماروت فكانا ملكين علما الناس السحر، ليحترزوا به سحر السحرة، ويبتلوا به كيدهم، وما علماً أحداً من ذلك شيئاً حتى قالوا: إنما نحن فتنة فلا تكفر، فكفر قوم باستعمالهم لما أمروا بالاحتراز منه وجعلوا يفرقون بما تعلموه بين المرء وزوجه ... الحديث)^(٢) ونحوه غيره.

[والكهانة] {بكسر الكاف} فعن الكفاية: لا أعرف خلافاً بينهم في تحريم الكهانة، بل في الرياض: أن الدليل عليه الإجماع المصرح به في كلام جماعة من الأصحاب، ولموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (السحت ثمن الميتة، وثمان الكلب، وثمان الخمر، ومهر البغي والرشوة في الحكم، وأجر الكاهن)^(٣) ونحوه غيره {وهي: عمل يوجب طاعة بعض الجان له فيما يأمره به} كما هو المشهور {وهو قريب من السحر، أو أخص منه} على ما عرف به السحر سابقاً.

[والقيافة] {وهي: الاستناد إلى علامات وأمارات، يترتب عليها إلحاق نسب ونحوه} وكأنه لا خلاف في تحريمها نحو الكهانة، بل عن المنتهى وغيره الإجماع صريحاً وظاهراً على ذلك، كذا في الجواهر، مضافاً إلى ما هو المعلوم يقيناً من الشرع عدم الاستناد إلى هذه العلامات من الإلحاق بالنسب وغيره، وأن المدار في ثبوتها الإقرار أو الولادة على الفراش أو نحوهما شرعاً، ولخبر الجعفریات عن علي بن أبي

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٢٥) ما يكتسب به، ح ١.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٢٥) ما يكتسب به، ح ٥.

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (٥) ما يكتسب به، ح ٥.

طالب عليه السلام (أنه قال: من السحت ثمن الميتة - إلى أن قال - وأجر الكاهن - إلى أن قال - وأجر القاني) ^(١) {وإنما تحرم إذا رتب عليها محرم، أو جزم به} وإلا فتعلمها وتعليمها جائز، لأصل البراءة، وقاعدة الحل، نعم قد يقال: بكراتها حينئذٍ، لما في ذيل موثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قلت: فالقيافة، قال: ما أحب أن تأتيهم ... الحديث) ^(٢).

[والشعبة] محرمة بالإجماع المحكي والمحصل، كذا في الجواهر، بل لعلها من السحر على بعض الوجوه، كما هو ظاهر قوله عليه السلام: ﴿يُحِيلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَمَّا تَسْعَى﴾ ^(٣) {وهي: الأفعال العجيبة المترتبة على سرعة اليد بالحركة فيلبس على الحس، كذا عرفها المصنف} وغيره، بل نسبه غير واحد إلى الأصحاب، وقد يشعر به ما تضمنه خبر الاحتجاج قال أبو عبد الله عليه السلام: (إن السحر على وجوه شتى - إلى أن قال - : ونوع آخر منه خطفة وسرعة ومخاريق وخفة) ^(٤) [وتعليمها] {كغيرها من العلوم والصنائع المحرمة} لدخولها تحت الباطل والإغراء والتدليس واللهو ونحوها مما هو ثابت الحرمة عند الأصحاب، استناداً إلى ما تضمنه خبر التحف المتقدم.

[والقمار] بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولقوله عليه السلام: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ ^(٥) ولصحيح زياد بن عيسى قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام

(١) مستدرک الوسائل، باب (٢٣) ما يكتسب به، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٧، باب (٢٦) ما يكتسب به، ح ٢.

(٣) سورة طه، آية (٦٦).

(٤) الاحتجاج، ج ٢، ص (٨٢).

(٥) سورة المائدة، آية (٩٠).

عن قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾ فقال: كانت قريش تقامر الرجل بأهله وماله فنهاهم الله ﷻ عن ذلك^(١) ونحوه غيره، وهو اللعب ولو من دون رهان {بالآلات المعدة له، حتى اللعب بالخاتم والجوز والبيض} والأربعة عشر والكعاب ونحوها، لخبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: (لما أنزل الله على رسوله ﷺ ﴿إِنَّهَا خُمُرٌ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ﴾ قيل: يا رسول الله ما الميسر؟ فقال: كل ما تقوم به حتى الكعاب والجوز ... الحديث)^(٢) ونحوه غيره.

{ولا يملك ما يترتب عليه من الكسب} مطلقاً {وإن وقع من غير المكلف فيجب رده على مالكة} إذا عرف بعينه {ولو قبضه غير مكلف فالمخاطب برده الولي} كما هو معلوم {فإن جهل مالكة تصدق به عنه} لأن هذا هو حكم مجهول المالك {ولو انحصر في محصورين وجب التخلص منهم ولو بالصلح} خروجاً به من مقتضى العلم الإجمالي المنجز.

[والغش] {بكسر الغين} [الخفي] لأنه مأخوذ في حقيقته {كشوب اللبن بالماء، ووضع الحرير في البرودة ليكتسب ثقلاً} ونحو ذلك مما يقصد به، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح هشام بن الحكم قال: (كنت أبيع السابري في الظلال، فمر بي أبو الحسن الأول موسى عليه السلام فقال لي: يا هشام إن البيع في الظلال غش، والغش لا يحل)^(٣) ونحوه غيره {ويكره بما لا يخفى، كمزج الحنطة بالتراب والتبن، وجيدها بردئها} ووضع القطن العتيق في البطانة

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٣٥) ما يكتسب به، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٧، باب (٣٥) ما يكتسب به، ح ٤.

(٣) الوسائل، ج ١٧، باب (٨٦) ما يكتسب به، ح ٣.

ونحوه، كما هو المعروف من مذهب الأصحاب، ولعله لخبر الحسين بن المختار قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنا نعمل القلانص فنجعل فيها القطن العتيق فنبيعها ولا نبين لهم ما فيها، قال: أحب لك أن تبين لهم ما فيها)^(١) ونحوه غيره.

[وتدليس الماشطة] بإظهارها في المرأة {أو الجارية لمشتريها} محاسن ليس فيها، من تحمير وجهها، ووصل شعرها، ونحوه {كنتف شعرها لتظهر أنها ملساء، بلا خلاف أجده، كما عن بعضهم الاعتراف به، بل عن آخر الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولما دل على حرمة الغش عموماً، وخصوص خبر علي بن غراب عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام قال: (لعن رسول الله صلى الله عليه وآله النامصة والمتنمصة، والواشرة والموتشرة، والواصلة والمستوصلة، والواشمة والمستوشمة ... الحديث)^(٢) ونحوه غيره {ومثله} في الحرمة {فعل المرأة له من غير ماشطة} لأنه غش محرم، لعدم خصوصيتها {ولو انتفى التدليس كما لو كانت مزوجة فلا تحريم} لأصل البراءة، وذيل خبر سعد الإسكاف قال: (سئل أبو جعفر عليه السلام ... إلى أن قال: لا بأس على المرأة بما تزينت به لزوجها ... الحديث)^(٣) ونحوه غيره، بل هو مستحب، لما هو ظاهر في استحباب تزين كل من الزوجين للآخر، كخبر الحسن بن الجهم قال: (رأيت أبا الحسن عليه السلام اختضب، فقلت: جعلت فداك، اختضبت؟! فقال: نعم، إن التهيئة مما يزيد في عفة النساء، ولقد ترك النساء العفة بترك أزواجهن التهيئة، ثم

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٨٦) ما يكتسب به، ح٩.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (١٩) ما يكتسب به، ح٧.

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (١٩) ما يكتسب به، ح٣.

قال: أيسرك أن تراها على ما تراك عليه إذا كنت على غير تهيئة؟ قلت: لا، قال: فهو ذاك... الحديث^(١).

[وتزيين كل من الرجل والمرأة بما يحرم عليه] {كلبس الرجل السوار، والخلخال} وإن لم يكونا من الذهب {والثياب المختصة بها عادة} كالستيان ونحوه مما يختص بهن {ويختلف ذلك باختلاف الأزمان والأصقاع، ومنه تزيينه بالذهب وإن قل} كالخاتم مطلقاً في صلاة كان أم لا، إجماعاً عندنا، كما عن غير واحد، ولما تضمنه خبر النميري عن أبي عبد الله عليه السلام في الحديد قال: (وجعل الله الذهب في الدنيا زينة النساء فحرم على الرجال لبسه)^(٢) ونحوه غيره {والحرير إلا ما استثنى} في حال ضرورة، كحرب، ومرض، وتقية، أو لقلته، كما تقدم في لباس المصلي {وكلبس المرأة ما يختص بالرجل، كالمنطقة والعمامة} كما هو المشهور؛ ولأنه من لباس الشهرة المحرم، ولخبر عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام (أنه رأى رجلاً به تأنيث في مسجد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقال له: اخرج من مسجد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من لعنه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، ثم قال علي عليه السلام: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول: لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء والمتشبهات من النساء بالرجال)^(٣) ونحوه غيره.

[والأجرة] على الواجبات العينية كالصلاة والصيام، و[على تغسيل الموتى وتكفينهم] {وحملهم إلى المغتسل، وإلى القبر، وحفر قبورهم} [ودفنهم، والصلاة عليهم] {وغيرها من الأفعال الواجبة كفاية} بلا خلاف معتد به أجده فيه، وفي المنتهى: أنه المشهور وعليه الفتوى، وفي المحكي عن مجمع البرهان كأن دليله

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٤١) مقدمات النكاح وآدابه، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٤، باب (٣٠) لباس المصلي، ح ٥.

(٣) الوسائل، ج ١٧، باب (٨٧) ما يكتسب به، ح ٢.

الإجماع، كذا في الجواهر، والذي يظهر من الأدلة وجوب هذه الأفعال مجاناً، لا لما ذكره غير واحد من التعليقات البعيدة الضعيفة في نفسها، كمنافاة أخذ الأجرة للإخلاص، وغير ذلك {ولو اشتملت هذه الأفعال على مندوب، كتغسيلهم زيادة على الواجب، وتنظيفهم ووضوئهم وتكفينهم بالقطع المندوبة، وحفر القبر زيادة على الواجب الجامع لوصفي: كتم الريح، وحراسة الجثة إلى أن يبلغ القامة، وشق اللحد، ونقله إلى ما يدفن فيه من مكان زائد على ما لا يمكن دفنه فيه لم يحرم التكسب به} لأصالة الجواز، واحترام عمل المسلم، وغيرها مما يدل على الجواز، خلافاً لابن البراج محتجاً بإطلاق النهي الذي لم نطلع عليه على كثرة ما بأيدينا من المصادر.

[والأجرة على الأفعال الخالية من غرض حكمتي] أي عقلائي [كالعبث] {مثل الذهاب إلى مكان بعيد، أو في الظلمة، أو رفع صخرة، ونحو ذلك، مما لا يعتد بفائدته عند العقلاء} بحيث يكون بذل المال بأزائه سفهاً، وأكلاً للمال بالباطل، إجماعاً مستفيض النقل، كما عن جمع، ولقوله ﷺ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾^(١).

[والأجرة على الزنا] {واللواط وما شاكلهما} كالمساحقة، ونكاح البهائم، فهو من السحت، وهو محرم إجماعاً، ولصحيح عمار بن مروان قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الغلول؟ فقال: كل شيء غلّ من الإمام فهو سحت، وأكل مال اليتيم وشبهه سحت، والسحت أنواع كثيرة: منها أجور الفواجر، وثمر الخمر، والنبذ، والمسكر، والربا بعد البينة، فأما الرشا في الحكم فإن ذلك الكفر بالله العظيم جلّ اسمه وبرسوله ﷺ)^(٢) ونحوه غيره.

(١) سورة البقرة، آية (١٨٨).

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٥) ما يكتسب به، ح ١.

[ورشا القاضي] {بضم أوله وكسره مقصوراً جمع رشوة بهما، وقد تقدم} في باب القضاء، وأنه الكفر بالله العظيم وبرسوله ﷺ، كما في الصحيح المتقدم وغيره.

[والأجرة على الأذان والإقامة] {على أشهر القولين} بل هو المشهور، لصحيح حمران عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث طويل من الضروري الاطلاع عليه - قال: (إلا تعلم أن من انتظر أمرنا... إلى أن قال: ورأيت الأذان بالأجر والصلاة بالأجر... الحديث)^(١) ونحوه غيره، خلافاً للسيد حيث جوزه، والنصوص حجة عليه {ولا بأس بالرزق من بيت المال} كما هو المشهور، ولخبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام (من السحت أجر المؤذن - يعني إذا استأجره القوم يؤذن لهم - وقال: لا بأس بأن يجرى عليه من بيت المال)^(٢) وضعفه منجبر بالشهرة والعمل {والفرق بينهما أن الأجرة تفتقر إلى تقدير العمل، والعوض، والمدة، والصيغة الخاصة، والرزق منوط بنظر الحاكم} لأنه إحسان محض، ومعروف وإعانة من الإمام عليه السلام، وقيام بمصلحة عامة، وليس فيه معاوضة؛ ولأن مالها يورث، بخلافه؛ لأنه ليس على نحو الاستحقاق.

{ولا فرق في تحريم الأجرة بين كونها من معين، ومن أهل البلد والمحلة، وبيت المال} لإطلاق دليل المنع {ولا يلحق بها أخذ ما أعد للمؤذنين من أوقاف مصالح المساجد، وإن كان مقدراً وباعثاً على الأذان، نعم لا يثاب فاعله، إلا مع تمحض الإخلاص به كغيره من العبادات}.

(١) الوسائل، ج ١٦، باب (٤١) الأمر والنهي، ح ٦.

(٢) مستدرک الوسائل، باب (٣٠) الأذان والإقامة، ح ٢.

[والقضاء] {بين الناس لوجوبه} عيناً أو كفاية، كما هو المشهور، ولصحيح عبد الله بن سنان قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قاضٍ بين قريتين، يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: ذلك السحت)^(١) ونحوه غيره {سواء احتاج إليها أم لا، وسواء تعين عليه القضاء أم لا} لإطلاق الأدلة، خلافاً للعلامة في المختلف حيث جوزها مع الحاجة فيها لو لم يتعين عليه، لكنه كما ترى! تقييد لإطلاق دليل الحرمة من دون ما يصلح له، وكذا مذهب الشيخ المفيد وابن البراج في جوازه مطلقاً [ويجوز الرزق من بيت المال] {وقد تقدم في القضاء أنه من جملة المرتزقة منه}.

[والأجرة على تعليم الواجب من التكليف] {سواء وجب عيناً، كالفاتحة والسورة، وأحكام العبادات العينية، أم كفاية كالتفقه في الدين} باستنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية {وما يتوقف عليه من المقدمات علماً} كعلوم العربية والمنطق والحديث ونحوها {وعملاً} كالكتابة والقراءة {وتعليم المكلفين} تفصيل الصحيح من غيره من {صيغ العقود والإيقاعات} على النحو اللازم الذي يترتب عليه الأثر {ونحو ذلك} لأنها من الواجبات إجماعاً فتوى ودليلاً، كذا في الرياض، كما وتقدم في حرمة أخذ الأجرة على الواجبات.

[وأما المكروه: فكالصرف] {وعلل في بعض الأخبار بأنه لا يسلم فاعله من الربا} كما في موثق إسحاق بن عمار قال: (دخلتُ على أبي عبد الله عليه السلام فخبرتُه أنه ولد لي غلام، قال ألا سميتَه محمداً؟ قلتُ: قد فعلت، قال: فلا تضرب محمداً، ولا

(١) الوسائل، ج ٢٧، باب (٨) آداب القاضي، ح ١.

تشتمه، جعله الله قرّة عين لك في حياتك وخلف صدق بعدك، قلتُ: جعلتُ فداك في أي الأعمال أضعه؟ قال: إذا عدلته عن خمسة أشياء فضعه حيث شئت: لا تسلمه صيرفاً فإن الصير في لا يسلم من الربا، ولا تسلمه ببيع أكفان فإن صاحب الأكفان يسره الوباء إذا كان، ولا تسلمه ببيع طعام فإنه لا يسلم من الاحتكار، ولا تسلمه جزاراً فإن الجزار تسلب منه الرحمة، ولا تسلمه نخاساً فإن رسول الله ﷺ قال: شر الناس من باع الناس^(١) ونحوه غيره.

[وبيع الأكفان] {لأنه يتمنى كثرة الموت والوباء} كما في الصحيح المتقدم [والرقيق] {لقوله ﷺ} في الموثق المتقدم {شر الناس من باع الناس} [واحتكار الطعام] وهو: الغلات الأربع، والملح والسمن، كما في عدة من النصوص بشرط الاستبقاء، وانفراده به فيتعذر عند غيره {وهو: حبسه} في الغلة ثلاثة أيام، وفي غيرها أربعين يوماً، كما عن المصنف وغيره {بتوقع زيادة السعر، والأقوى تحريمه مع استغنائه عنه، وحاجة الناس إليه، وهو مختاره في الدروس، وقد قال ﷺ} في معتبر القداح عن أبي عبد الله عليه السلام: {الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون}^(٢) ونحوه غيره {وسياقي الكلام في بقية أحكامه}.

[والذباحة] {لإفضائها إلى قسوة القلب، وسلب الرحمة} كما في الموثق المتقدم {وإنما تكره} تلك الأفعال {إذا اتخذها حرفة وصنعة} كما هو ظاهر النصوص {لا مجرد فعلها، كما لو احتاج إلى صرف دينار، أو بيع كفن، أو ذبح شاة، ونحو ذلك، والتعليل بما ذكرناه في الأخبار يرشد إليه} كما هو ظاهر بأدنى تأمل.

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٢١) ما يكتسب به، ح ١.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٢٧) آداب التجارة، ح ٣.

{والنساجة} {والمراد بها ما يعم الحياكة} كما صرح بذلك الجوهري وغيره {والأخبار متضافرة بالنهي عنها} ففي خبر أبي إسماعيل الصيقل الرازي قال: (دخلت على أبي عبد الله عليه السلام ومعني ثوبان - إلى أن قال - فقال لي: حائك؟ قلت: نعم، فقال: لا تكن حائكاً... الحديث)^(١) ونحوه غيره {والمبالغة في ضعتها} وخستها ودناءتها {ونقصان فاعلها، حتى نهي عن الصلاة خلفه} كما عن جعفر بن أحمد القمي مسنداً عن الصادق عن أبيه عن آبائه عليهم السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا تصلوا خلف الحائك ولو كان عالماً، ولا تصلوا خلف الحجام ولو كان زاهداً، ولا تصلوا خلف الدباغ ولو كان عابداً)^(٢) {والظاهر اختصاص} كراهة {النساجة والحياكة بالمغزول ونحوه} كالفتول {فلا يكره عمل الخوص ونحوه} المتخذ من سعف النخيل مطلقاً كعمل الزناويل والسفر والمراوح ونحوها {بل روي أنه من أعمال الأنبياء} كما عن نهج البلاغة في خطبة لأمر المؤمنين عليهم السلام قال: (وإن شئت ثلثت بداود - صلى الله عليه - صاحب المزامير وقارئ أهل الجنة، فلقد كان يعمل سفائف الخوص بيده، ويقول جلسائه: أيكم يكفيني بيعها؟ ويأكل قرص الشعير من ثمنها)^(٣) {والأولياء} ففي شرح النهج لابن أبي الحديد عن أبي عمر (كان سلمان يسف الخوص وهو أمير على المدائن، ويبيعه ويأكل منه، ويقول: لا أحب أن أكل إلا من عمل يدي)^(٤).

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٢٣) ما يكتسب به، ح ١.

(٢) مستدرک الوسائل، باب (٢٠) ما يكتسب به، ح ٥.

(٣) نهج البلاغة، ج ٢، خطبة (١٦٠).

(٤) مستدرک الوسائل، باب (٢٦) مقدمات التجارة، ح ١.

[والحجامة] {مع شرط الأجرة، لا بدونها كما قيده المصنف في غيره، وغيره، ودل عليه الخبر} الصحيح عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألته عن كسب الحجام؟ فقال: لا بأس به إذا لم يشارط)^(١) ونحوه غيره {وظاهره هنا الإطلاق} من الطرفين وليس بجيد، وإنما الكراهة مع الشرط من جهة الحجام، أما المحتجم فلا تكره له المشاركة فيها، لموثق زرارة قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن كسب الحجام؟ فقال: مكروه له أن يشارط، ولا بأس عليك أن تشارطه وتماكسه، وإنما يكره له ولا بأس عليك)^(٢).

[وضرب الفحل] {بأن يؤجره لذلك مع ضبطه بالمرة والمرات المعينة أو بالمدة} لتصح الإجارة فتكره حينئذ، كما هو المشهور، ولمرسل الصدوق (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن عسيب الفحل وهو أجر الضراب)^(٣) {ولا كراهة فيما يدفع إليه على جهة الكرامة لأجله} لأصل الجواز، ولمعتبر حنان بن سدير قال: (دخلنا على أبي عبد الله عليه السلام ومعنا فرقد الحجام - إلى أن قال - : فقال له: جعلني الله فداك إن لي تيسراً أكرهه، فما تقول في كسبه؟ قال: كل كسبه فإنه لك حلال، والناس يكرهونه)^(٤).

[وكسب الصبيان] {المجهول أصله، لما يدخله من الشبهة الناشئة من اجترأ الصبي على ما لا يحل، لجهله أو علمه بارتفاع القلم عنه، ولو علم اكتسابه من محل فلا كراهة، وإن أطلق الأكثر} ولم يقيدوه بعدم العلم {كما أنه لو علم تحصيله، أو بعضه من محرم وجب اجتنابه، أو اجتناب ما علم منه، أو اشتبه به} للعلم الإجمالي المنجز

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٩) ما يكتسب به، ح ١.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٩) ما يكتسب به، ح ٩.

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (١٢) ما يكتسب به، ح ٣.

(٤) الوسائل، ج١٧، باب (١٢) ما يكتسب به، ح ١.

{وخل الكراهة تكسب الولي به} أي أن المكروه تكليف الولي للصبي بالتكسب، والتكسب من قبل الولي بما أخذه من الصبي، والتكسب بما كسبه الصبي حين صباه بعد بلوغه {أو أخذه منه، أو الصبي بعد رفع الحجر عنه} ببلوغه وكماله [و] {كذا يكره كسب} [من لا يجتنب المحرم] {في كسبه} لعدم تخرجه من الحرام فيكون مشتبهاً، ويدخل ضمن الشبهات المأمورين بالوقوف عندها في موثق مسعدة بن زياد عن جعفر عن آبائه عليهم السلام (أن النبي صلى الله عليه وآله قال: لا تجامعوا على الشبهة، يقول: إذا بلغك أنك قد رضعت من لبنها وأنها لك محرم وما أشبه ذلك فإن الوقوف عند الشبهة خير من الاقتحام في الهلكة)^(١).

{والمباح: ما خلا عن وجه رجحان} شرعاً {من الطرفين} الفعل والترك {بأن لا يكون راجحاً، ولا مرجوحاً، لتحقق الإباحة} حينئذٍ [بالمعنى الأخص].

[ثم التجارة] {وهي: نفس التكسب} الذي هو فعل المكلف بقريئة اتصافه بالأحكام الشرعية، لا ما يكتسب به [تنقسم بانقسام الأحكام الخمسة] {فالواجب منها: ما توقف تحصيل مؤنثته ومؤونة عياله الواجب النفقة عليه} فتجب عليه وجوباً عينياً {ومطلق التجارة التي يتم بها نظام النوع الإنساني، فإن ذلك من الواجبات الكفائية وإن زاد على المؤونة، والمستحب: ما يحصل به المستحب، وهو: التوسعة على العيال، ونفع المؤمنين، ومطلق المحاويج، غير المضطرين} وإن كان التكسب واجباً عليهم مع القدرة عليه، وإلا فيجب على غيرهم؛ لأنه يكون مقدمة لواجب، فيدخل في القسم السابق {والمباح: ما يحصل به الزيادة في المال من غير الجهات

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٥٧) مقدمات النكاح، ح ٢.

الراجعة والمرجوحة، والمكروه والحرام التّكسب بالأعيان المكروهة والمحرمّة وقد تقدّمت} لكن لا على نحو الاستغراق لكل ما ذكره الأصحاب من القسمين، لخروجها عن وضع الكتاب.

[الفصل الثاني]: الكلام في عقد البيع

[وهو] {أي عقد البيع} [الإيجاب والقبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم] وهذا كما هو تعريف للعقد يصلح تعريفاً للبيع نفسه؛ لأنه عند المصنف وجماعة: عبارة عن العقد المذكور، استناداً إلى أن ذلك هو المتبادر من معناه، فيكون حقيقة فيه، ويمكن أن يكون الضمير عائداً إلى البيع نفسه {ويشكل: بأنه لو كان العقد هو البيع على مذهبه لكان المناسب أن يقول: الفصل الثاني في البيع {وأن تكون إضافة البيع بيانية} أي في عقد هو البيع، وتكون الفائدة في ذكر العقد كونه هو صيغة البيع، لا نفسه {ويؤيده أنه في الدروس عرف البيع بذلك، مزيداً قيد التراضي، وجعل جنس التعريف الإيجاب والقبول أولى من جعله اللفظ الدال كما صنع غيره؛ لأنهما جنس قريب واللفظ بعيد} لأنه أعم {وباقى القيود خاصة مركبة، يخرج بها من العقود ما لا نقل فيه كالوديعة، والمضاربة، والوكالة، وما تضمن نقل الملك بغير عوض كالهبة، والوصية بالمال، وشمل ما كان ملكاً للعاقد وغيره، فدخل بيع الوكيل والولي، وخرج بالعوض المعلوم الهبة المشروط فيها مطلق الثواب} وهو غير معلوم القدر {و} دخل {بيع المكره حيث يقع صحيحاً} كما لو أجبره الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه ونحوه {إذ لم يعتبر التراضي، وهو وارد على تعريفه في الدروس} وقد يدفع: بأن المراد من التراضي الأعم من الرغبة في البيع ومطلق تحققه ولو بالقهر عليه شرعاً، فتدبر.

{و} دخل {بيع الأخرس بالإشارة وشراؤه، فإنه يصدق عليه الإيجاب والقبول، و} هو {يرد على تعريف أخذ اللفظ جنساً كالشرائع} ومنه يظهر أن ما ذكره سابقاً

من أن اللفظ جنس بعيد، فيه من المسامحة ما فيه {وبقي فيه دخول عقد الإجارة؛ إذ الملك يشمل العين والمنفعة} إلا أن يقال: بأن المتبادر من الملك العين {والهبة المشروطة فيها عوض معين} إلا أن يقال: إنه بشرط العوض، لا أنه بعوض من غير شرط حتى يصح الدخول في التمليك {والصلح المشتمل على نقل الملك بعوض معلوم، فإنه ليس بيعاً عند المصنف والمتأخرين} ويمكن أن يقال: إن الظاهر من الناقل ما كان بالأصل كذلك، لا بالتبع، والأمر فيه سهل؛ لأنه لشرح الاسم.

{وحيث كان البيع عبارة عن الإيجاب والقبول المذكورين} [فلا يكفي] في النقل اللازم [المعاطاة] لأصالة بقاء ملك كل أحد على ملكه، ولأصالة عدم ترتب آثار البيع من اللزوم وغيره {وهي: إعطاء كل واحد من المتبايعين ما يريده من المال عوضاً عما يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص} والأظهر أن يقال: إن المعاطاة إنشاء فعلي يوجب نقل العوض والمعوض مطلقاً {سواء في ذلك الجليل والحقير} من المال {على المشهور بين أصحابنا، بل كاد يكون إجماعاً} لإطلاق قوله ﷺ: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) وظاهر الشيخ المفيد الاكتفاء بتحقيق البيع بما يدل على الرضا من المتعاقدين، وقال الشارح: وكان بعض مشايخنا المتأخرين يذهب إلى ذلك أيضاً. ولا يخفى أنه من أقسام البيع عرفاً، وصحة جواب بعثها لمن قال: ما فعلت بسلعتك على تقدير المعاطاة؟ فدخلت تحت عموم لفظ البيع في الآية المتقدمة، ولم يزل دوران أسواق المسلمين من زمن النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام إلى يومنا هذا على نفس الطريقة، كما لا يخفى على المتأمل في السير والأخبار، فالقول به لا يخلو من قوة، ومنه تعرف التأمل في قوله [نعم يباح] {بالمعاطاة} [التصرف] {من كل

(١) سورة البقرة، آية (٢٧٥).

منهما فيما صار إليه من العوض، لاستلزام دفع مالكة له على هذا الوجه الإذن في التصرف فيه {مطلقاً}.

{وهل هي إباحة} خاصة {أم عقد متزلزل؟ ظاهر العبارة الأول؛ لأن الإباحة ظاهرة فيها، ولا ينافيه قوله} [ويجوز الرجوع] {فيها} [مع بقاء العين] لأن الرجوع لا يكون إلا في العقد {لأن ذلك لا ينافي الإباحة، وربما ظهر من بعض الأصحاب} وهو العلامة في التحرير {الثاني لتعبيره بجواز فسخها، الدال على وقوع أمر يوجب، وتظهر الفائدة في النماء، فعلى الثاني} من كونها عقداً متزلزلاً، ف {هو للقباض مع تحقق} ما يوجب {اللزوم بعده} لأن النماء تابع للعين في الانتقال وعدمه {وعلى الأول} وهو كونها إباحة خاصة {يحتمله} تبعاً لأصله {وعدمه} لتعلق الإباحة بأصله دونه {ويفهم من جواز الرجوع مع بقاء العين عدمه مع ذهابها، وهو كذلك} على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، كما عن غير واحد {ويصدق بتلف العينين، وإحداهما، وبعض كل واحدة منهما، ونقلها عن ملكه، وبتغيرها كطحن الحنطة، فإن عين المنتقل غير باقية، مع احتمال العدم} لأن الطحن لا يوجب تغيراً حقيقياً، والأصل بقاء الملك على مالكة {أما لبس الثوب مع عدم تغيره فلا أثر له، وفي صبغه، وقصره، وتفصيله، وخياطته، ونحو ذلك من التصرفات المغيرة للصفة مع بقاء الحقيقة نظر} ينشأ من بقاء الذات حقيقة على مذهب المشهور، والأصل بقاء الملك على مالكة، ومن لزوم المعاطاة، لصدق ذهاب العين في الجملة بتلك التغيرات، والأول أجود، وعلى مذهب الشيخ المفيد فلا إشكال.

{وعلى تقدير الرجوع في العين وقد استعملها من انتقلت إليه يأخذها بغير أجر، لإذنه في التصرف مجاناً} لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه {ولو نمت وتلف النماء فلا رجوع به، كالأصل} لو تلف؛ لأنه مأذون في جميع التصرفات {وإلا فالوجهان}

من احتمال كونه ملكاً متزلزلاً، فهو للقابض؛ لأنه نهاء في ملكه، ومن كونه إباحة فلا ملك، فيعود للملكه {وهل تصير مع ذهاب العين بيعاً، أو معاوضة خاصة؟ وجهان: من حصرهم المعاوضات وليست} هذه {أحدها} وجعلها معاوضة مستقلة محتاج إلى دليل، وهو مفقود، ولكن لا مانع منه {ومن اتفاهم على أنها ليست بيعاً بالألفاظ الدالة على التراضي فكيف تصير بيعاً بالتلف؟!} والأظهر عرفاً أنها بيع لكنه غير لازم، فإذا تحقق ما يوجب اللزوم صارت بيعاً لازماً {ومقتضى المعاطاة أنها مفاعلة من الجانبين، فلو وقعت بقبض أحد العوضين خاصة مع ضبط الآخر على وجه يرفع الجهالة، ففي حقوق أحكامها نظر: من عدم تحققها} لحصولها من جانب واحد {وحصول التراضي} الذي هو المناط في حقوق أحكامها، وهو أجود {وهو اختياره في الدروس على تقدير دفع السلعة دون الثمن}.

[ويشترط وقوعهما] {أي الإيجاب والقبول} [بلفظ الماضي] {العربي} [كعبت] {من البائع} [واشترت] {من المشتري} لأنه أبلغ في الإنشاء لفرض تحققه [وشريت] {منهما؛ لأنه مشترك بين البيع والشراء} كقوله ﷺ: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاةِ اللَّهِ﴾^(١) [وملكت] {بالتشديد من البائع، وبالتخفيف من المشتري، وتملكت} بل قيل: إنه المشهور، ولعله كذلك، كذا في الجواهر، كما لا خلاف بينهم بوقوعه بلفظ قبلت ورضيت، بل بكل ما يدل على الرضا بالإيجاب [وتكفي الإشارة] والكتابة {الدالة على الرضا على الوجه المعين} [مع العجز] {عن النطق لخرس وغيره} كذي الآفة في لسانه، إجماعاً، ولفحوى طلاق الأخرس، كما في موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (طلاق الأخرس: أن يأخذ مقنعتها، ويضعها

(١) سورة البقرة، آية (٢٠٧).

على رأسها، ويعتزلها^(١) ونحوه غيره {ولا تكفي مع القدرة، نعم تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح} لعدم اشتراط اللفظ فيها.

[ولا يشترط تقديم الإيجاب على القبول، وإن كان] {تقديمه} [أحسن] {بل قيل} والقائل الشيخ في الخلاف {بتعيينه} مدعياً عليه الإجماع، وإن كنا لم نتحققه، كما في الجواهر {ووجه عدم الاشتراط أصالة الصحة، وظهور كونه عقداً فيجب الوفاء به، ولتساويهما في الدلالة على الرضا} فلا دخل للترتيب في ذلك {وتساوي المالكين في نقل ما يملكه إلى الآخر، ووجه التعيين الشك في ترتب الحكم مع تأخره، ومخالفته للأصل} {الأولي في العقد من تقدم الإيجاب على القبول، أو استصحاب عدم ترتب الأثر مع الشك، فلا حظ} {ولدلالة مفهوم القبول على ترتبه على الإيجاب؛ لأنه رضاً به، ومنه يظهر وجه الحسن} في كلام المصنف {ومحل الخلاف ما لو وقع القبول بلفظ اشترت كما ذكره، أو ابتعت أو تملكيت إلخ، لا بقبلت وشبهه} كرضيت فإنه لا يصح تقديم القبول على الإيجاب فيها {وإن أضاف إليه باقي الأركان؛ لأنه صريح في البناء على أمر} وهو مضمون الإيجاب الذي {لم يقع} بعد، فكيف يتحقق القبول أو الرضا به وهو غير واقع؟! نعم اشترط جمع من الأصحاب اتصاليهما عرفاً، وتطابقهما بالنسبة للثمن والمثمن بحيث مع انتفائها ينتفي صدق القبول لذلك الإيجاب، وهو حسن.

[ويشترط في المتعاقدين: الكمال] {برفع الحجر الجامع للبلوغ، والعقل، والرشد} فلا يصح بيع الصبي ولا شراؤه، بلا خلاف معتد أجده فيه، بل الإجماع بقسميه

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (١٩) مقدمات الطلاق، ح ٣.

عليه، كذا في الجواهر، ولخبر حمزة بن حمران عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - أنه قال: (الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها، وجاز أمرها في الشراء والبيع، قال: والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع، ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك)^(١) ونحوه غيره {والاختيار} حين العقد فلا يصح بيع المكره بغير حق، والذي هو مما رفع الشارع الحكم عما أكره عليه من قول أو فعل، بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل الضرورة من المذهب، كذا في الجواهر، ولقوله عليه السلام: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢) [إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْمَكْرَه بَعْدَ زَوَالِ إِكْرَاهِهِ] {لأنه بالغ رشيد قاصد إلى اللفظ} المراد منه المعنى الإنشائي {دون مدلوله} وهو إرادة النقل والرضا {وإنما منع عدم الرضا} حينه {فإذا زال المانع أثر العقد} على المشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً، كذا في الجواهر، بل في الرياض والحدائق: إن ظاهرهم الاتفاق عليه {كعقد الفضولي حين انتفى القصد إليه من مالكة مع تحقق القصد إلى اللفظ في الجملة، فلما لحقته إجازة المالك أثرت، ولا تعتبر مقارنته للعقد، للأصل} وهو عدم وجوب المقارنة {بخلاف العقد المسلوب بالأصل كعبارة الصبي، فلا تجبره إجازة الولي، ولا رضاه بعد بلوغه} لعدم صدوره صحيحاً من أصله.

[و] كذا يعتبر [القصد، فلو أوقعه الغافل، أو النائم، أو الهازل لغى] {وإن لحقته الإجازة} بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر {لعدم القصد إلى اللفظ أصلاً، بخلاف المكره، وربما أشكل الفرق في الهازل: من ظهور قصده إلى اللفظ

(١) الوسائل، جـ ١٧، باب (١٤) عقد البيع وشروطه، ح ١.

(٢) سورة النساء، آية (٢٩).

من حيث كونه عاقلاً مختاراً، وإنما تخلف قصد مدلوله، وألحق المصنف بذلك المكره على وجه يرتفع قصده أصلاً حتى في اللفظ {فلا يؤثر فيه الرضا المتعقب كالغافل والسكران، وهو حسن مع تحقق الإكراه بهذا المعنى، فإن الظاهر من معناه حمل المكره للمكره على الفعل خوفاً على نفسه، أو ما في حكمها} من المال، والعرض، والولد {مع حضور عقله وتمييزه} بحيث يكون مسلوب الإرادة والقصود {واعلم أن بيع المكره إنما يقع موقوفاً} على رضاه {مع وقوعه بغير حق، ومن ثم جاز بيعه في مواضع كثيرة} وإن كان كارهاً {كمن أجبره الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه، ونفقة واجب النفقة، وتقويم العبد على معتق نصيبه منه وفكه من الرق ليرث، وإذا أسلم عبد الكافر، أو اشتراه، وسوغناه، أو اشترى المصحف، وبيع الحيوان إذا امتنع مالكة من القيام بحق نفقته، والطعام عند المخمصة يشتره خائف التلف، والمحتكر مع عدم وجود غيره، واحتياج الناس إليه، ونحو ذلك}.

[ويشترط في لزوم الملك] {لكل من البائع والمشتري لما ينقله من العوض} ومن يقوم مقامه كالولي، والوكيل، والوصي، والمأذون منهم، والحاكم وأمينه، بلا خلاف أجده في شيء منها، بل الإجماع بقسميه على ذلك، كما في الجواهر، ولقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) ومكاتبة الصفار - الصحيحة - أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام (في رجل باع قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكة والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: اشهدوا أنني قد بعْتُ فلاناً - يعني المشتري - جميع القرية التي حد منها كذا، والثاني والثالث والرابع وإنما له في هذه

(١) سورة المائدة، آية (١).

القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك وإنما له بعض هذه القرية وقد أقر له بكلها؟ فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك^(١) ونحوه غيره.

[أو إجازة المالك] {فبدونه يقع العقد موقوفاً على إجازة المالك، لا باطلاً من أصله على أشهر القولين} بل قيل: إنه كاد يكون إجماعاً، بل ربما أشعر قوله: عندنا في التذكرة بالإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولخبر عروة البارقي - المشهور لدى المسلمين، ولذا فهو غني عن النظر في سنده - قال: (قدم جلب، فأعطاني النبي صلى الله عليه وآله ديناراً فقال: اشتر بها شاة، فاشتريت شاتين بدينار، فلحقني رجل فبعت إحداها منه بدينار، ثم أتيت النبي صلى الله عليه وآله بشاة ودينار، فرده عليّ وقال: بارك الله لك في صفقة يمينك)^(٢) ونحوه ما ورد في عقد النكاح من النصوص المستفيضة المعتمدة، ولعدم الخصوصية فيه.

[وهي] {أي الإجازة اللاحقة من المالك} [كاشفة عن صحة العقد] {من حين وقوعه} على الأظهر الأشهر، بل المشهور {لا ناقلة له من حينها؛ لأن السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائطه، وكلها كانت حاصلة إلاّ رضاء المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام عمله، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، فلو توقف العقد على أمر آخر} يكون له أثر في السببية والاقتضاء {لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصةً، بل هو مع الآخر، ووجه الثاني} وهو النقل {توقف التأثير عليه فكان كجزء السبب} ولا يؤثر السبب أثره إلاّ بعد تماميته، ولا يتم إلاّ بالرضا حين يتحقق فعند

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٢) عقد البيع وشروطه، ح ١.

(٢) مستدرک الوسائل، باب (١٨) عقد البيع وشروطه، ح ١.

تحقيقه يتم السبب وحينئذٍ يؤثر أثره، وهذا مبني على كون السبب الشرعي كالسبب العقلي، ولكن الفرق بينهما واضح في كثير من الموارد {وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة} {فالنماء} {المنفصل} {المتخلل} {بين العقد والإجازة الحاصل من المبيع} {للمشتري، ونماء الثمن المعين للبائع} {ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز} لأن النماء تابع للعين سواء كانت ثمناً أم مثمناً، متصلاً أم منفصلاً بلا إشكال.

{ثم إن اتحد العقد فالحكم كما ذكر، وإن ترتبت العقود على الثمن، أو المثمن، أو هما وأجاز الجميع صحّ أيضاً، وإن أجاز أحدهما فإن كان المثمن صحّ في المجاز وما بعده من العقود، أو الثمن صحّ وما قبله} كذا أطلق جمع من الأصحاب {والفرق} بين الثمن والمثمن في الحكم المتقدم هو {أن إجازة المبيع توجب انتقاله عن ملك المالك المجيز إلى المشتري فتصح العقود المتأخرة عنه، وتبطل السابقة، لعدم الإجازة، وإجازة الثمن توجب انتقاله إلى ملك المجيز فتبطل التصرفات} المترتبة على فعل المشتري {المتأخرة عنه حيث لم يحزها وتصح السابقة؛ لأن ملك الثمن المتوسط يتوقف على صحة العقود السابقة، وإلا لم يمكن تملك ذلك الثمن} نفسه.

{هذا إذا بيعت الأثمان} فيباع جنس الثمن لا شخصه الأول {في جميع العقود، أما لو تعلقت العقود بالثمن الأول مراراً: كان كالمثمن في صحة ما أجزى وما بعده، وهذا القيد وارد على ما أطلقه الجميع في هذه المسألة كما فصلناه أولاً، مثاله لو باع مال مالك بثوب، ثم باع الثوب بمئة، ثم باعه المشتري بمئتين، ثم باعه مشتريه بثلاث مئة فأجاز المالك العقد الأخير، فإنه لا يقتضي إجازة ما سبق، بل لا يصح سواه} من العقود السابقة التي وقعت على الثمن، وأما صحة شرائه، وصحة البيع الأول الذي وقع على عين المالك فهي لازمة لهذه الإجازة، فإنه لو لم ينتقل الثمن المذكور إلى مالكه فكيف يجوز البيع الأخير إذا شك في أن الانتقال إليه متوقف على العقد

الأول؟! {ولو أجاز الوسط صحّ وما بعده كالمثمن، نعم لو كان قد باع الثوب بكتاب، ثم باع الكتاب بسيف، ثم باع السيف بفرس، فإجازة بيع السيف بالفرس تقتضي إجازة ما سبقه من العقود؛ لأنه إنما يملك السيف إذا ملك العوض الذي اشتري به وهو الكتاب، ولا يملك الكتاب إلا إذا ملك العوض الذي اشتري به وهو الثوب، فهنا يصح ما ذكره}.

[ولا يكفي في الإجازة السكوت عند العقد] {مع علمه به} [أو عند عرضها] {أي الإجازة} [عليه] عند علمائنا وأكثر أهل العلم، كما عن التذكرة {لأن السكوت أعم من الرضا فلا يدل عليه، بل لا بد من لفظ صريح فيها كالعقد} كما هو الأشهر، ومقابله الاكتفاء بكل ما يدل على الرضا، كما لو بارك الصفقة، بل الفعل أيضاً، كما لو أخذ الثمن، أو حول عليه، وهو أجود [ويكفي أجزت] {العقد، أو البيع} أو أنفذت، أو أمضيت، أو رضيت وشبهه [كأقررت، وأبقيته، والتزمت به] {فإن لم يحز انتزعه من المشتري} اتفاقاً {لأنه عين ماله} ولصحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحق، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمان الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه)^(١) ونحوه غيره [ولو تصرف] {المشتري} [فيه بماله أجرة] {كسكنى الدار، وركوب الدابة} [رجع بها عليه] قطعاً بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر، ولخبر زرارة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: (رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم إن أباه يزعم أنها له، وأقام على ذلك البينة، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٨٨) نكاح العبيد والإماء، ح ٥.

ويعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها^(١) ونحوه غيره {بل له الرجوع بعوض المنافع وإن لم يستوفها، مع وضع يده عليها؛ لأنه حينئذٍ كالغاصب، وإن كان جاهلاً} كما هو الأشهر، لحيلولته في انتفاع صاحب المال به، فيكون بحكم المتلف، فيندرج تحت عموم (على اليد) ويشكل: بأن النصوص المتقدمة واردة في مقام البيان وهي إنما دلت على ضمان المنافع المستوفاة فقط، فأصل البراءة من الضمان جارٍ بلا إشكال في غيرها.

[ولو نما كان] {النماء} [لمالكه] لأنه نماء ملكه {متصلاً كان أم منفصلاً، باقياً كان أم هالكاً، فيرجع عليه بعوضه وإن كان جاهلاً} كما هو صريح خبر زرارة المتقدم وغيره {وكذا يرجع بعوض المبيع نفسه لو هلك في يده، أو بعضه مع تلف بعضه} مطلقاً {بتفريط وغيره} لأن يده عادية فيشملة عموم (على اليد) {والمعتبر في القيمي قيمته يوم التلف، إن كان التفاوت بسبب السوق} وقد نسبه في الدروس إلى الأكثر؛ لأنه وقت الضمان {وبالأعلى إن كان بسبب زيادة عينية} كالسمن ونحوه، بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنها تابعة للعين فإذا تلفت وهي حاوية لها كانت مضمونة عليه بقيمتها حين التلف.

[ويرجع المشتري على البائع] الفضولي [بالثمن إن كان باقياً، عالماً كان أو جاهلاً] بكون المشتري فضولياً، أما الثاني فهو المجمع عليه بين الأصحاب، مضافاً إلى قاعدة رجوع المغرور على من غره، ولصحيح جميل المتقدم، وأما الأول فهو مختار المحقق والعلامة وولده والمحقق الثاني {لأنه ماله ولم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه، فإنه إنما دفعه عوضاً عن شيء لم يسلم له} خلافاً للأشهر، بل المشهور، لأنه هو

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٨٨) نكاح العبيد والإماء، ح ٤.

الذي سلطه عليه مع علمه بعدم استحقاقه له وعليه فيستفاد منه إباحته له، ويشكل: بما ذكره الشارح.

[وإن تلف قيل] {والقائل به الأكثر، بل ادعى عليه في التذكرة الإجماع} [لا رجوع به مع العلم] {بكونه غير مالك ولا وكيل؛ لأنه سلطه على إتلافه مع علمه بعدم استحقاقه له فيكون بمنزلة الإباحة} له بلا عوض {بل ظاهر كلامهم عدم الرجوع به مطلقاً} حتى مع بقاءه، فضلاً عن تلفه {لما ذكرناه من الوجه} {وهو} {مع بقاء العين في غاية البعد} لما تقدم {ومع تلفه} [بعيد مع توقع الإجازة] {لأنه حينئذ لم يبحه مطلقاً} وبلا عوض أصلاً {بل دفعه متوقعاً لكونه عوضاً عن المبيع، فيكون مضموناً له} حتى يؤديه إلى مالك العين مع الإجازة، أو يرده عليه مع عدمها {ولتصرف البائع فيه تصرفاً ممنوعاً منه} {لأنه فضولي} {فيكون مضموناً عليه، وأما مع بقاءه فهو عين مال المشتري} فيرجع إليه مع علمه بكونه فضولياً أو عدمه {ومع تسليم الإباحة} المدعاة من قبل المشهور، الحاصلة من التسليط {لم يحصل ما يوجب الملك، فيكون القول بجواز الرجوع به مطلقاً} ولو مع التلف {قوياً، وإن كان نادراً} قال في المسالك: فالقول بالرجوع مطلقاً متجه، لكن لما أجمعوا على عدمه مع التلف كان هو الحجة، وحينئذ نقول: إن تحقق الإجماع فالأمر واضح، وإلا فمن الجائز أن يكون عدم رجوع المشتري العالم عقوبة له حيث دفع ماله معاوضاً به على محرم، وعلى هذا يكون البائع مخاطباً برده، أو رد عوضه مع التلف، فإن بذله أخذه المشتري، وإن امتنع منه بقي للمشتري في ذمته، وإن لم تجز له مطالبته. وقال هنا {إن لم يثبت الإجماع على خلافه، والواقع خلافه، فقد ذهب المحقق إلى الرجوع به مطلقاً} حتى مع تلفه، لحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، ومعه فلا يتم إجماع التذكرة {وكيف يجتمع تحريم تصرف البائع فيه} المجمع عليه {مع عدم رجوع المشتري به في

حال؟! مع أنه ماله على كل حال {فإنه حينئذ لا محالة غاصب آكل للمال بالباطل، ولا فرق في هذا الحكم بين الغاصب محضاً، والبائع فضولياً مع عدم إجازة المالك} مطلقاً، لو حدة المناط.

[ويرجع المشتري] {على البائع} الفضولي [بما اغترم] {للمالك، حتى بزيادة القيمة عن الثمن لو تلفت العين فرجع} المالك {بها عليه على الأقوى، لدخوله على أن تكون له مجاناً} لأن مقتضى البيع الاسترباح {أما ما قابل الثمن من القيمة} الكلية {فلا يرجع به، لرجوع عوضه إليه فلا} يجوز له أن {يجمع بين العوض والم عوض، وقيل} والقائل الشيخ [لا يرجع] المشتري {بالقيمة مطلقاً} لا بالثمن ولا بالزيادة {لدخوله} وإقدامه {على أن تكون العين مضمونة عليه، كما هو شأن البيع الصحيح والفاقد} لقاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده المجمع عليها بين الأصحاب، ولعموم قاعدة (على اليد) {كما لو تلفت العين} فيضمنها ولا يرجع بقيمتها على البائع الفضولي {وفيه: أن ضمانه للمثل، أو القيمة أمر زائد على فوات العين الذي قد قدم على ضمانه وهو مغرور من البائع بكون المجموع له بالثمن، فالزائد بمنزلة ما رجع عليه به، وقد حصل له في مقابله نفع، بل أولى} لأن الزائد المذكور حكمه حكم ما لو رجع المشتري به على البائع مما حصل للمشتري في مقابله نفع وقد غرم للمالك، بل الحكم بالرجوع في الزائد المذكور أولى؛ لأنه مما لم يحصل للمشتري في مقابله نفع، مع أنه يحكم بالرجوع فيه، وحاصله: أنا سلمنا دخوله على أن تكون العين مضمونة عليه، لكن الذي قدم على ضمانه هو العين باعتبار مقابلتها بالثمن وكون الزائد عليه مجاناً، وضمانه للمثل في المثل، أو القيمة في القيمي أمر زائد على ما قدم على ضمانه، كما هو المفروض، وقد غره البائع بكون المجموع - ما قابل الثمن من العين وما زاد عليه - في مقابل الثمن فيكون الزائد بمنزلة النماء، والثمرة في

كونها له مجاناً من غير عوض وقد غره البائع في الجميع، فكما يرجع المشتري عليه بما اغترمه مما له في مقابله نفع كالنماء والثمرة يرجع بما قابل الزائد أيضاً، والأولوية ظاهرة؛ فإن الزائد إذا اشترك مع ما حصل له في مقابله نفع في المعنى الذي هو مناط الرجوع، وقلنا بالرجوع فيه مع حصول عوض ما اغترم به إليه وانتفاعه، فالزائد أولى بالرجوع؛ لأنه عن معاملة محضة لا ينتفع بعوضها أصلاً {هذا إذا كانت الزيادة على الثمن موجودة حال البيع} كما لو كانت السلعة تساوي عشرة دنانير فباعها الفضولي بستة {أما لو تجددت بعده فحكمها حكم الثمرة، فيرجع بها أيضاً كغيرها مما حصل له في مقابلته نفع على الأقوى، لغروره، ودخوله على أن يكون ذلك له بغير عوض، أما ما أنفقه عليه ونحوه مما لم يحصل له في مقابله نفع فيرجع به قطعاً} [إن كان جاهلاً] {بكونه مالكاً، أو مأذوناً بأن ادعى البائع} الفضولي {ملكه، أو الإذن فيه، أو سكت ولم يكن المشتري عالماً بالحال} وإلا لم يرجع بما اغترمه؛ لأنه متعدد غاصب.

[ولو باع غير المملوك مع ملكه ولم يميز المالك صحّ] {البيع} [في ملكه] {ووقف فيما لا يملك على إجازة مالكة} بلا خلاف في صحة بيعه ونفوذه فيما ملك، بل ظاهرهم الإجماع عليه، كما اعترف به في الرياض، بل في الغنية دعواه صريحاً، كما في الجواهر، لإطلاق الأدلة وعمومها، لا سيما مع ملاحظة ما يظهر من النص والفتوى من كون الأسباب الشرعية كالعقلية، تؤثر في القابل دون غيره، ولمكاتبة الصفار - الصحيحة - المتقدمة في اشتراط الملك في صحة البيع {فإن أجاز صحّ البيع} وكان كصفة واحدة {ولا خيار} للمشتري، لعدم الموجب له [و] {إن ردّ} [تخير المشتري مع جهله] {بكون بعض المبيع غير مملوك للبائع، لتبعض الصفة، أو الشركة} بلا خلاف أجده فيه، بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا، كذا في الجواهر،

ووجوب البيع في المكاتب المتقدمة إنما هو بالنسبة إلى البائع وصحة المعاملة [فإن] {فسخ} المشتري {رجع كل مال إلى مالكه، وإن} {رضي صحّ البيع في المملوك} {للبيع} {بحصته من الثمن} {ويعلم مقدار الحصة} {بعد تقويمهما جميعاً، ثم تقويم أحدهما} {منفرداً، ثم نسبة قيمته} {المنفردة} {إلى قيمة المجموع، فيخصه من الثمن مثل تلك النسبة، فإذا قوماً جميعاً بعشرين، وأحدهما بعشرة صحّ في المملوك بنصف الثمن كائناً ما كان} {زائداً أم ناقصاً} {وإنما أخذ بنسبة القيمة ولم يخصه من الثمن قدر ما قوم به، لاحتمال زيادتها عنه ونقصانها، فربما جمع في بعض الفروض بين الثمن والمثمن على ذلك التقدير} {وهو أخذ القيمة من الثمن} {كما لو كان قد اشترى المجموع في المثال بعشرة} {وقدر المملوك بعشرة وغيره بعشرة وكان المسمى عشرة، فلو أخذ القيمة من الثمن المساوية لثمن المملوك في قبال غير المملوك فقد جمع بين الثمن والمثمن، وهو باطل بالضرورة.

{وإنما يعتبر قيمتهما مجتمعين إذا لم يكن لاجتماعهما مدخل في زيادة قيمة كل واحد كثنيتين} {مستقلين، فإذا باعها بألف ولم يجز صاحب أحدهما فيدفع المشتري خمس مئة للمالك، ويرد الثوب الآخر على صاحبه} {أما لو استلزم ذلك كمصراعي باب لم يقيماً مجتمعين؛ إذ لا يستحق مالك كل واحد ماله إلاّ منفرداً} {لاضمحلال فائدة الاجتماع المسببة للزيادة في كل منهما} {وحيثئذ فيقوم كل منهما منفرداً، وينسب قيمة أحدهما} {كذلك} {إلى مجموع القيمتين} {المنفردتين} {ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة} {فإذا كانت قيمتهما - مثلاً - مجتمعين اثني عشر، ومنفردين تسعة، والثمن الذي يباع به ستة فقيمة أحدهما ثلاثة - من غير لحاظ النسبة - أخذنا له من الثمن بقدر نسبته إلى التسعة وهو ثلث الستة وهو اثنان، ولا يؤخذ له بقدر نسبته إلى الاثني عشر وهو ربع الستة وهو واحد ونصف؛ لأن قيمتهما حال الاجتماع قد ألغيت واستحق

كل منهما ثمن مصراعه منفرداً، والأجود التنصيف بينهما، لما ذكر من عدم الالتفات لحال الاجتماع، فكل يرجع إليه مصراعه، أو قيمته التي هي نصف الثمن {نعم لو كانا لملك واحد فأجاز في أحدهما دون الآخر أمكن فيه ما أطلقوه} من صحة البيع بحصته من الثمن {مع احتمال ما قيدناه} لعدم الفرق بين كونها لملك واحد أو متعدد بعد فرض ارتفاع الصفة المشتركة.

[وكذا لو باع ما يُملك] {مبنيًا للمجهول} [وما لا يملك كالعبد مع الحر، والخنزير مع الشاة] {فإنه يصح في المملوك بنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين من الثمن} [ويقوم الحر] كما [لو كان عبداً] {على ما هو عليه من الأوصاف والكيفيات} التي لها مدخل في القيمة، فلو باعها بألف وقوم الحر بسبع مئة وخمسين ديناراً، والعبد بخمسة مئة دينار، كانت نسبة قيمة العبد خمسي الثمن، فيدفع أربع مئة دينار ويرجع بست مئة دينار.

[والخنزير عند مستحليه] {إما بإخبار جماعة منهم كثيرة يؤمن اجتماعهم على الكذب، ويحصل بقولهم العلم} الحقيقي بحليته عندهم {أو الظن المتأخم له} لأنه علم عادي فيكون مشمولاً لأدلة الحجية {أو بإخبار عدلين مسلمين يطلعان على حاله عندهم، لا منهم مطلقاً} من دون أن يحصل العلم أو الظن المتأخم له {لاشترط عدالة المقوم، هذا مع جهل المشتري بالحال} من أن جزءاً من المبيع لا يصح بيعه، لكن ظاهر الأصحاب عدم الفرق بين حالي العلم والجهل في الصحة؛ لأن الغرر مدفوع بالعلم في الجملة، كما لو باع سلعته وسلعة غيره مع إجازة المالك فالباع صحيح ولازم مع أن ثمن سلعة كل منهما غير معلوم بالتفصيل، وهذا كافٍ لدفع الغرر المنهي عنه، ومنه يعلم التأمل في قوله {ليتم قصده إلى شرائها، ويعتبر العلم بثمر المجموع لا الأفراد، فيوزع حيث لا يتم له} كما في الحر والخنزير.

{أما مع علمه بفساد البيع فيشكل صحته، لإفضائه إلى الجهل بضمن المبيع حال البيع؛ لأنه في قوة بعثك العبد بما يخصه من الألف إذا وزعت عليه وعلى شيء آخر لا يعلم مقداره الآن} وهذا باطل، كما نبه عليه العلامة في التذكرة {أما مع جهله فقصدته إلى شراء المجموع، ومعرفة مقدار ثمنه كافٍ} في رفع الجهالة الموجبة للغرر {وإن لم يعلم مقدار ما يخص كل جزء} وهذا العلم موجود عند المشتري بالحال، فيلزمه صحة البيع فيما يملك، وإن كان كذلك {ويمكن جريان الإشكال في البائع مع علمه بذلك} ويحكم بفساد البيع للغرر {ولا بعد في بطلانه من طرف أحدهما} وهو البائع العالم {دون الآخر} وهو المشتري الجاهل، لكن قد عرفت كفاية العلم المجمل بالثمن في صحة البيع مطلقاً، سواء مع علمهما أم جهلهما أم أحدهما بالثمن التفصيلي لسعة كل منهما {هذا إذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن، أو كانت عينه باقية، أو كان جاهلاً، وإلا} إذا كان قد دفع الثمن {جاء فيه - مع علمه بالفساد - ما تقدم في الفضولي بالنسبة إلى الرجوع بالثمن} من أن الأصحاب لا يجوزون الرجوع بالثمن إما مطلقاً، كما هو مذهب الشيخ، أو مع تلفه، كما هو مذهب الأكثر، إلا أن يقال: إن ذلك المورد خرج بالإجماع فيقتصر على مورده.

[وكما يصح العقد من المالك، يصح من القائم مقامه وهم] {أي القائم، جمعه باعتبار معنى الموصول، ويجوز توحيده نظراً إلى لفظه} [سنة: الأب، والجد له] {وإن علا} اتفاقاً، ولفحوى ما ورد من تسلطهما على بضع البنت كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: (إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه، ولابنه أيضاً أن يزوجهما ... الحديث)^(١) لا لغيرهم من الأجداد، لعدم الدليل؛ لأن مقتضى

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (١١) عقد النكاح وأولياء العقد، ح ١.

الأصل عدم ولايتهم [والوصي] {من أحدهما على الطفل، والمجنون الأصلي، ومن طراً جنونه قبل البلوغ} بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولمعتبر ابن رثاب قال: (سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك أولاداً صغاراً، وترك ممالك غلماناً وجواري ولم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟ وما ترى في بيعهم؟ قال: فقال: إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً فيهم، قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟ فقال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم)^(١) ونحوه غيره.

[والوكيل] {عن المالك} ما دام الموكل حياً جائز التصرف {ومن له الولاية حيث يجوز له التوكيل} بلا خلاف ولا إشكال، بل عن الغنية الإجماع عليه، كذا في الجواهر، لإطلاق أدلة الوكالة، ولصحيح معاوية بن وهب وجابر بن يزيد جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: (من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها)^(٢).

[والحاكم] {الشرعي} وهو المجتهد الحاوي لشرائط القضاء {حيث تفقد الأربعة} المتقدم ذكرها {وأمينه} {وهو منصوبه لذلك، أو ما هو أعم منه} فلا يكونان وليين إلا على المحجور عليه لصغر، أو جنون، أو سفه، أو نسيان، أو غيبة طويلة يحصل بسببها الضرر، فيبيعان ماله في نفقة واجبة، أو لحفظه من الضياع، أو نحو

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (١٥) عقد البيع وشروطه، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (١) الوكالة، ح ١.

ذلك، بل التحقيق عموم ولايتها في كل ما أنيط بالقضاء في مال أو غيره، كما مر في كتاب القضاء.

[وبحكم الحاكم، المقاص] {وهو: من يكون له على غيره مال فيجحده، أو لا يدفعه إليه مع وجوبه، فله الاستقلال بأخذه من ماله قهراً من جنس حقه إن وجد، وإلا فمن غيره بالقيمة، مخيراً بين بيعه من غيره، ومن نفسه} وظاهره عدم جواز المقاصة إلا بالبيع إن كان من غير جنس المال المستحق، ولم أجد وجهاً لهذا التخصيص، خصوصاً مع ملاحظة عموم جواز استنقاذ حق المستحق مع يقينه بحقه، ووجوبه على مستحقه، كما في صحيح جميل بن دراج قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذي جحده يأخذه وإن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم)^(١) ونحوه غيره {ولا يشترط إذن الحاكم} في المقاصة {وإن أمكن، لوجوده} من قبل الشارع الأقدس، كما تقدم {ووجود البينة المقبولة عنده في الأشهر} ومقابله ما ذهب إليه المحقق في النافع والآبي والفخر من عدم جوازها إلا إذا كانت بحكم الحاكم بعد قيام البينة عنده، مستدلين عليه: بأن التسلط على مال الغير خلاف الأصل فيقتصر على مورده، وهو كما ترى! فإنه اجتهد في مقابلة النص {ولو تعذر الأخذ إلا بزيادة جاز، فتكون بيده أمانة} شرعية للإذن بها في النصوص {في قول} هو الأقوى، وفي آخر: أنها مضمونة عليه ولو تلفت من غير تعد أو تفريط، وهو كما ترى! ضعيف، لعدم ما يصلح أن يكون دليلاً عليه {إلى أن يتمكن من ردها فيجب على الفور} لعدم الإذن في بقائها في يده، كما قد يشعر به ذيل مكاتبة علي بن سليمان قال: كتبت إليه: (رجل غصب مالاً أو

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٨٣) ما يكتسب به، ح ١٠.

جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة أو قرض مثل ما خانته أو غصبه، أيحل له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: نعم يحل له ذلك إن كان بقدر حقه، وإن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقي إليه إن شاء الله^(١) {ولو توقف أخذ الحق على نقب جدار، أو كسر قفل جاز، ولا ضمان على الظاهر} للإذن فيه من قبل الشارع {ويعتبر في المأخوذ كونه زائداً على المستثنى في قضاء الدين} كالدار والخادم وقوت يوم وليلة ونحوها، لعدم وجوب الوفاء به، لاستثنائه شرعاً.

{ولو تلف من المأخوذ شيء قبل تملكه ففي ضمانه قولان} مأخذهما: أنه مال للغير وقد أتلف فيدخل تحت عموم على اليد، كما عن المحقق والعلامة في القواعد وغيرهما، ومن إذن الشارع له في استنقاذ حقه فلا ضمان، كما عن الشيخ في المبسوط وتابعه المصنفان والأردبيلي {ويكفي في التملك النية، سواء كان بالقيمة أم بالمثل} إذا كان من جنس الحق.

{وفي جواز المقاصة من الوديعة قولان} أحدهما: الكراهة، وهو مختار الشيخ في الاستبصار وتبعه عليه ابن إدريس، وهو الأجود، والثاني: الحرمة، وهو مختار الشيخ في أغلب كتبه ومذهب أبي الصلاح وابن البراج وأبي علي الطبرسي {والمروي العدم} في صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قلت له: الرجل يكون لي عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعني مالاً، ألي أن آخذ مالي عنده؟ قال: لا، هذه الخيانة)^(٢) {وحمل على الكراهة} جمعاً بينه وبين صحيح أبي العباس البقباق (أن شهاباً ماراه في رجل ذهب له بألف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٨٣) ما يكتسب به، ح ٩.

(٢) الوسائل، ج ١٧، باب (٨٣) ما يكتسب به، ح ١١.

العباس فقلت له: خذها مكان الألف التي أخذ منك، فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبي عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك. فقال: أما أنا فأحب أن تأخذ وتحلف^(١) {وفي جواز مقاصة الغائب من غير مطالبته وجهان} من أنه كالجاحد في الماطلة، وعدم إمكان الاستيفاء إلاّ بها، ومن عدم النص، والإلحاق قياس، ولذا كان {أجودهما العدم إلاّ مع طولها بحيث يؤدي إلى الضرر، ولو أمكن الرجوع هنا إلى الحاكم فالأقوى توقفه عليه} لأنه ولي من لا ولي له. والغائب منهم.

[ويجوز للجميع] {أي جميع من له الولاية ممن تقدم} [تولي طرفي العقد] {بأن يبيع من نفسه، وممن له الولاية عليه} عن المولى عليه من غيره، وعن نفسه من المولى عليه، وعن المولى عليه من نفسه، بلا خلاف محقق أو معتد به أجده فيه، بل الإجماع بقسميه، عليه كذا في الجواهر، ولموثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن الوالد يحل له من مال ولده إذا احتاج إليه؟ قال: نعم، وإن كان له جارية فأراد أن ينكحها قومها على نفسه ويعلن ذلك ... الحديث)^(٢) ونحوه غيره، وإطلاق ما دل على ولايته الشامل لذلك، والحيشية مع المغايرة الاعتبارية كافية في تحقق الفعل والانفعال وعدم اختصاصها بالعقد مع الغير [إلاّ الوكيل والمقاص] {فلا يجوز توليها طرفيه، بل يبيعان من الغير} مالهما، أو مال المولى عليه، وإن أعلمه بذلك، كما حكى عن أبي علي والشيخ في النهاية والخلاف وموضع من المبسوط وابن إدريس، بل عن غاية المراد نسبته إلى كثير من أصحابنا، وإن كنا لم نتحققه، كذا في الجواهر {والأقوى كونها كغيرهما} ممن قاما مقامه {وهو اختياره في الدروس}

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٨٣) ما يكتسب به، ح٢.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٧٩) ما يكتسب به، ح٢.

وفاقاً لأبي الصلاح والعلامة وولده {لعموم الأدلة} الدالة على جواز الشراء لهم ومنهم من كل أحد وعلى كل أحد بما فيه نفسيهما، وإخراجهما يحتاج إلى مخصص {وعدم وجود ما يصلح للتخصيص} إلا ما يظهر من موثق إسحاق قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبعث إلى الرجل، يقول له: ابتع لي ثوباً فيطلب له في السوق فيكون عنده مثل ما يجد له في السوق فيعطيه من عنده، فقال: لا يقربن هذا ولا يدنس نفسه ... الحديث) ^(١) المحمول على النهي الإرشادي باعتبار تطرق التهمة، وهو خارج عن المقام [ولو استأذن الوكيل جاز] وهو المشهور، كما عن التذكرة {لا تنفاء المانع} وهو تطرق التهمة {حينئذ}.

[ويشترط كون المشتري مسلماً إذا ابتاع مصحفاً، أو مسلماً] على المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً، بل عن الغنية الإجماع عليه، بل لم أتحقق الخلاف فيه صريحاً، كذا في الجواهر {لما في ملكه للأول من الإهانة} للإسلام لا للمصحف فقط، بل هو أولى من جعل السبيل على المسلم {وللثاني من الإذلال وإثبات السبيل} وقد قال الله عز وجل: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ ^(٢) ولفحوى صحيح حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام: (أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد لذمي قد أسلم، فقال: اذهبوا فبيعوه من المسلمين، وادفعوا ثمنه إلى صاحبه، ولا تقروه عنده) ^(٣).

{وقيل: يصح} بيعه على الكافر {ويؤمر بإزالة ملكه} لصحة تملك الكافر، وجواز تملك العبد المسلم، ويرفع السبيل بإزالة الملك قهراً، لكنه كما ترى! مخالف

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٥) آداب التجارة، ح ٢.

(٢) سورة النساء، آية (١٤١).

(٣) الوسائل، ج ١٧، باب (٢٨) عقد البيع وشروطه، ح ١.

لظاهر الآية، والرواية، ولذا نسبته إلى القليل {وفي حكم المسلم ولده الصغير، والمجنون} للحكم بإسلامهما تبعاً، إجماعاً، لقاعدة الإلحاق بأشرف الأبوين المجمع عليها {ومسبية المنفرد به إن ألحقناه به فيه} كما هو مذهب الشيخ وأتباعه، وعن بعض: الإلحاق بالطهارة فقط، وليس عليهما دليل ظاهر، فالأقوى العدم، لعدم الدليل.

{واللقيط يحكم بإسلامه ظاهراً} كلقيط دار الإسلام، أو ما يمكن أن يكون من مسلم وإن لم يكن فيها، كما هو الأشهر [إلا فيمن ينعق عليه] {فلا منع} كما في محكي المقنعة والنهاية والسرائر والسرائع وكافة المتأخرين {لانتفاء السبيل بالعتق عليه} بل في السرائر: الإجماع عليه، وهو الحجة {وفي حكمه مشروط العتق عليه في البيع، ومن أقر بحريته وهو في يد غيره} لقاعدة (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) {وضابطه جواز شرائه حيث يتعقبه العتق قهراً} ومنه ما لو قال الكافر للمسلم: أعتق عبدك عني، لعدم اندراجهِ في السبيل المنفي، ومنه يعرف عموم الحكم لكل من ينعق عليه قهراً، من غير فرق بين الأبوين وغيرهما، حتى لو كانوا من رضاع، بل في التذكرة وغيرها تسرية الحكم إلى كل شراء يتعقبه العتق وإن لم يكن قهراً، وهو قوي.

{وفي حكم البيع} في الحرمة {تملكه له اختياراً كالهبة، لا بغيره كالإرث وإسلام عبده، بل يجبر على بيعه من مسلم على الفور مع الإمكان} لما تقدم في خبر حماد {وإلا} حيل بينهما بوضعه على يد مسلم إلى أن يوجد راغب {لنفي السبيل الآبي عن التخصيص} {وفي حكم بيعه منه إجارته له الواقعة على عينه} لأنه سبيل {لا على ذمته، كما لو استدان منه} وكذا رهنه عنده، لنفي السبيل، وأما عاريته فالأقوى المنع، لاستخدامه، لصدق السبيل عرفاً المنفي شرعاً، وفي إيداعه عنده وجهان: أجودهما

الجواز؛ لانتفاء السبيل {وفي حكم المصحف أبعاضه} إن كانت مستقلة، لعدم الفرق {وفي إلحاق ما يوجد منه في كتاب غيره شاهداً} كان {أو نحوه نظر: من الجزئية} واقعاً {وعدم صدق الاسم} عرفاً، أجودهما الثاني {وفي إلحاق كتب الحديث النبوية به وجه} مخرج، وكأنه لمنافاته للتعظيم؛ لأن كلامه ﷺ وكلام الأئمة عليهم السلام ككلام الله عز وجل، فتدبر ولاحظ.

[وهنا مسائل]:

[الأولى: يشترط كون المبيع مما يملك] {أي يقبل الملك شرعاً} بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، وللقاعدة المشهورة (لا بيع إلا في ملك) [فلا يصح بيع الحر] لأنه ليس مالاً شرعاً [وما لا نفع فيه غالباً كالحشرات] {بفتح الشين: كالحيات، والعقارب، والفئران، والخنافس، والنمل} والديدان والقمل والبق والبرغوث {ونحوها؛ إذ لا نفع فيها يقابل بالمال، وإن ذكر لها منافع في الخواص} المبحوث عنها، ككتاب الحيوان للدميري وغيره {وهو الخارج بقوله: غالباً} لأن الذي يغلب نفعه هو الذي يصدق عليه المال، ولا يكون بذل المال بإزائه سفهاً، وأما إذا كان الغالب عدم النفع فإن ذلك يخرج عن المالية، ويسقط صلاحيته للملك، فلا يدخل تحت عموم قوله ﷺ: ﴿تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١) بل يكون بذل المال بإزائه سفهاً، وأكلاً للمال بالباطل، وهما محرمان شرعاً.

[وفضلات الإنسان] {وإن كانت طاهرة} كشعره وظفره وبصاقه ونحوها، لاتحاد المناط في الجميع [إلا لبن المرأة] {فيصح بيعه، والمعاوضة عليه} بلا خلاف ولا إشكال، للسيرة المقطوع بها، ولقوله ﷺ: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسَرُّضُ لَه أُخْرَى﴾^(٢) {مقدراً بالمقدار المعلوم} كثلاث رضعات في اليوم مثلاً {أو المدة} كعشرين شهراً {لعظم الانتفاع به} [ولا المباحات] العامة كالمياه، والكلاء، والأسماك، والوحوش، والطيور، قبل حيازتها {لانتفاء الملك عنها حينئذٍ، والمتبايعان فيها سيان} فلا يفضل

(١) سورة النساء، آية (٢٩).

(٢) سورة الطلاق، آية (٦).

أحدهما على الآخر، فهما فيه شرع سواء {وكذا} لا يصح بيعها {بعد الحيازة قبل نية التملك إن اعتبرناها فيه، كما هو الأجود} حيث إن وضع اليد على المباح أعم من إرادة الملك، فأصالة عدم ترتب الأثر محكمة، ولا ترتفع إلا بنية التملك.

[ولا الأرض المفتوحة عنوة] {بفتح العين أي قهراً كأرض العراق والشام؛ لأنها للمسلمين قاطبة} إجماعاً محكياً عن الخلاف والتذكرة، إن لم يكن محصلاً، من غير فرق بين القائمين وغيرهم، ولا بين الموجودين وغيرهم، كذا في الجواهر، ولصحيح محمد الحلبي قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين: لمن هو اليوم، ولمن يدخل في الإسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد ... الحديث)^(١) ونحوه غيره، فهي {لا تملك على الخصوص} مطلقاً ببيع أم شراء أم هبة، كما لا يصح تملكها ولا إيجارها ولا إرثها وغيرها من أسباب النقل، كما هو مذهب الشيخ في المبسوط وابني زهرة وحزمة والعلامة وغيرهم [إلا تبعاً لآثار المتصرف] {من بناء وشجر فيه، فيصح في الأقوى} كما عن السرائر والمختلف وغيرهما، بل نسبه بعضهم إلى جميع المتأخرين {وتبقى تابعة له ما دامت الآثار، فإذا زالت رجعت إلى أصلها} ملكاً لجميع المسلمين {والمراد منها الحياة وقت الفتح، أما الموات فيملكها المحيي} بلا خلاف يذكر، ولصحيح الرهط عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام قالوا: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من أحيا أرضاً مواتاً فهي له)^(٢) ونحوه غيره، وهو مستفيض، ولا يحتاج في إحيائها إلى الإذن من الحاكم الشرعي، لإطلاق النصوص.

(١) الوسائل، ج٧، باب (٢١) عقد البيع وشروطه، ح ٤.

(٢) تهذيب الأحكام، ج٧، ص (١٥٢).

[والأقرب عدم جواز بيع رباع مكة] {أي دورها} {زادها الله شرفاً، لنقل الشيخ في الخلاف الإجماع} {على عدم جوازه} {إن قلنا: إنها فتحت عنوة} {لاستواء الناس فيها حينئذٍ، ولو قلنا: إنها فتحت صلحاً جاز، وفي تقييد المنع بالقول بفتحها عنوة مع تعليله بنقل الإجماع المنقول بخبر الواحد تنافر؛ لأن الإجماع إن ثبت لم يتوقف على أمر آخر} حتى النص {وإن لم يثبت افتقر إلى التعليل بالفتح عنوة وغيره} فلا وجه لذكره، لعدم حجتيه؛ لأنه معلل {و} مع ذلك {يبقى فيه: أنه على ما اختاره سابقاً من ملكه تبعاً للآثار ينبغي الجواز، للقطع بتجدد الآثار في جميع دورها عما كانت عليه عام الفتح، وربما علل المنع بالرواية} عن عبد الله بن عمرو بن العاص {عن النبي ﷺ} بالنهي عنه {حيث قال ﷺ: (مكة حرام وحرام بيع رباعها وحرام أجر بيوتها)}^(١) {وبكونها في حكم المسجد، لآية الإسراء} في قوله ﷻ: ﴿سُبْحَانَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلًا مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى﴾^(٢) {مع أنه كان من بيت أم هاني} أو خديجة ؓ، أو شعب أبي طالب ؓ، كما عن التذكرة وظاهر الدروس، بل عن الفخر نسبته إلى كثير {لكن الخبر لم يثبت} لضعف سنده جداً {وحقيقة المسجدية منتفية} بالضرورة {ومجاز المجاورة والشرف والحرمة ممكن، والإجماع} القطعي {غير متحقق} لأنه منقول، وهو ليس بحجة {فالجواز متجه} كما هو خيرة جمع، بل في المسالك: أنه المشهور، وفي الجواهر: بل ينبغي القطع به، لوجود المقتضي وهو قاعدة السلطنة، مؤيداً ببيع عقيل ؓ رباع أبي طالب ؓ * وعدم صلاحية المانع.

(١) السنن الكبرى، ج٦، ص(٥٧).

(٢) سورة الإسراء، آية (١).

★ الإمتاع والإسراع للمقريزي، ج١، ص(٣٨٨).

[الثانية: يشترط في المبيع] وكذا الثمن [أن يكون مقدوراً على تسليمه] فإن الظاهر الإجماع على اشتراطه في الجملة، كما في جامع المقاصد، وفي التذكرة: أنه إجماع. وفي المبسوط: الإجماع على عدم جواز بيع السمك في الماء ولا الطير في الهواء، كما في مكاسب الشيخ الأعظم [فلو باع الحمام الطائر] {أو غيره من الطيور المملوكة} [لم يصح] للنبي المشهور بين الفريقين (وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر، وعن بيع الغرر)^(١) وهذا مما يصدق عليه بلا إشكال؛ بل إن بذل المال بإزائه يعد من السفه وأكل للمال بالباطل [إلا أن تقضي العادة بعوده] {فيصح} على الأقوى، لإمكان تسليمه {لأنه حينئذ كالعبد المنفذ في الحوائج، والدابة المرسلّة} فيرتفع الغرر المنهي عنه.

[ولو باع] {المملوك} [الآبق] {المتعذر تسليمه} من قبل البائع، وغير المقدور عليه من قبل المشتري [صحّ مع الضميمة] {إلى ما يصح بيعه منفرداً} كما عن الانتصار وكشف الرموز والتنقيح، بل بلا خلاف، كما عن الخلاف، كذا في المكاسب، ولصحيح رفاة النخاس قال: (سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له: أ يصلح لي أن اشتري من القوم الجارية الآبقة، وأعطيتهم الثمن وأطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري منهم معها ثوباً أو متاعاً، فتقول لهم: اشتري منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً فإن ذلك جائز)^(٢) ونحوه غيره.

[فإن وجده المشتري] {وقدر على إثبات يده عليه} كان الثمن بإزائه والضميمة معاً [وإلا كان الثمن بازاء الضميمة] فقط {ونزل الآبق بالنسبة إلى الثمن منزلة

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٤٠) آداب التجارة، ح٣.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (١١) عقد البيع وشروطه، ح١.

المعدوم} فلا يقسط عليه وعليها، كما هو مقتضى القواعد، لموثق سماعاً عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله، قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئاً آخر، ويقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه)^(١) {ولكن لا يخرج بالتعذر عن ملك المشتري، فيصح عتقه عن الكفارة، وبيعه لغيره مع الضميمة} [ولا خيار للمشتري مع العلم بإباقه] {لقدومه على النقص} مع علمه فلا خيار له {أما لو جهل جاز الفسخ} لاختصاص دليل الخيار بصورة عدم العلم {إن كان البيع صحيحاً} لأن الخيار إنما يترتب عليه، دون الفاسد {ويشترط في بيعه ما يشترط في غيره} من الأعواض {من كونه معلوماً موجوداً عند العقد، وغير ذلك} من شروط العوضين {سوى القدرة على تسليمه، فلو ظهر تلفه حين البيع} مطلقاً مع علم المشتري أو جهله {أو استحقاقه لغير البائع، أو مخالفاً للوصف بطل البيع فيما يقابله} من الثمن {في الأولين} وهما تلفه واستحقاقه، أما الأول؛ لأنه أكل للمال بالباطل، وأما الثاني؛ لأنه ليس من سنخ بيع الفضولي؛ لأنه باعه على أنه ملكه فظهر خلاف ذلك، ولا بيع إلا في ملك، هذا إذا باعه عن نفسه، وأما لو باعه عن صاحبه فهو بيع فضولي يقف على الإجازة {وتخير المشتري في الأخير على الظاهر} لدخوله في المبيع فلا بد من تقسيط الثمن على أجزائه، وثبت خيار تخلف الوصف للمشتري.

[ولو قدر المشتري على تحصيله] {دون البائع} {فالأقرب عدم اشتراط الضميمة} وفاقاً لما يظهر من السيد في أنه مما انفردت به الإمامية، وخلافاً للشيخ وتابعيه {في صحة البيع، لحصول الشرط وهو القدرة على تسلمه} من قبل المشتري {ووجه

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (١١) عقد البيع وشروطه، ح ٢.

الاشتراط صدق الإباق معه الموجب للضميمة بالنص { والإجماع المتقدمين { وكون الشرط التسليم وهو أمر آخر غير التسلم، ويضعف: بأن الغاية المقصودة من التسليم حصوله بيد المشتري بغير مانع وهي موجودة، والموجبة للضميمة العجز عن تحصيله وهي مفقودة { ولا يخفى أنه أشبه بالقياس، فكان الأولى الاستدلال عليه بانصراف النص عنه [وعدم لحوق أحكامها] بحيث لو تعذر تسلمه كان الثمن بإزائها فقط [لو ضم] { فيوزع الثمن عليهما لو لم يقدر على تحصيله، أو تلف قبل القبض، ولا يتخير لو لم يعلم بإباقه { لعدم الموجب له مع فرض قدرته على تسلمه.

{ ولا يشترط في الضميمة صحة أفرادها بالبيع؛ لأنه حينئذ بمنزلة المقبوض، وغير ذلك من الأحكام، ولا يلحق بالآبق غيره مما في معناه كالبيع الشارد، والفرس العاير { وهو الهائم على وجهه { على الأقوى، بل { ولا يلحق به { المملوك المتعذر تسليمه بغير الإباق { كالمغصوب { اقتصاراً فيما خالف الأصل { وهو المقدور على تسليمه { على المنصوص { وهو خصوص الآبق.

[أما الضال والمجحود] { من غير إباق { [فيصح البيع] فيها [ويراعى بإمكان التسليم] لعدم المانع ظاهراً، بلا خلاف معتد به { فإن أمكن في وقت قريب لا يفوت به شيء من المنافع يعتد به، أو رضي المشتري بالصبر إلى أن يسلم لزم { البيع [وإن تعذر فسخ المشتري إن شاء] { وإن شاء التزم وبقي على ملكه ينتفع به بالعق ونحوه، ويحتمل قوياً بطلان البيع { حينئذ { لفقد شرط الصحة { المستلزم للغرر والسفه ارتكازاً { وهو إمكان التسليم، وكما يجوز جعل الآبق مثمناً يجوز جعله ثمناً { لتحقيق شروط البيع فيه { سواء أكان في مقابله آبق آخر أم غيره، لحصول معنى البيع في الثمن والتمن { ولا خصوصية لكونه مثمناً فقط، كما لا يخفى.

[وفي احتياج العبد الآبق المجعول ثمناً إلى الضميمة احتمال] قوي لعين ما اقتضى الإلزام بضمها إن كان مثمناً {لصدق الإباق المقتضي لها} {ولعله الأقرب} بل هو المتعين {لاشتراكهما في العلة المقتضية لها} وهي حصول الغرر [وحيث يجوز أن يكون أحدهما ثمناً، والآخر مثمناً مع الضميتين، ولا يكفي] {في الضميمة في الثمن والمثمن} [ضم أبق آخر إليه] {لأن الغرض من الضميمة أن تكون ثمناً إذا تعذر تحصيله فتكون جامعة لشرائطه} أي البيع الصحيح {التي من جملتها إمكان التسليم، والآبق الآخر ليس كذلك} بحسب الفرض [ولو تعددت العبيد] {في الثمن والمثمن} [كفت ضميمة واحدة] في كل جانب حاوية لجميع شرائطها {لصدق الضميمة مع الآبق} الواحد والأكثر بعين الصدق {ولا يعتبر} حيث {فيها كونها متمولة إذا وزعت على كل واحد؛ لأن ذلك يصير بمنزلة ضمايم، مع أن الواحدة كافية، وهذه الفروع من خواص هذا الكتاب، ومثلها في تضاعيفه كثير ننبه عليه إن شاء الله تعالى في مواضعه}.

[الثالثة: يشترط في المبيع أن يكون طلقاً] أي تاماً لم يتعلق به حق لغير المالك بحيث يمنعه من جميع التصرفات بما فيها البيع [فلا يصح بيع الوقف] {العام} كالمساجد والخانات ونحوهما {مطلقاً} سواء أدى بقاؤها إلى الإضرار بها أم لا، مع المصلحة أم لا، للنظر وغيره حتى الحاكم، كما تقدم في كتاب الوقف {إلا أن يتلاشى ويضمحل؛ بحيث لا يمكن الانتفاع به في الجهة المقصودة مطلقاً كحصر يبلى، ولا يصلح للانتفاع به في محل الوقف، وجذع ينكسر كذلك، ولا يمكن صرفهما بأعيانهما في الوقود لمصالحه، كأجر المسجد، فيجوز بيعه حيث، وصرفه في مصالحه، إن لم يمكن الاعتياض عنه بوقف} فإن أمكن وجب شراؤه ووقفه في الجهة الموقوف

عليها، مراعاة لغرض الواقف مع الإمكان، بلا خلاف في جميع ما ذكر، كما عن جمع، ولذيل مكاتبة الصنفار - الصحيحة - قال: (كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: أسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو؟... إلى أن قال: فوقع عليه السلام: الوقف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله) ^(١) {ولو لم يكن أصله موقوفاً، بل اشترى للمسجد - مثلاً - من غلته، أو بذل له باذل صحّ للناظر بيعه مع المصلحة مطلقاً} وإن لم يتلاش أو لم ينتفع فيه في المسجد المختص به.

[و] أما الوقف الخاص فـ [لو أدى بقاؤه إلى خرابه لخلف بين أربابه] {في الوقف المحصور} [فالمشهور الجواز] {أي جواز بيعه حينئذٍ، وفي الدروس اكتفى في جواز بيعه بخوف خرابه، أو خلف أربابه المؤدي إلى فساد، وقُلَّ أن يتفق في هذه المسألة} وهي الأسباب المسوغة لجواز بيع الوقف الخاص {فتوى واحد، بل في كتاب واحد في باب البيع والوقف فتأملها، أو طالع شرح المصنف للإرشاد تطلع على ذلك} ^{*}.

{والأقوى في المسألة ما دلت عليه صحيحة علي بن مهزيار عن أبي جعفر الجواد عليه السلام من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلف شديد، وعلله عليه السلام؛ بأنه ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس} قال: (كتبت إليه: إن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم هذه الضيعة اختلافاً شديداً، وأنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع إلى كل إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته، فكتب إليه بخطه: وأعلمه أن رأيي له إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل، فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس) ^(٢)

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٧) الوقوف والصدقات، ح ٢.

★ راجع الجواهر، ج ٢٢، ص (٣٥٦-٣٧٤).

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٦) الوقوف والصدقات، ح ٦.

{وظاهره أن خوف أدائه إليهما، أو إلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنة لذلك، ومن هذا الحديث} وغيره {اختلفت أفهامهم في الشرط المسوغ للبيع، ففهم المصنف هنا: أن المعتبر الخلف المؤدي إلى الخراب، نظراً إلى تعليله بتلف المال، فإن الظاهر أن المراد بالمال الوقف، إذ لا دخل لغيره في ذلك، ولا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه، وإن احتاج إلى بيعه أرباب الوقف ولم تكفهم غلته، أو كان يبيعه أعود، أو غير ذلك مما قيل} واختلف فيه اختلافاً كثيراً، تبعاً لكثير من النصوص* التي هي بنظر الشارح ضعيفة الأسناد، ولذا قال {لعدم دليل صالح عليه، وحيث يجوز بيعه يشترى بثمنه ما يكون وقفاً على ذلك الوجه إن أمكن، مراعيّاً للأقرب إلى صفته فالأقرب} مراعاة لغرض الواقف، كما عن جمع من الأصحاب {والمثولي لذلك الناظر إن كان، وإلاّ الموقوف عليهم إن انحصروا، وإلاّ فالناظر العام} وهو الحاكم الشرعي، أو أمينه، أو من ينصبه لذلك.

[ولا] يصح [بيع الأمة المستولدة] {من المولى} ولا الصلح، ولا غيره من وجوه النقل، إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، ولصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: أيما رجل ترك سرية لها ولد، أو في بطنها ولد، أو لا ولد لها، فإن أعتقها ربه عتقت، وإن لم يعتقها حتى توفي فقد سبق فيها كتاب الله، وكتاب الله أحق، فإن كان لها ولد وترك مالا جعلت في نصيب ولدها، الحديث)^(١) ونحوه غيره {ويتحقق الاستيلاد المانع من البيع بعلوقها في ملكه وإن لم تلجه الروح كما سيأتي، فقلوه} [ما دام الولد حياً] {مبني على الأغلب} حيث إن ظاهره كون الحياة حداً للمنع بداية ونهاية {أو على التجوز؛ لأنه قبل ولوج الروح لا يوصف

* يراجع الوسائل، جـ ١٩، الباب (٦) من أبواب الوقوف والصدقات.

(١) الوسائل، جـ ٢٣، باب (٦) الاستيلاد، ح ١.

بالحياة إلا مجازاً، ولو مات صارت كغيرها من إمائنا عندنا { بلا خلاف أجده فيه، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح أبي مغلدة السراج قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام) لإسماعيل وحقية والحارث النصري: اطلبوا لي جارية من هذا الذي يسمونه كدبانوجه، تكون مع أم فروة، فدلونا على جارية رجل من السراجين قد ولدت له ابناً ومات ولدها، فأخبروه بخبرها فأمرهم فاشتروها ... الحديث^(١) } ونحوه غيره { أما مع حياته فلا يجوز بيعها } كما تقدم [إلا في ثمانية مواضع] { وهذا الجمع } من حيث المجموع { من خواص هذا الكتاب }.

[أحدها: في ثمن رقبتها مع إعسار مولاه، سواء كان حياً أو ميتاً] { أما مع الموت فموضع وفاق } ولإطلاق موثق عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال: (سألته عن أم الولد تباع في الدين؟ قال: نعم في ثمن رقبتها)^(٢) ونحوه غيره { وأما مع الحياة فعلى أصح القولين، لإطلاق النص { المتقدم، خلافاً لابن حمزة حيث خصه بالموت استناداً إلى صحيح عمر الآخر قال: (قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: أسألك؟ قال: سل، قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد؟ قال: في فكاك رقابهن، قلت: وكيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدي عنه أخذ ولدها منها، فبيعت وأدى ثمنها، قلت: فيعين فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا)^(٣) } وهو كما ترى غير صالح لتخصيص صحيحه المتقدم؛ لأن المراد من الدين هو الدين في ثمنها فقط وفي حال مماته، وهو مما لا خلاف فيه، ولذا فإن تردد العلامة فيه، وجزم الأردبيلي وشيخنا المعظم وغيرهما باختصاص الحكم في حال المات

(١) الوسائل، ج ٢٣، باب (٥) الاستيلاء، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٢٤) بيع الحيوان، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (٢٤) بيع الحيوان، ح ١.

فقط ليس في محله {والمراد بإعساره: أن لا يكون له من المال ما يوفي ثمنها زائداً على المستثنيات في وفاء الدين} بلا خلاف ولا إشكال.

[وثانيها: إذا جنت على غير مولاها] {فيدفع ثمنها في الجناية، أو رقبته إن رضي المجني عليه} هذا في العمد، أما في الخطأ فالتخيير للمولى، لكن عن المبسوط في باب الديات: إن أرش جنايتها على سيدها بلا خلاف، وفيه في باب الاستيلاد: أن أرش جنايتها متعلق برقبته بلا خلاف، وهو كما ترى! من التناقض الصريح، والعصمة لله عز وجل وحده، وقد ذهب العلامة وغيره إلى الأول، لصحيح مسمع أبي سيار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (أم الولد جنايتها في حقوق الناس على سيدها، قال: وما كان من حق الله عز وجل كان ذلك في بدنها، الحديث)^(١) {ولو كانت الجناية على مولاها لم يجز؛ لأنه لا يثبت على ماله مال}.

[وثالثها: إذا عجز مولاها عن نفقتها] {ولو أمكن تأديها ببيع بعضها وجب الاقتصار عليه، وقوفاً فيما خالف الأصل} وهو عدم جواز بيع أم الولد {على موضع الضرورة} لكن الأجود عدم الجواز، لإطلاق المنع، فينتقل إلى كسبها إن كان لها كسب مع قدرتها عليه، وإلا ففي بيت المال، وإن لم يوجد فعلى المسلمين، كما هو المعروف عن جمع من أفاضل الأصحاب.

[ورابعها: إذا مات قريبها ولا وارث له سواها] {لتعتق وترثه، وهو تعجيل عتق أولى بالحكم من إبقائها لتعتق بعد وفاة مولاها} بلا خلاف معتد به أجده بين من تعرض له.

(١) الوسائل، ج ٢٨، باب (١٤) بقية الحدود والتعزيرات، ح ٢.

[وخامسها: إذا كان علوقها بعد الارتهان] {فيقدم حق المرتهن لسبقه} لكنه من التعارض من وجه بين دليل حرمة بيع أم الولد ودليل حق المرتهن، والترجيح لجانب الحرمة - كما هو المتعارف بينهم - لأنه من سنخ المقتضي، وذلك من سنخ اللامقتضي {وقيل} والقائل ابن إدريس والمحقق في الشرائع {يقدم حق الاستيلاد لبناء العتق على التغليب، ولعموم النهي عن بيعها}.

[وسادسها: إذا كان علوقها بعد الإفلاس] {أي بعد الحجر على المفلس، فإن مجرد ظهور الإفلاس لا يوجب تعلق حق الديان بالمال} ليمنع المديون من التصرف في ماله {والخلاف هنا كالرهن} والأجود العدم، لترجيح جانب حرمة البيع.

[وسابعها: إذا مات مولاهما ولم يخلف سواها وعليه دين مستغرق وإن لم يكن ثمناً لها] {لأنها إنما تنعتق بموت مولاهما من نصيب ولدها، ولا نصيب له مع استغراق الدين فلا تعتق، وتصرف في الدين} ويشكل: بتخير الوارث في جهات القضاء، مضافاً لمخالفته لصريح صحيحي عمر بن يزيد المتقدمين، فالأجود المنع، وتستسعى هي أو ولدها في ثمنها.

[وثامنها: بيعها على من تنعتق عليه، فإنه في قوة العتق] {فيكون تعجيل خير يستفاد من مفهوم الموافقة، حيث إن المنع من البيع لأجل العتق} فإذا عجل كان أولى بالجواز {وفي جواز بيعها بشرط العتق نظر} من إطلاق المنع، ومن أنه خير محض [أقربه الجواز] {لما ذكر} من أنه تعجيل خير {فإن لم يف المشتري بالشرط فسخ البيع وجوباً} حتى يوافق الأصل وهو المنع {فإن لم يفسخه المولى احتمل انفساخه بنفسه} باعتبار حق الاستيلاد {و} {يحتمل أيضاً} فسخ الحاكم إن اتفق، وهذا موضع تاسع، وما عدا الأول من هذه المواضع غير منصوص بخصوصه} ولكنك قد عرفت النص

على العدم في الثاني {و} على كل فـ {للنظر فيه} عدا الأول {مجال} واسع؛ لأن مبنى هذه الصور وما سيأتي الخارجة عن موضع النص هو الترجيح من الأدلة بعد التعارض من وجه وهو ممنوع، كما تقدم {وقد حكاه في الدروس بلفظ قيل، وبعضها جعله احتمالاً من غير ترجيح لشيء منها، وزاد بعضهم مواضع أخرى} وهي:

{عاشرها: في كفن سيدها إذا لم يخلف سواها، ولم يمكن بيع بعضها فيه، وإلاّ اقتصر عليه} وكأنه لتقديم حق الميت على حق الاستيلاد، وهو كما ترى! لمنع التقديم، بل لا بد من انتقالها إلى الوارث فتنتعتق من نصيب ولدها، ومعه لا يجوز بيعها؛ لأنها أصبحت حرة.

{وحدادي عشرها: إذا أسلمت قبل مولاه الكافر} فلا تقر يده عليها؛ لأنه من السبيل المنفي، ويشكل: بعدم تعيينه، لإمكان الجمع بين نفي السبيل والمنع عن بيع أم الولد بعثتها من الزكاة، أو من بيت المال المعد للمصالح العامة، والعق من أهمها.

{وثاني عشرها: إذا كان ولدها غير وارث لكونه قاتلاً، أو كافراً؛ لأنها لا تنعتق بموت مولاه حيثئذ؛ إذ لا نصيب لولدها} وهذا كسابقه في عدم التعين.

{وثالث عشرها: إذا جنت على مولاه جنابة تستغرق قيمتها} ويشكل: بما مر من أنه لا يثبت له مال على ماله.

{ورابع عشرها: إذا قتلته خطأً فإنه موجب للدية فنباع ويدفع ثمنها للورثة، لكنه كما ترى! لأنها ستكون إرثاً، وهو تابع لتصرف الوارث، فلا يتعين البيع.

{وخامس عشرها: إذا حملت في زمن خيار البائع، أو المشترك { بينه وبين المشتري
{ثم فسخ البائع بخياره} وكأنه لتقدم حقه، ولا يخفى أن مراعاة حقها وإن تأخر
أولى، لورود النص به.

[وسادس عشرها: إذا خرج مولاه عن الذمة ومُلِكت أمواله التي هي منها}
لكن قد يعارضه إطلاق حرمة بيع أم الولد، فتأمل.

{وسابع عشرها: إذا لحقت هي بدار الحرب ثم استرقت} جاز بيعها بلا إشكال
ظاهر.

{وثامن عشرها: إذا كانت لمكاتب مشروط، ثم فسخ كتابته} جاز بيعها بلا
إشكال يذكر.

{وتاسع عشرها: إذا شرط أداء الضمان منها قبل الاستيلاء ثم أولدها، فإن حق
المضمون له أسبق من حق الاستيلاء كالرهن والفلس السابقين} بلا خلاف ظاهر،
بل ولا إشكال.

{والعشرون: إذا أسلم أبوها، أو جده وهي مجنونة، ثم استولدها الكافر بعد
البلوغ قبل أن تخرج عن ملكه، وهذه في حكم إسلامها عنده، وفي كثير من هذه
المواضع نظر} قد عرفت أكثره، وعليك بالتأمل في الباقي لتتحقق منه.

[الرابعة: لو جنى العبد خطأ لم تمنع جنائيته من بيعه] على المشهور، بل في شرح
الصيمري: أنه لا خلاف فيه، كذا في المكاسب {لأنه لم يخرج عن ملك مولاه بها،
والتخير في فكه للمولى، فإن شاء فكه بأقل الأمرين من أرش الجناية وقيمتها} لعدم
جنائيته على أزيد من نفسه {وإن شاء دفعه إلى المجني عليه، أو وليه ليستوفي من رقبته
ذلك، فإذا باعه بعد الجناية كان التزاماً بالفداء على أصح القولين} كما هو مذهب

العلامة وغيره، بل نسبه بعضهم إلى المشهور؛ لأنه حق تعلق به المولى فيلزم عليه التخلص منه ولو بنقله إلى ذمته ببيعه للعبد، وعن الشيخ في الخلاف وابن إدريس عدم الجواز إلا إذا فداه أو التزم بفدائه، لكن القواعد تقتضي صحة البيع مع إلزام المولى بالفداء بعد تخييره بين فكه ودفعه للمجني عليه {ثم إن فداه وإلا جاز للمجني عليه استرقاقه فينفسخ البيع إن استوعبت قيمته} لظهوره مستحقاً من أول الأمر، وإلا رجع بقدر أرشه {لأن حقه أسبق، ولو كان المشتري جاهلاً ببيعته تخير أيضاً} جبراً لعيبه.

[ولو جنى عمداً فالأقرب أنه] {أي البيع} [موقوف على رضا المجني عليه، أو وليه] {لأن التخيير في جناية العمد إليه، وإن لم يخرج عن ملك سيده، فبالثاني} وهو عدم الخروج عن ملك السيد {يصح البيع، وبالأول} وهو التخيير في جناية العبد إلى المجني عليه {يثبت التخيير، فيضعف قول الشيخ ببطان البيع فيه، نظراً إلى تعلق حق المجني عليه قبله، ورجوع الأمر إليه، فإن ذلك لا يقتضي البطان، ولا يقصر عن بيع الفضولي} بل أولى؛ لأن ذلك بيع لما لا يملكه، وهذا بيع لما يملكه {ثم إن أجاز البيع ورضي بفدائه بالمال وفكه المولى لزم البيع} بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنه عقد صحيح يلزم الوفاء به {وإن قتله، أو استرقه بطل} البيع {ويتخير المشتري قبل استقرار حاله مع جهله للعيب المعرض للفوات} دفعاً للضرر {ولو كانت الجناية في غير النفس واستوفي فباقيه مبيع} بلا إشكال {وللمشتري الخيار مع جهله، للتبعض، مضافاً إلى العيب سابقاً} وهو كونه جانٍ قد تعلق به حق الغير.

[الخامسة: يشترط علم الثمن قدرًا، وجنسًا، ووصفًا] {قبل إيقاع عقد البيع} بلا خلاف أجده فيه بيننا إلا من الإسكافي، كذا في الجواهر [فلا يصح البيع بحكم

أحد المتعاقدين، أو أجنبي] {اتفاقاً} ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال في رجل اشترى من رجل طعاماً عدلاً بكيل معلوم وأن صاحبه قال للمشتري: ابتع مني من هذا العدل الآخر بغير كيل، فإن فيه مثل ما في الآخر الذي ابتعت، قال: لا يصلح إلا بكيل، وقال: وما كان من طعام سميت فيه كيلاً فإنه لا يصلح مجازفة، هذا مما يكره من بيع الطعام)^(١) ولأنه غرر منهى عنه، وهو موجب لبطلان البيع {وإن ورد في رواية شاذة} وهي صحيحة رفاة النخاس* {جواز تحكيم المشتري، فيلزمه الحكم بالقيمة فما زاد} ولهجرها، ومخالفتها لقواعد المذهب وأصوله رماها بالشذوذ.

[ولا] يصح البيع [بثمن] نقداً كان أم نسيئة [مجهول القدر وإن شوهده] {لبقاء الجهالة، وثبوت الغرر المنفي معها، خلافاً للشيخ} في الثمن {الموزون، وللمرتضى في مال السلم} المتفق عليه ثمناً {ولابن الجنيدي في المجهول مطلقاً} سواء كان سلباً أم غيره، ثمناً أم مثنياً، هذا {إذا كان المبيع صبرة، مع اختلافها جنساً} لمخالفتهم للإجماع المحكي على اعتبار الوزن والكيل في الثمن والمثمن، ويتم في المعدود بعدم الفصل، ولمعلومية اشتراط العلم بالعوضين في صحة البيع، والمشاهدة لا ترفع الجهالة حقيقة لا حساً، ولا عرفاً [ولا مجهول الصفة] {كمئة درهم وإن كانت مشاهدة لا يعلم وصفها مع تعدد النقد الموجود} الذي هو السبب في الجهالة المانعة من صحة البيع [ولا مجهول الجنس، وإن علم قدره] كمئة - مثلاً - ولكن لا يعلم أنها دنانير أو دراهم {لتحقق الجهالة في الجميع، فلو باع كذلك كان فاسداً وإن اتصل به

(١) الوسائل، جـ ١٧، باب (٤) عقد البيع وشروطه، ح ٢.

★ الوسائل، جـ ١٧، باب (١٨) عقد البيع وشروطه، ح ١.

القبض، ولا يكون كالمعاطاة؛ لأن شرطها اجتماع شرائط صحة البيع سوى العقد {اللفظي {الخاص} كما تقدم مفصلاً [فإن قبض المشتري المبيع والحال هذه، كان مضموناً عليه] إجماعاً بقسميه مع العلم والجهل، كما في الجواهر، ولعموم (على اليد، ومن أتلف) {لأن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده} {وبالعكس} أي ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، كالعارية، وهذه القاعدة يظهر من بعضهم الإجماع عليها، كذا في الجواهر، والمراد بها: أنه كما يضمن المشتري - مثلاً - بعقد صحيح لو تلف في يده يعني يذهب من ماله ويلزم عليه إيصال الثمن إلى البائع، كذلك يضمن بالفاسد ويلزم عليه رد المبيع وإيصاله إلى البائع مع وجوده متصلاً كان أو منفصلاً؛ لأنه باق على ملكه فإذا تلف كان مضموناً عليه، ولا فرق عندهم بين علمهما بالفساد وجهلهما وعلم أحدهما، ضرورة اشتراك الجميع في السبب الموجب للضمان {فيرجع} البائع {به وبزوائده متصلة ومنفصلة، وبمنافعه المستوفاة وغيرها، على الأقوى} لأنه السبب في فواتها، وقد تقدم أن الأجود عدم ضمان غير المستوفاة {ويضمنه} [إن تلف بقيمته يوم التلف] {على الأقوى} وقد نسبه غير واحد إلى الأكثر؛ لأنه وقت الانتقال إليها، لأن العين ما دامت موجودة فيرجع بها فإن تلفت انتقل إلى قيمتها حينئذٍ.

{وقيل: يوم القبض} لأنه وقت تعلق الخطاب بالضمان، لما تضمنه صحيح أبي ولاد في كرائه بغلاً قد تجاوز ما اكتراه، إلى أن قال: (قلت: جعلت فداك قد علفته بدراهم فلي عليه علفه؟ فقال: لا؛ لأنك غاصب، قال: قلت له: أرايت لو عطب

البغل ونفق، أليس كان يلزمني؟ قال: نعم، قيمة بغل يوم خالفته ... الحديث^(١) وبعدم الفصل بين مورده - الغصب - وبين المقام يتم المطلوب.

{وقيل: الأعلى منه إليه، وهو حسن} وهو المنسوب إلى الأكثر؛ لأن زيادة العين مضمونة مع بقائها، فكذا مع تلفها {إن كان التفاوت بسبب نقص في العين، أو زيادة، أما باختلاف السوق فالأول أحسن} لما ذكرناه في مدركه، وقد يشهد له ما تضمنه الصحيح المتقدم في قوله عليه السلام: (أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا وكذا فيلزمك) {ولو كان مثلياً ضمنه بمثله، فإن تعذر فقيمته يوم الإعواز على الأقوى} لقاعدة اليد.

[السادسة: إذا كان العوضان من المكيل، أو الموزون، أو المعدود فلا بد من اعتبارهما بالمعتاد] {من الكيل، أو الوزن، أو العدد، فلا يكفي المكيال المجهول، كقصعة حاضرة وإن تراضيا به، ولا الوزن المجهول، كالاتماد على صخرة معينة، وإن عرفا قدرها تخميناً} ولو بحسب العادة، كيلاً أو وزناً، أو وزناه بعد ذلك {ولا العدد المجهول بأن عولا على ملء اليد، أو آلة يجهل ما تشتمل عليه} فيفرض تخميناً {ثم اعتبر العد به، للغرر المنهي عنه في ذلك كله} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يصلح للرجل أن يبيع بصاع غير صاع المصر)^(٢) فبالمجهول أولى، ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج٩، باب (١٧) الإجارة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٢٦) عقد البيع وشروطه، ح ١.

[ولو باع المعداد وزناً صحّ] كما هو المشهور {لارتفاع الجهالة به، وربما كان أضبط} [ولو باع الموزون كيلاً، أو بالعكس أمكن الصحة فيها] {للاضبط} بقدر يرفع الجهل {ورواية وهب عن الصادق عليه السلام} عن أبيه عن علي عليه السلام قال: (لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال، وما يكال فيما يوزن)^(١) {ورجحه في سلم الدروس} لكن الرواية مع ضعفها، واحتمال إرادة سلف كل منهما في كل منهما على جهة الثمنية والمثمنية، ومخالفتها لما عن محكي السرائر من نفي الخلاف في منع بيع الموزون كيلاً، قاصرة عن معارضة قاعدة الغرر [ويجتمل صحة العكس] {وهو بيع المكيل وزناً} [لا الطرد] لما عرفت [لأن الوزن أصل للمكيل] {وأضبط منه، وإنما عدل إلى الكيل تسهياً} وهذه الدعوى عهدتها على مدعيها، ضرورة عدم ارتفاع الغرر في مبيع لا يعرف قدره إلا بالكيل، وكذا العكس.

[ولو شق العد] {في المعداد لكثرتة أو لضرورة} [اعتبر مكيال ونسب الباقي إليه] {واغتفر التفاوت الحاصل بسببه، وكذا القول في المكيل والموزون حيث يشق وزنها وكيلهما، وعبر كثير من الأصحاب في ذلك بتعذر العد، والاكتفاء بالمشقة والعذر كما فعل المصنف أولى} كما هو ظاهر الصحيح الآتي، لانتفاء الغرر، ولصحيح ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعهه فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه، ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد؟ قال: لا بأس به)^(٢) {بل لو قيل: بجوازه مطلقاً} سواء المعداد أو المكيل أو الموزون مع المشقة أم لا {لزوال الغرر، وحصول العلم، واغتفار التفاوت كان حسناً، وفي بعض

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٧) السلف، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٧، باب (٧) عقد البيع وشروطه، ح ١.

الأخبار دلالة عليه} كخبر عبد الملك بن عمرو قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أشتري مئة راوية من زيت فأعترض راوية أو اثنتين فأترنهما ثم آخذ سائرته على قدر ذلك، قال: لا بأس)^(١) ونحوه غيره.

[السابعة: يجوز ابتياع جزء معلوم النسبة] {كالنصف والثلث} [مشاعاً، تساوت أجزاؤه] وهو المثلي {كالحبوب والأدهان} [أو اختلفت] وهو القيمي {كالجواهر، والحيوان} [إذا كان الأصل] {الذي يبيع جزؤه} [معلوماً] {بما يعتبر فيه من كيل، أو وزن، أو عدد، أو مشاهدة} أو مساحة، أو ذرع [فيصح بيع نصف الصبرة المعلومة] {المقدار والوصف} إجماعاً، كما عن الرياض، ولا ارتفاع الغرر [ونصف الشاة المعلومة] {بالمشاهدة، أو الوصف} الرافع للجهالة، بلا خلاف ولا إشكال [ولو باع شاة غير معلومة من قطع بطل] {وإن علم عدد ما اشتمل عليه من الشياه وتساوت أثمانها، لجهالة عين المبيع} الموجب للغرر، المبطل للبيع إجماعاً.

[ولو باع قفيزاً من صبرة صحّ، وإن لم يعلم كمية الصبرة] {لأن المبيع مضبوط المقدار، وظاهره الصحة} لعدم الجهالة والغرر {وإن لم يعلم اشتغال الصبرة على القدر المبيع} في صورة الجهل بمقدارها؛ لأن ذلك لا دخل له في صحة البيع، أما مع العلم بقدرها فلا بد من العلم باشتغالها على القدر المبيع [فإن نقصت] عنه [تخير المشتري بين الأخذ] {للموجود منها} [بالحصّة] {أي بحصته من الثمن} [وبين الفسخ] {لتبعض الصفقة، واعتبر بعضهم} وهو الشيخ في المبسوط والخلاف {العلم باشتغالها على المبيع، أو إخبار البائع به، وإلا لم يصح وهو حسن} وكأنه لتسرب الجهالة إلى قدر

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٥) عقد البيع وشروطه، ح ١.

المبيع، لعدم العلم بملكيته له، فقد يحصل الغرر المنهي عنه {نعم لو قيل: بالاكْتفاء بالظن الغالب باشتغالها عليه كان متجهاً} لتنزيله عندهم منزلة العلم {ويتفرع عليه ما ذكره أيضاً} من ثبوت الخيار للمشتري عند نقصانها.

{واعلم أن أقسام بيع الصبرة عشرة، ذكر المصنف بعضها منطوقاً، وبعضها مفهوماً، وجمعتها: أنها إما أن تكون معلومة المقدار، أو مجهولته، فإن كانت معلومة صحَّ بيعها أجمع} بلا خلاف ولا إشكال، لعدم ما يوجب البطالان من جهالة أو غرر {وبيع جزء منها معلوم مشاع، وبيع مقدار كقفيز تشتمل عليه، وبيعها كل قفيز بكذا} وهو مما لا خلاف في صحته؛ لأن المبيع شيء معلوم بثمن معلوم فلا جهالة ولا غرر {لا بيع كل قفيز منه بكذا} إذ المبيع حينئذٍ مجهول المقدار؛ لأنه لم يعلم أنه جميع الصبرة أو بعضها {والمجهولة يبطل بيعها في جميع الأقسام إلا الثالث} وهو بيع مقدار قفيز منها مع العلم بجهالة قدرها، كما اختاره المصنف، ويجبر بالخيار لتبعض الصفقة، أو العلم باشتغالها عليه، كما هو مذهب الشيخ.

{وهل ينزل القدر المعلوم في الصورتين} المعلوم قدرها والمجهول {على الإشاعة} بأن يكون المبيع كسراً مشاعاً منها كالربع أو الخمس {أو يكون المبيع ذلك المقدار} الداخل {في الجملة} فيكون من بيع الكلي في معين؟ كما هو المشهور {وجهان: أجودهما الثاني} لأنه المنساق إلى الذهن، ولصحيح بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب في أنبار بعضه على بعض من أجمة واحدة، والأنبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشرة آلاف طن، فقال المشتري: قد قبلت واشتريت ورضيت، فأعطاه من ثمنه ألف درهم، ووكل المشتري من يقبضه فأصبحوا وقد وقع النار في القصب فاحترق منه عشرون ألف طن وبقي عشرة آلاف طن، فقال: العشرة آلاف

طن التي بقيت للمشتري، والعشرون التي احترقت من مال البائع^(١) والظاهر منه أنه بيع كلي في معين، وإلا للزم أن تكون الخسارة عليهما بالنسبة {وتظهر الفائدة} بين الوجهين {فيما لو تلف بعضها، فعلى الإشاعة يتلف من المبيع بالنسبة، وعلى الثاني يبقى المبيع ما بقي قدره} كما هو الظاهر من الصحيح المتقدم.

[الثامنة: يكفي المشاهدة عن الوصف ولو غاب {المشتري {وقت الابتاع} إجماعاً عندنا وعند أكثر أهل العلم، كذا في المسالك {بشرط أن يكون مما لا يتغير عادة كالأرض والأواني والحديد والنحاس} فلا إشكال في الصحة ولا خلاف فيها، كذا في المكاسب، لارتفاع الغرر والجهالة الموجبة للبطلان {أو لا تمضي مدة يتغير فيها عادة} ما كان يتغير بحسبها {ويختلف باختلافها زيادة ونقصاناً، كالفاكهة والطعام والحيوان، فلو مضت المدة كذلك} بقضاء العادة بتغيره {لم يصح، لتحقيق الجهالة المترتبة على تغيره عن تلك الحالة، نعم لو احتمل الأمرين {التغير والعدم} صحَّ عملاً بأصالة البقاء} على حاله، نظير إخبار البائع بالكيل أو الوزن [فإن ظهر المخالفة {بزيادته أو نقصانه، فإن كان يسيراً يتسامح بمثله عادة فلا خيار} لأصالة لزوم العقد، وعدم الغرر {وإلا} [تخير المغبون] {منهما، وهو البائع إن ظهر زائداً، والمشتري إن ظهر ناقصاً} لقاعدة الغرر، المؤيدة بنقل الإجماع.

[ولو اختلفا في التغير قدم قول المشتري مع يمينه] كما هو المشهور {إن كان هو المدعي للتغير الموجب للخيار والبائع ينكره؛ لأن البائع يدعي علمه بهذه الصفة وهو ينكره؛ ولأن الأصل عدم وصول حقه إليه، فيكون في معنى المنكر، ولأصالة بقاء يده

(١) الوسائل، ج١٧، باب (١٩) عقد البيع وشروطه، ح ١.

على الثمن} كما في الدروس {وربما قيل} والقائل المحقق في الشرائع بضرب من التردد {بتقديم قول البائع، لتحقيق الإطلاع} من قبل المشتري {المجوز للبيع} بل لزومه، لأصالة اللزوم {وأصالة عدم التغير} الموافقين لقول البائع، ولأن المشتري عرفاً هو المدعي {ولو انعكس الفرض: بأن ادعى البائع تغيره في جانب الزيادة وأنكر المشتري، احتمال تقديم قول المشتري أيضاً، كما يقتضيه إطلاق العبارة، لأصالة عدم التغير، ولزوم البيع، والظاهر تقديم قول البائع لعين ما ذكر في المشتري} لأن البائع يدعي علم المشتري بالزيادة، والمشتري ينكره، مع أصالة عدم وصول حقه إليه فيكون في معنى المنكر {وفي تقديم قول المشتري فيهما} أي في الفرضين؛ إذ لو كان المشتري في الصورة الأولى منكراً للزم كونه مدعياً في الصورة الثانية، فكونه منكراً في كلا الصورتين {جمع بين متنافيين مدعىً، ودليلاً} لأن المقتضي لتقديم قول المشتري في الصورة الأولى كونه منكراً، وهو بعينه متحقق في الصورة الثانية بالنسبة للبائع فيقتضي أن يكون منكراً أيضاً، فجعل الدليل المتقدم مقتضياً لتقديم قول المشتري في الصورة الثانية مع أنه مدعٍ جمع بين مقتضى دليلين متنافيين.

{والمشهور في كلامهم هو القسم الأول} وهو دعوى المشتري التغير في المبيع بما يوجب النقص {فلذا أطلق المصنف هنا} حيث قال: ولو اختلفا في التغير قدم قول المشتري مع يمينه. ولم يقيده بما يوجب النقيصة {لكن نافرته تعميمه الخيار للمغبون منهما} البائع والمشتري؛ لأن المغبون أما أن يكون المشتري في حالة ادعائه النقيصة، أو البائع في حالة ادعائه الزيادة {قبله، وعطفه عليه مطلقاً} من غير تقييد التغير بما يوجب النقص موجب للتنافر.

{ولو اتفقا على تغيره لكن اختلفا في تقدمه على البيع وتأخره} ليكون البيع لازماً {فإن شهدت القرائن بأحدهما حكم به، وإن احتمل الأمران فالوجهان} من أصالة

عدم وصول حق المشتري إليه، وهو يقتضي تقديم قول المشتري مع يمينه، وأصالة عدم تقدم التغير؛ لأنه حادث والأصل تأخره، وهو يقتضي تقديم قول البائع مع يمينه {وكذا لو وجداه تالفاً وكان مما يكفي في قبضه التخلية} ولو لم يكن كذلك فإن التلف قبل القبض من مال البائع إجماعاً {واختلفا في تقدم التلف على البيع} ليكون من مال البائع {وتأخره} ليكون من مال المشتري {أولم يختلفا} في التقدم والتأخر، لعدم علمهما مع اتفاقهما على التلف {فإنه يتعارض أصلاً عدم تقدم كل منهما فيتساوقان ويتساقطان، ويتجه تقديم حق المشتري، لأصالة بقاء يده، وملكه للثمن، والعقد الناقل قد شك في تأثيره} في كلا الطرفين، والأصل عدمه {لتعارض الأصلين} المتقدمين.

[التاسعة: يعتبر ما يراد طعمه] كاللبس {وريجه} كالمسك، أو يوصف على الأولى} حيث اكتفي به مع إمكان اختباره بالمشاهدة فمع عدم إمكانه يكون الاكتفاء به أولى، فلا بد من اختباره بالذوق، أو الشم، لرفع الجهالة والغرر إذا توقف عليهما، بلا خلاف ولا إشكال في ذلك، كذا في الجواهر، وخبر محمد بن العيص قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ما يذاق، يذوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم فليذقه، ولا يذوقن ما لا يشتري)^(١) ونحوه غيره.

[ولو اشتراه] {من غير اختبار، ولا وصف} [بناء على الأصل] الأولى في الأشياء {وهو الصحة} والسلامة [جاز] {مع العلم به من غير هذه الجهة كالقوام، واللون، وغيرهما مما تختلف قيمته باختلافه} كما عن ابن إدريس والمحقق ومن تأخر عنهما،

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٢٥) عقد البيع وشروطه، ح ١.

كذا في الجواهر، للعمومات السالمة عن معارضة دليل الغرر المرتفع بأصل السلامة {وقيل} والقائل الشيخ وسلاّر وأبو الصلاح وابن البراج {لا يصح بيعه إلاّ بالاعتبار، أو الوصف كغيره، للغرر، والأظهر جواز البناء على الأصل} المتقدم {إحالة على مقتضى الطبع، فإنه أمر مضبوط عرفاً لا يتغير غالباً إلاّ بعبء فيجوز الاعتماد عليه، لارتفاع الغرر به، كالاكتفاء برؤية ما يدل بعضه على باقيه غالباً، كظاهر الصبرة، وأنموذج المتماثل، وينجبر النقص} لو ظهر {بالخيار}.

[فإن خرج معيماً تخير المشتري بين الرد والأرّش] دفعاً للضرر {إن لم يتصرف فيه تصرفاً زائداً على اختباره} وإلاّ فلا خيار [ويتعين الأرّش لو تصرف فيه] {كما في غيره من أنواع المبيع} على المشهور شهرة عظيمة [وإن كان المشتري] {المتصرف} [أعمى] {لتنال الأدلة له} بلا إشكال ظاهر {خلافاً لسلاّر حيث خير الأعمى بين الرد والأرّش وإن تصرف} وضعفه ظاهر، للإطلاق المقتضي لسقوط الرد به [وأبلغ في الجواز] {من غير اعتباره} بالطعم أو الذوق ونحوهما [ما يفسد باختباره، كالبطيخ، والجوز، والبيض] {لمكان الضرورة والخرج} وللسيرة القطعية المتصلة بزمانهم عليهم السلام من غير فرق بين شرط الصحة، أو البراءة من العيوب، وعدمها [فإن] {اشتراه فظهر صحيحاً فذاك، وإن} {ظهر فاسداً} {بعد كسره} {رجع بأرّشه} {وليس له الرد، للتصرف إن كان له قيمة} [ولو لم يكن لمكسوره قيمة] {كالبيض الفاسد} {رجع بالثمن أجمع} {لبطلان البيع، حيث لا يقابل الثمن مال} فيكون حاله حال بيع ما لا مالية له عرفاً، كالحشرات الذي سبق بطلانه بالإجماع.

[وهل يكون العقد مفسوخاً من أصله] {نظراً إلى عدم المالية من حين العقد فيقع باطلاً ابتداءً} كما هو صريح الشيخ وابن إدريس والعلامة في التذكرة، وظاهر المتأخرين [أو يطرأ عليه الفسخ] {بعد الكسر وظهور الفساد، التفاتاً إلى حصول شرط

الصحة حين العقد} وهو أصل السلامة {وإنما تبين الفساد بالكسر، فيكون هو المفسد} لأنه تصرف [نظر] {ورجحان الأول واضح؛ لأن ظهور الفساد كشف عن عدم المالية في نفس الأمر حين البيع، لا إحداث عدمها حينه، والصحة مبنية على الظاهر} ومع انكشاف الواقع فلا أثر للظاهر {وفي الدروس جزم بالثاني، وجعل الأول احتمالاً، وظاهر كلام الجماعة}.

[و] {تظهر} [الفائدة في مؤونة نقله عن الموضع] {الذي اشتراه فيه إلى موضع اختباره، فعلى الأول على البائع، وعلى الثاني على المشتري، لوقوعه في ملكه، ويشكل: بأنه وإن كان ملكاً للبائع حينئذٍ أي حين القول ببطلان البيع أصلاً} لكن نقله بغير أمره، فلا يتجه الرجوع عليه بالمؤونة، وكون المشتري هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث يرجع بما غرم إنما يتجه مع الغرور، وهو منفي هنا، لاشتراكهما في الجهل، ولو أريد بها مؤونة نقله من موضع الكسر لو كان مملوكاً وطلب مالكة نقله، أو ما في حكمه انعكس الحكم، واتجه كونه على البائع مطلقاً} سواء قيل: بأن البيع باطل من رأسه أم أنه انفسخ من حين ظهور الفساد {لبطلان البيع على التقديرين، واحتمال كونه على المشتري لكونه من فعله، وزوال المالية عنهما مشترك أيضاً بين الوجهين} وهولا يصلح دليلاً للتفصيل المذكور في كلام المصنف {وكيف كان فبناء حكمها على الوجهين ليس بواضح}.

{وربما قيل: بظهور الفائدة أيضاً فيما لو تبرأ البائع من عيبه فيتجه كون تلفه من المشتري على الثاني} وهو انفساخ العقد من حين ظهور الفساد {دون الأول} إذ مع بطلان البيع من رأس لا مجال لشرط التبرؤ؛ لتوقفه على البيع، والمفروض عدمه {ويشكل صحة الشرط} وهو تبرؤ البائع من عيبه {على تقدير فساد الجميع، لمنافاته لمقتضى العقد؛ إذ لا شيء في مقابلة الثمن فيكون أكل مال بالباطل، وفيما لو رضي به

المشتري بعد الكسر} فيصح على الثاني، دون الأول {وفيه أيضاً نظر؛ لأن الرضا بعد الحكم بالبطلان} شرعاً {لا أثر له} كما هو واضح.

[العاشرة: يجوز بيع المسك في فأره] من غير خلاف يذكر، كذا في المكاسب، كما حكى عليه الإجماع جمع، كذا في الجواهر، وما يوهم النجاسة - الموجب لبطلان البيع - مندفع باستحالته المستلزمة لطهارته، وبظاهر صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال: كانت لرسول الله صلى الله عليه وآله ممسكة إذا هو توضأ أخذها بيده وهي رطبة، فكان إذا خرج عرفوا أنه رسول الله صلى الله عليه وآله برائحتة) ^(١) والفأرة {بألهمز جمع فأرة به أيضاً، كالفأرة في غيره، وهي الجلد الموشى على المسك} {وإن لم تفتق} {بناء على أصالة السلامة} كما هو المرتكز عرفاً، بل عقلاً، وبه يندفع توهم الجهالة الموجبة للغرر {فإن ظهر بعد فتقه معيلاً تخير} بين الرد والقبول مع أرش العيب [وفتقه بأن يدخل فيه خيط] {بإبرة، ثم} {يخرج، ويشم أحوط} {لترفع الجهالة رأساً}.

[الحادية عشرة: لا يجوز بيع سمك الآجام مع ضميمة القصب، أو غيره] {للجهالة، ولو في بعض المبيع} لأن ضم المعلوم إلى المجهول لا يصيره معلوماً [ولا اللبن في الضرع] {بفتح الضاد، وهو: الثدي لكل ذات خف، أو ظلف} {كذلك} {أي وإن ضم إليه شيئاً، ولو لبناً مخلوباً؛ لأن ضميمة المعلوم إلى المجهول تصير المعلوم مجهولاً، أما عدم الجواز بدون الضميمة فموضع وفاق} ولموثق سماعة - برواية الصدوق - (أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن اللبن يشتري وهو في الضرع؟ فقال: لا، إلا أن يحلب لك منه سكرجة فيقول: اشتر مني هذا اللبن الذي في السكرجة وما في

(١) الوسائل، ج ٣، باب (٥٨) النجاسات، ح ١.

ضروعها بثمان مسمى، فإن لم يكن في الضرع شيء كان ما في السكرجة^(١) ونحوه غيره {وأما معها فالمشهور أنه كذلك} لا يجوز {وقيل} والقائل الشيخ وابنا حمزة والبراج {يصح استناداً إلى رواية ضعيفة} بالإرسال للبزنطي عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا كانت أجمة ليس فيها قصب أخرج بشيء من السمك فيباع وما في الأجمة)^(٢) ونحوها غيرها، وإن كان فيها الصحيح، لكنها كما ترى! مخالفة لقواعد المذهب وأصوله، فهي بالطرح أولى.

{وبالغ الشيخ} في النهاية {فجوز ضميمة ما في الضرع إلى ما يتجدد مدة معلومة} ولعله استند في ذلك إلى صحيح عيص بن القاسم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل؟ قال: نعم حتى تنقطع أو شيء منها)^(٣) {والوجه المنع} لمخالفته لقواعد المذهب وأصوله {نعم لو وقع ذلك بلفظ الصلح اتجه الجواز} لأنه عقد لا يشترط فيه كثير من شروط غيره من العقود {وفصل آخرون} منهم العلامة في المختلف وغيره {فحكموا بالصحة مع كون المقصود بالذات المعلوم، وكون المجهول تابعاً، والبطلان مع العكس وتساويهما في القصد الذاتي، وهو حسن} وقد نسبه في المسالك إلى المتأخرين، لانتفاء الغرر، مضافاً إلى أن جهالة التابع لا تنافي عقد البيع، ولذيل موثق سماع المتقدم وغيره، خصوصاً مع الالتفات إلى ما في بعضها من التعليل الذي يظهر منه أنه لتصحيح البيع، ورفع الجهالة التي هي منشأ الغرر المنهي عنه، ومنه يعلم الوجه في قوله {وكذا القول في كل مجهول ضم إلى معلوم}.

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٨) عقد البيع وشروطه، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (١٢) عقد البيع وشروطه، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (٨) عقد البيع وشروطه، ح ١.

[ولا الجلود، والأصواف، والأشعار على الأنعام] {وإن انضم إليها غيره أيضاً} على المشهور شهرة عظيمة، خلافاً للشيخ {لجهالة مقداره، مع كون غير الجلود موزوناً فلا يباع جزافاً} [إلا أن يكون الصوف وشبهه مستجزاً، أو شرط جزه، فالأقرب الصحة] وهو مذهب الشيخ المفيد وكثير من المتأخرين، بل في الجواهر: لعله المشهور {لأن المبيع حينئذٍ مشاهد، والوزن غير معتبر مع كونه على ظهرها وإن استجزت} فيما بعد {كالثمرة على الشجرة وإن استجزت} فالوزن معتبر إن كان البيع بعد الجز فيها، لا قبله {وينبغي على هذا عدم اعتبار اشتراط جزه؛ لأن ذلك لا مدخل له في الصحة، بل غايته مع تأخيرها أن يمتزج بمال البائع، وهو لا يقتضي بطلان البيع، كما لو امتزجت لقطة الخضر بغيرها، فيرجع إلى الصلح، ولو شرط تأخيرها} عن وقت البيع {مدة معلومة، وتبعية المتجدد بني على القاعدة السالفة، فإن كان المقصود بالذات هو الموجود صح، وإلا فلا}.

[الثانية عشرة: يجوز بيع دود القز] كما هو المشهور [لأنه حيوان طاهر ينتفع به] {منفعة مقصودة محللة} فبذل المال بأزائه لا سفه فيه، فيدخل تحت عمومات ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾^(١) و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) ونحوهما [و] كذا [نفس القز وإن كان الدود فيه؛ لأنه كالنوى في التمر] {فلا يمنع من بيعه} حيث لا يكون سبباً للجهالة فيه {وربما احتمل المنع؛ لأنه إن كان حياً} فهو {عرضة للفساد، وإن كان ميتاً دخل في عموم النهي عن بيع الميتة، وهو ضعيف؛ لأن عرضة الفساد لا تقتضي المنع، والدود لا يقصد بالبيع حتى يمنع ميتته، وإلى جوابه أشار المصنف بقوله: لأنه كالنوى، وقد يقال: إن في النوى

(١) سورة البقرة، آية (٢٧٥).

(٢) سورة المائدة، آية (١).

منفعة مقصودة كعلف للدواب، بخلاف الدود الميت} فإنه لا نفع فيه {وكيف كان لا يمنع من صحة البيع} لأنه تابع غير مقصود، فيكون كالنوى في التمر.

[الثالثة عشرة: إذا كان المبيع في ظرف جاز بيعه] {مع وزنه معه} [وأسقط ما جرت العادة به للظرف] في المشهور، بل ربما نسب إلى الأصحاب مشعراً بدعوى الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح حنان قال: (كنت جالساً عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له معمر الزيات: إنا نشترى الزيت في زقاقه ويحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق؟ فقال: إن كان يزيد وينقص فلا بأس، وإن كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه)^(١) ونحوه غيره {سواء كان ما جرت به زائداً عن وزن الظرف قطعاً} أم احتمالاً {أم ناقصاً} كذلك {ولو لم تطرد العادة لم يجز إسقاط ما يزيد} قطعاً؛ لأنه أكل للمال بالباطل {إلا مع التراضي} كما هو المشهور، ولموثق علي بن أبي حمزة قال: (سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام فقال: جعلت فداك إني رجل أبيع الزيت - إلى أن قال - : قلت: فإنه يطرح لظروف السمن لكل ظرف كذا وكذا رطلاً، فربما زاد وربما نقص؟ فقال: إذا كان ذلك عن تراضٍ منكم فلا بأس)^(٢) وعليه يحمل ذيل الصحيح المتقدم {ولا فرق بين إسقاطه بغير ثمن أصلاً، وبثمن مغاير للمظروف} زائداً أو ناقصاً، للإطلاق.

[ولو باعه مع الظرف] {من غير وضع جاعلاً مجموع الظرف والمظروف بيعاً واحداً بوزن واحد} [فالأقرب الجواز] {لحصول معرفة الجملة الرافعة للجهالة، ولا يقدر الجهل بمقدار كل منهما منفرداً؛ لأن المبيع هو الجملة، لا كل فرد بخصوصه} بل

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٢٠) عقد البيع وشروطه، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٢٠) عقد البيع وشروطه، ح ١.

وغير موزونين مع قابلية المنضم إلى التقويم، وعدمه للعمومات السالمة عن معارضة دليل الغرر عرفاً، فيكون حاله حال قشر الجوز ونوى التمر ونحوهما؛ لأن العلم بالجملة كافٍ عن معرفة الأبعاد وإن لم يكن المنضم من الموزون {وقيل} والقائل بعض العامة {لا يصح حتى يعلم مقدار كل منهما؛ لأنها في قوة بيعين، وهو ضعيف} لأن العلم بالمقدار مخصوص بها إذا كانا مبيعين فعلاً، لا قوة.

[القول في الآداب: وهي أربعة وعشرون]:

{الأول} [التفقه فيما يتولاه] {من التكسب، ليعرف صحيح العقد من فاسده، ويسلم من الربا} لخبر الأصبغ بن نباتة قال: (سمعت أمير المؤمنين عليه السلام يقول على المنبر: يا معشر التجار الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر، والله للربا في هذه الأمة أخفى من ديب النمل على الصفا ... الحديث) ^(١) [و] {لا يشترط معرفة الأحكام بالاستدلال كما يقتضيه ظاهر الأمر بالتفقه} في قوله عليه السلام: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ﴾ ^(٢) {بل} {يكفي التقليد} {لأن المراد به هنا معرفتها} ولو بعد إجراء المعاملة {على وجه يصح، وقد قال علي عليه السلام: (من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا ثم ارتطم)} كما في خبر طلحة بن زيد ^(٣).

{الثاني} [التسوية بين المعاملين في الإنصاف] بالنسبة إلى الثمن، وحسن السلعة وغيرهما {فلا يفرق بين الماكس وغيره، ولا بين الشريف والحقير} لخبر عامر بن جذاعة عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال في رجل عنده بيع فسعره سعراً معلوماً، فمن سكت عنه ممن يشتري منه باعه بذلك السعر، ومن ماكسه وأبى أن يبتاع منه زاده، قال: لو كان يزيد الرجلين والثلاثة لم يكن بذلك بأس، فأما أن يفعله بمن أبى عليه وماكسه ويمنعه من لم يفعل فلا يعجبني إلا أن يبيعه بيعاً واحداً) ^(٤) ونحوه غيره

(١) الوسائل، ج١٧، باب (١) آداب التجارة، ح ١.

(٢) سورة التوبة، آية (١٢٢).

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (١) آداب التجارة، ح ٢.

(٤) الوسائل، ج١٧، باب (١١) آداب التجارة، ح ١.

{نعم لو فاوت بينهم بسبب فضيلة ودين فلا بأس} لأنه مما يدرك حسنه العقل، ويندب إليه الشرع {لكن يكره للأخذ قبول ذلك} لما فيه من المنّة والجميل على شيء تافه {ولقد كان السلف يوكلون في الشراء ممن لا يعرف هرباً من ذلك}.

{الثالث} [إقالة النادم] مطلقاً بائعاً أم شارباً، ثميناً كان المبيع أم بخساً {فقد قال الصادق عليه السلام: (أيما عبد مسلم أقال مسلماً في بيع أقاله الله عشرته يوم القيامة)^(١) كما في خبر هارون بن حمزة، ونحوه غيره} وهو مطلق في النادم وغيره، إلا أن ترتب الغاية مشعر به، وإنما يقتدر إلى الإقالة {إذا تفرقا من المجلس، أو شرطاً عدم الخيار} {فلو كان للمشتري} أو للبائع {خيار فسخ به، ولم يكن محتاجاً إليها} [وهل تشرع الإقالة في زمن الخيار؟ الأقرب نعم] {لشمول الأدلة له، خصوصاً الحديث السابق فإنه لم يتقيد بتوقف المطلوب عليها} {ولا يكاد يتحقق الفائدة} {في الإقالة حينئذٍ} {إلا إذا قلنا هي بيع} لكن لا قائل بذلك منا، بل هو قول لبعض العامة {فيترب عليها أحكام البيع من الشفعة وغيرها، بخلاف الفسخ} {أو قلنا: بأن الإقالة من ذي الخيار إسقاط للخيار} {لدالاتها على الالتزام بالبيع، وإسقاط الخيار لا يختص بلفظ، بل يحصل بكل ما دل عليه، من قول، وفعل} كما هو ظاهر صحيح علي بن رثاب قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية، لمن الخيار؟ فقال: الخيار لمن اشترى - إلى أن قال - : قلت له: أرايت إن قبلها المشتري أو لامس؟ قال: فقال: إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته)^(٢) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٣) آداب التجارة، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٤) الخيار، ح ٣.

{وتظهر الفائدة حينئذٍ فيما لو تبين بطلان الإقالة} كما لو كانت من غير البائع أو المشتري اشتباهاً {فليس له الفسخ بالخيار} [ويحتمل سقوط خياره بنفس طلبها مع علمه بالحكم] {لما ذكرناه من الوجه} من أنها التزام البيع وإن كان اشتباهاً {ومن ثم قيل} كما نسب للشيخ، وإن لم تثبت النسبة؛ لأن المحكي عن خلافه ومبسوطه خلاف ذلك، كما في مفتاح الكرامة {بسقوط الخيار لمن قال لصاحبه: اختر} {اللزوم أو الفسخ} وهو مروي أيضاً عن النبي ﷺ أنه قال: (البيعان بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر)^(١) {والأقوى عدم السقوط في الحالين} حالة العلم بالحكم وعدمها {لعدم دلالة على الالتزام حتى بالالتزام، ويجوز أن يكون مطلوبه من الإقالة تحصيل الثواب بها} الحاصل بفسخها دون الفسخ بالخيار، ويشكل: بأن الثواب للمقبل لا للنادم المستقل، ومنه يعرف ما في قوله {فلا ينافي إمكان فسخه بسبب آخر، وهو من أتم الفوائد}.

{الرابع} [عدم تزيين المتاع] {ليرغب فيه الجاهل مع عدم غاية أخرى للزينة} ولم أجد فيه نصاً بخصوصه، ولعله لما فيه من شائبة الغش {أما تزيينه لغاية أخرى، كما لو كانت الزينة مطلوبة فلا بأس} لارتفاع الشائبة.

{الخامس} [ذكر العيب] {الموجود في متاعه} [إن كان] {فيه عيب ظاهراً كان أم خفياً للخبر} الآتي عن السكوني، وكأنه استفاد استحباب الذكر من النهي عن كتمان العيب في الحديث {ولأن ذلك من تمام الإيمان والنصيحة}.

(١) مستدرك الوسائل، باب (٢) الخيار، ح ٣.

{السادس} {ترك الحلف على البيع والشراء} **{قال ﷺ: (ويل للتاجر من لا والله وبلى والله)}** كما في مرسل الصدوق^(١) بتفاوت يسير **{وقال ﷺ: من باع واشترى فليحفظ خمس خصال وإلا فلا يشترين ولا يبيعن: الربا والحلف وكتمان العيب والحمد إذا باع والذم إذا اشترى)}** كما في موثق السكوني^(٢) **{وقال الكاظم عليه السلام: في خبر إبراهيم بن عبد الحميد^(٣) (ثلاثة لا ينظر الله إليهم: أحدهم رجل اتخذ الله بضاعة لا يشتري إلا بيمين، ولا يبيع إلا بيمين) وموضع الأدب الحلف صادقاً، أما الكاذب فعليه لعنة الله}** لخبر المكارم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام قال: (قال رسول الله ﷺ: ثلاثة لا يكلمهم الله ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم: المرخي ذيله من العظمة، والمزكي سلعته بالكذب، ورجل استقبلك بنور صدره فتوارى وقلبه ممتلئ غشاً)^(٤) وهو من الكبائر.

{السابع} [المساحة فيها، وخصوصاً في شراء آلات الطاعات] **{فإن ذلك موجب للبركة والزيادة}** كما يشعر به موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله ﷺ: المساحة من الرباح، قال ذلك لرجل يوصيه ومعه سلعة يبيعها)^(٥) **{وكذا يستحب في القضاء والاقتضاء للخبر}** الصحيح عن حنان عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سمعتة يقول قال رسول الله ﷺ: بارك الله على سهل البيع، سهل الشراء، سهل القضاء، سهل الاقتضاء)^(٦) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٢٥) آداب التجارة، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٢) آداب التجارة، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (٢٥) آداب التجارة، ح ٢.

(٤) الوسائل، ج١٧، باب (٢٥) آداب التجارة، ح ٨.

(٥) الوسائل، ج١٧، باب (٤) آداب التجارة، ح ٢.

(٦) الوسائل، ج١٧، باب (٤٢) آداب التجارة، ح ١.

{الثامن} [تكبير المشتري ثلاثاً، وتشهده الشهادتين بعد الشراء] {وليقبل بعدهما: اللهم إني اشتريته ألتمس فيه من فضلك، فاجعل فيه فضلاً، اللهم إني اشتريته التمس فيه رزقاً، فاجعل لي فيه رزقاً} كما في صحيح حريز بتفاوت يسير^(١) ونحوه غيره.

{التاسع} [أن يقبض ناقصاً، ويدفع راجحاً] احتياطاً لدفع ما يمكن أن يحصل معه النقص في المكيال، ففي صحيح ابن أبي عمير عن غير واحد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يكون الوفاء حتى يرجح)^(٢) ونحوه غيره [نقصاناً ورجحاناً لا يؤدي إلى الجهالة] {بأن يزيد كثيراً بحيث يجهل مقداره تقريباً، ولو تنازعا في تحصيل الفضيلة قدم من بيده الميزان والمكيال؛ لأنه الفاعل} فهو مرجح لتقديمه؛ لأنه {المأمور بذلك، زيادة على كونه معطياً وآخذاً} وهو مشترك بينهما في الصحيح المتقدم، لإطلاقه.

{العاشر} [أن لا يمدح أحدهما سلعته، ولا يذم سلعة صاحبه] {للخبر المتقدم} وهو موثق السكوني {وغيره} فعن أحمد بن محمد بن عيسى رفع الحديث قال: (كان أبو أمامة صاحب رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: أربع من كن فيه طاب مكسبه: إذا اشترى لم يعب، وإذا باع لم يحمد، ولا يدلّس، وفيما بين ذلك لا يحلف)^(٣) [ولو ذم سلعة نفسه بما لا يشتمل على الكذب فلا بأس] لأنه أبلغ في الاحتياط والتوكل على الله عز وجل.

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٢٠) آداب التجارة، ح ١.
(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٧) آداب التجارة، ح ٢.
(٣) الوسائل، ج١٧، باب (٢) آداب التجارة، ح ٣.

{الحادي عشر} [ترك الربح على المؤمنين] {قال الصادق عليه السلام}: في خبر سليمان بن صالح وأبي شبل^(١) (ربح المؤمن على المؤمن ربا، إلا أن يشتري بأكثر من مئة درهم، فاريح عليه قوت يومك، أو يشتريه للتجارة فاريحوا عليهم وارفقوا بهم) {إلا مع الحاجة فيأخذ منهم نفقة يوم} {له ولعياله} [موزعة على المعاملين] {في ذلك اليوم مع انضباطهم، وإلا ترك الربح على المعاملين بعد تحصيل قوت يومه، كل ذلك مع شرائهم للقوت، أما للتجارة فلا بأس مع الرفق كما دل عليه الخبر} المتقدم.

{الثاني عشر} [ترك الربح على الموعد بالإحسان] {بأن يقول له: هلم أحسن إليك فيجعل إحسانه الموعد به ترك الربح عليه، قال الصادق عليه السلام}: في مرسل علي بن عبد الرحيم عن رجل^(٢) {إذا قال الرجل للرجل: هلم أحسن بيعك يحرم عليه الربح} كما {والمراد به الكراهة المؤكدة} بقرينة مناسبة الحكم والموضوع، مع ضعف السند، وفتوى الأصحاب بالكراهة.

{الثالث عشر} [ترك السبق إلى السوق والتأخر فيه] لأنه مناف للإجمال في الطلب {بل يبادر إلى قضاء حاجته ويخرج منه؛ لأنه مأوى الشياطين، كما أن المسجد مأوى الملائكة فيكون على العكس} كما في خبر جابر عن أبي جعفر محمد بن علي الباقر عن آبائه عليهم السلام قال: (قال رسول الله ﷺ لجبرئيل: أي البقاع أحب إلى الله تعالى؟ قال: المساجد، وأحب أهلها إلى الله أولهم دخولا إليها وآخرهم خروجاً منها، قال: فأَي البقاع أبغض إلى الله تعالى؟ قال: الأسواق، وأبغض أهلها إليه

(١) الوسائل، ج١٧، باب (١٠) آداب التجارة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٩) آداب التجارة، ح ١.

أولهم دخولاً إليها وآخرهم خروجاً منها^(١) {ولا فرق في ذلك بين التاجر وغيره، ولا بين أهل السوق عادة وغيرهم} لإطلاق النص.

{الرابع عشر} [ترك معاملة الأدين] {وهم الذين يحاسبون على الشيء الأدون، أو من لا يسره الإحسان، ولا تسوؤه الإساءة، أو من لا يبالي بما قال، ولا بما قيل فيه} ففي مرسل الصدوق قال: (وقال عليه السلام: إياك ومخالطة السفلة فإن السفلة لا يؤول إلى خير)^(٢) وقال هبة الله بن علي بن أحمد: جاءت الأخبار في معنى السفلة على وجوه، وذكر ما ذكره الشارح.

[والمحارفين] بفتح الراء، وهم: الذين لا يبارك لهم في كسبهم، قال الجوهري: رجل محارف بفتح الراء أي محدود محروم، وهو خلاف قولك: مبارك، وقد حورف كسب فلان إذا شدد عليه في معاشه، كأنه ميل برزقه عليه {لتنهي عن مبايعتهم في صحيح الوليد بن صبيح عن أبيه قال: (قال لي أبو عبد الله عليه السلام: لا تشتتر من محارف شيئاً فإن صفقته لا بركة فيها)^(٣) ونحوه غيره.

[والمؤوفين] {أي ذوي الآفة والنقص في أبدانهم، لتنهي عنه في الأخبار، معللاً بأنهم أظلم شيء} كما في خبر ميسر بن عبد العزيز قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تعامل ذا عاهة فإنهم أظلم شيء)^(٤) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٦٠) آداب التجارة، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٢٤) آداب التجارة، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (٢١) آداب التجارة، ح ١.

(٤) الوسائل، ج١٧، باب (٢٢) آداب التجارة، ح ١.

[والأكراد] {للحديث عن الصادق عليه السلام} في خبر أبي الربيع الشامي^(١) الضعيف جداً {معللاً بأنهم حي من أحياء الجن كشف الله عنهم الغطاء، ونهى فيه أيضاً عن مخالطتهم} [وأهل الذمة] {لأنه ينهاه عنه} في الجملة في صحيح ابن رثاب قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي ولا يبضعه بضاعة، ولا يودعه وديعة، ولا يضافه المودة)^(٢) ونحوه غيره {ولا يتعدى إلى غيرهم من أصناف الكفار للأصل} وهو عدم الكراهة {والفارق} بينهم وبين غيرهم النص المتقدم {وذوي الشبهة في المال} {كالظلمة، لسريان شبههم إلى ماله}.

{الخامس عشر} [ترك التعرض للكيل، أو الوزن إذا لم يحسن] شيئاً منها {حذراً من الزيادة والنقصان المؤديين إلى المحرم} كما هو المشهور، ولما عن مثنى الحناط عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قلت له: رجل من نيتة الوفاء وهو إذا كال لم يحسن أن يكيل، قال: فما يقول الذين حوله؟ قلت: يقولون: لا يوفي، قال: هذا لا ينبغي له أن يكيل)^(٣) ولعل دلالة على ما ذكر بالأولية {وقيل: يحرم حينئذٍ، للنهي عنه في الأخبار} كما في المرسل المتقدم {المقتضي للتحريم} وهو كذلك مع تحقق التأدية إلى المحرم لا مع عدمها، ومجرد الخوف منه لا يقتضي الحرمة، كما هو ظاهر، ووجه قوله {وحمل على الكراهة} ضعف سند تلكم الأخبار.

{السادس عشر} [ترك الزيادة في السلعة وقت النداء] {عليها من الدلال، بل يصبر حتى يسكت ثم يزيد إن أراد، لقول علي عليه السلام} في خبر أمية بن عمرو الشعيري*

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٢٣) آداب التجارة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج١٩، باب (٢) الشركة، ح ١.

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (٨) آداب التجارة، ح ١.

★ الوسائل، ج١٧، باب (٤٩) آداب التجارة، ح ١.

ونحوه غيره : { إذا نادى المنادي فليس لك أن تزيد، وإنما يُحرم الزيادة النداء، ويحلها السكوت } المحمول على الكراهة الشديدة لضعف السند، وعدم الجابر له من شهرة أو عمل.

{ السابع عشر } [ترك السوم] { وهو الاشتغال بالتجارة } [ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس] { لنهي النبي ﷺ عنه } في خبر علي بن أسباط رفعه قال: (نهى رسول الله ﷺ عن السوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس) ^(١) { ولأنه وقت الدعاء، ومسألة الله تعالى، لا وقت تجارة، وفي الخبر { الذي تضمنه حديث الأربع مئة ^(٢) } : إن الدعاء فيه أبلغ في طلب الرزق من الضرب في البلاد }.

{ الثامن عشر } [ترك دخول المؤمن في سوم أخيه] { المؤمن } [بيعاً وشراءً] على الأشهر، بل المشهور، كذا في الجواهر، ولخبر الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليه السلام - في حديث المناهي - قال: (ونهى رسول الله ﷺ أن يدخل الرجل في سوم أخيه المسلم) ^(٣) { بأن يطلب ابتياع الذي يريد أن يشتريه، ويبذل زيادة عنه ليقدمه البائع، أو يبذل للمشتري } من بائع ما { متاعاً غير ما اتفق هو والبائع عليه، لقول النبي ﷺ: (لا يسوم الرجل على سوم أخيه) ^(٤) وهو خبر معناه النهي، ومن ثم قيل { والقائل الشيخ وجماعة { بالتحريم؛ لأنه الأصل في النهي } والقول بالكراهة هو الأجود، كما عن المحقق وجمع، لضعف الخبر، ومخالفته للشهرة المحققة على الكراهة.

(١) الوسائل، ج١٧، باب (١٢) آداب التجارة، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج٧، باب (٢٥) الدعاء، كتاب الصلاة، ح ١.

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (٤٩) آداب التجارة، ح ٣.

(٤) مستدرک الوسائل، ج١٣، ص (٢٨٥).

{وإنما يكره، أو يحرم} على الخلاف [بعد التراضي، أو قربه] بين المتبايعين {فلو ظهر له ما يدل على عدمه فلا كراهة ولا تحريم} لأصالة عدم الكراهة، وعدم صدق الدخول في السوم، بل ادعى عليه الاتفاق في المسالك [ولو كان السوم بين اثنين] على مبيع واحد {سواء دخل أحدهما على النهي أم لا، بأن ابتدأ فيه معاً قبل محل النهي} {لم يجعل نفسه بدلاً من أحدهما} {لصدق الدخول في السوم} {ولا كراهة فيما يكون في} حال [الدلالة] {لأنها موضوعة عرفاً لطلب الزيادة ما دام الدلال يطلبها، فإذا حصل الاتفاق بين الدلال والغريم تعلقت الكراهة} {بالدخول} {لأنه لا يكون حينئذ في الدلالة، وإن كان} {المتاع} {يبعد الدلال}.

[وفي كراهة طلب المشتري من بعض الطالبين الترك له نظر] {من عدم صدق الدخول في السوم من حيث الطلب منه، ومن مساواته له في المعنى حيث أراد أن يحرمه مطلوبه، والظاهر القطع بعدم التحريم على القول به في السوم} لعدم القطع - هنا - بكونه سوماً {وإنما الشك في الكراهة} والقول بها هو الأجود؛ لأن فيه مزاحمة المؤمن فيما يطلبه، وفيها من الحزازة ما لا يخفى [ولا كراهية في ترك الملتمس منه] {لأنه قضاء حاجة لأخيه، وربما استجبت إجابته لو كان مؤمناً، ويحتمل الكراهة لو قلنا بكراهة طلبه، لإعانتته له على فعل المكروه} والأجود الأول، لما هو المعروف من اهتمام الشارع الأقدس بقضاء حوائج الإخوان {وهذه الفروع من خواص الكتاب}.

{التاسع عشر} [ترك توكل حاضر لبادٍ] مطلقاً سواء أكان بدوياً أم قروياً، عالماً بالسعر أم جاهلاً، مع ظهور السعر أم خفائه، مع عموم الحاجة إلى المتاع أم عدمه، مع إسلام المتبايعين أم عدمه، لإطلاق الدليل الشامل للجميع {وهو: الغريب

الجالب للبلد وإن كان قروياً، قال النبي ﷺ { في خبر جابر^(١) وغيره } : (لا يتوكل حاضر لبادٍ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض) ، وحمل بعضهم { كالشيخ وابني إدريس والبراج والعلامة في المنتهى {المنهي على التحريم، وهو حسن لو صحَّ الحديث، وإلاّ} يصح، كما هو كذلك {فالكراهة أوجه، للتسامح في دليلها، وشرطه ابتداء الحضري به، فلو التمسه الغريب فلا بأس به} بل يستحب؛ لأنه من قضاء الحاجة {ووجهُ الغريب بسعر البلد، فلو علم به لم يكره} لإقدامه عليه برضاه {بل كانت مساعدته محض الخير} وهو مستحب {ولو باع مع النهي انعقد} البيع {وإن قيل: بتحريمه} لأن النهي عن المعاملة لا يقتضي فسادها {ولا بأس بشراء البلدي له، للأصل} وهو الجواز، ولاختصاص النهي في النصوص بالبيع.

{العشرون} [ترك التلقي للركبان] {وهو: الخروج إلى الركب القاصد إلى بلد للبيع عليهم، أو الشراء منهم} [وحده أربعة فراسخ] {فما دون} في المشهور بين الأصحاب، بل عن ظاهر بعضهم الإجماع عليه، ولصحيح منهال القصاب قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تلق، فإن رسول الله ﷺ نهى عن التلقي، قال: وما حد التلقي؟ قال: ما دون غدوة أو روحة، قلت: وكم الغدوة والروحة؟ قال: أربعة فراسخ)^(٢) ونحوه غيره {فلا يكره ما زاد؛ لأنه سفر للتجارة} وهو الجلب، كما في معتبر ابن القداح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله ﷺ: الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون)^(٣) {وإنما يكره} [إذا قصد] {الخروج لأجله} لصدق التلقي {فلو اتفق مصادفته الركب في خروجه لغرض لم يكن به بأس} لعدم صدق التلقي المنهي

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٣٧) آداب التجارة، ح٣. بتفاوت يسير.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٣٦) آداب التجارة، ح١.

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (٢٧) آداب التجارة، ح٣.

عنه [ومع جهل البائع، أو المشتري] {القادم} [بالسعر] {في البلد، فلو علم به لم يكره، كما يشعر به تعليقه عليه السلام في قوله} في خبر عروة بن عبد الله عن أبي جعفر عليه السلام : { (لا يتلق أحدكم تجارة خارجاً من المصر، والمسلمون يرزق الله بعضهم من بعض) ^(١) } {والاعتبار بعلم من يعامله} وجهله {خاصة} وإن علم غيره بالسعر.

[و] {كذا ينبغي} {ترك ما يتلقى} {ممن اشتراه من الركب بالشرائط} المتقدمة {ومن ترتبت يده على يده وإن ترامى، لقول الصادق عليه السلام : (لا تلق ولا تشتري ما يتلقى، ولا تأكل منه)} كما في صحيح منهل المتقدم {وذهب جماعة إلى التحريم، لظاهر النهي في هذه الأخبار، وعلى القولين يصح البيع} كما تقدم من أن النهي عن المعاملة لا يوجب فسادها، بل حرمتها تكليفاً إن اقتضاها الدليل.

[ولا خيار] {للبيع والمشتري} [إلا مع الغبن] {فيتخير المغبون على الفور في الأقوى} كما هو المشهور، وعن ابن إدريس: ثبوت الخيار استناداً إلى أخبار ضعيفة لا يمكن الخروج بها عن عموم اللزوم في المعاوضات {ولا كراهة في الشراء منه بعد وصوله إلى حدود البلد بحيث لا يصدق التلقي، وإن كان جاهلاً بسعره، للأصل} وهو الجواز، لعدم ثبوت النهي {ولا} كراهة {في بيع نحو المأكول والعلف عليهم وإن تلقى} لأصل الجواز، ولا اختصاص النهي بالشراء منهم دون البيع عليهم.

{الحادي والعشرون} [ترك الحكرة] {بالضم وهو: جمع الطعام} كما عن الصحاح، ومطلق القوت، كما عن غيره {وحبسه يتربص به الغلاء، والأقوى تحريمه مع حاجة الناس إليه، لصحة الخبر} عنده {بالنهي عنه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وأنه لا يحتكر

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٣٦) آداب التجارة، ح ٥.

الطعام إلا خاطئ} كما في موثق إسماعيل بن أبي زياد^(١) {وأنه ملعون} كما في موثق السكوني^(٢) وعليه فالأمر ليس كما وصفه خصوصاً على مذهبه من ضعف الموثق، وأما باقي النصوص فهي ضعيفة الأسناد والدلالة، فالقول بالحرمة ضعيف، والأجود القول بالكراهة، لقاعدة الحل، وقاعدة السلطنة، مع اعتضادهما بنصوص الاتجار، وحسن التعيش، ونحوها السالمة عن معارضة دليل معتبر على التحريم، مضافاً إلى أن التأمل في تلك النصوص يقتضي حملها على الكراهة، خصوصاً مع شدة بعضها - التي هي قرينة عند الأصحاب عليها غالباً - ولتصريح صحيح الحلبي بالكراهة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن الرجل يحتكر الطعام ويتربص به هل يصلح ذلك؟ قال: إن كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به، وإن كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام)^(٣).

{وإنما تثبت الحكرة} [في] {سبعة أشياء} [الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن والزيت والملح] أما في الخمسة الأولى فهو المشهور بينهم، بل عن جماعة الإجماع عليه، كما في الجواهر، وأما الستة - عدا الأخير - في المتن فمذكورة في موثق السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وآله (قال: الحكرة في ستة أشياء: في الحنطة والشعير والتمر والزيت والسمن والزبيب)^(٤) وأما الملح فلم يذكر في نص بخصوصه، إلا ما يقال: من أنه يستفاد من فحوى بعض أخبار الحاجة إليه فأدخله

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٢٧) آداب التجارة، ح ١٢.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٢٧) آداب التجارة، ح ١.

(٣) الوسائل، ج١٧، باب (٢٧) آداب التجارة، ح ٢.

(٤) الوسائل، ج١٧، باب (٢٧) آداب التجارة، ح ١٠.

الشيخ في المبسوط وابن حمزة في جملة ما يدخله الاحتكار، فتدبر ولا حظ {وإنما يكره إذا وجد باذل غيره يكتفي به الناس} وهو كما ترى! مخالف لصراحة وإطلاق صحيح الحلبي المتقدم بالكرهه.

[ولو لم يوجد غيره وجب البيع] {مع الحاجة إليه} كما هو المشهور، بل نقل الإجماع عليه جمع من الأصحاب، ولصحيح حذيفة بن منصور عن أبي عبد الله (قال: نفذ الطعام على عهد رسول الله ﷺ فأتاه المسلمون فقالوا: يا رسول الله قد نفذ الطعام ولم يبق منه شيء إلا عند فلان فمره يبيعه، قال: فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: يا فلان إن المسلمين ذكروا أن الطعام قد نفذ إلا شيء عندك فأخرجه وبعه كيف شئت ولا تحبسه)^(١) ونحوه غيره {ولا يتقيد بثلاثة أيام في الغلاء، وأربعين في الرخص} كما عن الشيخ وغيره {وما روي من التحديد بذلك} في موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (الحكرة في الخصب أربعون يوماً، وفي الشدة والبلاء ثلاثة أيام، فما زاد عن الأربعين يوماً في الخصب فصاحبه ملعون، وما زاد على ثلاثة أيام في العسرة فصاحبه ملعون)^(٢) {محمول على حصول الحاجة في ذلك الوقت؛ لأنه مظنتها} [ويسعر] {عليه حيث يجب عليه البيع} [إن أجحف] كما عن ابن حمزة والعلامة وغيرهم {لما فيه من الإضرار المنفي} ولأنه لولا ذلك لانتفت فائدة الإجبار، ولا يخفى أن ذلك ليس من التسعير الممنوع في شيء [وإلا] يجحف [فلا] يجوز التسعير، في المشهور، كذا في الجواهر، ولخبر الحسين بن عبيد الله بن ضمرة عن أبيه عن جده عن علي بن أبي طالب عليه السلام أنه قال: (رفع الحديث إلى رسول

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٢٩) آداب التجارة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٢٧) آداب التجارة، ح ١.

الله ﷺ أنه مر بالمحتكرين فأمر بحكرتهم أن تخرج إلى بطون الأسواق، وحيث تنظر الأبصار إليها، فقبل لرسول الله ﷺ: لو قومت عليهم، فغضب رسول الله ﷺ حتى عرف الغضب في وجهه، فقال: أنا أقوم عليهم إنما السعر إلى الله يرفعه إذا شاء ويخفضه إذا شاء^(١) ونحوه غيره {ولا يجوز التسعير في الرخص مع عدم الحاجة قطعاً، والأقوى أنه مع الإجحاف حيث يؤمر به لا يسعر عليه أيضاً، بل يؤمر بالنزول عن المجحف، وإن كان في معنى التسعير، إلا أنه لا ينحصر في قدر خاص} جمعاً بين قاعدة نفي الضرر والنصوص الناهية عن التسعير مطلقاً.

{الثاني والعشرون} [ترك الربا في المعدود على الأقوى] كما هو المشهور {للأخبار الصحيحة الدالة على اختصاصه بالكيل والموزون} كصحيح زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن)^(٢) ونحوه غيره، بل في خبر منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن البيضة بالبيضتين؟ قال: لا بأس به، والثوب بالثوبين، قال: لا بأس به، والفرس بالفرسين، فقال: لا بأس به، ثم قال: كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال ولا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد)^(٣) ونحوه غيره.

{وقيل: يحرم فيه أيضاً استناداً إلى رواية ظاهرة في الكراهة} وهي صحيح محمد بن مسلم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الثوبين الرديئين بالثوب المرتفع، والبعير بالبعيرين، والدابة بالدابتين، فقال: كره ذلك علي عليه السلام فنحن نكرهه إلا أن يختلف

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٣٠) آداب التجارة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) الربا، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) الربا، ح ٣.

الصنفان ... الحديث^(١) اللهم إلا أن يقال: إن الكراهة في المعاملات تحمل على معناها الأصلي المساوق للحرمة اصطلاحاً.

[وكذا في النسيئة] {في الربوي} [مع اختلاف الجنس] {كالتمر بالزبيب، وإنما كره فيه، للأخبار الدالة على النهي عنه} كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شيء من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يداً بيد، فأما نظرة فلا يصلح)^(٢) ونحوه غيره {إلا أنها في الكراهة أظهر لقوله عليه السلام: (إذا اختلف الجنس فبيعوا كيف شئتم)^(٣) وقيل} والقائل ابن أبي عقيل والإسكافي والشيخ المفيد وسالار وابن البراج والشيخ في أحد قوله {بتحريمه، لظاهر النهي السابق} في الصحيح المتقدم وغيره، والأجود ما اختاره المصنفان وغيرهما من حمل النهي على الكراهة جمعاً.

الثالث والعشرون {ترك نسبة الربح، والوضيعة إلى راس المال} كما هو المشهور {بأن يقول: بعثك بمئة وربع المئة عشرة، أو وضيعتها} كذلك {لنهي عنه} في صحيح أبان - على رواية التهذيب - قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: إني لأكره بيع عشرة بإحدى عشر، وعشرة باثني عشر ونحو ذلك من البيع، ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة، قال: وأتاني متاع من مصر فكرهت أن أبيعه كذلك وعظم علي، فبعته مساومة)^(٤) ونحوه غيره {ولأنه بصورة الربا} لذكر الزيادة منفصلة عن الثمن {وقيل} والقائل الشيخ المفيد وسالار والقاضي والشيخ {تحرم عملاً بظاهر النهي} في

(١) الوسائل، ج١٨، باب (١٦) الربا، ح٧.

(٢) الوسائل، ج١٨، باب (١٣) الربا، ح٢.

(٣) مستدرک الوسائل، باب (١٢) الربا، ح٤.

(٤) الوسائل، ج١٨، باب (١٤) أحكام العقود، ح٤.

صحيح حنان بن سدير قال: (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له جعفر بن حنان: ما تقول في العينة في رجل يبيع رجلاً فيقول: أباعك بده دوازه، وبده يازده؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: هذا فاسد ولكن يقول: أربح عليك في جميع الدراهم كذا وكذا، ويساومه على هذا فليس به بأس ... الحديث^(١)) ونحوه غيره، وحملت على الكراهة جمعاً بينها وبين صحيح العلاء قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يبيع البيع فيقول: أباعك بده دوازه، أو بده يازده، فقال: لا بأس إنما هذه المراوضة، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة)^(٢) } وترك نسبته كذلك أن يقول: بكذا وربح كذا، أو وضيعته } كذلك.

{الرابع والعشرون} [ترك بيع ما لا يقبض مما يكال، أو يوزن] للنهي عنه في أخبار صحيحة {مستفيضة، كصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه، فإذا لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه، يعني: أنه يوكل المشتري بقبضه)^(٣) } حملت على الكراهة جمعاً بينها وبين ما دل على الجواز {كصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن رجل عليه كر من طعام، فاشترى كراً من رجل، وقال للرجل: انطلق فاستوف حقه؟ قال: لا بأس به)^(٤) } ونحوه غيره {والأقوى التحريم وفاقاً للشيخ في المبسوط مدعي الإجماع، والعلامة في التذكرة والإرشاد، لضعف

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٤) أحكام العقود، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٤) أحكام العقود، ح ٥.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) أحكام العقود، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) أحكام العقود، ح ٢.

١١٦ فوائد اللمعتين في مدارك الروضتين: الجزء الثالث

روايات الجواز المقتضية لحمل النهي في الأخبار الصحيحة على غير ظاهره { ويشكل:
بأن دعوى ضعف نصوص الجواز عهدتها على مدعيها فراجعها^(١).

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) أحكام العقود، ح ٤.

[الفصل الثالث: في بيع الحيوان]

{وهو قسمان أناسي وغيره، ولما كان البحث عن البيع موقوفاً على الملك، وكان تملك الأول موقوفاً على شرائطه نبه عليها أولاً، ثم عقبه بأحكام البيع، والثاني وإن كان كذلك إلا أن لذكر ما يقبل الملك منه محلاً آخر} وهو الصيد والذباحة {بحسب ما اصطلحوا عليه فقال:}

[والأناسي يملك بالسبي مع الكفر الأصلي] وهو المحارب اصطلاحاً، قال في المسالك: وأطلق عليه وصف الحرب بسبب خروجه عن طاعة الله ورسوله ﷺ، وتملكه كذلك محل وفاق بين الأصحاب. ولصحيح رفاة النخاس قال: (قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن الروم يغزون على الصقالبة والروم فيسرقون أولادهم من الجواري والغلمان، فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم ثم يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجار، فما ترى في شرائهم ونحن نعلم أنهم قد سرقوا، وإنما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم؟ فقال: لا بأس بشرائهم إنما أخرجوهم من الشرك إلى دار الإسلام)^(١) ونحوه غيره {وكونهم غير} معتصمين بـ {ذمة} ولا عهد، لخبر زكريا بن آدم قال: (سألت الرضا عليه السلام عن قوم من العدو - إلى أن قال - : وسألت عن أهل الذمة أصابهم جوع فأتاه رجل بولده؟ فقال: هذا لك أطعمه وهو لك عبد؟ فقال: لا تتبع حراً فإنه لا يصلح لك ولا من أهل الذمة)^(٢) {واحترز بالأصلي عن الارتداد،

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢) بيع الحيوان، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) بيع الحيوان، ح ١.

فلا يجوز السبي وإن كان المرتد بحكم الكافر في جملة من الأحكام { لتخلل الإسلام المخرج له عن كفره الأصلي، ولأصالة الحرية السالبة عن المعارض، بعد اختصاص الفتاوى والنصوص - ولو انصرفاً - بغيره.

[و] {حيث يملكون بالسبي} [يسري الرق] {في أعقابهم} [وإن أسلموا بعد] {الأسر} لأنهم نماء في ملك فهو تابع له [ما لم يعرض لهم سبب محرر] {من عتق، أو كتابة، أو تنكيل، أو رحم على وجه} كالوالدين وإن علوا والأولاد وإن نزلوا، بلا خلاف أجده في ذلك كله، كذا في الجواهر، ولصحيح رفاة النخاس المتقدم وغيره.

[والملقوط في دار الحرب رق] بلا خلاف أجده فيه إلحاقاً له بأهل الدار، كذا في الجواهر [إذا لم يكن فيها مسلم] ولو أسيراً {صالح لتولده منه} من غير خلاف، ولأصالة الحرية [بخلاف] {للقيط} [دار الإسلام] {فإنه حر ظاهراً} اتفاقاً، ولصحيح محمد بن مسلم قال: (سألت جعفرًا عليه السلام عن اللقيط، فقال: حر لا يباع ولا يوهب)^(١) ونحوه غيره [إلا أن يبلغ] {ويرشد على الأقوى} بل قيل: إنه إجماع، كذا في الجواهر؛ ولأن غير الرشيد لا يعتبر إقراره بالمال، وهو نفسه مال، ويؤيده صحيح ابن سنان الآتي [ويقر على نفسه بالرق] {فيقبل منه على أصح القولين؛ لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز} كما في النبوي المشهور بين الفريقين^(٢) ولصحيح عبد الله بن سنان قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان علي بن أبي طالب عليه السلام يقول: الناس كلهم أحرار، إلا من أقر على نفسه بالعبودية، وهو مدرك من عبد أو

(١) الوسائل، ج ٢٥، باب (٢٢) اللقطة، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ٢٣، باب (٣) الإقرار، ح ٢.

أمة، ومن شهد عليه بالرق، صغيراً كان أو كبيراً^(١) ونحوه غيره {وقيل} والقائل ابن إدريس {لا يقبل، لسبق الحكم بحريته شرعاً، فلا يتعقبه الرق بذلك} وهو كما ترى! اجتهد في مقابلة النص.

{وكذا القول في لقيط دار الحرب إذا كان فيها مسلم} بلا خلاف أجده فيه، بل عن بعضهم دعوى الإجماع عليه، لأصالة الحرية، كما في الجواهر {وكل مقر بالرقية بعد بلوغه ورشده، وجهالة نسبه، مسلماً كان أم كافراً، لمسلم أقر أم لكافر، وإن بيع على الكافر لو كان المقر مسلماً} فعن بعضهم نقل الإجماع عليه، ولصحيح الفضل قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل حر أقر أنه عبد، قال: يؤخذ بما أقر به)^(٢) ونحوه غيره.

[والمسبي حال الغيبة] بحرب غير مأذون فيها من الإمام عليه السلام [يجوز تملكه، ولا خمس فيه] {للإمام عليه السلام ولا لفريقه، وإن كان حقه أن يكون للإمام عليه السلام خاصة، لكونه مغنوماً بغير إذنه إلا أنهم عليهم السلام أذنوا لنا في تملكه كذلك} من غير خمس [رخصة منهم لنا] كما تقدم في كتاب الخمس، فعن الإمام الحسن العسكري في تفسيره عن آبائه عليهم عليهم السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام (أنه قال لرسول الله ﷺ: قد علمت يا رسول الله أنه سيكون بعدي ملك عضوض وجبر، فيستولى على خمسي من السبي والغنائم ويبيعهونه فلا يحل لمشتريه؛ لأن نصيبي فيه، فقد وهبت نصيبي منه لكل من ملك شيئاً من ذلك من شيعتي، لتحل لهم منافعهم من مأكّل ومشرب، ولتطيب مواليدهم، ولا يكون أولادهم أولاد حرام، فقال رسول الله ﷺ: ما تصدق أحد

(١) الوسائل، ج ٢٣، باب (٢٩) العتق، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٣، باب (٢٩) العتق، ح ٢.

أفضل من صدقتك، وقد تبعت رسول الله في فعلك، أحل الشيعة كل ما كان فيه غنيمة وبيع من نصيبه على واحد من شيعتي ولا أحلها أنا ولا أنت لغيرهم^(١) ونحوه غيره {وأما غيرنا فتقر يده عليه، ويحكم له بظاهر الملك، للشبهة} باعتقادهم جوازه لهم {كتملك الخراج والمقاسمة} مع أنها للإمام عليه السلام {فلا يؤخذ بغير رضا} عندنا {مطلقاً} بسرقة كان أم غيلة أم قهر أم لا، وكله كان للإمام عليه السلام أم بعضه.

[ولا يستقر للرجل ملك الأصول] {وهم الأبوان وآباؤهما وإن علوا} [والفروع] {وهم الأولاد ذكوراً وإناثاً وإن سفلن، والإناث المحرمات كالعمة والخالة والأخت} وبناتهما وبنت الأخ [نسباً] {إجماعاً} بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح أبي بصير وأبي العباس وعبيد كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه أو بنت أخته وذكر أهل هذه الآية من النساء عتقوا جميعاً، ويملك عمه وابن أخيه وابن أخته والخال، ولا يملك أمه من الرضاعة، ولا أخته ولا عمته ولا خالته فإنهن إذا ملكن عتقن. وقال: ما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع. وقال: يملك الذكور ما خلا والداً أو ولداً، ولا يملك من النساء ذات رحم محرم، قلت: يجري في الرضاع مثل ذلك؟ قال: نعم يجري في الرضاع مثل ذلك)^(٢) ونحوه غيره.

[ورضاعاً] {على أصح القولين} كما عن الشيخ وابني البراج وحمة وغيرهم، بل هو المشهور بين المتأخرين، بل عن بعضهم دعوى الإجماع عليه، كذا في الجواهر {للخبر الصحيح} عن عبد الله بن سنان قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة

(١) الوسائل، ج٩، باب (٤) الأنفال، ح ٢٠.

(٢) الوسائل، ج١٨، باب (٤) بيع الحيوان، ح ١.

ترضع غلاماً لها من مملوكة حتى تفضمه، يحل لها بيعه؟ قال: لا، حرم عليها ثمنه، أليس قد قال رسول الله ﷺ: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، أليس قد صار ابنها؟ ... الحديث^(١) لكنه ليس بصحيح على مذهبه؛ لأن في طريقه محمد بن سماعة وهو واقفي، لكنه أعلم بما قال {معللاً فيه} وفي غيره من النصوص {بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب؛ ولأن الرضاع لحمه كلحمه النسب} وهذا منه دليل آخر على الحكم، لكن لم يرد في النصوص، وإن اشتهر في كتب الاستدلال، نعم الوارد في حديث (الولاء لحمه كلحمه النسب)^(٢) [ولا] {يستقر} للمرأة ملك العمودين [الآباء وإن علوا، والأولاد وإن سفلوا] نسباً، لا رضاعاً، بلا خلاف أجده فيه نصاً وفتوى، كذا في الجواهر، ولخبر أبي حمزة الثمالي قال: (سألت أبا عبد الله ﷺ عن المرأة، ما تملك من قرابتها؟ فقال: كل أحد إلا خمسة: أبوها، وأمها، وابنها، وابنتها، وزوجها)^(٣).

{ويستقر على غيرهما وإن حرم نكاحه كالأخ والعم والخال} لأصل الجواز، وعمومات التملك السالمة عن المعارض {وإن استحب لها إعتاق المحرم} وقد يكون مدركه موثق سماعة عن أبي عبد الله ﷺ (في رجل يملك ذا رحمه، هل يصلح له أن يبيعه، أو يستعبده؟ قال: لا يصلح له بيعه، ولا يتخذه عبداً، وهو مولاه، وأخوه في الدين، وأيمها مات ورثه صاحبه، إلا أن يكون له وارث أقرب إليه منه)^(٤) ونحوه غيره، ولا يخفى عدم اختصاصه بالرجل لقاعدة الاشتراك {وفي إلحاق الخنثى هنا}

(١) الوسائل، ج٢٣، باب (٨) العتق، ح٣.

(٢) الوسائل، ج٢٣، باب (٤٢) العتق، ح٢.

(٣) الوسائل، ج٢٣، باب (٩) العتق، ح١.

(٤) الوسائل، ج٢٣، باب (١٣) العتق، ح٥.

في التملك {بالرجل أو المرأة نظر: من الشك في الذكورية التي هي سبب عتق غير العمودين فيوجب الشك في عتقهم، والتمسك بأصالة بقاء الملك} من غير قاطع شرعي فيستصحب {ومن إمكانها فيعتقون، لبنائه على التغليب، وكذا الإشكال لو كان مملوكاً} وملكته من ينعق عليه، لعين ما ذكر في السابق {والحاقه بالأثني} فيستقر ملكه للعمودين {في الأول} وهو كون الخنثى مالكا {وبالذكر في الثاني} وهو كونه مملوكاً {لا يخلو من قوة، تمسكاً بالأصل} وهو استصحاب بقاء الملك {فيهما}.

{والمراد بعدم استقرار ملك من ذكر أنه يملك ابتداء بوجود سبب الملك أنا قليلاً لا يقبل غير العتق} لقاعدة لا عتق إلا في ملك {ثم يعتقون} لعدم جواز ملك العمودين وغيرهم، كما تقدم {إذ لولا الملك لما حصل العتق، ومن عبر من الأصحاب بأنهما لا يملكان ذلك تجوز في إطلاقه على المستقر} مع أنه غير مستقر {ولا فرق في ذلك كله بين الملك القهري والاختياري، ولا بين الكل والبعض} للإطلاق {فيقوم عليه باقيه إن كان مختاراً} وموسراً {على الأقوى} فإن كان معسراً أولم يملكه بالاختيار لم يقوم عليه، بل يسعى بالباقي.

{وقرابة الشبهة بحكم الصحيح، بخلاف قرابة الزنى على الأقوى؛ لأن الحكم الشرعي يتبع الشرع لا اللغة} ويشكل: بأنه مبتنٍ على ثبوت الحقيقة الشرعية، وهو ممن أنكرها، مضافاً إلى عدم ثبوت القرينة على المراد الشرعي، اللهم إلا أن يقال: باستفادة عدم ثبوت النسب شرعاً بالزنى من قول النبي ﷺ (الولد للفراش وللعاهر الحجر)^(١) بناء على أنه لا ولد شرعاً إلا للفراش مطلقاً، لا في خصوص التعارض بين الشرع واللغة، كما هو الظاهر {ويفهم من إطلاقه - كغيره - الرجل

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٩) اللعان، ح ٣.

والمرأة: أن الصبي والصبية لا يعتق عليهم ذلك لو ملكوه إلى أن يبلغوا، والأخبار مطلقة في الرجل والمرأة كذلك { أي كإطلاق الأصحاب { ويعضده أصالة البراءة { من العتق { وإن كان خطاب الوضع غير مقصور على المكلف { ولا يذهب عليك أن في إطلاق أخبار عتق أم الولد من نصيب ولدها دلالة على عدم الفرق بين الصغير والبالغ، مع أن الأصحاب بين قائل بعدم الملك، أو عدم استقراره، وعلى ما ذكره يلزم استقراره حتى يبلغا.

[ولا تمنع الزوجية من الشراء فتبطل] { الزوجية { المنافية للملك فلا تجتمع معه، بل تبطل إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، ولخبر سعيد بن يسار قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرة تكون تحت المملوك فتشتريه، هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم؛ لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء)^(١) ونحوه غيره { ويوقع الملك فإن كان المشتري الزوج استباحها بالملك { لظهور التفصيل في قطع الشركة بين الأسباب الشرعية المسوغة للاستمتاع في قوله عليه السلام: ﴿إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾^(٢) { وإن كانت الزوجة حرم عليها وطء مملوكها مطلقاً { سواء بالملك أم بالزواج { وهو موضع وفاق { ولصحيح عبد الله بن سنان قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: في رجل زوج أم ولد له مملوكه ثم مات الرجل فورثه ابنه فصار له نصيب في زوج أمه، ثم مات الولد، أترثه أمه؟ قال: نعم، قلت: فإذا ورثته، كيف تصنع وهو زوجها؟ قال: تفارقه وليس له عليها سبيل)^(٣) ونحوه غيره { وعلل ذلك بأن التفصيل في حل الوطء يقطع الاشتراك بين الأسباب، وباستلزامه اجتماع علتين على معلول واحد،

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٩) نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

(٢) سورة المؤمنون، آية (٦).

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٤٩) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

ويضعف: بأن علل الشرع معرفات، وملك البعض كالكل؛ لأن البضع لا يتبعض { قطعاً، ولا فرق في ذلك بين الدوام، والانقطاع، والتحليل، لاتحاد الدليل.

[والحمل يدخل] {في بيع الحامل} [مع الشرط] {أي شرط دخوله} فيكون للمشتري بلا خلاف، كذا في الجواهر، ولعموم (المؤمنون عند شروطهم) {لا بدونه في أصح القولين، للمغايرة كالثمرة} بل نقل ابن إدريس: أن إجماع أصحابنا غير خلاف بينهم على أنه بمجرد العقد يكون الحمل للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، سيما بعد ثبوت الأحكام الشرعية مستقلاً كالتدبير، ولموثق عثمان بن عيسى الكلبي عن أبي الحسن الأول عليه السلام قال: (سألته عن امرأة دبرت جارية لها، فولدت الجارية جارية نفيسة، فلم تدر المرأة حال المولودة هي مدبرة، أو غير مدبرة، فقال لي: متى كان الحمل بالمدبرة؟ أقبل ما دبرت، أو بعد ما دبرت؟ فقلت: لست أدري، ولكن أجبني فيهما جميعاً، فقال: إن كانت المرأة دبرت، وبها حبل، ولم تذكر ما في بطنها، فالجارية مدبرة، والولد رق، وإن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير، فالولد مدبر في تدبير أمه)^(١) ونحوه غيره.

{والقائل بدخوله} الشيخ وابن البراج وتبعهم شيخنا المعظم في الجواهر {مطلقاً} وإن لم يشترط {ينظر إلى أنه كالجزء من الأم، وفرع عليه عدم استثنائه، كما لا يجوز استثناء الجزء المعين من الحيوان} كالجلد ونحوه، لكن اعتذر عنه ابن إدريس بما محصله: أن ما ذكر ليس مذهب الشيخ، بل هو مذهب الشافعي، وأن مذهبه في جميع تصنيفاته وكتبه - عدا ما نسبه إلى ابن البراج في المبسوط - عدم الدخول،

(١) الوسائل، ج ٢٣، باب (٥) التدبير، ح ٢.

مضافاً إلى ضعفه في نفسه، لعدم تعلق البيع بالحامل بما هي كذلك، بل متعلق البيع هو الحيوان بما هو هو والحمل ليس جزءاً كالرأس والجلد.

{وعلى المختار لا تمنع جهالته من دخوله مع الشرط؛ لأنه تابع} غير مقصود {سواء قال: بعثتها وحملها، أم قال: وشرطت لك حملها، ولو لم يكن معلوماً وأريد إدخاله فالعبارة الثانية ونحوها لا غير} لأنها تعم الموجود بالفعل وما قد يوجد {ولو لم يشترطه واحتمل وجوده عند العقد وعدمه فهو للمشتري، لأصالة عدم تقدمه} على العقد المعلوم، ولكونه نماء ملكه في الظاهر فلا يخرج عنه إلا بالعلم {فلو اختلفا في وقت العقد قدم قول البائع مع اليمين، وعدم البينة، للأصل} وهو تأخر البيع؛ لأنه حادث، والأصل دعواه الأصل {والبیض تابع مطلقاً} شرط أم لا {لا كالحمل} بل {كسائر الأجزاء، وما يحتويه البطن} [ولو شرط فسقط قبل القبض رجع] {المشتري من الثمن} [بنسبته] {لفوات بعض المبيع} [بأن يقوم حاملاً ومجهضاً] {أي مسقطاً} لأنه عيب يلزمه الأرش [لا حائلاً للاختلاف] بينهما؛ لأن الأول عيب دون الثاني {ومطابقة الأول} وهو الإجهاض {لِلوَقْع، ويرجع بنسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن}.

[ويجوز بيع جزء مشاع من الحيوان] {كالنصف والثلث} ونحوهما بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر [لا معين] {كالرأس والجلد} كما هو أحد الأقوال في المسألة {ولا يكون شريكاً بنسبة قيمته} كما ادعاه ابن البراج وغيره {على الأصح، لضعف مستند الحكم بالشركة} وهو موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: اختصم إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجلان اشترى أحدهما من الآخر بغيراً، واستثنى البيع الرأس أو الجلد، ثم بدا للمشتري أن يبيعه، فقال للمشتري،

هو شريكك في البعير على قدر الرأس والجلد^(١) ونحوه غيره، ويشكل: بحجة الموثق، اللهم إلا أن يقال: بأنه لا يبعد عدم العمل به لمخالفته للإجماع، فيكون من الشاذ النادر {وتحقق الجهالة} بثمن المبيع {وعدم القصد إلى الإشاعة فيبطل البيع بذلك} وقد عرفت الإشكال فيه {إلا أن يكون مذبوحاً، أو يراد ذبحه، فيقوى صحة الشرط} لأنه مما يكفي فيه المشاهدة لرفع الجهالة والغرر.

[ويجوز النظر إلى وجه المملوكة إذا أراد شراءها، وإلى محاسنها] {وهي مواضع الزينة كالكفين، والرجلين، والشعر وإن لم يأذن المولى} بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر، بل في المسالك - في باب النكاح - إن جواز النظر إلى الوجه والكفين والمحاسن والشعر موضع وفاق. ولصحيح أبي بصير قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يعترض الأمة ليشتريها؟ قال: لا بأس بأن ينظر إلى محاسنها ويمسها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه)^(٢) ونحوه غيره {ولا يجوز الزيادة على ذلك إلا بأذنه، ومعه يكون تحليلاً يتبع ما دل عليه لفظه حتى العورة، ويجوز مس ما أبيح له نظره مع الحاجة} كما دل عليه الصحيح المتقدم {وقيل} والقائل العلامة في التذكرة {يباح له النظر إلى ما عدا العورة بدون الإذن، وهو بعيد} لمخالفته للقواعد الشرعية، واختصاص النصوص في المحاسن الظاهرة.

[ويستحب تغيير اسم المملوك عند شرائه] {أي بعده، وقوى في الدروس اطراده في الملك الحادث مطلقاً} سواء بشراء أم بغيره [والصدقة عنه بأربعة دراهم] {شرعية} [وإطعامه] {شيئاً} [حلواً] لصحيح زرارة قال: (كنت جالساً عند أبي عبد الله عليه السلام

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢٢) بيع الحيوان، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٢٠) بيع الحيوان، ح ١.

فدخل عليه رجل ومعه ابن له، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: ما تجارة ابنك؟ قال: التنخس، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: لا تشتري شيئاً ولا عيباً، وإذا اشتريت رأساً فلا يَرَيْنَ ثمنه في كفة الميزان فما من رأس يرى ثمنه في كفة الميزان فأفلح، وإذا اشتريت رأساً فغير اسمه وأطعمه شيئاً حلواً إذا ملكته، وتصديق عنه بأربعة دراهم^(١) ونحوه غيره.

[ويكره وطء] {الأمّة} [المولودة من الزنى بالملك، أو بالعقد] {للنهي عنه في الخبر} ولعله صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سئل عن الرجل تكون له الخادم ولد زنى، هل عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا، وإن تنزه عن ذلك فهو أحب إلي^(٢)) ونحوه غيره {معللاً بأن ولد الزنى لا يفلح} كما في خبر عوالي اللآلي^(٣) وكان الأولى الاستدلال عليه بموثق زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سمعتة يقول: لا خير في ولد الزنى ولا في بشره ولا في شعره ولا في لحمه ولا في دمه ولا في شيء منه، عجزت عنه السفينة وقد حمل فيها الكلب والخنزير)^(٤) {وبالعار} ففي موثق ثعلبة وعبد الله بن هلال عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يتزوج ولد الزنى، قال: لا بأس، إنما يكره مخافة العار ... الحديث)^(٥) {وقيل} والقائل ابن إدريس {يحرم بناء على كفره} وتحريم وطء الكافرة {وهو ممنوع} لعدم الدليل على الأول، وجواز الثاني كما سيأتي في كتاب النكاح.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) بيع الحيوان، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٦٠) نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

(٣) عوالي اللآلي، ج ٣، ص (٥٣٤)، ح ٢٥.

(٤) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٤) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٧.

(٥) الوسائل، ج ١٨، باب (١٤) ما يحرم بالمصاهرة، ح ٨.

[والعبد لا يملك شيئاً] {مطلقاً} في مقابل ما يأتي من التفاصيل {على الأقوى} عند أكثر علمائنا، كما عن التذكرة، بل عن السرائر: عندنا، مشعراً بالإجماع، بل في زكاة الخلاف ونهج الحق الإجماع عليه، كما في الجواهر {عملاً بظاهر الآية} في قوله ﷺ: ﴿عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾^(١) فإن الوصف هنا حكم عليه بعدم القدرة مطلقاً بما فيه التملك.

{و} ذهب {الأكثر على أنه يملك في الجملة فقيل} والقائل الصدوق والإسكافي لكن لم يختص بـ {فاضل الضريبة وهو مروي} في صحيح عمر بن يزيد قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له وقد كان مولاه يأخذ منه ضريبة فرضها عليه في كل سنة، ورضي بذلك، فأصاب المملوك في تجارته مالاً سوى ما كان يعطي مولاه من الضريبة؟ قال: فقال: إذا أدى إلى سيده ما كان فرض عليه فما أكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك ... الحديث)^(٢).

{وقيل} والقائل الشيخ وأتباعه - كما نسب إليهم - يملك {أرشد الجناية} فقط {وقيل: ما ملكه مولاه معها} كما نسب إلى الشيخ وأتباعه أيضاً {وقيل} والقائل الصدوق والمحقق {مطلقاً لكنه محجور عليه بالرق استناداً إلى أخبار يمكن حملها على إباحة التصرف في ذلك بالإذن جمعاً} بين ما دل على المنع وهو ظاهر الآية، وبين ما دل على الجواز، كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله ﷻ: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ قال: إن علمتم لهم ديناً ومالاً)^(٣) ونحوه غيره من الصحاح المستفيضة.

(١) سورة النحل، آية (٧٥).

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٩) بيع الحيوان، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٣، باب (١) المكاتب، ح ١.

{وعلى الأول} وهو عدم الملك مطلقاً [فلو اشتراه ومعه مال فلبائع] لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: (سألته عن رجل باع مملوكاً فوجد له مالاً؟ قال: فقال: المال للبائع إنما باع نفسه إلا أن يكون شرط عليه أن ما كان له من مال أو متاع فهو له)^(١) ونحوه غيره، و{لأن الجميع مال المولى، فلا يدخل في بيع نفسه، لعدم دلالة عليه} [إلا بالشرط] للصحيح المتقدم {فيراعى فيه شروط المبيع} {من كونه معلوماً لهما، أو ما في حكمه} كأن يكون تابعاً، أو يكفي فيه المشاهدة {وسلامته من الربا بأن يكون الثمن مخالفاً لجنسه} الموجود معه {الربوي، أو زائداً عليه} ليكون في قبال العبد {وقبض مقابل الربوي في المجلس وغيرها} من الشرائط.

[ولو جعل العبد] {لغيره} [جُعلاً على شرائه لم يلزم] {لعدم صحة تصرفه بالحجر وعدم الملك، وقيل} والقائل الشيخ وأتباعه {يلزم إن كان له مال بناء على القول بملكه، وهو ضعيف} لعدم ملكه، ولعدم دلالة المدرك عليه، وهو صحيح الفضيل قال: (قال غلام سندي لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت قلت لمولاي: بعني بسبع مئة درهم وأنا أعطيك ثلاث مئة درهم، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: إن كان لك يوم شرطت أن تعطيه شيئاً فعليك أن تعطيه، وإن لم يكن لك يومئذ شيء فليس عليك شيء)^(٢) حيث إن قوله: إن كان لك شيء لا ظهور له في الملك؛ لأنه أعم.

[ويجب] {على البائع} [استبراء الأمة قبل بيعها] {إن كان قد وطأها وإن عزل} بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم، كذا في الجواهر، ولصحيح سعد بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: (سألته عن رجل يبيع جارية كان

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٧) بيع الحيوان، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٩) بيع الحيوان، ح ١.

يعزل عنها، هل عليه فيها استبراء؟ قال: نعم ... الحديث^(١) ونحوه غيره، وهو مستفيض [بحيضة] بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر، ولصحيح حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (وقال في رجل يبيع الأمة من رجل، قال: عليه أن يستبرئ من قبل أن يبيع)^(٢) ونحوه غيره [أو مضي خمسة وأربعين يوماً فيمن لا تحيض، وهي في سن من تحيض] بلا خلاف نصاً وفتوى إلا من الشيخ المفيد، كذا في الجواهر، ولخبر أبي البختري عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أنه قال: (تستبرأ الأمة إذا اشترت بحیضة، وإن كانت لا تحيض فخمسة وأربعين يوماً)^(٣) ونحوه غيره.

[ويجب على المشتري أيضاً استبراؤها] من غير خلاف يعرف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى جارية لم يكن صاحبها يطؤها يستبرئ رحمها؟ قال: نعم ... الحديث)^(٤) ونحوه غيره [إلا أن يخبره الثقة بالاستبراء] {والمراد بالثقة العدل، وإنما عبر به تبعاً للرواية} الصحيحة عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الأمة من رجل فيقول: إني لم أطأها، فقال: إن وثق به فلا بأس أن يأتيها ... الحديث)^(٥) ونحوه غيره {مع احتمال الاكتفاء بمن تسكن النفس إلى خبره} وهو حسن، ويدل عليه صحيح أبي بصير قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يشتري

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (١٠) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) بيع الحيوان، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) بيع الحيوان، ح ٦.

(٤) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) بيع الحيوان، ح ١.

(٥) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) بيع الحيوان، ح ٢.

الجارية وهي طاهر ويزعم صاحبها أنه لم يمسه منذ حاضته، فقال: إن ائتمنته فمسه^(١) {وفي حكم إخباره بالاستبراء إخباره بعدم وطئها} لصحيح حفص المتقدم.

[أو تكون لامرأة] {وإن أمكن تحليلها لرجل} كما هو المشهور {لإطلاق النص} الصحيح عن رفاة قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الأمة تكون لامرأة فتبيعها؟ قال: لا بأس أن يطأها من غير أن يستبرئها)^(٢) ونحوه غيره {ولا يلحق بها العين والمجبوب والصغير الذي لا يمكن في حقه الوطء وإن شارك فيما ظن كونه علة} وهي اشتراكهم بعدم إمكان الوطء {لبطلان القياس، وقد يجعل بيعها} بعد وطئها {من امرأة، ثم شراؤها منها وسيلة إلى إسقاط الاستبراء، نظراً لإطلاق النص، من غير التفات إلى التعليل بالأمن من وطئها؛ لأنها ليست منصوصة، ومنع العلة المستنبطة وإن كانت مناسبة}.

[أو تكون يائسة أو صغيرة] بلا خلاف أجده في شيء منهما، كذا في الجواهر، ولصحيح عبد الرحمن بن عبد الله قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يشتري الجارية التي لم تبلغ المحيض وإذا قعدت من المحيض ما عدتها؟ وما يحل للرجل من الأمة حتى يستبرئها قبل أن تحيض؟ قال: إذا قعدت عن المحيض أولم تحض فلا عدة لها، والتي تحيض فلا يقربها حتى تحيض وتطهر)^(٣) ونحوه غيره [أو] كانت [حائضاً] {إلا زمان حيضها وإن بقي منه لحظة} على المشهور بين الأصحاب قديماً وحديثاً شهرة عظيمة، كذا في الجواهر، فيكتفى في جواز وطئها بإتمام حيضها، وعن

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٦) نكاح العبيد والإماء، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٧) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٣) نكاح العبيد والإماء، ح ٤.

الخلافاً للإجماع عليه، لا لأن ذلك استبرأؤها، بل لعدم جواز الوطء حال الحيض، ولذيل صحيح الحلبي قال: (وسألته عن رجل اشترى جارية وهي حائض؟ فقال: إذا طهرت فليمسها إن شاء)^(١) ونحوه غيره.

[واستبرأ الحمل بوضع الحمل] {مطلقاً} سواء كان من حل أم زنى أم شبهة أم جهل بالحال {لإطلاق النهي عن وطئها في بعض الأخبار حتى تضع ولدها} كمعتبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قال في الوليدة يشتريها الرجل من الرجل وهي حبلى، قال: لا يقربها حتى تضع ولدها)^(٢) ونحوه غيره {واستثنى في الدروس ما لو كان الحمل عن زنى فلا حرمة له، والأقوى الاكتفاء بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام حملها} وفاقاً للمقنعة والنهاية والوسيلة والكافي والنافع والمفاتيح والغنية وغيرها، لصحيح رفاعة بن موسى قال: (سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السلام قلت: أشترى الجارية - إلى أن قال - : قلت: فإن كان حمل فما لي منها إن أردت؟ قال: لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ في حملها أربعة أشهر وعشرة أيام، فإذا جاز حملها أربعة أشهر وعشرة أيام، فلا بأس بنكاحها في الفرج، قلت: إن المغيرة وأصحابه يقولون: لا ينبغي للرجل أن ينكح امرأته وهي حامل قد استبان حملها حتى تضع فيغدو ولده، قال: هذا من أفعال اليهود)^(٣).

{وكرهه وطئها بعدها إلا أن يكون من زنى فيجوز مطلقاً} قبل مضي المدة المذكورة أم بعدها {على كراهة، جمعاً بين الأخبار الدال بعضها على المنع مطلقاً} حتى تضع الحمل {كالسابق} وهو معتبر محمد بن قيس المتقدم {وبعض على التحديد بهذه

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٨) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٨) نكاح العبيد والإماء، ح ٣. بتفاوت يسير.

الغاية} كصحيح رفاة المتقدم {بحمل الزائد على الكراهة} لكنه كما ترى! جمع تبرعي لا شاهد عليه من النصوص، فالأولى الاستدلال عليه بما في الدروس: من أنه المشهور، وبحمل نهي الإمام عليه السلام نفسه وولده عنه في صحيح رفاة بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن الأمة الحبلى يشتريها الرجل؟ قال: سئل أبي عن ذلك فقال: أحلتها آية وحرمتها أخرى، وأنا ناه عنها نفسي وولدي، فقال الرجل: وأنا أرجو أن أنتهي إذا نهيت نفسك وولدك)^(١).

[ولا يحرم في مدة الاستبراء غير الوطء] {قبلاً ودبراً من الاستمتاع على الأقوى} لعدم نقل الخلاف فيه إلا من الشيخ، مضافاً إلى أنه مقتضى أصل الحل، و{للخبر الصحيح} عن محمد بن إسماعيل قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية تشتري من رجل مسلم يزعم أنه قد استبرأها، أيجزئ ذلك أم لا بد من استبرائها؟ قال: يستبرئها بحيضتين، قلت: يحل للمشتري ملامستها؟ قال: نعم، ولا يقرب فرجها)^(٢) ونحوه غيره.

{وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط {يحرم الجميع} استناداً إلى موثق إبراهيم بن الحميد قال: (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية وهي حبلى أيطؤها؟ قال: لا، قلت: فدون الفرج؟ قال: لا يقربها)^(٣) لكنه كما ترى! مخالف للإجماع المحكي عن الخلاف بالجواز، المؤيد بقاعدة الحل، ولذا حملة الأصحاب على الكراهة جمعاً، وهو الأجود {ولو وطأ في زمن الاستبراء أثم} لأنه فعل محرماً

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٨) نكاح العبيد والإماء، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٦) نكاح العبيد والإماء، ح ٥.

(٣) الوسائل، ج ٢١، باب (٥) نكاح العبيد والإماء، ح ٥.

{وعز} لأنه تعدى حداً من حدود الله ﷺ هذا {مع العلم بالتحريم} ولعله لخبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - (قال: إن الذين يشترون الإماء ثم يأتونهن قبل أن يستبرئوهن فأولئك الزناة بأموالهم)^(١) {ولحق به الولد} كما هو صريح جمع {لأنه فراش كوطئها حائضاً، وفي سقوط الاستبراء حيث وجه} لا يخلو عن ضعف، لتعليله بعله غير منصوبة، بل مستنبطة وهي {انتفاء فائدته حيث اختلط الماء، والأقوى وجوب الاجتناب بقية المدة، لإطلاق النهي فيها} كما تقدم في وجوب استبرائها.

{ولو وطأ الحامل بعد مدة الاستبراء عزل} استحباباً بلا خلاف أجده بين من تعرض له إلا من ظاهر المحكي عن التقي وابن زهرة فأوجباه في الأربعة الأشهر، كذا في الجواهر، ولموثق إسحاق بن عمار قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جارية حاملاً قد استبان حملها فوطأها، قال: بئس ما صنع، فقلت: ما تقول فيها؟ قال: عزل عنها أم لا؟ قلت: أجبني في الوجهين، قال: إن كان عزل عنها فليترك الله ولا يعد، وإن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد ولا يورثه ولكن يعتقه ويجعل له شيئاً من ماله يعيش به فإنه قد غداه بنطفته)^(٢) ونحوه غيره {فإن لم يفعل كره بيع الولد، واستحب له عزل قسط من ماله يعيش به، للخبر معللاً بتغذيته بنطفته، وأنه شارك في إتمامه} وهو موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إن رسول الله ﷺ دخل على رجل من الأنصار وإذا وليدة عظيمة البطن تختلف، فسأل عنها؟ فقال: اشتريتها يا رسول الله ﷺ وبها هذا الحبل، قال: أقربتها؟ قال: نعم، قال:

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) بيع الحيوان، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٩) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

أعتق ما في بطنها، قال: يا رسول الله بم استحق العتق؟ قال: لأن نطفتك غدت سمعه وبصره ولحمه ودمه^(١) ونحوه غيره خلافاً للشيخين والحليين والديلمي حيث حكموا بحرمة بيعه بمقتضى النهي عنه في موثق إسحاق المتقدم، لكنه كما ترى! لظهوره في الكراهة بقريئة قوله ﷺ: (ولا يورثه) فهو ليس بولد، نعم هو بمنزلته للتعليل في ذيله {وليس في الأخبار تقدير القسط، وفي بعضها أنه يعتقه ويجعل له شيئاً يعيش به؛ لأنه غداه بنطفته} كما تقدم في موثق إسحاق.

{وكما يجب الاستبراء في البيع يجب في كل ملك زائل} بالنسبة للمنتقل عنه {وحادث} بالنسبة للمنتقل إليه {بغيره من العقود، وبالسبي، والإرث} كما هو المشهور، لوحدة المناط في الجميع {وقصره على البيع} كما عن ابن إدريس وغيره استناداً إلى الاقتصار عليه في أكثر النصوص {ضعيف} لأن المورد لا يخصص الوارد، وقد ورد الأمر بالاستبراء في موارد أخرى، منها الأمر باستبراء المسبية كما في خبر الحسن بن صالح عن أبي عبد الله ﷺ قال: (نادى منادي رسول الله ﷺ في الناس يوم أوطاس: أن استبرئوا سباياكم بحیضة)^(٢) {ولو باعها من غير استبراء أثم} لفعله المحرم {وصح البيع وغيره} من العقود، كما هو ظاهر الأصحاب إن لم يكن إجماعاً؛ لأن النهي عن المعاملة لا يستلزم فسادها، كما تقدم مراراً {ويتعين حينئذ تسليمها إلى المشتري ومن في حكمه} كوليّه، ووكيله {إذا طلبها، لصيرورتها ملكاً له، ولو أمكن إبقاؤها برضاه مدة الاستبراء، ولو بالوضع في يد عدل وجب} مقدمة، لوجوب الاستبراء الثابت قبل البيع {ولا يجب على المشتري الإجابة}.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٩) نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (١٧) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

[ويكره التفرقة بين الطفل والأم قبل سبع سنين] {في الذكر والأنثى} كما ذهب الشيخ في عتق النهاية وابن إدريس والعلامة في جملة من كتبه وغيرهم، واستظهره المحقق في الشرائع، جمعاً بين ما دل على الجواز من الأصل، وعموم السلطنة، وما دل على المنع كصحيح معاوية بن عمار قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أتى رسول الله صلى الله عليه وآله بسبي من اليمن، فلما بلغوا الجحفة نفدت نفقاتهم فباعوا جارية من السبي كانت أمها معهم، فلما قدموا على النبي صلى الله عليه وآله سمع بكاءها فقال: ما هذه؟ قالوا: يا رسول الله احتجنا إلى نفقة فبعنا ابنتها، فبعث بثمانها فأتي بها، وقال: بيعوهما جميعاً أو امسكوهما جميعاً^(١) ونحوه غيره.

{وقيل} والقائل الشيخان في المقنعة والنهاية وابن حمزة في المراسم {يكفي في الذكر حولان، وهو أجود، لثبوت ذلك في حضانة الحرة} حيث اختلفت النصوص فيها، فذكر في بعضها مدة الرضاع، وفي الآخر سبع مطلقاً، وقد حمل ما تضمن عليها على الأنثى بمناسبة الحكمة في احتياجها إلى التربية زيادة على الذكر، وما تضمن مدة الرضاع - وهي سنتان - على الذكر، لاحتياجه إلى الرضاع فيها {ففي الأمة أولى، لفقد النص هنا، وقيل} والقائل الشيخان والتقي والقاضي وابن حمزة والعلامة في التذكرة والمقداد وغيرهم، بل هو المشهور {يحرم التفريق في المدة} مطلقاً {لتضافر الأخبار بالنهي عنه، وقد قال صلى الله عليه وآله: (من فرق بين والدته وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته} في الجنة^(٢) ونحوه غيره، كما تقدم.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٣) بيع الحيوان، ح ٢.

(٢) مستدرک الوسائل، باب (١٠) بيع الحيوان، ح ٤.

[والتحريم أحوط] {بل أقوى} لأنه المشهور، ولصحة النصوص المانعة وصراحتها كما تقدم بعضها {وهل يزول التحريم أو الكراهة برضاها أو برضا الأم؟ وجهان} من إطلاق النهي في كثير من النصوص، ومن التصريح في بعضها بزواله مع رضا الأم، كصحيح ابن سنان يعني - عبد الله - عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال في الرجل يشتري الغلام أو الجارية وله أخ أو أخت أو أب أو أم بمصر من الأمصار، قال: لا يخرجها إلى مصر آخر إن كان صغيراً، ولا يشتريه، وإن كان له أم فطابت نفسها ونفسه فاشتره إن شئت)^(١) ونحوه غيره، وهو الوجه في قوله {أجودهما ذلك، ولا فرق بين البيع وغيره على الأقوى} للتصريح من قبل جمع من الأساطين بمساواته له، لاسيما مع ملاحظة الحكمة وهي التفريق بين الأم ووليدتها، وإن كانت مستنبطة {وهل يتعدى الحكم إلى غير الأم من الأرحام المشاركة لها في الاستئناس والشفقة كالأخت، والعمة، والحالة؟ قولان: أجودهما ذلك، لدلالة بعض الأخبار عليه} كالصحيح المتقدم وغيره، والحمل على الكراهة في الجميع أولى لمن أمعن النظر في الأدلة، والله عز وجل هو العالم.

{ولا يتعدى الحكم إلى البهيمة للأصل} وهو الجواز السالم عن المعارض، كما صرح بذلك جمع {فيجوز التفرقة بينهما بعد استغنائه عن اللبن مطلقاً} سواء كان مما يقبل التذكية أم لا، لقاعدة السلطنة {وقبله إن كان مما تقع عليه الذكاة، أو كان له ما يموه من غير لبن أمه} لخروجه حينئذٍ عن عموم إتلاف المال ولقاعدة السلطنة {وموضع الخلاف بعد سقي الأم اللبن، أما قبله فلا يجوز مطلقاً} سواء كان آدمياً أم غيره، تقع عليه ذكاة أم لا، مع رضا الأم بالتفريق أم لا، وسواء كان حكم التفريق

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٣) بيع الحيوان، ح ١.

الحرمة أم الكراهة {لما فيه من التسبب إلى هلاك الولد، فإنه لا يعيش بدونه على ما
صرح به جماعة} وقد ثبت حديثاً أنه السبب في تحفيز جهاز المناعة من الأمراض عند
الكائن الحي، فمع عدمه قد يتسبب في موته.

[مسائل]:

{الأولى:} [لو حدث في الحيوان عيب قبل القبض فللمشتري الرد، أو الأرش] {أما الرد فموضع وفاق} كما صرح به جمع، لكونه مضموناً على البائع {وأما الأرش فهو أصح القولين؛ لأنه عوض عن جزء فائت، وإذا كانت الجملة مضمونة على البائع قبل القبض فكذا أجزاؤها} خلافاً للشيخ وابن إدريس مستندين إلى أصالة اللزوم، وبراءة ذمة البائع، خرج منه تلف المجموع، فيبقى الباقي، ويشكل: بأن ضمان الحيوان على البائع بمعنى تسلط المشتري على الفسخ والرجوع بالثمن مع التلف سواء كان الكل أم البعض، كما هو الظاهر من صحيح عبد الله بن سنان قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد ويشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد والدابة أو يحدث فيه حدث، على من ضمان ذلك؟ فقال: على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري)^(١) وهو يتحقق بالتسلط على الرد خاصة.

[وكذا] {لو حدث} [في زمن الخيار] {المختص بالمشتري} وهو خيار الحيوان وإن كان قد قبضه {أو المشترك بينه وبين البائع} كخيار المجلس والشرط {أو غيره} كما لو اتفقا على جعله بيد شخص ثالث {لأن الجملة فيه مضمونة على البائع أيضاً} فكذا أجزاؤها {أما لو كان الخيار مختصاً بالبائع، أو مشتركاً بينه وبين أجنبي فلا خيار} في الرد {للمشتري، هذا إذا كان التعيب من قبل الله تعالى، أو من البائع} لانتفاء المقتضي للرد وهو الضمان، فله أخذ الأرش فقط {ولو كان من أجنبي فللمشتري

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٥) بيع الحيوان، ح ٢.

عليه الأرش خاصة { إن التزم بالبيع، وإلاّ فله الرجوع على البائع، وهو يرجع على المتلف، لقاعدة الضمان {ولو كان بتفريط المشتري فلا شيء} له من أرش، أورد؛ لأنه أتلف ماله بنفسه.

[وكذا] {الحكم} {في غير الحيوان} حيث لا خصوصية له ارتكازاً {بل في تلف المبيع أجمع} قبل القبض أو في زمان الخيار {إلاّ أن الرجوع فيه بمجموع القيمة} لا خصوص الثمن مع عدم الفسخ، فيكون بدلاً للأرش هنالك، ومع الفسخ يرجع بالثمن خاصة {فإن كان التلف من قبل الله تعالى والخيار للمشتري ولو بمشاركة غيره فالتلف من البائع، وإلاّ فمن المشتري، وإن كان التلف من البائع، أو من أجنبي وللمشتري خيار، واختار الفسخ والرجوع بالثمن} على البائع {وإلاّ} يفسخ {رجع على المتلف بالمثل، أو القيمة} لقاعدة الضمان {ولو كان الخيار للبائع، والمتلف أجنبي، أو المشتري تخير} البائع {ورجع على المتلف} بالمثل، أو القيمة.

[الثانية: لو حدث] {في الحيوان} {عيب من غير جهة المشتري} سواء كان بقضاء وقدر أم من البائع أم الأجنبي [في زمن الخيار] سواء كان للمشتري أم للبائع أم لهما أم لأجنبي [فله الرد بأصل الخيار؛ لأن العيب الحادث غير مانع منه هنا؛ لأنه مضمون على البائع فلا يكون مؤثراً في رفع الخيار] لأن التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له [والأقرب جواز الرد بالعيب أيضاً] {لكونه مضموناً} على البائع، فالعيب الحادث فيه يكون من ماله [وتظهر الفائدة لو أسقط الخيار الأصلي والمشتري] {فله الرد بالعيب} حينئذٍ {وتظهر الفائدة أيضاً في ثبوت الخيار} بالرد بالعيب {بعد انقضاء الثلاثة} في الحيوان {وعدمه} أي عدم الرد بالعيب {فعلى اعتبار خيار الحيوان خاصة} كما هو المنقول عن المحقق في الدرس {يسقط الخيار، وعلى ما اختاره المصنف رحمته يبقى؛ إذ لا يتقيد خيار العيب بالثلاثة} أيام {وإن اشترط حصوله في

الثلاثة فما قبلها} لأن حصوله بعدها لا أثر له {وغاياته ثبوته فيها بسببين، وهو غير قادح، فإنها معرفات} لا علة حقيقية تامة فـ {يمكن اجتماع كثير منها في وقت واحد، كما في خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن، إذا اجتمعت في عين واحدة قبل التفرق}.

[وقال الفاضل نجم الدين أبو القاسم] المحقق {جعفر بن سعيد} [في الدرس] {على ما نقل عنه} {لا يرد إلا بالخيار} الثابت في الحيوان فقط [وهو ينافي حكمه في الشرائع: بأن الحدث] {الموجب لنقص الحيوان} [في الثلاثة من مال البائع] لأنه مضمون عليه {وكذا التلف} فيها [مع حكمه] {فيها بعد ذلك بلا فصل} [بعدم الأرض فيه] {فإنه إذا كان مضموناً على البائع كالجملته لزمه الحكم بالأرض؛ إذ لا معنى لكون الجزء مضموناً إلا بثبوت أرضه؛ لأن الأرض عوض الجزء الفائت، أو التخيير بينه وبين الرد، كما أن ضمان الجملة يقتضي الرجوع بمجموع عوضها وهو الثمن} لورد الحيوان، وإلا فله المثل أو القيمة {والأقوى التخيير بين الرد، والأرض كـ} العيب {المتقدم، لاشتراكهما في ضمان البائع، وعدم المانعة من الرد، وهو المنقول عن شيخه نجيب الدين بن نما، ولو كان حدوث العيب بعد الثلاثة منع الرد بالعيب السابق، لكونه غير مضمون على البائع، مع تغير المبيع، فإن رده مشروط ببقائه على ما كان فيثبت في} العيب {السابق الأرض خاصة}.

[الثالثة: لو ظهرت الأمة مستحقة] بينة شرعية أو غيرها انتزعتها المالك، بلا خلاف ولا إشكال [فأغرم] {المشتري} [الواطئ العشر] {إن كانت بكراً} [أو نصفه] {إن كانت ثيباً} على المشهور نقلاً وتحصيلاً، بل عن الخلاف الإجماع، كذا في الجواهر، ولصحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج امرأة حرة

فوجدتها أمة قد دلست نفسها له، قال: إن كان الذي زوجه إياها من غير مواليها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذ منه؟ فقال: إن وجد مما أعطها شيئاً فليأخذه، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له، وإن كان الذي زوجه إياها ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرًا، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها، قال: وتعتد منه عدة الأمة، قلت: فإن جاءت منه بولد، قال: أولادها منها أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى^(١) وهو وإن كان مورده غير مورد مسألتنا إلا أن وحدة موضوعها يصحح الاستدلال به لهما معاً، ونحوه غيره، و{لما تقدم من جواز رجوع المالك على المشتري، علماً كان أم جاهلاً بالعين، ومنافعها المستوفاة} اتفاقاً {و} أما {غيرها} ففيه إشكال، بل منع، كما سيأتي {فإن ذلك عوض بضع الأمة للنص} المتقدم {الدال على ذلك} [أو مهر المثل] على مذهب الشيخ وابن إدريس {لأنه القاعدة الكلية في عوض البضع بمنزلة قيمة المثل في غيره، وإطراحاً للنص الدال على التقدير بالعشر أو نصفه} وضعفه ظاهر؛ لأنه اجتهد في مقابلة النص، مع شهرة الأول، كما تقدم {وهذا الترديد توقف من المصنف في الحكم، أو إشارة إلى القولين، لا تخيير بين الأمرين، والمشهور منهما الأول}.

[و] {أغرم} [الأجرة] {عما استوفاه من منافعها، أو فاتت تحت يده} وكأنه لقاعدة الضمان، ويشكل: بظاهر خبر زرارة قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جارية من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم إن أباه يزعم أنها له، وأقام على ذلك البينة، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية،

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٧٦) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

ويعوضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها^(١) فلم يذكر لزوم تعويض المنافع غير المستوفاة مع أنه في مقام البيان، وعليه فالأقوى عدم ضمانها [وقيمة الولد] لأنه حر، لذيل صحيح ابن صبيح المتقدم {يوم ولادته لو كان قد أحبلها وولده حياً} لموثق جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يحى مستحق الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمان الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه)^(٢) ونحوه غيره، أما لو سقط ميتاً فيرجع بأرشف التعيب بالإسقاط، و[رجع] المشتري [بها] {أي بهذه المذكورات جمع} [على البائع مع جهله] {بكونها مستحقة لما تقدم} في بيع الفضولي {من رجوع المشتري الجاهل بفساد البيع على البائع بجميع ما يغرمه} لموثق جميل المتقدم وغيره.

{والغرض من ذكر هذه هنا التنبيه على مقدار ما يرجع به مالك الأمة على مشتريها الواطئ لها مع استيلادها، ولا فرق في ثبوت العقر} وهو ما يغرم عوضاً للاستمتاع بالبيع عشراً أو نصفه {بالوطء بين علم الأمة بعدم صحة البيع، وجهلها على أصح القولين} لإطلاق النصوص المتقدمة {وهو الذي يقتضيه إطلاق العبارة؛ لأن ذلك حق للمولى} وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴿٣﴾ ولا تصير بذلك أم ولد؛ لأنها في نفس الأمر ملك غير الواطئ، وفي الدروس: لا يرجع عليه بالمهر إلا مع الإكراه، استناداً إلى ما نسبته غير واحد من المتأخرين إلى النبي صلى الله عليه وآله من {أنه لا مهر لبغي} ولكنه غير موجود في كتب الحديث خاصها وعامها بحسب التتبع الدقيق، مع أن المصنف في

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٨٨) نكاح العبيد والإماء، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ٢١، باب (٨٨) نكاح العبيد والإماء، ح ٥.

(٣) سورة الأنعام، آية (١٦٤).

الدروس صرح بأن المستند هو النهي عن مهر البغي الوارد في خبر القاسم بن عبد الرحمن عن محمد بن علي عن الحسين بن علي عن أبيه عليه السلام - في حديث - (إن رسول الله ﷺ نهى عن تسعة خصال: عن مهر البغي ... الحديث)^(١) وهو كما ترى! لأن النهي إنما يدل على حرمة مهر أو أجر الزانية، وفي بعضها أنه سحت، ومنه يعرف التأمل في قوله {ويضعف بما مر} من أن المهر حق للمولى، وعلم الأمة وجهلها غير مسقط له {وأن المهر المنفي} في الخبر المزعوم {مهر الحرة بظاهر الاستحقاق} المستفاد من اللام {ونسبة المهر، ومن ثم يطلق عليها المهيرة} ويشكل: بما تقدم {ولو نقصت بالولادة ضمن نقصها} لتعيبها بها {مضافاً إلى ما تقدم} من ثبوت العقر، والمنافع المستوفاة، وقيمة الولد {ولو ماتت ضمن القيمة} يوم التلف مع جهله، ومع علمه أعلى القيم على الأشهر؛ لأنه غاصب {وهل يضمن مع ما ذكر أرش البكارة لو كانت بكرًا أم يقتصر على أحد الأمرين} العشر، أو مهر المثل؟ {أجودهما عدم التداخل؛ لأن أحد الأمرين عوض الوطاء، وأرش البكارة عوض جنابة فلا يدخل أحدهما في الآخر} ويشكل: بأن حقيقتيهما واحدة، وإلا لما كان هنالك فرق بين البكر والثيب مع صدق الجنابة عليهما معاً.

{ولو كان المشتري عالماً باستحقاقها حال الانتفاع لم يرجع بشيء} لأنه ليس بمغرور، بل غاصب متعدٍ {ولو علم مع ذلك بالتحريم كان زانياً، والولد رق، وعليه المهر مطلقاً} مع علم الجارية أم جهلها، لمسل علي بن حديد عن بعض أصحابه عن أحدهما عليه السلام (في رجل أقر على نفسه بأنه غصب جارية رجل فولدت الجارية من الغاصب قال: ترد الجارية والولد على المغصوب منه إذا أقر بذلك الغاصب، أو

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٥) ما يكتسب به، ح (١٣، ١٤).

كانت عليه بيته^(١) وعليه الحد بموجب الزنى، والمهر اتفاقاً، كما عن الرياض {ولو} اختلفت حاله: بأن كان جاهلاً عند البيع، ثم تجدد له العلم رجع بما غرمه حال الجهل {لغروره} وسقط الباقي {لإقدامه}.

الرابعة: لو اختلف مولى مأذون {وغيره} [في عبد أعتقه المأذون عن الغير، ولا بيته] {لمولى المأذون ولا للغير} [حلف المولى] {أي مولى المأذون واسترق العبد المعتق؛ لأن يده} {أي مولى المأذون} {على ما بيد المأذون فيكون قوله مقدماً على من خرج عند عدم البيته} {بناءً على تقديم بيته الداخل، كما هو المشهور [ولا فرق بين كونه] {أي العبد الذي أعتقه المأذون} {أباً للمأذون أو لا} {وإن كانت الرواية تضمنت كونه أباه، لاشتراكهما في المعنى المقتضي لترجيح ذي اليد} {لكونه داخلياً [ولا بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله] {بأن يكون قد دفع} {مولى الأب} {للمأذون مالاً يتجر به فاشترى أباه من سيده بماله} {وعدمه} [بأن يدعي أنه لم يبعه، بل كان باقياً على ملكه] {لأنه على التقدير الأول} {وهو دعوى مولى الأب شراءه من ماله فإنه {يدعي فساد البيع} {لأنه يدعي شراء ماله بماله وهو فاسد} {ومدعي صحته} {وهو مولى المأذون، وورثة الأمر} {مقدم} {إجماعاً} {وعلى الثاني خارج، لمعارضة يده القديمة يد المأذون الحادثة فيقدم والرواية} {الآتية} {تضمنت الأول} {وهو دعوى مولى الأب شراءه من ماله}.

[ولا] فرق [بين استتجاره على حج وعدمه] {لأن ذلك لا مدخل له في الترجيح} {بين الدعاوى} {وإن كانت الرواية تضمنت الأول} {وهو استتجاره للحج} {والأصل في هذه المسألة رواية علي بن أشيم عن الباقر عليه السلام: (في من دفع إلى مأذون ألفاً ليعتق عنه

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٦١) نكاح العبيد والإماء، ح (١، ٢).

نسمة، ويحج عنه بالباقي فأعتق أباه، وأحجه بعد موت الدافع، فادعى وارثه ذلك، وزعم كل من مولى المأذون ومولى الأب أنه اشتراه بهاله، فقال: إن الحجة تمضي، ويرد رقاً لمولاه حتى يقيم الباكون بينة} وقد نقلها بالمعنى، وإليك نصها، عن ابن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام (عن عبد لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم، فقال: اشتر بها نسمة وأعتقها عني وحج عني بالباقي، ثم مات صاحب الألف، فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت ودفع إليه الباقي يحج عن الميت فحج عنه، وبلغ ذلك موالى أبيه ومواليه وورثة الميت جميعاً، فاختصموا في الألف، فقال موالى العبد المعتق: إنما اشتريت أباك بهالنا، وقال الورثة: إنما اشتريت أباك بهالنا، وقال موالى العبد: إنما اشتريت أباك بهالنا: فقال أبو جعفر عليه السلام: أما الحجة فقد مضت بها فيها لا ترد، وأما المعتق فهو رد في الرق لموالى أبيه، وأي الفريقين بعد أقاموا البينة على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقاً^(١). {وعمل بمضمونها الشيخ ومن تبعه، ومال إليه في الدروس، والمصنف هنا، وجماعة اطرحوا الرواية، لضعف سندها، ولمخالفتها لأصول المذهب: في رد العبد إلى مولاه مع اعترافه ببيعه، ودعواه فساد، ومدعي الصحة مقدم، وهي مشتركة بين الآخرين، إلا أن مولى المأذون أقوى يداً} لأن يده يد مولاه، بناءً على عدم ملكه {فيقدم، واعتذر في الدروس عن ذلك} وهو رد العبد إلى مولاه الأصلي {بأن المأذون بيده مال لمولى الأب وغيره} وهو ورثة الدافع ومولى المأذون {وبتصادم الدعاوى المتكافئة يرجع إلى أصالة بقاء الملك على مالكه، قال: ولا يعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد؛ لأنها مشتركة بين متقابلين متكافئين} وهما مولى المأذون وورثة الأمر {فيتساقطا، وفيهما نظر: لمنع

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢٥) بيع الحيوان، ح ١.

تكافوهما { لفساد دعوى مولى الأب، كما تقدم {مع كون من عدا مولاه خارجاً، والداخل مقدم فسقطا} وهما دعوى ورثة الدافع ومولى الأب {دونه، ولم يتم الأصل} وهو استصحاب بقاء الملك للملكه الأصلي {ومنه يظهر عدم تكافؤ الدعويين الآخرين} ليحكم بتساقطهما {الخروج الأمر} بالعتق {وورثته عما في يد المأذون التي هي بمنزلة يد سيده، والخارجة لا تكافئ الداخلة فتقدم، وإقرار المأذون بما في يده لغير المولى غير مسموع} مع تكذيب المولى؛ لأنه إقرار في حق الغير {فلزم إطراح الرواية، ولاشتغالها على مضي الحجة، مع أن ظاهر الأمر حجه بنفسه ولم يفعل، ومجمعة صحة الحج لعوده رقاً وقد حج بغير إذن سيده، فما اختاره هنا أوضح}.

{ونبه بقوله: ولا بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله وعدمه على خلاف الشيخ ومن تبعه، حيث حكموا بما ذكر} في الرواية: من رد العبد إلى مولاه {مع اعترافهم بدعوى مولى الأب فساد البيع} وإطباقهم على تقديم مدعي الصحة {وعلى خلاف العلامة حيث حملها على إنكار مولى الأب البيع لإفساده، هرباً من تقديم مدعي الفساد، والتجاءً إلى تقديم منكر بيع عبده، وقد عرفت ضعف تقديم مدعي الفساد، ويضعف الثاني} وهو قول العلامة {بمنافاته لمنطوق الرواية الدالة على دعوى كونه أُشترى بهاله}.

{هذا كله مع عدم البيّنة، ومعها تقدم إن كانت لواحد} بلا خلاف ولا إشكال {وإن كانت لاثنين، أو للجميع بني على تقديم بيّنة الداخل، أو الخارج عند التعارض، فعلى الأول} وهو تقديم بيّنة الداخل ف{الحكم كما ذكر} من تقديم بيّنة المأذون؛ لأنه هو الداخل {وعلى الثاني} وهو تقديم بيّنة الخارج {يتعارض الخارجان} وهما مولى الأب، وورثة المعتق عنه {ويقوى تقديم ورثة الأمر بمرجح الصحة} لادعائهم صحة البيع {واعلم أن الاختلاف يقتضي تعدد المختلفين، والمصنف اقتصر على نسبته

إلى مولى المأذون، وكان حقه إضافة غيره معه، وكأنه اقتصر عليه لدلالة المقام على الغير، أو على ما اشتهر من المتنازعين في هذه المادة{.

[الخامسة: لو تنازع المأذونان بعد شراء كل منهما صاحبه في الأسبق] {منهما ليبطل بيع المتأخر، لبطلان الإذن بزوال الملك} [ولا بينة] {لهما، ولا لأحدهما بالتقدم} المعين له [قيل: يقرع] {والقائل بها مطلقاً} سواء اشتبه السابق أم لا، اشتبه السابق أم الاقتران، تساوى الطريقان أم لا {غير معلوم، والذي نقله المصنف، وغيره عن الشيخ: القول بها، مع تساوي الطريقين، عملاً برواية وردت بذلك} عن أبي سلمة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (في رجلين مملوكين مفوض إليهما يشتريان ويبيعان بأموالهما، فكان بينهما كلام فخرج هذا يعدو إلى مولى هذا، وهذا إلى مولى هذا، وهما في القوة سواء، فاشترى هذا من مولى هذا العبد، وذهب هذا فاشترى من مولى هذا العبد الآخر وانصرفا إلى مكانهما، وتشبث كل منهما بصاحبه، وقال له: أنت عبيد قد اشتريتك من سيدك، قال: يحكم بينهما من حيث افترقا بذرع الطريق فأيهما كان أقرب فهو الذي سبق الذي هو أبعد، وإن كانا سواء فهما رد على مواليهما جاءا سواء وافترقا سواء، إلا أن يكون أحدهما سبق صاحبه، فالسابق هو له إن شاء باع وإن شاء أمسك، وليس له أن يضربه)^(١).

{وقيل} والقائل العلامة في المختلف {بها مع اشتباه السابق، أو السبق} استناداً إلى ما أرسله الكليني والشيخ بقولهما: (وفي رواية أخرى: إذا كانت المسافة سواء يقرع بينهما، فأيهما وقعت القرعة به كان عبده)^(٢) [وقيل: يمسح الطريق] {التي

(١) الوسائل، ج١٨، باب (١٨) بيع الحيوان، ح١.

(٢) الوسائل، ج١٨، باب (١٨) بيع الحيوان، ح٢.

سلكتها كل واحد منهما إلى مولى الآخر، ويحكم بالسبق لمن طريقه أقرب مع تساويهما في المشي {سرعة وبطأ، وقوة وضعفاً} فإن تساويا بطل البيعان، لظهور الاقتران {عادة في الشروع في العقد، ولا مرجح فيحكم بالبطلان} هذا إذا لم يجز الموليان {ولو أجزى عقدهما فلا إشكال} في صحتها {ولو مع الاقتران، لعدم انقطاع الوكالة بالخروج عن الملك.

[ولو تقدم العقد من أحدهما صحّ خاصة] {من غير توقف على إجازة} [إلا مع إجازة الآخر] {فيصح العقدان، ولو كانا وكيلين صحا معاً} بناءً على أن وكالة العبد لا تسقط بيعه، كما هو المشهور {والفرق بين الإذن والوكالة أن الإذن ما جعلت تابعة للملك} فتزول بزواله {والوكالة ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقاً} من غير تقييد بتبعية الملك {والفارق بينهما مع اشتراكهما في مطلق الإذن إمّا تصريح المولى بالخصوصيتين، أو دلالة القرائن عليه، ولو تجرد اللفظ عن القرينة لأحدهما فالظاهر حملة على الإذن لدلالة العرف عليه} لأنه القدر المتيقن.

{واعلم أن القول بالقرعة مطلقاً} في الاقتران وغيره {لا يتم في صورة الاقتران؛ لأنها لإظهار المشتبه، ولا اشتباه حيثئذ} لحكمنا بالبطلان فيها معاً {وأولى بالمنع تخصيصها بهذه الحالة} كما عن الشيخ في النهاية، ووجه الأولوية: أن القرعة لا تتم في الجميع قطعاً فتخصيصها بأوضح صور بطلانها أولى بالمنع {والقول بمسح الطريق مستند إلى رواية ليست سليمة الطريق} بمعلّى بن محمد حيث حكى عن النجاشي: أنه مضطرب الحديث والمذهب {والحكم للسابق مع علمه لا إشكال فيه، كما أن القول بوقوفه} على الإجازة {مع الاقتران كذلك} لا إشكال فيه {ومع الاشتباه} في السابق أو السابق {تتجه القرعة} لأنها لكل أمر مشكل وهذا منه {ولكن مع اشتباه السابق يستخرج برقتين لإخراجه} يكتب على أحدهما السابق والأخرى

المسبوق {ومع اشتباه السبق والاقتران ينبغي ثلاث رقع في إحداها الاقتران، ليحكم بالوقوف معه} فأما أن يحكم بالبطلان، كما هو مذهب الشارح، أو بالصحة، كما نسب إلى بعضهم {هذا إذا كان شراؤهما لمولاهما، أما لو كان لأنفسهما كما يظهر من الرواية} حيث تضمنت دعوى كل منهما بأنه عبده {فإن أحلنا ملك العبد بطلا، وإن أجزأناه صحَّ السابق، وبطل المقارن واللاحق حتماً؛ إذ لا يتصور ملك العبد لسيده}.

[السادسة: الأمة المسروقة] قطعاً أو ما يقوم مقامه [من أرض الصلح لا يجوز شراؤها] {لأن مال أهلها محترم به} {فلو اشتراها} {أحد من السارق} {جاهلاً} {بالسرقة، أو الحكم} {ردها} {على بائعها} {واستعاد ثمنها} {منه} {ولو لم يوجد الثمن} {بأن أعسر البائع، أو امتنع من رده ولم يمكن إجباره، أو بغير ذلك من الأسباب} كما لو مات بعد ردها وإنكار الورثة بكونها مسروقة [ضاع] {على دافعه}.

[وقيل] والقائل الشيخ وتابعوه [تسعى] {الأمة} {فيه لرواية مسكين} {السمان عن الصادق عليه السلام} قال: (سألته عن رجل اشترى جارية سرقت من أرض الصلح؟ قال: فليردها على الذي اشتراها منه، ولا يقربها إن قدر عليه أو كان موسراً، قلت: جعلت فداك فإنه مات ومات عقبه، قال: فليستسعها)^(١) {ويضعف} سنداً {بجهالة الراوي} مسكين السمان حيث لم يرد له ذكر في كتب الرجال {ومخالفة الحكم للأصول، حيث إنها ملك للغير، وسعيها كذلك} ملك للغير، وهو المالك {ومالكها لم يظلمه في الثمن} ولم يغرره حتى يقال: برجوع المغرور على من غره {فكيف يستوفيه من سعيها؟! مع أن ظالمه لا يستحقها ولا كسبها، ومن ثم نسبه المصنف إلى

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢٣) بيع الحيوان، ح ١.

القول تمريضاً له، ولكن يشكل حكمه { هنا {بردها} على البائع مع أنه ليس مالكا لها {إلا أن يحمل على ردها على مالكة لا على البائع} أو يقال: إنها ترد على البائع إذا لم يكن هو السارق ولم يعلم بسرقتها إلا بعد شرائها وعدم معرفة السارق {طرحاً} للرواية الدالة على ردها عليه}.

{وفي الدروس استقرب العمل بالرواية المشتملة على ردها على البائع واستسعائها في ثمنها لو تعذر على المشتري أخذه من البائع ووارثه مع موته، واعتذر عن الرد إليه: بأنه تكليف له ليردها إلى أهلها، إما لأنه سارق، أو لأنه ترتبت يده عليها، وعن استسعائها: بأن فيه جمعاً بين حق المشتري وحق صاحبها، نظراً إلى أن مال الحربي فيء في الحقيقة، وإنما صار محترماً بالصلح احتراماً عرضياً فلا يعارض ذهاب مال محترم في الحقيقة، ولا يخفى أن مثل ذلك لا يصلح لتأسيس مثل هذا الحكم، وتقريبه للنص إنما يتم لو كانت الرواية مما تصلح للحجية، وهي بعيدة عنه، وتكليف البائع بالرد لا يقتضي جواز دفعها إليه كما في كل غاصب، وقدّم يده لا أثر له في هذا الحكم، وإلاّ لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد إليه وهو باطل} إجماعاً {والفرق في المال بين المحترم بالأصل والعارض لا مدخل له في هذا الترجيح، مع اشتراكها في التحريم، وكون المتلف للثمن ليس هو مولى الأمة، فكيف يستوفي من ماله؟! وينتقض بهال أهل الذمة فإن تحريمه عارض ولا يرجح عليه مال المسلم المحترم بالأصل عند التعارض}.

{والأقوى اطراح الرواية بواسطة مسكين، وشهرتها لم تبلغ حد وجوب العمل بها، وإنما عمل بها الشيخ على قاعدته} من أن العمل أولى من الطرح إذا حصل الوثوق بصدورها في الجملة {واشتهرت بين أتباعه، وردّها المستنبطون لمخالفتها للأصول، والأقوى وجوب رد المشتري لها على مالكة، أو وكيله، أو وارثه ومع التعذر على الحاكم، وأما الثمن فيطالب به البائع مع بقاء عينه مطلقاً} عالماً كان بالسرقة أم

جاهلاً {ومع تلفه إن كان المشتري جاهلاً بسرقتها} لأنه مغرور من قبله، والمغرور يرجع على من غره {ولا تستسعى الأمة مطلقاً} أي على كل تقدير؛ لأن سعيها للملكها فلا ينفعها في شيء.

[السابعة: لا يجوز بيع عبد من عبيد] {من غير تعيين، سواء كانا متساويين في القيمة والصفات أم مختلفين} على المشهور شهرة عظيمة كادت أن تكون إجماعاً، بل هو كذلك، كذا في الجواهر {لجهالة المبيع المقتضية للبطلان} إجماعاً [ولا] {بيع} عبد من [عبيد] ولا بيع عبيد من عبيد {كذلك، للعلة} المقدمة نفسها {وقيل} والقائل الشيخ في موضع من الخلاف {يصح مطلقاً} تساوي في القيمة والصفات أم اختلفا {استناداً إلى ظاهر رواية ضعيفة} عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألته عن رجل اشترى من رجل عبداً وكان عنده عبدان، فقال للمشتري: اذهب بهما فاختر أيهما شئت، ورد الآخر، وقد قبض المال، وذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده؟ قال: ليرد الذي عنده منهما، ويقبض نصف الثمن مما أعطى من البيع، ويذهب في طلب الغلام، فإن وجده اختار أيهما شاء، ورد النصف الذي أخذ، وإن لم يوجد كان العبد بينهما، نصف للبائع، ونصفه للمبتاع)^(١) وقد رواها الصدوق في الموثق، لكن الأجود حملها على كون العبد المشتري موصوفاً بكونه واحداً، كما يظهر منها بالتأمل في قوله: (اشترى من رجل عبداً) فتكون موافقة للأصول، ويمكن الاستناد إليها في مقام الاستدلال.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) بيع الحيوان، ح ١.

{وقيل} والقائل العلامة في المختلف {يصح مع تساويهما من كل وجه، كما يصح بيع قفيز من صبرة متساوية الأجزاء، ويضعف: بمنع تساوي العبدین على وجه يلحق بالمثل، وضعف الصحة مطلقاً في المتساوي وغيره {واضح} لأن الإطلاق يشمل المختلفين، وهو باطل بالإجماع.

[ويجوز شراؤه] {أي شراء العبد} [موصوفاً] {على وجه ترفع الجهالة} [سليماً] {لأن ضابط المسلم فيه ما كان يمكن ضبطه كذلك، وهو منه كغيره من الحيوان إلا ما استثنى} مثل السلم في الجارية الحامل، أو ذات الولد، أو الشاة كذلك فسيأتي أن الأقرب في مثله عدم الجواز للجهالة [والأقرب جوازه] {موصوفاً} [حالاً] {لتساويهما في المعنى المصحح للبيع} وهو رفع الجهالة [فلو باعه] {عبدًا كذلك} موصوفاً حالاً أو سليماً [ودفع إليه عبيدين للتخير] {أي ليتخير ما شاء منهما} [فأبق أحدهما] {من يده} [بني] {ضمان الآبق} [على ضمان المقبوض بالسوم] {وهو الذي قبضه ليشتره فتلف في يده بغير تفريط، فإن قلنا: بضمانه كما هو المشهور} بل نقل عن الأردبيلي نفي الخلاف فيه {ضمن هنا؛ لأنه في معناه إذ الخصوصية} المقتضية للضمان {ليست لقبض السوم، بل لعموم قوله ﷺ: (على اليد ما أخذت حتى تؤدي)}^(١) وهو مشترك بينهما} ويمكن أن يستدل له بموثق السكوني المتقدم.

{وإن قلنا: بعدم ضمانه لكونه مقبوضاً بإذن المالك والحال أنه لا تفريط فيكون كالودعي لم يضمن هنا} لتخير المالك للمشتري {بل يمكن عدم الضمان هنا وإن قلنا به ثمة؛ لأن المقبوض بالسوم بيع بالقوة} القريبة من الفعل {أو مجازاً بما يؤول إليه، وصحيح البيع وفاسده مضمون} مطلقاً سواء كان البيع بالقوة أم بالمشاركة أم

(١) سنن الترمذي، ج٣، ص (٥٥٨)، باب ما جاء في أن العارية مؤداة.

بالفعل {بخلاف صورة الفرض؛ لأن المقبوض ليس كذلك، لوقوع البيع سابقاً وإنما هو محض استيفاء حق. لكن يندفع ذلك: بأن المبيع لما كان أمراً كلياً وكان كل واحد من المدفوع صالحاً لكونه فرداً له كان في قوة المبيع، بل ودفعهما للتخيير حصر له فيهما، فيكون بمنزلة المبيع حيث إنه منحصر فيهما، فالحكم هنا بالضمان أولى منه} في المقبوض بالسوم، لتحقيقه بالفعل.

[والمروي] عن الباقر عليه السلام {بطريق ضعيف} عن محمد بن مسلم، الذي تقدم {ولكن عمل به الأكثر} وهو جابر لضعفه [انحصار حقه فيهما] {على سبيل الإشاعة} ويفهم ذلك من حكمه عليه السلام بإرجاع نصف الثمن، وبالشركة بينهما {لا كون حقه أحدهما في الجملة} ومعيناً في الواقع فيستخرج بالقرعة [وعدم ضمانه] {أي الآبق} [على المشتري فينفسخ نصف المبيع] {تنزيلاً للآبق منزلة التالف قبل القبض، مع أن نصفه مبيع} [ويرجع] {المشتري} [بنصف الثمن على البائع] {وهو عوض التالف} [ويكون] {العبد} [الباقى بينهما] {بالنصف} {إلا أن يجد الآبق يوماً فيتخير} {في أخذ أيهما شاء، وهو مبني على كونها بالوصف المطابق للمبيع وتساويها في القيمة، ووجه انحصار حقه فيهما كونه عينهما للتخيير، كما لو حصر الحق في واحد، وعدم ضمان الآبق إما لعدم ضمان المقبوض بالسوم، أو كون القبض على هذا الوجه يخالف قبض السوم للوجه الذي ذكرناه} وهو تحقق البيع سابقاً {أو غيره} كدعوى الإجماع على ضمان المقبوض بالسوم {أو تنزيلاً لهذا التخيير منزلة الخيار الذي لا يضمن الحيوان التالف في وقته} وهو مضي الثلاثة الأيام بعد القبض.

{ويشكل: بانحصار الحق الكلي قبل تعيينه في فردين، و} كذا يشكل بـ {منع ثبوت الفرق بين حصره في واحد} الموجب لتشخصه {وبقائه كلياً، و} كذا يشكل بـ {ثبوت المبيع في نصف الموجود المقتضي للشركة، مع عدم الموجب لها، ثم الرجوع إلى

التخيير لو وجد الآبق، وأن دفعه الاثنين ليس تشخيصاً للكلي الذي في الذمة {إن حصر الأمر فيهما، لأصالة بقاء الحق في الذمة إلى أن يثبت المزيل شرعاً، كما لو حصره في عشرة وأكثر، هذا مع ضعف الرواية} بابن أبي حبيب لجهالته {عن إثبات مثل هذه الأحكام المخالفة للأصول} المذكورة في الإشكالات المتقدمة.

[وفي انسحابه في الزيادة على اثنين إن قلنا به] {في الاثنين، وعملنا بالرواية} [تردد] {من صدق العبد في الجملة، وعدم ظهور تأثير الزيادة، مع كون حمل التخيير زائداً على الحق، و} من {الخروج عن المنصوص المخالف للأصل، فإن سحبنا الحكم وكانوا ثلاثة فأبق واحد فأتى ثلث المبيع وارتجع ثلث الثمن إلى آخر ما ذكر، ويحتمل بقاء التخيير} بين العبد الآبق والعبد الباقي {وعدم فوات شيء} لبقاء محله {سواء حكمنا بضممان الآبق أم لا، لبقاء حمل التخيير الزائد عن الحق} حتى لو زاد على اثنين، بلا فرق بين المقامين.

[وكذا لو كان المبيع غير عبد كأمة] لعدم خصوصية الذكورة {فدفع إليه أمتين أو إماء، وقطع في الدروس بثبوت الحكم هنا} [بل] {في انسحاب الحكم} {في أي عين كانت} {كثوب وكتاب، إذا دفع إليه منه اثنين، أو أكثر} يأتي {التردد، من المشاركة فيما ظن كونه علة الحكم} {وينسحب} {و} من {بطلان القياس} فلا ينسحب الحكم {والذي ينبغي القطع هنا بعدم الانسحاب؛ لأنه قياس محض لا نقول به. ولو هلك أحد العبد في انسحاب الحكم الوجهان: من أن تنزيل الإباق منزلة التلف يقتضي الحكم مع التلف بطريق أولى، ومن ضعفه بتنجز التنصيف من غير رجاء لعود التخيير، بخلاف الإباق} حيث يحتمل الرجوع فيعود التخيير {والأقوى عدم اللحاق} لضعف الملحق به {هذا كله على تقدير العمل بالرواية، نظراً إلى انجبار ضعفها بما زعموه من الشهرة}.

{والذي أراه منع الشهرة في ذلك، وإنما حكم الشيخ بهذه} الرواية {ونظائرها على قاعدته} المذكورة سابقاً {والشهرة} إنما كانت {بين أتباعه خاصة، كما أشرنا إليه في غيرها} لكن لا يخفى أن المقصود باشتهار الرواية: هي شهرتها بين أرباب الحديث ونقله الأخبار، وقد نقلها المشايخ الثلاثة في كتبهم، كما وأن طريق الصدوق كالصحيح، ورواها أيضاً في الموثق، وهو حجة على مذهب محققي المتأخرين {والذي يناسب الأصل} الشرعي وقواعده المقررة المتفق عليه بين الأصحاب {أن العبدین إن كانا مطابقيين للمبيع} المشاهد التي تكفي فيه المشاهدة لتصحيح البيع {تخير بين اختيار الآبق والباقي، فإن اختار الآبق رد الموجود ولا شيء له} لأن تلف المبيع بعد قبضه من مال بائعه مع إقدامه على ذلك {وإن اختار الباقي انحصر حقه فيه، وبني ضمان الآبق على ما سبق} في إلحاقه بضمان السوم أم لا {ولا فرق حينئذٍ} أي حين العمل بالأصل الشرعي، بين العبدین والأكثر، والمخالف كالأمة والثوب والكتاب وغيرهما {وهذا هو الأقوى} طرحاً للخبر، لضعفه على مذهبه، وعدم الجابر له، ومخالفته للأصول، فتدبر ولا حظ.

[الفصل الرابع]: [في بيع الثمار]

[ولا يجوز بيع الثمرة قبل ظهورها] وهو بروزها إلى الوجود وإن كانت في طلع، أو كمام {عاماً} {واحدًا}: بمعنى ثمرة ذلك العام وإن وجدت في شهر، أو أقل، سواء في ذلك ثمرة النخل وغيرها، وهو موضع وفاق {وفي الجواهر: إجماعاً بقسميه، بل المحكي منهما متواتراً، ولخبر محمد بن شريح قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثمرة نخل سنتين وثلاثاً وليس في الأرض غير ذلك النخل؟ قال: لا يصلح إلا سنة، ولا تشتريه حتى يبين صلاحه، قال: وبلغني أنه قال: في ثمر الشجر: لا بأس بشرائه إذا صلحت ثمرته، فقليل له: وما صلاح ثمرته؟ فقال: إذا عقد بعد سقوط ورده)^(١) ونحوه غيره، وهو مستفيض، وقد يظهر من بعض النصوص معارضتها حيث إن ظاهرها الجواز، لكن مع فرض استحكام التعارض يقدم المانع منها؛ لأنه أكثر عدداً، وأوضح دلالة مع اعتضاده بالإجماع {وسواء ضم إليها شيئاً أم لا} أما الأول فهو مجمع عليه، وأما الثاني فهو المشهور، كما في المسالك، لعدم كون الضميمة هي المقصودة بالبيع؛ فيكون بيعاً غريباً، أما لو كانت مقصودة بالبيع كالثمرة فالأظهر الصحة، وعليه يحمل موثق سماعة الآتي.

[ولا] يجوز {بيعها قبل ظهورها أيضاً} [أزيد] {من عام} [على الأصح] كما هو المشهور، للجهالة الموجبة {للغرر} وانعدام المبيع، مع اشتراطهم وجوده، ولصحيح عبيد الله الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١) بيع الثمار، ح ١٣.

وإن شئت أكثر، وإن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر^(١) ونحوه غيره {ولم يخالف فيه إلا الصدوق} وزاد بعضهم أنه ظاهر الشيخ والمحقق والعلامة في التذكرة وجملة من تأخر عنه وتبعهم صاحب الحقائق {لصحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام} قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل؟ فقال: كان أبي يكره شراء النخل قبل أن تطلع ثمرة السنة، ولكن السنتين والثلاث كان يقول: إن لم يحمل في هذه السنة حمل في السنة الأخرى، قال يعقوب: وسألته عن الرجل يبتاع النخل والفاكهة قبل أن يطلع سنتين أو ثلاث سنين أو أربعاً؟ قال: لا بأس إنما يكره شراء سنة واحدة قبل أن يطلع مخافة الآفة حتى يستبين)^(٢) ونحوه غيره من الصحاح المتضافرة {الدالة على الجواز ولا يخلو من قوة إن لم يثبت الإجماع على خلافه} حيث قال في السرائر: وقد اشتبه على كثير من أصحابنا ذلك ويظنون أنه يجوز بيعها سنتين وإن كانت فارغة لم تطلع بعد وقت العقد، وهذا خلاف ما يجدونه في تصانيف أصحابنا، وخلاف لإجماعهم وأخبار أئمتهم وفتاواهم. لكنه كما ترى! لأن الأصحاب لم يذكروه صريحاً، ولا تعرض للمنع إلا جماعة منهم، كما عن المختلف وغاية المراد.

[ويجوز] {بيعها} [بعد بدو صلاحها] عاماً فأكثر، بشرط القطع أو لا، منفردة أو منضمة {إجماعاً} وفي الجواهر: أو ضرورة، لوجود المبيع الذي هو شرط الجواز، فيكون مشمولاً لإطلاق أدلة حلية البيع [وفي جوازه قبله بعد الظهور] {من غير ضمنية، ولا زيادة عن عام، ولا مع الأصل، ولا بشرط القطع} [خلاف] فعن

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢) بيع الثمار، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١) بيع الثمار، ح ٨.

الإسكافي والصدوق في المقتنع والتقي والمفيد والطوسي والقاضي وابن حمزة والمحقق والعلامة عدم الصحة، بل صريح المبسوط والخلاف والغنية أو ظاهرها الإجماع [أقربه الكراهة] كما عن الشيخ في كتابي الأخبار والحلي والآبي والعلامة في بعض كتبه وولده والمحقق الثاني والقطفني والميسي وغيرهم {جمعاً بين الأخبار بحمل ما دل منها على النهي على الكراهة} كصحيح سليمان بن خالد قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تشتري النخل حولاً واحداً حتى يطعم، وإن شئت أن تبتاعه سنين فافعل)^(١) ونحوه غيره، وما دل منها على الجواز كذيل صحيح الحلبي قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام - إلى أن قال - : وسئل عن الرجل يشتري الثمرة المسماة من أرض فتهلك ثمرة تلك الأرض كلها؟ فقال: قد اختصموا في ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فكانوا يذكرون ذلك، فلما رأهم لا يدعون الخصومة نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة ولم يحرمه، ولكن فعل ذلك من أجل خصومتهم)^(٢) ونحوه غيره {والقول الآخر للأكثر المنع} لصحيح سليمان المتقدم وغيره، والأول أظهر، كما عرفت.

[وتزول] {الكراهة} [بالضميمة] {إلى ما يصح إفراده بالبيع} عند الأكثر، لمضمر سماعه قال: (سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعتها؟ فقال: لا، إلا أن يشتري معها شيئاً غيرها رطبة أو بقللاً، فيقول: أشتري منك هذه الرطبة وهذا النخل وهذا الشجر بكذا وكذا، فإن لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري في الرطبة والبقل... الحديث)^(٣).

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١) بيع الثمار، ح ٩.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١) بيع الثمار، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) بيع الثمار، ح ١.

[أو شرط القطع] بلا خلاف عندهم فيه، حيث لا تكون المعاملة سفهاً، بل حكي عليه الإجماع مستفيضاً أو متواتراً، مع أنه لا وجود له في النصوص، فليس ذلك إلا لأن اشتراط القطع يعين كون مراد المتبايعين هذا الموجود في هذا الحال، ولا ريب في أنه مملوك يجوز بيعه، ولا يعتبر في الصحة تحقق القطع، كما في الجواهر {وإن لم يقطع بعد ذلك مع تراضيها عليه} بل لو رضي المالك بعد ذلك بالبقاء مجاناً أو بأجرة جاز إجماعاً، كما في التذكرة [أو بيعها مع الأصول] فعن التذكرة والتنقيح الإجماع عليه، ولصحيح معاوية بن عمار قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تشتري الزرع ما لم يسنبل، فإذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك، أو ابتعت نخلاً فابتعت أصله ولم يكن فيه حمل لم يكن به بأس)^(١) {وهو في معنى الضميمة} كما لا يخفى.

[وبدو الصلاح] {المسوغ للبيع مطلقاً} لسنة أو أكثر، مع الضميمة، أو شرط القطع، أو مع الأصول {أو من غير كراهة وهو} [احمرار التمر] {بالمثناة من فوقه مجازاً} في ثمرة النخل، باعتبار ما يؤول إليه {أو اصفراره} {فيما يصفر} على المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً شهرة عظيمة، بل في محكي السرائر نسبته إلى أصحابنا، كذا في الجواهر، ولحسن الحسن بن علي الوشاء قال: (سألت الرضا عليه السلام هل يجوز بيع النخل إذا حمل؟ قال: لا يجوز بيعه حتى يزهر، قلت: وما الزهر جعلت فداك؟ قال: يحمر ويصفر وشبه ذلك)^(٢) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) بيع الثمار، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١) بيع الثمار، ح ٣.

[أو انعقاد ثمرة غيره] {من شجر الفواكه} [وإن كانت في كمام] {بكسر الكاف جمع أَكِمَّة بفتح الهمزة وكسر الكاف وفتح الميم مشددة، وهي: غطاء الثمرة والنور كالرمان، وكذا لو كانت في كمامين كالجوز واللوز، وهذا هو الظهور المجوز للبيع أيضاً} وما فسره به تبعاً لأهل اللغة {وإنما يختلف بدو الصلاح والظهور في النخل، ويظهر} الاختلاف {في غيرها عند جعله تناثر الزهر بعد الانعقاد} على رأي الشيخ في النهاية {أو تلون الثمرة، أو صفاء لونها، أو الحلاوة وطيب الأكل في مثل التفاح، أو النضج في مثل البطيخ، أو تناهي عظم بعضه في مثل القثاء، كما زعمه الشيخ في المبسوط} ولكن قد ينافيه خبر محمد بن شريح المتقدم وغيره، وقد يكون المدار في الجميع - المستفاد من النصوص - الإدراك، وهو يحصل في كل نوع بحسبه، ويعضده صحيح يعقوب بن شعيب قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا كان الحائط فيه ثمار مختلفة فأدرك بعضها فلا بأس ببيعها جميعاً)^(١) ونحوه غيره.

[ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها] {وإن لم يتناه عظمها} بلا خلاف أجده فيه بناء على أنه بدو صلاحها، كذا في الجواهر [لقطة ولقطات معينة] {أي معلومة العدد} بلا خلاف، ولا إشكال، ولم يشترط الأصحاب في الجواز مشاهدتها، ويلحق بها الرطب، والبقول، وما يجز مثل الحناء وورق الشجر ونحوهما، ولخبر ثعلبة بن زيد قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرطبة تباع قطعتين أو ثلاث قطعات؟ فقال: لا بأس، وأكثرت السؤال عن أشباه هذا، فقال: لا بأس به ... الحديث)^(٢) ونحوه غيره [كما يجوز شراء الثمرة الظاهرة، وما يتجدد في تلك السنة، وفي غيرها] كما هو

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢) بيع الثمار، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٤) بيع الثمار، ح ١.

المشهور، ولصحيح عبيد الله الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنة وإن شئت أكثر، وإن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر)^(١) ونحوه غيره {مع ضبط السنين؛ لأن الظاهر منها بمنزلة الضميمة إلى المعدوم، سواء كانت المتجددة من جنس الخارجة، أم غيره} للإطلاق.

[ويرجع في اللقطة إلى العرف] {فما دل على صلاحيته للقطع يقطع وما دل على عدمه لصغره، أو شك فيه، لا يدخل، أما الأول} وهو المدلول على صلاحية قطعه عرفاً {فواضح، وأما المشكوك فيه فلاصلة بقائه على ملك مالكه، وعدم دخوله فيها أخرج بـ} دليل {اللقط} [فلو امتزجت الثانية] {بالأولى لتأخير المشتري} أو البائع، أو هما، أو غيرهما {قطعها في أوانه} [تخير المشتري بين الفسخ والشركة] {للتعيب بالشركة، ولتعذر تسليم المبيع منفرداً} وهو موجب للفسخ {فإن اختار الشركة فطريق التخلص} من الزيادة والنقصان {بالصلح}.

[ولو اختار الإمضاء فهل للبائع الفسخ] أيضاً [لعيب الشركة؟ نظر] ولعله لعدم تضرره بذلك، ولأصلة لزوم البيع من جهته، وإن كان [أقربه ذلك] وهو ثبوت الخيار له [إذا لم يكن تأخر القطع بسببه] {بأن يكون قد منع المشتري} أو غيره {منه} [وحيثئذ] {أي حين إذ يكون الخيار للبائع} {لو كان الاختلاط بتفريط المشتري مع تمكين البائع، وقبض المشتري} عطف تفسير؛ لأن التمكين بمنزلة القبض [أمكن عدم الخيار للمشتري] {لأن التعيب جاء من قبله فيكون دركه عليه، لا على البائع، كما لو حصل مجموع التلف من قبله}.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢) بيع الثمار، ح ٤.

[ولو قيل: بأن الاختلاط إن كان قبل القبض تخير المشتري] {مطلقاً} سواء كان بتفريط المشتري أم لا {الحصول النقص مضموناً على البائع كما يضمن الجملة كذلك} أي قبل القبض؛ لأن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه [وإن كان بعده فلا خيار لأحدهما] {لاستقرار البيع بالقبض، وبراءة البائع من دركه بعده} [كان قوياً] {وهذا القول لم يذكر في الدروس غيره جازماً به، وهو حسن إن لم يكن الاختلاط قبل القبض بتفريط المشتري، وإلا فعدم الخيار له أحسن} وجعل الحكم دائراً مدار عدم القبض والتفريط معاً {لأن العيب من جهته فلا يكون مضموناً على البائع} قبل القبض، لكن بشرط عدم تفريط المشتري {وحيث يثبت الخيار للمشتري بوجه لا يسقط ببذل البائع له ما شاء، ولا الجميع على الأقوى، لأصالة بقاء الخيار وإن انتفت العلة الموجبة له} وهي التعيب بالشركة {كما لو بذل للمغبون التفاوت، ولما في قبول المسموح به من المنفعة} غير الملزم بقبولها شرعاً.

[وكذا يجوز بيع ما يخرط] {أصل الخراط أن يقبض باليد على أعلى القضيب ثم يمرها عليه إلى أسفله ليأخذ عنه الورق، ومنه المثل السائر (دونه خرط القتاد) والمراد هنا ما يقصد من ثمرته ورقه} [كالحناء والتوت] {بالتائين المثنائين من فوق} [خرطة وخرطات، وما يجز كالرطبة] {بفتح الراء وسكون الطاء وهي الفصة} وهو نبات تعلف به الدواب، ويسمى بذلك ما دام رطباً، كما عن بعض أهل اللغة {والقضب} بسكون الضاد، وهو كل نبات يقتضب ويؤكل طرياً [والبقل] {كالنعناع} وغيره من الخضروات [جزء وجزات] وقد تقدم الاستدلال عليه في حكم اللقطة واللقطات؛ لأنها من باب واحد.

[ولا تدخل الثمرة] {بعد ظهورها} [في بيع الأصول] {مطلقاً} أي نوع كانت من الثمار {ولا غيره من العقود} لخروجها عنها عرفاً؛ ولأنه نهاء في ملك صاحبها فهو له، بلا إشكال ولا خلاف، ولاستصحاب بقاء الملك إلى أن يثبت المزيل [إلاّ في] {ثمرة} [النخل] {فإنها تدخل في بيعه خاصة} كما هو المشهور، وعلى خلاف الأصل؛ لأن الأصل لا يشمل ثمره، لكن [بشرط عدم التأخير] لخبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من باع نخلاً قد أبره فثمره للبائع، إلاّ أن يشترط المبتاع، ثم قال: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله)^(١) ونحوه غيره، وضعفه منجبر بالشهرة وعمل الأصحاب، وقد خالف في ذلك ابن حمزة حيث فصل بين البادي صلاحه فجعله للبائع وغيره فجعله للمشتري، ويشكل: بمخالفته لهذه النصوص، واستصحاب بقاء الثمر على ملك مالكة مطلقاً.

[ويجوز استثناء ثمرة شجرة معينة، أو شجرات] {معينة} بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر [وجزاء مشاع] {كالنصف والثلث} بل الإجماع بقسميه عليه أيضاً، كذا في الجواهر [وأرطال معلومة] كما هو المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل عن الخلاف الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح ربعي قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لي نخلاً بالبصرة فأبيعه وأسمي الثمن وأستثني الكر من التمر أو أكثر أو العدد من النخل، فقال: لا بأس... الحديث)^(٢) ونحوه غيره، خلافاً لأبي الصلاح منا، ولأبي حنيفة والشافعي وابن حنبل من العامة فلم يجوزوه، لأدائه إلى جهالة مقدار المبيع من المشاهد، لكنه

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٣٢) أحكام العقود، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١) بيع الثمار، ح ٤.

كما ترى! اجتهد في مقابلة النص، أضف إليه عدم تحقق الجهالة الموجبة للبطلان - في مثله - عرفاً؛ لأن مرجع هذا الاستثناء إلى حصة مشاعة نسبتها إلى المجموع نسبة الأبطال المعلومة إليه كصاع من صبرة الذي لا إشكال في صحته.

[وفي هذين الفردين] وهما استثناء الجز المشاع والأبطال المعلومة {يسقط من الثنيا} {وهو المستثنى} {بحسابه} {أي نسبته إلى الأصل} {لو خاست الثمرة} {بأمر من الله تعالى} ولا أجد فيه خلافاً بينهم، كما في الجواهر [بخلاف المعين] {كالشجرة والشجرات، فإن استثناءها كبيع الباقي منفرداً، فلا يسقط منها بتلف شيء من المبيع شيء، لامتياز حق كل واحد منهما عن صاحبه، بخلاف الأول؛ لأنه حق شائع في الجميع فيوزع الناقص عليهما إذا كان التلف بغير تفريط، قال المصنف في الدروس: وقد يفهم من هذا التوزيع تنزيل شراء صاع من الصبرة على الإشاعة، وقد تقدم ما يرجح عدمه} لأنه مذهب الأكثر أولاً، ولتطرق الجهالة ثانياً، وعدم تعيين المبيع؛ لأنه من سنخ الكلي في المعين ثالثاً، ومع ذلك {ففيه سؤال الفرق} حيث إنه إن صح في ذلك صح في هذا والعكس بالعكس، لاتحاد الوجه، مع ترجيح عدم جواز شراء الصاع مشاعاً، اللهم إلا أن يقال: إن الفرق كون الصاع من الصبرة وهو من باب الكلي في المعين فهو في الذمة فلا يتعين، فالخسران يقع على مال البائع فقط، وأما الرطل فهو من الثمرة - فيما نحن فيه - وهو ليس في الذمة، بل في ضمن الثمار الموجودة خارجاً فلا بد حين وقوع خسارة أن تكون عليهما {وطريق توزيع النقص على الحصة المشاعة جعل الذاهب عليهما} كالنصف فالنقص الربع من كل منهما وهو النصف من التالف {والباقي لهما على نسبة الجزء، وأما في الأبطال المعلومة فيعتبر الجملة} على تقدير الصحة {بالتخمين، وينسب إليها المستثنى، ثم ينظر الذاهب} منه {فيسقط منه بتلك النسبة}.

[مسائل]

[لا يجوز بيع الثمرة بجنسها] {أي بنوعها الخاص كالعنب بالعنب، والزبيب بالزبيب، والرطب بالرطب والتمر} [على أصولها] إجماعاً بقسميه، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر، كذا في الجواهر، لعدم جواز اتحاد الثمن والمثمن {أما بعد جمعها فيصح مع التساوي} [نخلاً كان] {المبيع ثمره} [أو غيره] {من الثمار، إجماعاً في الأول} وهو بيع ثمر النخل بجنسه {وعلى المشهور في الثاني} وهو بيع غير ثمر النخل بجنسه، بين المتقدمين والمتأخرين نقلاً وتحصيلاً، بل عن ظاهر الغنية الإجماع عليه، كذا في الجواهر، و{تعدية للعلة المنصوصة} الواردة في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يصلح التمر اليابس بالرطب، من أجل أن التمر يابس والرطب رطب، فإذا ييس نقص ... الحديث)^(١) ومثله غيره {في المنع من بيع الرطب بالتمر، وهي نقصانه عند الجفاف إن بيعت يابس، وتطرق احتمال الزيادة في كل من العوضين الربويين، ولا فرق في المنع بين كون الثمن منها، ومن غيرها وإن كان الأول أظهر منعاً} لاتحاد الثمن والمثمن.

[ويسمى في النخل مزابنة] {وهي مفاعلة من الزبن، وهو الدفع ومنه الزبانية، سميت بذلك، لبنائها على التخمين المقتضي للغبن، فيريد المغبون دفعه، والغابن خلافه فيتدافعان، وخص التعريف بالنخل للنص عليه بخصوصه مفسراً به المزابنة في صحيحة عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام} قال: (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن المحاقلة والمزابنة، قلت: وما هو؟ قال: أن يشتري حمل النخل بالتمر، والزرع

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٤) الربا، ح ١.

بالحنطة^(١) ونحوه غيره {وألحق به غيره لما ذكرناه، وفي إلحاق اليابس} من غير النخل {وجه} وهو مبني على تعدية العلة المنصوصة في المنع {و} في إلحاق {الرطب نظر} وجهه أن القياس لا يتم مع تماثلها رطوبة، ومنع كون الثمرة على شجرها ربوياً، خلافاً للشيخ حيث اشترط التقابض قبله تخلصاً من الربا، والأقوى العدم، لأصالة الجواز.

[ولا] يجوز [بيع السنبل بحب منه، أو من غيره من جنسه] لما تقدم في المزابنة من الإجماع والصحيح المتقدم وغيره [ويسمى محاقلة] {مأخوذ من الحقل جمع حقلة وهي الساحة التي تزرع، سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقلة، وخرج} تقييده {بالسنبل بيعه قبل ظهور الحب، فإنه جائز} بلا مخالف فيه، كما في الجواهر {لأنه حينئذٍ غير مطعوم} ولا مكيل ولا موزون، سواء تساوى جنساً أم اختلفا، فلا يعتبر فيه الكيل أو الوزن المانع من البيع مع التفاوت، فلا يتحقق الربا، ولا يشترط فيه التقابض، لأصالة الجواز، ولإطلاق صحيح بكير بن أم أعين قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أيجل شراء الزرع الأخضر؟ قال: نعم لا بأس به)^(٢) ونحوه غيره [إلا العرية] {هذا استثناء من تحريم بيع المزابنة} بلا خلاف بيننا، بل وبين المسلمين عدا أبا حنيفة، كذا في الجواهر، ولموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (رخص رسول الله ﷺ في العرايا بأن تشتري بخرصها تمراً. قال: والعرايا جمع عرية: وهي النخلة تكون للرجل في دار رجل آخر، فيجوز أن يبيعها بخرصها تمراً، ولا يجوز

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٣) بيع الثمار، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) بيع الثمار، ح ٢.

ذلك في غيره^(١) ونحوه غيره [والمراد بها النخلة تكون في دار الإنسان، أو بستانه، فيشتري مالكها، أو مستأجرهما، أو مستعيرهما رطبها] [بخرصها قرأ من غيرها] {مقدراً موصوفاً} لرفع الجهالة به {حالاً، وإن لم يقبض في المجلس} كما أطبق عليه متأخرو الأصحاب، خلافاً للوسيلة ومحكي المبسوط، حيث اشترط التقابض قبل التفرق تخلصاً من الربا، ويشكل: باختصاصه في المكيل والموزون المعلومين، وهذا ليس منه، لأنه يكتفيبيعه بالمشاهدة {أو بلغت خمسة أوسق} خلافاً للشافعي حيث لم يجوزها إذا كانت كذلك، ويضعف: بإطلاق معقد الإجماع والنصوص {ولا يجوز بتمر منها لئلا يتحد العوضان} الثمن والمثمن، كما هو المشهور {ولا يعتبر مطابقة ثمرتها جافة لثمنها في الواقع، بل يكفي المطابقة ظناً، فلو زادت عند الجفاف عنه أو نقصت لم يقدح في الصحة} عملاً بإطلاق النص.

{ولا عرية في غير النخل} اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع النص {فإن ألحقناه بالمزانية} في الحرمة فعدم التعدي إلى غير النخل في محله {وإلا} يلحق {لم يتقيد بقيودها} من كون الشجرة في دار الإنسان أو بستانه، وأنها واحدة فقط، والثمن من غيرها، وأن يكون حالاً، وعدم المفاضلة حين العقد.

[الثانية: يجوز بيع الزرع قائماً] {على أصوله، سواء أحصد أم لا، قصد قصله أم لا} بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر، للعمومات، ولخصوص صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: لا بأس بأن تشتري زرعاً أخضر، ثم تتركه حتى تحصده إن شئت، أو تغلفه من قبل أن يسنبل وهو حشيش ... الحديث)^(٢) ونحوه غيره

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٤) بيع الثمار، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) بيع الثمار، ح ١.

{لأنه قابل للعلم مملوكاً} وهما شرط صحة البيع {فتناولته الأدلة، خلافاً للصدوق حيث شرط كونه سنبلًا، أو القصل} لعدم الأمن من الآفة، ولموثق معاوية بن عمار قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تشتري الزرع ما لم يسنبِل، فإذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك ... الحديث)^(١) ونحوه غيره، التي حملها الشيخ على الكراهة جمعاً بينها وبين ما دل على صحة الأعم كصحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا بأس بأن تشتري زرعاً أخضر فإن شئت تركته حتى تحصده، وإن شئت فبعه حشيشاً)^(٢) ونحوه غيره، معتضدة بالإجماع على جوازه، مع أن عدم الأمن مستقبلاً لا يمنع من بيع الموجود، كما لا يخفى [وحصيذاً] {أي محصوداً وإن لم يعلم مقدار ما فيه؛ لأنه حيثئذٍ غير مكيل ولا موزون، بل يكفي في معرفته المشاهدة} كما هو المرتكز عرفاً [وقصيلاً] {أي مقطوعاً بالقوة، بأن شرط قطعه قبل أن يحصد لعلف الدواب، فإذا باعه كذلك وجب على المشتري قصله بحسب الشرط} لعموم (المؤمنون عند شروطهم).

[فلو لم يقصله المشتري لللبائع قصله] {وتفريغ أرضه منه} لا أجد فيه خلافاً معتدلاً به بينهم، كما في الجواهر {لأنه حيثئذٍ ظالم، ولا حق لعرق ظالم} كما في خبر عبد العزيز بن محمد الدراوردي قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أخذ أرضاً بغير حقها، وبني فيها، قال: يرفع بناؤه وتسلم التربة إلى صاحبها، ليس لعرق ظالم حق)^(٣) ولنفي الضرر والضرار [وله المطالبة بأجرة أرضه] {عن المدة التي بقي فيها بعد إمكان قصله مع الإطلاق} بعدم تعيين مدة {وبعد المدة التي شرط قصله فيها مع

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) بيع الثمار، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) بيع الثمار، ح ٦.

(٣) الوسائل، ج ٢٥، باب (٣) الغصب، ح ١.

التعين} بلا خلاف بينهم، وهو مقتضى ضمان الغاصب، ورضا صاحب الأرض بقاءه في أرضه لا يقتضي سقوط الأجرة التي يكفي فيها بقاء أرض المالك مشغولة به {ولو كان شراؤه قبل أو أن قصله وجب على البائع الصبر به إلى أو أنه مع الإطلاق، كما لو باع الثمرة والزرع للحصاد} بلا خلاف ولا إشكال، لموثق سماعة قال: (سألته عن شراء القصيل يشتريه الرجل فلا يقصله ويبدو له في تركه حتى يخرج سنبله شعيراً أو حنطة وقد اشتراه من أصله، وما كان على أربابه من خراج فهو على العالج؟ قال: إن كان اشترط حين اشتراه إن شاء قطعه، وإن شاء تركه كما هو حتى يكون سنبلًا، وإلا فلا ينبغي له أن يتركه حتى يكون سنبلًا، فإن فعل فإن عليه طسقه ونفقته وله ما خرج منه)^(١) ونحوه غيره.

{ومقتضى الإطلاق} في عبارة المصنف، وعدم تقييده بإذن الحاكم {جواز تولي البائع قطعه مع امتناع المشتري منه وإن قدر على الحاكم، وكذا أطلق جماعة} كما هو أحد القولين {والأقوى توقفه على إذنه حيث يمتنع المشتري مع إمكانه} لأن إعمال مقتضيات الحقوق لا تصح إلا بأذن الحاكم؛ لأنه هو الذي يتولى إعمالها، وإلا لساد الهرج والمرج بين الناس {فإن تعذر جاز له حينئذ مباشرة القطع دفعاً للضرر المنفي، وله إبقاؤه والمطالبة بأجرة الأرض عن زمن العدوان، وأرشد الأرض إن نقصت بسببه، إذا كان التأخير بغير رضاه} كما هو المتسالم عليه فتوى ونصاً.

[الثالثة: يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه من الثمرة] {بخرص

معلوم وإن كان منها} على الأشهر، لصحيح يعقوب بن شعيب - في حديث - قال:

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) بيع الثمار، ح ٨.

(سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه: اختر إما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلاً مسمى، وتعطيني نصف هذا الكيل إما زاد أو نقص، وإما أن آخذه أنا بذلك، قال: نعم لا بأس به^(١)) ونحوه غيره، وفي المسالك: ظاهر الأصحاب أنها معاملة تقع بلفظ القبالة، وأن لها حكماً خاصاً زائداً على البيع والصلح وهو كون الثمن والمثمن واحداً مع عدم ثبوت الربا لو زاد أو نقص مع وقوعه بلفظ التقيل، وهو خارج عن صيغة العقدين. ولا تختص بالنخل لإطلاق بعض النصوص.

[ولا يكون] {ذلك} [بيعاً] {ومن ثم لم يشترط فيه شروط البيع، بل معاملة مستقلة، وفي الدروس: إنه نوع من الصلح} [و] {يشكل: بأنه} {إنما يلزم بشرط السلامة} {فلو كان صلحاً للزم مطلقاً} حال السلامة وعدمها {وظاهر المصنف والجماعة أن الصيغة بلفظ القبالة} وكأنهم استفادوا ذلك من صحيح يعقوب بن شعيب قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المزارعة؟ فقال: النفقة منك والأرض لصاحبها، فما أخرج الله من شيء قسم على الشرط، وكذلك قبل رسول الله صلى الله عليه وآله خير أتوه فأعطاهم إياها على أن يعمروها على أن لهم نصف ما أخرجت ... الحديث^(٢)) {وظاهر الأخبار} التي منها صحيح يعقوب الأسبق وغيره {تأديه بما دل على ما اتفقا عليه ويملك المتقبل الزائد ويلزمه لو نقص، وأما الحكم بأن قراره مشروط بالسلامة فوجهه غير واضح، والنص خالٍ عنه، وتوجيهه بأن المتقبل لما رضي بحصة معينة في العين صار بمنزلة الشريك، فيه: أن العوض غير لازم كونه منها، وإن جاز

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) بيع الثمار، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) بيع الثمار، ح ٥.

ذلك فالرضا بالقدر لا به مشتركاً، إلا أن ينزل على الإشاعة كما تقدم، ولو كان النقصان لا بأفة، بل لخلل في الخرص لم ينقص شيء {لمرسل محمد بن عيسى عن بعض أصحابه قال: (قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن لنا أكرة فنزارعهم فيجئون فيقولون: إنا قد حرزنا هذا الزرع بكذا وكذا فأعطونا ونحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحزر، قال: وقد بلغ؟ قلت: نعم، قال: لا بأس بهذا، قلت: إنه يجيء بعد ذلك فيقول: إن الحزر لم يجيء كما حزرت وقد نقص، قال: فإذا زاد يرد عليكم؟ قلت: لا، قال: فلكم أن تأخذوه بتمام الحزر، كما إنه إن زاد كان له، كذلك إذا نقص كان عليه)^(١) ونحوه غيره {كما لا ينقص لو كان بتفريط المتقبل} لإطلاق النصوص {وبعض الأصحاب} وهو ابن إدريس {سد باب هذه المعاملة لمخالفتها للأصول الشرعية} لأنها إن كانت بيعاً فهي من المزابنة المحرمة، وإن كانت صلحاً فلا تصح لكون الثمن من نفس الثمرة، وإن كان العوض في الذمة لزم سواء بقيت الثمرة أم لا، فالقول بنقصان العوض لو تلفت أو نقصت ليس في محله. وهو كما تريد اجتهاد في مقابلة النصوص الصحيحة المعمول بها من قبل الأصحاب {والحق أن أصلها ثابت} للنصوص الصحيحة المستفيضة المتقدم بعضها {ولزومها مقتضى} الأمر بالوفاء بـ{العقد، وباقي فروعها لا دليل عليه} لعدم تعرض النصوص الدالة على صحتها لمثل هذه الفروع.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) بيع الثمار، ح ٤.

[الرابعة: يجوز الأكل مما يمر به من ثمر النخل والفواكه والزرع بشرط عدم القصد] إلى الأكل [وعدم الإفساد] {أما أصل الجواز فعليه الأكثر} وعلى المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً، كما في الجواهر، وفي السرائر: على ما رواه أصحابنا وأجمعوا عليه؛ لأن الأخبار في ذلك متواترة والإجماع منعقد منهم {ورواه ابن أبي عمير - مرسلًا - عن الصادق عليه السلام} قال: (سألته عن الرجل يمر بالنخل والسنبل والتمر فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها من ضرورة أو غير ضرورة؟ قال: لا بأس) ^(١) {ورواه غيره*}، وأما اشتراط عدم القصد فللدلالة ظاهر المرور عليه، والمراد كون الطريق قريبة منها بحيث يصدق المرور عليها عرفاً، لا أن يكون طريقه على نفس الشجرة، وأما الشرط الثاني {وهو عدم الإفساد} {فرواه عبد الله بن سنان} في الصحيح {عن الصادق عليه السلام} قال: (يأكل منها ولا يفسد) ^(٢) والمراد به أن يأكل كثيراً بحيث يؤثر فيها أثراً بيناً ويصدق معه الإفساد عرفاً، ويختلف ذلك بكثرة الثمرة وقتلتها {وقد يشهد له مرسل مروي عن عبيد عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام} قال: (قلت له: رجل يمر على قراح الزرع ويأخذ منه السنبلة، قال: لا، قلت: أي شيء سنبلة؟! قال: لو كان كل من يمر به يأخذ سنبلة كان لا يبقى شيء) ^(٣) {وزاد بعضهم عدم علم الكراهة ولا ظنها} من صاحب البستان {وكون الثمرة على الشجرة} وكأنه اقتصاراً على المتيقن، ويدفعهما إطلاق النصوص ومعقد الإجماع

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٨) بيع الثمار، ح ٣.

* راجع الوسائل، ج ١٨، باب (٨) بيع الثمار.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٨) بيع الثمار، ح ١٢.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (٨) بيع الثمار، ح ٦.

المستفاد منه الإذن شرعاً، وبه يخرج ما نحن فيه عن الأكل بالباطل وغيرها من القواعد.

[ولا يجوز أن يحمل] {معه شيئاً منها وإن قل، للنهي عنه صريحاً في الأخبار} فعن محمد بن جعفر الأسدي فيما ورد عليه من محمد بن عثمان العمري في جواب مسأله عن صاحب الزمان عليه السلام - إلى أن قال - : (وأما ما سألت عنه من أمر الثمار من أموالنا يمر به المار فيتناول منه ويأكله هل يحل له ذلك؟ فإنه يحل له أكله ويحرم عليه حملة)^(١) ونحوه غيره {ومثله أن يطعم أصحابه، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع الرخصة وهو أكله بالشرط} المجوز، كما مر.

[وتركه بالكلية أولى] {للخلاف فيه} حيث اختار الحرمة المرتضى والعلامة في مكاسب المختلف والمحقق الثاني وغيرهم من المتأخرين ومتأخريهم {ولما روي أيضاً من المنع} عنه في صحيح علي بن يقطين قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطخ وغير ذلك من الثمر، أيحل له أن يتناول منه شيئاً ويأكل بغير إذن صاحبه؟ وكيف حاله إن نهاه صاحب الثمرة، أو أمره القيم فليس له، وكم الحد الذي يسعه أن يتناول منه؟ قال: لا يحل له أن يأخذ منه شيئاً)^(٢) وقد حملة الشيخ على الكراهة جمعاً، أو على المنع من الحمل وإن جاز الأكل في الحال للنصوص السابقة {مع اعتضاده بنص الكتاب الدال على النهي عن أكل أموال الناس بالباطل وبغير تراضي، ولقبح التصرف في مال الغير، وباشتغال أخبار النهي على الحظر، وهو مقدم على ما تضمن الإباحة والرخصة} لكن يمكن

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٨) بيع الثمار، ح ٩.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٨) بيع الثمار، ح ٧.

الجمع بينها بالحمل على الكراهة كما عليه عمل أغلب الأصحاب، لعدم القبح في التصرف في مال الغير إن كان بإذن من الشارع {ولمنع كثير من العمل بخبر الواحد فيما وافق الأصل} كالسيد وابن إدريس والطبرسي {فيكف فيما خالفه} فلا بد أن يكون حاله أعظم؟! ولكن ابن إدريس ذهب إلى الجواز هنا.

[الفصل الخامس]: [في الصرف]

[وهو بيع الأثمان] {وهي الذهب والفضة} [بمثلها] سواء كانا مسكوكين بسكة المعاملة أم لا، بلا خلاف أجده في البيع، كذا في الجواهر، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (الفضة بالفضة مثلاً بمثل، والذهب بالذهب مثلاً بمثل، ولا نقصان الزائد، والمستزيد في النار، ليس فيه زيادة ولا نظرة)^(١) ونحوه غيره [ويشترط فيه] {زيادة على غيره من أفراد البيع} [التقابض في المجلس] {الذي وقع فيه العقد} فلو افترقا بطل على الأشهر، بل المشهور نقلاً وتحصيلاً شهرة كادت تكون إجماعاً، كذا في الجواهر، وفي المسالك وغيرها: أن الأصحاب كلهم على خلاف ابن بابويه، ولصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا اشتريت ذهباً بفضة أو فضة بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه، وإن نزا حائطاً فانز معه)^(٢) ونحوه غيره، وهو مستفيض إن لم يكن متواتراً [أو اصطحابهما] {في المشي عرفاً وإن فارقاه} [إلى] {حين} [القبض] كما دل عليه صحيح منصور المتقدم وغيره {ويصدق الاصطحاب بعدم زيادة المسافة التي بينهما عنها وقت العقد} بلا خلاف يعتد به أجده فيه، كذا في الجواهر، ولعدم تحديده شرعاً فيكتفى بمسماه عرفاً {فلو زادت ولو خطوة بطل} البيع، ويشكل: بأن الافتراق معنى عرفي، وهو يختلف باختلاف المقامات، فمتى صدق بطل البيع، وإلا فلا.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١) الصرف، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٢) الصرف، ح ٨.

[أو رضاه] {أي رضا الغريم الذي هو المشتري، كما يدل عليه آخر المسألة} [بما في ذمته] {أي ذمة المديون الذي هو البائع} [قبضاً] {أي مقبوضاً، أقام المصدر مقام المفعول} [بوكائه] [إياه] {في القبض} [لما في ذمته وذلك] {فيما إذا اشترى} [من له في ذمته نقد] [بما في ذمته] {من النقد} [نقداً آخر] {فإن ذلك يصير بمنزلة المقبوض، مثاله: أن يكون لزيد في ذمة عمرو دينار فيشتري زيد من عمرو بالدينار عشرة دراهم في ذمته ويؤكله في قبضها في الذمة بمعنى رضاه بكونها في ذمته، فإن البيع والقبض صحيحان؛ لأن ما في الذمة بمنزلة المقبوض بيد من هو في ذمته، فإذا جعله وكيلاً في القبض صار كأنه قابض لما في ذمته، فصدق التقابض قبل التفرق، والأصل في هذه المسألة ما روي} في موثق إسحاق بن عمار قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: تكون للرجل عندي الدراهم الوضح فيلقاني فيقول: كيف سعر الوضح اليوم؟ فأقول له: كذا، فيقول: أليس لي عندك كذا وكذا ألف درهم وضحاً؟ فأقول: بلى، فيقول لي: حولها دنائير بهذا السعر وأثبتها لي عندك، فما ترى في هذا؟ فقال لي: إذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذ فلا بأس بذلك، فقلت: إني لم أوازنه ولم أناقده، إنما كان كلام مني ومنه، فقال: أليس الدراهم من عندك والدنائير من عندك؟ قلت: بلى، قال: فلا بأس بذلك^(١) ونحوه غيره، الظاهرة {فيمن قال لمن في ذمته دراهم: حولها إلى دنائير، أن ذلك يصح وإن لم يتقابض، معللاً بأن التقدين من واحد} كما في الموثق المتقدم {والمصنف عدل عن ظاهر الرواية إلى الشراء بدل التحويل، والتوكيل صريحاً في القبض والرضا فيه بكونه في ذمة الوكيل القابض} ليصبح بمنزلة المقبوض {لاحتياج الرواية إلى تكلف إرادة هذه الشروط بجعل الأمر بالتحويل توكيلاً في تولي

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٤) الصرف، ح ١.

طرفي العقد { أصالة عن نفسه ووكالة عن غيره } وبنائه على صحته، وصحة القبض إذا توقف البيع عليه بمجرد التوكيل في البيع، نظراً إلى أن التوكيل في شيء إذن في لوازمه التي يتوقف عليها، ولما كان ذلك أمراً خفياً عدل المصنف إلى التصريح بالشروط { وهو كما ترى ! اجتهد في مقابلة النص، حيث إنه ظاهر في صحة المعاملة على أي تقدير فرض ولو بعنوان المعاطاة التي لم يشترط فيها التقابض هنا، بل يكفي فيها قبض ما في ذمته له وبقاء الآخر في ذمته، وحيث كانا معاً عنده صار كالتقابض، ومنه تعرف ضعف ما عن ابن إدريس من إنكار ذلك من حيث عدم التقابض.

[ولو قبض البعض خاصة] { قبل التفرق } [صح فيه] { أي في ذلك البعض المقبوض } بلا خلاف فيه، لاشتماله على شرط صحة بيع الصرف مع عدم المانع { وبطل في الباقي } لفقدانه الشرط المصحح له وهو التفرق قبل التقابض [وتخييراً] { معاً في إجازة ما صح فيه وفسخه، لتبعض الصفقة } الموجب للخيار عند الأصحاب، هذا [إذا لم يكن من أحدهما تفريط] { في تأخير القبض، ولو كان تأخيره بتفريطهما فلا خيار لهما، ولو اختص أحدهما به سقط خياره، دون الآخر } لاستناد الضرر الموجب للخيار إلى المفرط فيكون به قادماً عليه فيسقط خياره.

[ولابد من قبض الوكيل] { في القبض عنهما، أو عن أحدهما } [في مجلس العقد قبل تفرق المتعاقدين] ليتحقق شرط الصحة، وقبض الوكيل كقبض الأصيل { ولا اعتبار بتفرق الوكيل وأحدهما، أو هما، أو الوكيلين } لأن العبرة بتفرق المتعاقدين { وفي حكم مجلس العقد ما تقدم } من اصطحابهما { فكان يغني قوله: قبل تفرق المتعاقدين عنه، لشمول الثاني } أي تفرق المتعاقدين { لما في حكم المجلس، هذا إذا كان وكيلًا في القبض، دون الصرف } [ولو كان وكيلًا في الصرف] { سواء كان مع ذلك

وكيلاً في القبض أم لا؟ [فالمعتبر مفارقتها] لمن وقع العقد معه، دون المالك، والضابط: أن المعتبر التقابض قبل تفرق المتعاقدين، سواء كانا مالكين، أم وكيلين؟.

[ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد] ولو تقابضا إجماعاً، كما في الجواهر، وكتاباً، وسنة {لأنه حيثئذ يجمع حكم الربا والصرف فيعتبر فيه التقابض في المجلس نظراً إلى الصرف، وعدم التفاضل نظراً إلى الربا، سواء اتفقا في الجودة والرداءة والصفة أم اختلفا، بل} [وإن كان أحدهما مكسوراً، أو رديئاً] {والآخر صحيحاً، أو جيد الجوهر} بلا خلاف ولا إشكال، لصدق اتحاد الجنس فيه، كذا في الجواهر.

[وتراب معدن أحدهما يباع بالآخر، أو بجنس غيرهما] {لا بجنسه، لاحتمال زيادة أحد العوضين عن الآخر، فيدخل الربا، ولو علم زيادة الثمن عما في التراب من جنسه لم يصح هنا وإن صح في المغشوش بغيره} لأن غير التراب له قيمة فيكون الزائد بازائه، و{لأن التراب لا قيمة له ليصلح في مقابلة الزائد} فيصدق الربا المحرم.

[وترابهما] {إذا جمعا} واختلطاً {أو أريد بيعهما معاً} [يباعان بهما] معاً {فينصرف كل إلى مخالفه، ويجوز بيعهما بأحدهما مع زيادة الثمن على مجانسه بما يصلح عوضاً في مقابل الآخر} لعدم الربا في ذلك بلا خلاف ولا إشكال، ولخبر أبي عبد الله مولى عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن الجوهر الذي يخرج من المعدن وفيه ذهب وفضة وصفر جميعاً، كيف نشتره؟ قال: اشتر بالذهب والفضة جميعاً)^(١) {وأولى منهما} بالجواز {بيعهما بغيرهما} لعدم توهم الربا مطلقاً [ولا عبرة باليسير من الذهب في النحاس] {بضم النون} [واليسير من الفضة في الرصاص] [بفتح الراء] [فلا يمنع من صحة البيع بذلك الجنس] {وإن لم يعلم زيادة الثمن عن ذلك اليسير، ولم

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) الصرف، ح ٥.

يقبض في المجلس ما يساويه؛ لأنه مضمحل، وتابع غير مقصود بالبيع، ومثله المنقوش منهما على السقوف والجدران بحيث لا يحصل منه شيء يعتد به على تقدير نزعها {بلا خلاف، كذا في الجواهر، لعدم صدق بيع المجانس بمثله، ولا بيع الأثمان بمثلها فلا يجري فيه حكم الربا، ولصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الأسرب^(١)) يشتري بالفضة، قال: إذا كان الغالب عليه الأسرب فلا بأس به)^(٢) ونحوه غيره {ولا فرق في المنع من الزيادة في أحد المتجانسين بين العينية وهي الزيادة في الوزن، والحكمية كما لو بيع المتساويان وشرط مع أحدهما شرطاً وإن كان صنعة} خلافاً لابن إدريس حيث خصه بالعينية بلا وجه وجيه؛ لأن الصنعة زيادة عرفاً، وبيع المتجانسين مع الزيادة مطلقاً من الربا المحرم كتاباً وإجماعاً وسنة.

[وقيل] والقائل الشيخ وجماعة [يجوز اشتراط صياغة خاتم في شراء درهم بدرهم للرواية] {التي رواها أبو الصباح الكناني عن الصادق عليه السلام قال: (سألته عن الرجل يقول للصائغ: صغ لي هذا الخاتم، وأبدل لك درهماً طازجاً بدرهم غلة، قال عليه السلام: لا بأس)^(٣) واختلفوا في تنزيل الرواية، فقيل: إن حكمها مستثنى من الزيادة الممنوعة، فيجوز بيع درهم بدرهم {طازج بمغشوش} مع شرط صياغة الخاتم، ولا يتعدى إلى غيره، اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع النص، وهو القول الذي حكاه المصنف، وقيل {والقائل الشيخ في النهاية} {يتعدى إلى كل شرط} حكمي أو عيني {لعدم الفرق} بين الصياغة وغيرها من الشروط {وقيل} والقائل ابن إدريس مع تعميمه إلى كل بيع، و{إلى كل شرط حكمي، والأقوال كلها ضعيفة؛ لأن بناءها

(١) الأسرب: الرصاص، كذا في القاموس.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٧) الصرف، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (١٣) الصرف، ح ١.

على دلالة الرواية على أصل الحكم} [وهي غير صريحة في المطلوب] وهو بيع الدرهم بالدرهم مع الزيادة {لأنها تضمنت إبدال درهم طازج بدرهم غلة مع شرط الصياغة من جانب الغلة، وقد ذكر} بعض {أهل اللغة: أن الطازج هو الخالص، والغلة غيره وهو المغشوش. وحيثُ فالزيادة الحكمية وهي الصياغة في مقابلة الغش، وهذا لا مانع منه مطلقاً} سواء كانت الزيادة حكمية أم عينية.

{وعلى هذا يصح الحكم ويتعدى} إلى كل شرط عيني أو حكمي، بل وبلا شرط أصلاً؛ إذ الحكم مطابق للأصل، فيجري في الدينار الطازج مع الدينار الغلة، لكن {لا في مطلق الدرهم} ولا في مطلق الدينار {كما ذكروه ونقله عنهم المصنف} بل إذا زاد أحد المتجانسين بما يعد مائلاً ولو بنحو الطازجية والغلة وإن كانا في المعاملة سواء {مع مخالفتها} {أي الرواية} {للأصل} {لو حملت على الإطلاق} في الدرهم {كما ذكروه؛ لأن الأصل المطرد عدم جواز الزيادة من أحد الجانبين حكمية كانت أم عينية، فلا يجوز الاستناد فيها خالف الأصل إلى هذه الرواية، مع أن في طريقها ما لم يعلم حاله} وهو محمد بن الفضيل المشترك بين جماعة، بعضهم مجهول الحال، والنتيجة تتبع أحسن المقدمات.

[والأواني المصوغة من النقدين إذا بيعت بهما] {معاً} [جاز] {مطلقاً} ولو مع التفاضل وظاهر الفخر الإجماع عليه؛ لأن كل معدن يكون ثمناً لما يخالفه في الجنس [وإن بيعت بأحدهما] {خاصة} {اشترطت زيادته على جنسه} {لتكون الزيادة في مقابلة الجنس الآخر، بحيث تصلح ثمناً له وإن قل} وعن الفخر الإجماع عليه أيضاً، ولصحيح أبي بصير قال: (سألته عن السيف المفضض يباع بالدرهم؟ فقال: إذا

كانت فضته أقل من النقد فلا بأس، وإن كانت أكثر فلا يصلح^(١) ونحوه غيره {ولا فرق في الحالين} أي حال بيع الأواني ونحوها بالفضة أو الذهب خاصة، أو بيعها بهما معاً {بين العلم بقدر كل واحد منهما، وعدمه، ولا بين إمكان تخليص أحدهما عن الآخر وعدمه} خلافاً للشيخ وابن إدريس والمحقق في النافع والعلامة في الإرشاد والتحرير، حيث لم يجوزوا بيعها بالذهب أو الفضة مع إمكان التخليص، ومع عدمه فإن كان الغالب الذهب لم تبع إلا بالفضة والعكس بالعكس، وإن تساويا بيعت بهما معاً، استناداً إلى خبر إبراهيم بن هلال قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جام فيه فضة وذهب أشتريه بذهب أو فضة؟ فقال: إن كان يقدر على تخليصه فلا، وإن لم يقدر على تخليصه فلا بأس)^(٢) ونحوه غيره، وهي كما ترى! ضعيفة سنداً، لا تصلح للاعتماد عليها في تقييد المطلقات الصريحة في الجواز، والصحيحة الأسناد {ولا بين بيعها بالأقل مما فيها من النقدين، والأكثر} وعن الفخر أيضاً - هنا - الإجماع على جوازه.

[ويكفي غلبة الظن] {في زيادة الثمن على مجانسه من الجوهر، لعسر العلم اليقيني بقدره غالباً، ومشقة التخليص الموجب له، وفي الدروس اعتبر القطع بزيادة الثمن وهو أجود} لموافقته للاحتياط، والمبالغة في حرمة الربا، وعسر العلم يمكن تفاديه ببيعها بغير الجنس أو بضمه إليه.

[وحلية السيف والمركب يعتبر فيها العلم إن أريد بيعها] {أي الحلية} [بجنسها]
{والمراد بيع الحلية والمحلى، لكن لما كان الغرض التخلص من الربا والصرف خص

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٥) الصرف، ح ٨.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٥) الصرف، ح ٥.

الحلية، ويعتبر مع بيعها بجنسها زيادة الثمن عليها، لتكون الزيادة في مقابلة السيف والمركب إن ضمهما إليها {فإن تعذر} {العلم} {كفى الظن الغالب بزيادة الثمن عليها} {والأجود اعتبار القطع، وفاقاً للدروس وظاهر الأكثر} لما مر {فإن تعذر بيعت بغير جنسها، بل يجوز بيعها بغير الجنس مطلقاً} وإن كان من غير زيادة، تعذر العلم أم لا {كغيرها} ولا يجوز بيعها بالأقل؛ لأنه مستلزم للربا {وإنما خص المصنف موضع الاشتباه} وهو بيع الحلية بجنسها.

{ولو باع} خمسة دراهم {بنصف دينار فشق} {أي نصف كامل مشاع؛ لأن النصف حقيقة} لغوية {في ذلك} ولا يلزم المشتري بتنصيب دينار نصفين ودفع أحدهما إليه تعييناً {إلا أن يراد} {نصف} {صحيح عرفاً} {بأن يكون هناك نصف مضروب بحيث ينصرف الإطلاق إليه} {أو نطقاً} {بأن يصرح بإرادة الصحيح وإن لم يكن الإطلاق محمولاً عليه فينصرف إليه، وعلى الأول} وهو حالة الإطلاق المنصرف إلى الإشاعة المحمول على الشق لغة {فلو باعه بنصف دينار آخر تخير بين أن يعطيه شقي دينارين ويصير شريكاً فيها، وبين أن يعطيه ديناراً كاملاً عنها، وعلى الثاني} وهو حال التصريح بإرادة الصحيح {لا يجب قبول الكامل} بل له المطالبة بنصفين مضروبين {وكذا} {القول} {في نصف درهم} {وأجزائهما غير النصف} كالربع والثلث.

{وحكم تراب الذهب والفضة عند الصياغة} {بفتح الصاد وتشديد الياء جمع صائغ} {حكم تراب المعدن} في جواز بيعه مع اجتماعهما بهما، لينصرف كل منهما إلى مخالفه {وبغيرهما} من غير شرط مطلقاً عدا التقابض، بلا خلاف ولا إشكال {وبأحدهما مع العلم بزيادة الثمن عن مجانسه، ومع الانفراد بغير جنسه} كما تقدم.

{ويجب} {على الصائغ} {الصدقة به مع جهل أربابه} {بكل وجه} قيل: إنه لا خلاف فيه؛ لأنه مجهول المالك، لخبر علي بن ميمون الصائغ قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يكتس من التراب فأبيعه فما أصنع به؟ قال: تصدق به فيما لك وإما لأهلك، قال: قلت: فإن فيه ذهباً وفضة وحديداً فبأي شيء أبيعه؟ قال: بعه بطعام، قلت: فإن كان لي قرابة محتاج أعطيه منه؟ قال: نعم) ^(١) ونحوه غيره {ولو علمهم في محصورين وجب التخلص منهم، ولو بالصلح مع جهل حق كل واحد بخصوصه، ويتخير مع الجهل بين الصدقة بعينه وقيمتها} كما دل عليه الخبر المتقدم [والأقرب الضمان لو ظهروا ولم يرضوا] {أي بالصدقة، لعموم الأدلة الدالة على ضمان ما أخذت اليد، خرج منه ما إذا رضوا أو استمر الاشتباه فيبقى الباقي، ووجه العدم إذن الشارع له في الصدقة فلا يتعقب الضمان} وهو الأجود؛ لأن الظاهر من النصوص وقوع الصدقة عن المالك، وأنها طريق إيصال ماله إليه بعد تعذر غيرها.

{ومصرف هذه الصدقة الفقراء والمساكين} لتصريح النصوص بدفعها للمحتاج المنصرف إليهما {ويلحق بها ما شابهها من الصنائع الموجبة لتخلف المال، كالحدادة والطحن والخياطة والخبازة} والصباغة والنجارة وغيرها [ولو كان بعضهم معلوماً وجب الخروج من حقه] من غير خلاف يعرف بينهم فيه، كذا في الجواهر، لقاعدة الضمان السالمة عن المعارض، وخوف التهمة الوارد في خبر علي الصائغ عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن تراب الصّواغين وإنا نبيعه؟ قال: أما تستطيع أن تستحله من صاحبه؟ قال: قلت: لا، إذا أخبرته اتهمني، قال: بعه ... الحديث) ^(٢)

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) الصرف، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) الصرف، ح ٢.

ونحوه غيره، لا يبيح التصرف في مال الغير، لا سيما مع إمكان إيصاله إليه، أو التحلل منه بوجه غير موجب للتهمة {وعلى هذا يجب التخلص من كل غريم يعلمه، وذلك يتحقق عند الفراغ من عمل كل واحد، فلو آخر حتى صار مجهولاً} ولعله لكون تراب الصياغة ونحوها من الصنائع أمانة شرعية فيجب ردها فوراً، وإلاّ {أنثم بالتأخير، ولزمه حكم ما سبق} من التصديق عن أربابها.

[خاتمة]

[الدراهم والدنانير يتعينان بالتعيين] {عندنا} [في الصرف وغيره] فإذا تعينت تشخصت ولا يتم الوفاء بالعقد إلا بجميع مشخصاتها {لعموم الأدلة الدالة على التعيين، والوفاء بالعقد، ولقيام المقتضي} وهو العقد {في غيرها} {فلو ظهر عيب في المعين} {ثمناً كان أم مثمناً} [من غير جنسه] {بأن ظهرت الدراهم نحاساً، أو رصاصاً} [بطل] {البيع} {فيه} [لأن ما وقع عليه العقد غير مقصود بالشراء] {لتعينه} {والعقد تابع له} فما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع، والعقود بالقصود [فإن كان بأزائه مجانسه] بأن كان كله من الرصاص أو النحاس [بطل البيع من أصله] [إن ظهر الجميع كذلك] معيماً ثمناً كان أم مثمناً، بلا خلاف ولا إشكال، للقاعدة المتقدمة {وإلا} بأن ظهر العيب في البعض {فبالنسبة} [كدراهم بدراهم] فيبطل البيع في المعيب منها، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، كذا في الجواهر.

[وإن كان] {ما بأزائه} [مخالفاً] {في الجنس} كبيع دراهم بدنانير [صح] {البيع} [في السليم وما قابله] وظاهره الفرق بين المجانس والمخالف، وربما وجه باستلزام الربا فيه دونه، وذلك؛ لأنه لو ظهر درهم من مئة درهم نحاساً كشف عن وقوع بيع مئة درهم بتسعة وتسعين؛ لأن وجود المعيب كعدمه، بل قيل: إنه لولا أن مراده ذلك لم يبق فرق بينه وبين قوله: (وإن كان مخالفاً) بل كان في العبارة تكرار، أو اشتراط من غير فائدة، فإنه بعد أن قبل صورة بالثمن خصه منه بمقدار ما يساويه، فلا ربا حيثئذ في غيره، وتنزيله منزلة العدم بالنسبة إلى قصد كونه مبيعاً لا بالنسبة إلى المقابلة، ومنه يظهر التأمل في تفسير الشارح.

{ويجوز} {لكل منهما} {الفسخ مع الجهل} {بالعيب، لتبعض الصفقة} {بلا خلاف ولا إشكال} {ولو كان العيب من الجنس} {كخشونة الجوهر، واضطراب السكة} {وكان بازائه مجانس فله الرد بغير أرش} {لثلا يلزم زيادة جانب المعيب} {وزناً} {المفضي إلى الربا؛ لأن هذا النقص حكمي} {وقد سبق أن الزيادة الحكيمة كالزيادة العينية غير جائزة، نعم له الأرش بمعنى إبدال الخشن بالناعم، ومضطرب السكة بمستقيمها، وعلى ما ذكرنا له أن يستبدل إذا كان في المجلس ولا يستلزم الربا فتفتن، لكن في تسمية ذلك أرشاً تأمل واضح {فهو في حكم الصحيح} لأن الرديء من الجوهر كالصحيح ما دام متساويين في الوزن.

[وفي المخالف] كبيع الدينار بالدرهم {بأزاء المعيب} {إن كان صرفاً} {كما لو باعه ذهباً بفضة فظهر أحدهما معيياً من الجنس} {فله الأرش في المجلس والرد} {أما ثبوت الأرش ف} {إجماعاً، كما عن غير واحد} {للعيب، ولا يضر هنا زيادة عوضه، للاختلاف} {في الجنس} {واعتبر كونه في المجلس للصرف} {لاعتبار التقابض فيه} {ووجه الرد ظاهر؛ لأنه مقتضى خيار العيب بشرطه} {وهو عدم العلم} {وبعد التفرق له الرد، ولا يجوز أخذ الأرش من النكدين} {لثلا يكون صرفاً} {بعد التفرق، ولو أخذ} {الأرش} {من غيرهما قيل} {والقائل العلامة} {في التحرير} {جاز} {لأنه حيثئذ كالمعاوضة بغير الأثمان فيكون جملة العقد بمنزلة بيع وصرف، والبيع ما أخذ عوضه بعد التفرق، ويشكل: بأن الأرش جزء من الثمن} {وفيه: أن ظاهرهم من هذه العبارة تعيين مقدار الأرش من الثمن وأن نسبته إليه كنسبة الجزء إلى الكل، لا أنه جزء حقيقي منه حتى يلتزم بشرطه، بل الأرش ليس جزءاً لا من الثمن ولا من المثلن حقيقة، وإنما هو حكم لزم بأمر الشارع الأقدس، وعليه فيجوز أخذه من الجنس أو غيره ولا يشترط بشرطه، ومنه تعرف ما في قوله} {والمعتبر فيه النقد الغالب فإذا

اختار الأرش لزوم النقد حيثئذٍ، و{ معه تعتبر جميع شروط الصرف، ومن جملتها التقابض في المجلس ولم يحصل فيبطل.

لكنه يشكل: بأن {اتفاقهما على غيره معاوضة على النقد الثابت في الذمة أرشاً لا نفي الأرش، ويمكن دفعه: بأن الثابت وإن كان هو النقد لكن لما لم يتعين إلاً باختياره الأرش؛ إذ لو رد لم يكن الأرش ثابتاً كان ابتداء تعلقه بالذمة الذي هو بمنزلة المعاوضة اختياره فيعتبر حيثئذٍ قبضه قبل التفرق { عن مجلس الاختيار {مراعاة للصرف، وكما يكفي في لزوم معاوضة الصرف دفع نفس الأثمان قبل التفرق كذا يكفي دفع عوضها قبله، بل مطلق براءة ذمة من يطلب منه { العوض {منه، فإذا اتفقا على جعله من غير النقدين جاز، وكانت المعاوضة كأنها واقعة به، وفيه: أن ذلك يقتضي جواز أخذه في مجلس اختياره من النقدين أيضاً، ولا يقولون به { لما تقدم من عدم جواز أخذ الأرش من النقدين بعد مجلس العقد {ولزومه، وإن كان موقوفاً على اختياره إلاً أن سببه العيب الثابت حالة العقد فقد صدق التفرق { لأن سبب الأرش متحقق حال العقد، وأخذ الأرش قد تم بعده {قبل أخذه وإن لم يكن مستقراً { في ذمة البائع.

{والحق أنا إن اعتبرنا في ثبوت الأرش السبب { وهو العيب {لزم بطلان البيع فيما قابله بالتفرق قبل قبضه مطلقاً { سواء أخذ الأرش من النقدين أم من غيرهما؛ لأنه صرف ولم يقبض في المجلس {وإن اعتبرنا { ثبوت الأرش {حالة اختياره، أو جعلناه تمام السبب على وجه النقل { حال اختياره {لزم جواز أخذه في مجلسه مطلقاً { سواء كان من النقدين أم لا {وإن جعلنا ذلك { وهو اختيار الأرش {كاشفاً عن ثبوته بالعقد لزم البطلان فيه أيضاً { حيث يشترط القبض في مجلس العقد، ولم يتم {وعلى

كل حال فالمعتبر منه النقد الغالب، وما اتفقا على أخذه أمر آخر} وهي معاوضة جديدة مقابل الأرض {والوجه الأخير} من كون اختيار الأرض كاشفاً عن ثبوته بالعقد {أوضح} لأن العقد ليس سبباً تاماً في ثبوت الأرض، وكذا الاختيار ليس سبباً تاماً ولا جزءاً للسبب الناقل، لظهور أن السبب الناقل هو نفس العقد، فيبقى كون الاختيار كاشفاً عن ثبوت الأرض وعدمه {فيتجه مع اختياره البطلان فيما قبله مطلقاً} من النقدين وغيرهما {وإن رضي بالمدفوع} من غير أرض {لزم} العقد بلا إشكال.

{فإن قيل} كما عن المحقق الثاني في جامع المقاصد: إن كون {المدفوع أرشاً ليس هو أحد عوضي الصرف، وإنما هو عوض صفة فائتة في أحد العوضين، ويترتب استحقاقها على صحة العقد، وقد حصل التقابض في كل من العوضين فلا مقتضي للبطلان؛ إذ وجوب التقابض إنما هو في عوضي الصرف، لا فيما وجب بسببهما. قلنا: الأرض وإن لم يكن أحد العوضين، لكنه كالجزء من الناقص منهما} وقد عرفت ما فيه {ومن ثم حكموا بأنه جزء من الثمن، نسبته إليه كنسبة قيمة الصحيح إلى المعيب، والتقابض الحاصل في العوضين وقع متزلزلاً؛ إذ يحتمل رده رأساً} لتبعض الصفقة {وأخذ أرض النقصان الذي هو كقيمة العوض الناقص، فكان بمنزلة بعض العوض الناقص، والتخيير بين أخذه} أرشاً {والعفو عنه} بقبول المعيب {ورد المبيع} بالخيار {لا ينافي ثبوته} ليقال: قد تمت المعاوضة والقبض فيها، ولا دخل له حينئذٍ بالعوضين، نعم {غايته التخيير بينه وبين أمر آخر} وهو الرد أو القبول {فيكون ثابتاً ثبوتاً تخييرياً بينه وبين ما ذكر} ولكن قد يقال: بجواز أخذ الأرض من النقدين ولو مع التفرق، لا لأنه جزء من الثمن قد انفسخ العقد بالنسبة إليه، بل لعدم وصف الصحة المقابل له في المثلث فيصح أخذه في مجلس العقد وغيره، لبقائه حينئذٍ على

ملك المالك، ولا صرف فيه بوجه؛ لأن الأرش غرامة استحققت شرعاً بسبب العيب في المبيع بالمعاملة الصحيحة، فتأمل جيداً.

[ولو كان] {العيب الجنسي} [في غير صرف] {بأن كان العوض الآخر عرضاً} [فلا شك في جواز الرد] لتبعض الصفقة [والأرش] {إعطاء للمعيب حكمه شرعاً، ولا مانع منه هنا} بلا خلاف ولا إشكال نصاً وفتوى [مطلقاً] {سواء كان قبل التفرق أم بعده} [ولو كانا] {أي العوضان} [غير معينين] وإن كانا صرفاً {فله الإبدال} {مع ظهور العيب جنسياً كان} {كخشونة الجوهر} {أم خارجياً} كظهوره نحاساً {لأن العقد وقع على أمر كلي والمقبوض غيره، فإذا لم يكن مطابقاً لم يتعين لوجوده في ضمنه} والمقبوض ليس من جزئياته قطعاً [لكن] {الإبدال} يلزم أن يكون [ما دام في المجلس في الصرف] {أما بعده فلا؛ لأنه يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق، وأن الأمر الكلي باقٍ في الذمة، فيؤدي إلى فساد الصرف} لعدم التقابض في المجلس حسب الفرض {هذا إذا كان العيب من الجنس، أما غيره فالمقبوض ليس ما وقع عليه العقد مطلقاً} وأبداً {فيبطل} بلا إشكال ولا خلاف {بالتفرق، لعدم التقابض في المجلس}.

{ويحتمل قوياً مع كون العيب جنسياً جواز إيداله بعد التفرق، لصدق التقابض في العوضين قبله، والمقبوض محسوب عوضاً وإن كان معيباً، لكونه من الجنس فلا يخرج عن حقيقة العوض المعين، غايته كونه مفوتاً لبعض الأوصاف فاستدراكه ممكن بالخيار، ومن ثم لو رضي به استقر في ملكه عليه، ونماؤه له على التقديرين} الرد أو الرضا؛ لأن نماء المقبوض المعيب لقابضه {بخلاف} العيب {غير الجنسي} لعدم استقرار ملكه له، حتى حال رضاه به {وحيثئذٍ فإذا فسخ رجع الحق إلى الذمة، فيتعين حينئذٍ كونه} أي المقبوض أولاً {عوضاً صحيحاً، لكن يجب قبض البدل في مجلس

الرد، بناءً على أن الفسخ رفع العوض، فإذا لم يقدح في الصحة سابقاً يتعين القبض حينئذٍ ليتحقق التقابض { قبل التفرق.

{ويحتمل قوياً سقوط اعتباره أيضاً، لصدق التقابض في العوضين الذي هو شرط الصحة، وللحكم بصحة الصرف بالقبض السابق فيستصحب إلى أن يثبت خلافه، وما وقع { ثانياً من الرد وأخذ العوض {غير كافٍ في الحكم بوجوب التقابض { ليقطع الاستصحاب {لأنه حكم طارئ بعد ثبوت البيع { [وفي غيره] {أي غير الصرف { [له الإبدال وإن تفرقا] بلا خلاف ولا إشكال {لانتفاء المانع منه { وهو عدم اعتبار التقابض في المجلس { ووجود المقتضي له، وهو العيب في عين لم تتعين عوضاً { فله إبدالها وإن تفرقا، لعدم اشتراط التقابض فيه في المجلس.

[الفصل السادس]: [في السلف]

وهو السلم [وهو بيع مضمون] {في الذمة، مضبوط بهال معلوم مقبوض في المجلس إلى أجل معلوم بصيغة خاصة} فالبيع جنس، ومضمون في الذمة فصل مخرج لبيع الأعيان المتعينة خارجاً المضبوطة بهال معلوم بشروط له، ومقبوض في المجلس قيد لإخراج بيع الكالء بالكالء، وإلى أجل معلوم قيد مخرج لبيع الموصوف حالاً [وينعقد بقوله] {أي المسلم وهو المشتري} [أسلمت إليك، أو أسلفتك] {أو سلفتك بالتضعيف} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر. فإن قلت: إن هذه الصيغ إيجاب من المشتري والمفروض أن تكون من المسلم إليه وهو البائع، قلت: نعم إنه كذلك ولكنه من مختصات بيع السلم، كما عن غير واحد {وفي سلمتك وجه} لدلالته لغة على المقصود، ولكن قال العلامة: إنه لم يستعمله الفقهاء، وعليه فينقذح الشك في انعقاد العقد به؛ إذ اللازم الاختصار على المتيقن فيما خالف أصالة عدم النقل، لكن الظاهر خلافه [كذا في كذا إلى كذا، ويقبل المخاطب] {وهو المسلم إليه وهو البائع بقوله: قبلت وشبهه} كرضيت {ولو جعل الإيجاب منه جاز بلفظ البيع والتمليك، واستلمت منك واستلفت وتسلفت ونحوه} بلا خلاف ولا إشكال في جميع ذلك؛ لأن هذه الألفاظ ألفاظ لنوع خاص من البيع وهو بيع السلم، ولذا لو قال: بعثك كذا في كذا إلى كذا كان سلماً، وإن لم يقصد البيع لتشخصه في السلم [ويشترط فيه] {شروط البيع بأسرها} بلا خلاف معتد به، بل ادعى الإجماع عليه جمع من الأصحاب؛ لأنه فرد من أفراد {ويختص بشروط}.

وهي: الأول [ذكر الجنس] والمراد به هنا الحقيقة النوعية كالحنطة والشعير { ونحوهما } والوصف الرفع للجهالة [الفارق بين أصناف ذلك النوع] فيجوز الاقتصار منه على ما يتناوله اسم الموصوف بالوصف الذي يُزيل اختلاف أثمان الأفراد الداخلة في الجنس، ومرجعه إلى العرف كأن يعين الحنطة الكردية أو ما شاكلها المعلومة لدى المزارعين { لا } أن الشرط { مطلق الوصف } بل الذي يختلف لأجله الثمن اختلافاً ظاهراً { لا يتسامح بمثله عادة، فلا يقدر الاختلاف اليسير غير المؤدي إليه، والمرجع في الأوصاف إلى العرف، وربما كان العامي أعرف بها من الفقيه } كما يشهد به الوجدان { وحظ الفقيه منها الإجمال، والمعتبر من الوصف ما يتناوله الاسم المزيل لاختلاف أثمان الأفراد الداخلة في المعين }.

[ولا] يعتبر أن [يلغ فيه الغاية] { فإن بلغها وأفضى إلى عزة الوجود } بمعنى امتناعه عادة { بطل } السلم فيه، قيل: إنه لا خلاف فيه، بل قيل: إنه إجماع، كذا في الجواهر، ولتعذر المبيع إن كان كذلك غالباً { وإلا } يفضي إلى ذلك ولو بمشقة { صح } بلا خلاف ولا إشكال.

[واشترط الجيد والردىء جائز] بلا خلاف معتد به، للإطلاق السالم عن المعارض من عزة الوجود ونحوها، وفي الجواهر: بل قد يقال: بكونها من الأوصاف التي يتوقف رفع الجهالة على ذكرهما، ومن هنا حكى عن المبسوط والتذكرة وجوب التعرض لهما. ولكن مما تقدم تعرف التأمل فيه { لإمكان تحصيلهما بسهولة، والواجب أقل ما يطلق عليه اسم الجيد، فإن زاد عنه زاد خيراً، وما يصدق عليه اسم الردىء، وكلما قلل الوصف كان أحسن } لسهولة تحصيله [و] { شرط } [الأجود والأردأ ممتنع] لتعذره { لعدم الانضباط؛ إذ ما من جيد إلا ويمكن وجود

أجود منه، وكذا الأردأ، والحكم في الأجود وفاق { وفي التذكرة: إجماعاً { وأما الأردأ فالأجود أنه كذلك { لعين ما ذكر في الأجود.

{وربما قيل { والقائل المحقق والعلامة في التذكرة وغيرهما { بصحته والاكتفاء بكونه في المرتبة الثانية من الرديء، لتحقيق الأفضلية، ثم إن كان الفرد المدفوع أردأ فهو الحق، وإلاّ فدفع الجيد عن الرديء جائز، وقوله لازم، فيمكن التخلص بخلاف الأجود، ويشكل: بأن ضبط المسلم فيه معتبر على وجه يمكن الرجوع إليه عند الحاجة مطلقاً { امتنع وجوده أم لا { ومن جملتها ما لو امتنع المسلم إليه من دفعه فيؤخذ من ماله بأمر الحاكم قهراً، وذلك غير ممكن هنا { وهو دفع الجيد عن الرديء { لأن الجيد غير متعين عليه فلا يجوز لغيره دفعه فيتعذر التخلص، فعدم الصحة أوضح، وتردد المصنف في الدروس {.

[وكل ما لا يضبط وصفه يمتنع السلم فيه، كاللحم { مطلقاً { والخبز { بجميع أصنافه، فقد نفى الخلاف فيهما سيد الرياض، بل حكى عن الغنية الإجماع عليه، ولخبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألت عن السلف في اللحم؟ قال: لا تقرّبنه فإنه يعطيك مرة السمين، ومرة التاوي، ومرة المهزول، اشتره معاينة يداً بيد. قال: وسألت عن السلف في روايا الماء؟ فقال: لا تقرّبنها فإنه يعطيك مرة ناقصة، ومرة كاملة، ولكن اشترها معاينة، فهو أسلم لك وله) ^(١) ونحوه غيره.

[والنبل المنحوت] على المشهور، كذا في الكفاية، ضرورة أنها تجمع أخلاطاً مقصودة؛ لأن فيها خشباً وقصباً وريشاً وهي غير قابلة للضبط كما وكيفاً { ويجوز قبله { بلا خلاف ولا إشكال { لإمكان ضبطها بالعدد والوزن، وما يبقى فيه من

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢) السلف، ح ١.

الاختلاف غير قادح، لعدم اختلاف الثمن بسببه، بخلاف المعمول {الذي يختلف فيه الثمن بسبب الاختلاف في كثير من الأوصاف [والجلود] على المشهور نقلاً وتحصيلاً، كذا في الجواهر {لتعذر ضبطها، والوزن لا يفيد الوصف المعبر} في رفع الجهالة {لأن أهم أوصافها السمك فلا يحصل به} بل إنما يحصل بالمشاهدة.

{وقيل} والقائل الشيخ والقاضي {يجوز لإمكان ضبطه بالمشاهدة، ورد} من قبل المحقق في الشرائع {بأنه خروج عن السلم؛ لأنه دين} وهو كلي مضمون في الذمة {ويمكن الجمع} بين كونه مسلماً مشاهداً {بمشاهدة جملة يدخل المسلم فيه في ضمنها من غير تعيين، وهو غير مخرج عن وضعه} من كونه مسلماً {كاشترائه من غلة قرية معينة لا تخيس} ثمرتها {عادة، وحيثئذ فيكفي مشاهدة الحيوان عن الإمعان في الوصف، والمشهور المنع مطلقاً} مع المشاهدة أم لا، ويقوى الجواز لو جعل المسلم فيه كلياً معلوماً مضموناً في الذمة ثم اشترط الأداء من المشاهد، وقد يشهد له خبر حديد بن حكيم قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى الجلود من القصاب فيعطيه كل يوم شيئاً معلوماً، فقال: لا بأس به) ^(١) ونحوه غيره.

[والجواهر واللائئ الكبار، لتعذر ضبطها] {على وجه يرفع بسببه اختلاف الثمن} [وتفاوت الثمن فيها] {تفاوتاً باعتبارات} لو ذكرت لأدت إلى عزة الوجود، كما هو المعلوم في الأحجار الكريمة {لا تحصل بدون المشاهدة} على المشهور والمعروف بين الأصحاب {أما اللائئ الصغار التي لا تشتمل على أوصاف كثيرة تختلف القيمة باختلافها فيجوز مع ضبط ما يعتبر فيها سواء في ذلك المتخذة للدواء، وغيرها، وكذا القول في بعض الجواهر التي لا يتفاوت الثمن باعتبارها تفاوتاً بيناً

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) السلف، ح ٧.

كـبـعـض العـقـيـق، وـهـو خـيـرة الدـرـوس} خـلـافاً لـلـمـحـقـق وغيـره مـن لـم يـفـرق بـيـن كـبـار الـلـالـئـي وـصـغـارـها لـاشـتـراكـهـما فـي المـانـع، وـالـأـوـلى إـيـكـال جـمـيـع ذـلـك إـلـى العـرـف.

[ويجوز] {السلم} [في الحبوب، والفواكه، والخضر، والشحم، والطيب، والحيوان كله] [ناطقاً، وصامتاً] [حتى في شاة لبون] بلا خلاف أجده، كذا في الجواهر {لإمكان ضبطها، وكثرة وجود مثلها، وجهالة مقدار اللبن غير مانعة على تقدير وجوده؛ لأنه تابع} بعد ما عرفت من كون المدار على ارتفاع الجهالة عرفاً، ومع الشك فالعمومات تقتضي الجواز [ويلزم تسليم شاة يمكن أن تحلب في مقارب زمان التسليم] {فلا يكفي الحامل وإن قرب زمان ولادتها} لإمكان إسقاطها، أو موت حملها، أو جفاف لبنها، أو قتلته.

[ولا يشترط أن يكون اللبن حاصلًا بالفعل حينئذٍ، فلو حلبها وسلمها أجزأت] بلا خلاف يذكر {لصدق اسم الشاة اللبن عليها بعده} [أما الجارية الحامل، أو ذات الولد، أو الشاة كذلك، فالأقرب المنع] وفاقاً للشيخ في المبسوط {لاعتبار وصف كل واحد منهما، فيعز اجتماعهما في واحد} فيفضي إلى عزة الوجود المانع من الصحة {ولجهالة الحمل، وعدم إمكان وصفه، وقيل} والقائل المشهور {يجوز في الجميع، لإمكانه من غير عسر، واغتفار الجهالة في الحمل؛ لأنه تابع، وفي الدروس جوز في الأمة الحامل مطلقاً المتسرى بها أم المقصود بها الخدمة} وفي ذات الولد المقصود بها الخدمة، دون التسري، والأجود الجواز مطلقاً في الحامل وذات الولد، للتسري كانت أم للخدمة، لانتفاء المانع {لأن عزة وجود مثل ذلك غير واضح} لأن الغالب إمكان اجتماع وصفي الأم والولد، ولوجود المقتضي {و} هو {عموم الأمر بالوفاء بالعقد} الذي {يقتضيه} بلا إشكال.

[ولابد من قبض الثمن قبل التفرق] بالأبدان إجماعاً، كما في الغنية والمسالك، فلو افترقا قبله بطل عند علمائنا أجمع، كذا في محكي التذكرة، ويظهر من ابن الجنيد جواز تأخير القبض ثلاثة أيام، وفي الدروس والمسالك: إنه متروك [أو المحاسبة به في دين عليه] {أي على المسلم} إليه [إذا لم يشترط ذلك في العقد] {بأن يجعل الثمن نفس ما في الذمة} في كذا حنطة مثلاً.

[ولو شرطه كذلك بطل] لأنه بيع دين بدين عند الأكثر، كما في المسالك، والأشهر، كما في الرياض والمشهور، كما في الحدائق، ولصحيح طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله ﷺ: لا يباع الدين بالدين)^(١) {أما كون المسلم فيه ديناً فواضح، وأما الثمن الذي في الذمة؛ فلأنه دين في ذمة المسلم فإذا جعل عوضاً للمسلم فيه صدق بيع الدين بالدين؛ لأن نفس الدين قد قرن بالباء فصار ثمناً، بخلاف المحاسبة عليه قبل التفرق إذا لم يشترط؛ لأنه استيفاء دين قبل التفرق، مع عدم ورود العقد عليه، فلا يقصر عما لو أطلقاه ثم أحضره قبل التفرق، وإنما يفتقر إلى المحاسبة مع تحالفهما} أي ما في الذمة والثمن {جنساً أو وصفاً، أما لو اتفق ما في الذمة والثمن فيهما وقع التهاتر} والتقص {قهرياً ولزم العقد}.

{ولكن المصنف استشكل على هذا صحة العقد، استناداً إلى أنه يلزم منه كون مورد العقد ديناً بدين، ويندفع: بأن بيع الدين بالدين لا يتحقق إلا إذا جعلاً معاً في نفس العقد متقابلين في المعاوضة، قضية للباء، وهي منتفية هنا؛ لأن الثمن أمر كلي وتعيينه بعد العقد في شخص لا يقتضي كونه هو الثمن الذي جرى عليه العقد، ومثل هذا التقاص والتحاسب استيفاء، لا معاوضة} حتى يشترط فيها التقابض في

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٨) السلف، ح ٢.

المجلس {ولو أثر مثل ذلك، لأثر مع إطلاقه ثم دفعه في المجلس، لصدق بيع الدين بالدين عليه ابتداءً، بل قيل} والقائل المحقق والآبي والعلامة في التحرير والمقداد وغيرهم {بجواز الصورة الثانية أيضاً، وهي ما لو جعل الدين ثمناً في العقد، نظراً إلى أن ما في الذمة بمنزلة المقبوض} والنهي عن بيع الدين لا يشمل إلا إذا كان ديناً قبل العقد لا لما صار ديناً في العقد، وقد يشهد لهم خبر إسماعيل بن عمر (أنه كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاماً إلى أجل فأمر إسماعيل يسأله؟ فقال: لا بأس بذلك، فعاد إليه إسماعيل فسأله عن ذلك وقال: إني كنت أمرت فلاناً فسألك عنها فقلت: لا بأس، فقال: ما يقول فيها من عندكم؟ قلت: يقولون: فاسد. فقال: لا تفعله فإني أوهمت)^(١) وحمل ذيله على التقية واضح بدلالة الاعتذار بالوهم، ومنه يظهر أن الحكم هو الجواز الذي عدل عنه الإمام عليه السلام.

[و] الثاني [تقديره] {أي المسلم فيه، أو ما يعم الثمن} أيضاً، لعموم الشرط لهما [بالكيل، أو الوزن المعلومين] {في ما يكال أو يوزن، وفيما لا يضبط إلا به} بلا خلاف أجده فيه، بل ولا إشكال، ضرورة توقف المعلوماتية فيهما على المشاهد فضلاً عن الغائب، كذا في الجواهر {وإن جاز بيعه جزافاً كالخطب والحجارة؛ لأن المشاهد ترفع الغرر، بخلاف الدين، واحترز بالمعلوماتين عن الإحالة على مكيال أو صخرة مجهولين} عند عامة الناس {فيبطل} السلم، ولو كان كل منهما معيناً عندهما، لعدم ارتفاع الجهالة شرعاً، بل وعرفاً بذلك؛ ولأنه قد تضحل الصخرة، أو يضيع المكيال فيتعذر معرفة المسلم فيه.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٨) السلف، ح ١.

[أو العدد] {في المعدود} [مع قلة التفاوت] بين أفراده المتسامح فيه عادة مما يرفع الجهالة والغرر فتشمله الإطلاقات، كما هو الأشهر {كالصنف الخاص من الجوز واللوز} الذي ينعدم فيه التفاوت على الأقوى وفاقاً للعلامة في جملة من كتبه، وغيره، وخلافاً للشيخ في المبسوط وابني زهرة وإدريس والمحقق والعلامة في التذكرة لتعميمهم المنع، لعدم ارتفاع الجهالة به، لكثرة اختلاف المعدود كبراً وصغراً، لكنه خارج عن الفرض {أما مع كثرته كالرمان} والبطيخ ونحوهما {فلا يجوز بغير الوزن} لعدم ارتفاع الغرر، لكثرة الاختلاف الموجب للجهالة {والظاهر أن البيض ملحق بالجوز في جوازه مع تعين الصنف، وفي الدروس قطع بإلحاقه بالرمان الممتنع فيه، وفي مثل الثوب يعتبر ضبطه بالذرع} المعلوم الذي ترتفع به الجهالة وإن لم يكن متعارفاً {وإن جاز بيعه بدونه مع المشاهدة، كما مر} في الجلود {وكان عليه أن يذكره أيضاً، لخروجه عن الاعتبار المذكورة} لأنه يباع جزافاً بالمشاهدة {ولو جعلت هذه الأشياء ثمناً فإن كان مشاهداً لحقه حكم البيع المطلق، فيكفي مشاهدة ما يكفي مشاهدته فيه، واعتبار ما يعتبر} من الكيل أو الوزن، فلا يكفي دفعه مجهولاً كقبضة دراهم، أو صبرة من حنطة ونحو ذلك مما يظهر من النصوص اعتبار معلومية الثمن مطلقاً.

[و] الثالث [تعين الأجل المحروس من التفاوت] {بحيث لا يحتمل الزيادة والنقصان} كأول الشهر الفلاني، أما مع احتماهما مثل قدوم الحاج أو إلى الحصاد أو الدياس كان باطلاً، بلا خلاف أجده بيننا، بل عن نهج الحق والغنية الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح عبد الله بن سنان قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلم في غير زرع ولا نخل؟ قال: يسمى كيلاً معلوماً إلى أجل

معلوم... الحديث^(١) وخبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا بأس بالسلم كيلاً معلوماً إلى أجل معلوم، ولا تسلمه إلى دياس ولا إلى حصاد)^(٢) ونحوهما غيرهما، وهو مستفيض.

{هذا إن أريد موضوعه} وهو السلم {ولو أريد به مطلق البيع لم يشترط} تعيين الأجل، لانصرافه للحال {وإن وقع بلفظ السلم} [والأقرب جوازه] {أي السلم} [حالاً مع عموم الوجود] {أي وجود المسلم فيه} [عند العقد] {ليكون مقدوراً على تسليمه حيث يكون مستحقاً} وظاهره أنه لو ذكر السلم وأراد به كذلك وكان المثلماً حالاً، فحكم بالبطالان جمع، لعدم ذكر الأجل، ولكن المصنف في الدروس وهنا حكم بجوازه تبعاً للمحقق في الشرائع والعلامة في القواعد، لصحيح إسحاق بن عمار وعبد الرحمن بن الحجاج جميعاً قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالاً، قال: ليس به بأس، قلت: إنهم يفسدونه عندنا، قال: وأي شيء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأساً يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود، ثم قال: لا بأس أن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه وإلى أجل، فقال: لا يسمي له أجلاً، إلا أن يكون بيعاً لا يوجد مثل العنب والبطيخ في غير زمانه، فلا ينبغي شراء ذلك حالاً)^(٣) فإن صدره صريح بما ذكره المصنف، وذيله كالصريح فيما اشترطه من عموم الوجود، لكن الشارح فسر كلام المصنف على إرادة مطلق البيع من السلم، وهو خلاف الظاهر منه.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) السلف، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) السلف، ح ٥.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (٧) أحكام العقود، ح ١.

{و} جعل {وجه القرب: أن السلم بعض جزئيات البيع، وقد استعمل لفظه في نقل الملك على الوجه المخصوص} وهو كون المثلن حالاً {فجاز استعماله في الجنس} المطلق وهو البيع، لكن لا يذهب عليك أنه ليس من استعمال الشيء في الجنس، بل من استعمال نوع وهو المؤجل في نوع آخر وهو الحال، وكأنه أراد استعماله في البيع المطلق وإرادة الحال منه باعتبار انصراف المطلق إليه {لدلالته عليه حيث يصرح بإرادة المعنى العام، وذلك عند قصد الحلول} حين التلطف بصيغة السلم فلا يعقل أن يكون سلماً، فيكون ذلك قرينة على إرادة مطلق البيع {كما ينعقد البيع بملكك كذا بكذا، مع أن التملك موضوع لمعنى آخر، إلا أن قرينة العوض المقابل عينته للبيع، بل هذا أولى؛ لأنه بعض أفراد، بخلاف التملك المستعمل شرعاً في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها، وإنما صرفه عنها القيود الخارجية} وهي ذكر العوض في مقابل تملك المعوض.

{ومثله القول فيما استعمل السلم في بيع عين شخصية، وأولى بالجواز؛ لأنها أبعد عن الغرر} لكونها مشاهدة {والحلول} الإضافي الكائن في بيع العين الشخصية {أدخل في إمكان التسليم من التأجيل} لكون البائع مع حلول المثلن أقدر على التسليم من المؤجل بلا ريب {ومن التعليل} في كون السلم أحد أفراد البيع فيصح استعماله في مطلق البيع، لكنه تعليل عليل؛ لأن السلم موضوع في الشرع واللغة للبيع المؤجل فاستعماله في الحال بحاجة إلى دليل، وهو مفقود، لا سيما مع ملاحظة النبوي الذي قد شرط الأجل في السلم، ومنه يعرف ما في قوله: {يلوح وجه المنع فيها؛ حيث إن بناءه على البيع المؤجل مثمنه الثابت في الذمة، وقد قال النبي ﷺ: (من

أسلف فليسلف في كيل معلوم، أو وزن معلوم، وأجل معلوم^(١) وأجيب بتسليمه { أي تسليم عدم جواز البيع حالاً بلفظ السلم، لكن {حيث يقصد السلم الخاص، والبحث فيما لو قصد به البيع الحال} غايته أنه استعمال مجازي ولا ضير فيه.

{واعلم أن ظاهر عبارة المصنف هنا وفي الدروس وكثير { من الأصحاب {أن الخلاف مع قصد السلم} إذن فلا داعي لحمل عبارة المصنف على ما لو قصد مطلق البيع كما تقدم منه {وأن المختار جوازه مؤجلاً وحالاً مع التصريح بالحلول ولو قصداً، بل مع الإطلاق أيضاً، ويحمل على الحلول} لانصرافه إليه {والذي يرشد إليه التعليل} وهو كون السلم بعض أفراد البيع {والجواب} بتسليمه {أن الخلاف فيما لو قصد به البيع المطلق} باعتبار وجوده ضمن بعض أفراده وهو الحال {واستعمل السلم فيه بالقرائن، أما إذا أريد به السلف المطلق} سواء كان هو المعنى الموضوع له لغة أم اصطلاحاً {اشتراط ذكر الأجل} ومنه يعلم أنه حكم ببطلان السلم لو أراد السلم بلفظه مع كون المثلث حالاً، وهو خلاف الظاهر من صحيح ابن الحجاج المتقدم.

[و] الرابع [لا بد من كونه] أي المسلم فيه [عام الوجود عند رأس الأجل] ومقدوراً على تسليمه عادة حينه، إجماعاً بقسميه عليه، كما في الجواهر، وتقتضيه أدلة نفي الغرر، وصحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يخيئني يطلب المتاع فأقاوله على الربح، ثم أشتريه فأبيعه منه، فقال: أليس إن شاء أخذ، وإن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: فلا بأس به، قلت: فإن من عندنا يفسده، قال: ولم؟ قلت: قد باع ما ليس عنده؟ قال: فما يقول في السلم قد باع صاحبه ما ليس عنده، قلت: بلى، قال: فإنما صلح من أجل أنهم يسمونه سلماً، إن أبي كان

(١) مستدرک الوسائل، باب (٣) السلف، ح ٤.

يقول: لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده في الوقت الذي بعته فيه^(١) [إذا شرط الأجل] {في البلد الذي شرط تسليمه فيه، أو بلد العقد حيث يطلق على رأي المصنف هنا، أو فيما قاربه بحيث ينقل إليه عادة، ولا يكفي وجوده فيما لا يعتاد نقله منه إليه إلا نادراً} لعدم صدق القدرة على التسليم فيه؛ لأنه خلاف المعتاد فيبطل العقد، لبطلان شرط صحته.

{كما لا يشترط وجوده حال العقد حيث يكون مؤجلاً، ولا فيما بينهما} إذ المدار على صدق القدرة على المسلم فيه عند الحلول {ولو عين غلة بلد لم يكف وجوده في غيره وإن اعتيد نقله إليه} لأن المثلن هو غلة البلد المعين بحسب الشرط {ولو انعكس بأن عين غلة غيره مع لزوم التسليم به شرطاً نقله إليه} وهو شرط سائغ {فالوجه الصحة} لأنه مع تعارف النقل إليه تصدق القدرة على تسليمه فيه {وإن كان يبطل مع الإطلاق} وعدم تعيين غلة بلد ما، لانصرافه إلى بلد العقد مع أن المفروض فقدانه فيه {والفرق} بين الأصل الذي حكم فيه ببطلان العقد دون العكس {أن بلد التسليم حينئذ بمنزلة شرط آخر} سائغ لا يخالف كتاباً ولا سنة، ولزومه مقتضى (المؤمنون عند شروطهم) ولا ضير فيه {والمعتبر هو بلد المسلم فيه} والقدرة على التسليم فيه، فإن لم يكن المسلم فيه موجوداً فيه بطل العقد، ولا يكفي وجوده في غيره، وإن اعتيد نقله إليه.

[والشهور] المعينة في الأجل [يحمل] {إطلاقها} كما لو قال: بعد ستة أشهر مثلاً [على الهلالية] {مع إمكانه} بدون انكسار {كما إذا وقع العقد في أول الشهر} الذي يصدق عليه عرفاً أنه أول ليلة الهلال، بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر، بل

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٧) أحكام العقود، ح ٣.

ظاهرهم أنه المعنى الحقيقي للشهر، وهو المراد من أن الشهر الشرعي ما بين الهلالين، كما عن التذكرة وغيرها {ولو وقع في أثنائه ففي عده هلالياً بجبره مقدار ما مضى منه، أو إكماله ثلاثين يوماً، أو انكسار الجميع لو كان معه غيره} من الشهور بأن كان الأجل شهرين فصاعداً {وعدها ثلاثين يوماً أو وجه} وجه الأول: دعوى أن النقص جاء في آخره وهو من جملة الأجل، والثابت في الأول لا يختلف بالزيادة والنقصان وبذلك يكون الشهران هلاليين، وهو ظاهر المبسوط. ووجه الثاني: أنه المنصرف إليه بعد تعذر الهلالي الحقيقي، وهو مذهب الأكثر، كما في المسالك، ووجه الثالث: أن الأيام الباقية من الشهر المنكسر إما أن لا تحسب من أحدهما أو من الثاني، وكلاهما محال فليس إلا ما يقابلها من الأول، وحينئذ لا يعقل دخول الثاني حتى يتم الأول مما يليه فينكسر حينئذ ويعد بثلاثين وهكذا، وقد نفى عنه البعد في التذكرة، وحكي عن أحد قولي المبسوط {أو جهها الوسط} لأنه لما كان الشهر التالي غير معلوم هلاله ناقصاً أو تاماً، والأصل عدم خروج الهلال وجب الاقتصار في الفأنت منه على إتمام الشهر ثلاثين يوماً {وقواه في الدروس ويظهر من العبارة الأول} ويشكل: بأن عبارة المصنف يلزم أن تحمل على إمكان الحمل، كما فعل الشارح.

[ولو شرط تأجيل بعض الثمن بطل في الجميع] عند علمائنا أجمع، كذا في التذكرة، وفي الجواهر: قطعاً؛ لأنه بيع دين بدين، وهو منهى عنه {أما في المؤجل فظاهر، لاشتراط قبض الثمن قبل التفرق المنافي له} إجماعاً محكياً عن الغنية والمسالك {وعلى تقدير عدم منافاته، لقصر الأجل يمتنع من وجه آخر؛ لأنه بيع الكالئ بالكالئ} وهو بيع الدين بالدين، وعدم جوازه وإن لم يثبت من طرفنا، ولكن عمل الأصحاب عليه بلا مخالف {فقد فسر أهل اللغة: بأنه بيع مضمون مؤجل بمثله} كما عن الأصمعي، وهو أن يسلم الرجل الدراهم في طعام إلى أجل، فإذا حل الأجل،

يقول الذي عليه الطعام: ليس عندي طعام، ولكن بعني إياه إلى أجل {وأما البطلان في الحال على تقدير بطلان المؤجل، فلجهالة قسطه من الثمن وإن جعل كلا منهما قدراً معيناً كتأجيل خمسين من مئة؛ لأن المعجل يقابل من المبيع قسطاً أكثر مما يقابل المؤجل، لتقسيت الثمن على الأجل أيضاً} لأن للأجل قسطاً من الثمن، ولذا جازت الزيادة بسبب التأجيل {والنسبة عند العقد غير معلومة، وربما قيل} ولم يعرف القائل {بالصحة، للعلم بجملة الثمن، والتقسيت غير مانع، كما لا يمنع لو باع ماله ومال غيره فلم يجز المالك، بل لو باع الحر والعبد بثمن واحد مع كون بيع الحر باطلاً من حين العقد كالمؤجل هنا} لكنه قياس مع الفارق، لكونه خلاف الأصل، ولما ورد جوازه في المقيس عليه فيقتصر عليه فقط.

هع [وإلا] {يشترط} [اقتضى] {الإطلاق التسليم} [في موضع العقد] {كنظائره من المبيع المؤجل} لانصراف عقد السلم عرفاً إلى غلة بلد العقد وما قاربه مما يتعارف النقل منه إليه {هذا أحد الأقوال في المسألة، والقول الآخر: اشتراط تعيين موضعه مطلقاً} في مقابل التفصيلات الآتية وهو مختار الشيخ وتابعيه {وهو اختياره في الدروس، لاختلاف الأغراض باختلافه الموجب لاختلاف الثمن والرغبة، ولجهالة موضع الاستحقاق، لابتناؤه على موضع الحلول المجهول، وبهذا فارق القرض المحمول على موضعه، لكونه معلوماً، وأما النسبة فخرج بالإجماع على عدم اشتراط تعيين محله، وفصل ثالث} وهو الشيخ في المبسوط {باشتراطه إن كان في حمله مؤونة، وعدمه، بعدمه} لأن الأغراض إنما تختلف في محل يفتقر إلى المؤونة أما غيره فلا {ورابع} وهو العلامة في القواعد والمختلف {بكونهما في مكان} كالبادية أو القرية وكان من {قصد هما مفارقتها} لعدم إمكان التسليم في مكان العقد، وبقية الأمكنة لا مرجح لها على الآخر فيفضي إلى التنازع، بخلاف ما إذا كانا في بلد يجتمعان فيه

{وخماس} وهو العلامة في المختلف {باشتراطه فيها، ووجه الثلاثة} الأخيرة {مركب من} القولين الأولين {ولا ريب أن التعيين مطلقاً} على جميع التقادير {أولى} لموافقته للاحتياط، ودفعاً للتنازع.

[ويجوز اشتراط السائغ في العقد] بلا خلاف ولا إشكال، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) وخصوص خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام (إن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)^(١) ونحوه غيره {كاشتراط حمله إلى موضع معين، وتسليمه كذلك، ورهن وضمين، وكونه من غلة أرض، أو بلد لا تخيس فيها غالباً} لاشتراط عدم تخلف المثلث بحسب العادة {ونحو ذلك} مما هو سائغ شرعاً، والغرض منه عقلائي [و] {كذا يجوز} [بيعه بعد حلوله] {وقبل قبضه} [على الغريم، وغيره] بجنس الثمن ومخالفه، وبالمساوي له أو بالأقل أو بالأكثر ما لم يستلزم الربا، وسواء كان المسلم فيه طعاماً أم غيره، مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أم غيره، بلا خلاف ولا إشكال، لإطلاق الأدلة وعمومها، ولصحيح العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن رجل أسلف رجلاً دراهم بحنطة حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام ووجد عنده دواً ومتاعاً ورقيقاً يحل له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه؟ قال: نعم يسمي كذا وكذا بكذا وكذا صاعاً)^(٢) ونحوه غيره، وهو مستفيض.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) الخيار، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) السلف، ح ٦.

نعم هو [على كراهة] للنهي عن ذلك في قوله ﷺ: (لا تبعن شيئاً حتى تقبضه)
 (١) { بتفاوت يسير {ونحوه المحمول على الكراهة، وخصها بعضهم} كالشيخين
 والقاضي والعلامة {بالمكيل والموزون، وآخرون بالطعام} ولم يعرف المخصص
 {وحرمة آخرون فيهما وهو الأقوى، حملاً لما ورد صحيحاً من النهي على ظاهره} في
 صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو
 وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه، فإن لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه)^(٢)
 {لضعف المعارض الدال على الجواز الحامل للنهي على الكراهة} وهو خبر جميل بن
 دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه، قال: لا
 بأس، ويوكل الرجل المشتري منه بقبضه وكَيْلِهِ، قال: لا بأس)^(٣) وضعفه بعلي بن
 حديد فإنه مجهول، ونحوه غيره {وحديث النهي عن بيع مطلق ما لم يقبض لم يثبت}
 من طرفنا، بل هو عامي ضعيف، وهذا منه دليل آخر على قوة الحكم بالحرمة دون
 الكراهة {وأما بيعه قبل حلوله فلا} يجوز، لا لعدم ملكيته قبل الأجل، ضرورة عدم
 مدخليته فيه؛ إذ العقد هو السبب المملك والأجل إنما هو للمطالبة، ولا لعدم
 القدرة على التسليم؛ إذ من المعلوم أنها في المؤجل عند الأجل، ولا {لعدم استحقاقه
 حينئذ} بل للإجماع المحكي في التنقيح وظاهر الغنية وجامع المقاصد وغيرها، وعن
 كشف الرموز: إن لم يكن محصلاً {نعم لو صالح عليه فالأقوى الصحة} بناء على أنه
 عقد مستقل غير مشروط بشروط البيع، كما هو الأجود، ولأصل الصحة في
 العقود.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) أحكام العقود، ح ٢١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) السلف، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) أحكام العقود، ح ٦.

[وإذا دفع المسلم إليه فوق الصفة وجب القبول] بلا خلاف معتد به ولا إشكال، كذا في الجواهر، لتحقيق المسلم فيه بذلك وزيادة {لأنه خير وإحسان فالامتناع منه عناد} ولكنه ليس بمحرم كما لا يخفى {ولأن الجودة صفة لا يمكن فصلها فهي تابعة، بخلاف ما لو دفع أزيد قدراً يمكن فصله ولو في ثوب} لأصالة عدم وجوب القبول، وللمنة، ولما تضمنه صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه سئل ... إلى أن قال: ويأخذون دون شرطهم، ولا يأخذون فوق شرطهم ... الحديث) ^(١) {وقيل} القائل ابن الجنيد {لا يجب، لما فيه من المنة} التي لا يخفى ما في تحملها من المشقة والحرص أحياناً؛ ولأنه قد يتعلق غرضه بما اشترطه، ولأصالة عدم وجوب الأخذ، ولمفهوم صحيح سليمان بن خالد قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل يسلم في وصف أسنان معلومة ولون معلوم ثم يعطي فوق شرطه، فقال: إذا كان على طيبة نفس منك ومنه فلا بأس به) ^(٢) ومفهومه إن لم يكن عن طيب نفس منك ولو لعدم تحمل المنة منه ففيه بأس، وهو الأقوى؛ لأن دليل الوجوب لا يخرج عن كونه اعتبارياً.

[ودونها] {أي الصفة المشترطة} [لا يجب قبوله] {وإن كان أجود من وجه آخر} بلا خلاف فيه {لأنه ليس حقه مع تضرره به، ويجب تسليم الخنطة عند الإطلاق نقية من الزوان، والمدر، والتراب، والقشر غير المعتاد، وتسليم التمر والزبيب جافين والعنب والرطب صحيحين} لانصراف الجميع إلى ذلك ارتكازاً {ويعفى عن اليسر المحتمل عادة} وعرفاً [ولو رضي المسلم به] {أي بالأدون صفة} [لزم] ويرى المسلم

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) السلف، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٩) السلف، ح ٨.

إليه مما كانت ذمته مشغولة به، بلا خلاف، سواء شرط ذلك لأجل التعجيل إذا كان قد دفعه قبل الأجل أم لم يشترط، بل في الغنية: يجوز التراضي على تقديم الحق عن أجله بشرط النقص منه بدليل الإجماع، ولإطلاق صحيح الحلبي قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلم في وصف أسنان معلومة ولون معلوم، ثم يعطي دون شرطه أو فوقه؟ فقال: إذا كان عن طيب نفس منك ومنه فلا بأس^(١)) ونحوه غيره، و{لأنه أسقط حقه من الزائد برضاه كما يلزم لو رضي بغير جنسه} كما هو صريح جمع فيما لو لم يكن عنده المسلم فيه، وأما مع تمكنه منه فالإلزام بالإسقاط أو بالرضا على المشهور، بل في الجواهر: قطعاً.

[ولو انقطع] {المسلم فيه} [عند الحلول] {حيث يكون مؤجلاً ممكن الحصول بعد الأجل فاتفق عدمه} [تخير] {المسلم} [بين الفسخ] {فيرجع برأس ماله، لتعذر الوصول إلى حقه، وانتفاء الضرر} [وبين الصبر] {إلى أن يحصل} وظاهر المختلف أن الكتاب والسنة والإجماع على ذلك، ولموثق عبد الله بن بكير قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف في شيء يسلف الناس فيه من الشار فذهب زمانها ولم يستوف حقه، قال: فليأخذ رأس ماله أو لينظره^(٢)) ونحوه غيره {وله أن لا يفسخ ولا يصبر، بل يأخذ قيمته حيثئذ} أي حين الحلول، كما عليه جمع، لمكاتبة الحسن بن علي بن فضال - الموثقة - قال: (كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: الرجل يسلفني في الطعام فيجيء الوقت وليس عندي طعام أعطيه بقيمته دراهم؟ قال: نعم^(٣)) لكن قد ينافيه صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٩) السلف، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) السلف، ح ١٤.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) السلف، ح ٨.

أعطى رجلاً ورقاً في وصيف إلى أجل مسمى، فقال له صاحبه: لا نجد لك وصيفاً، خذ مني قيمة وصيفك اليوم ورقاً، قال: فقال: لا يأخذ إلا وصيفه أو ورقه الذي أعطاه أول مرة لا يزداد عليه شيئاً^(١) ومنه يعرف ما في قوله {لأن ذلك هو حقه} نعم قد يقال: إن ذلك له إن كان التقصير من البائع، لا مطلقاً.

{والأقوى أن الخيار ليس فورياً} لأصالة العدم السالبة عن المعارض {فله الرجوع بعد الصبر إلى أحد الأمرين} الفسخ أو الصبر، أو الأخذ بالقيمة على مختاره {ما لم يصرح بإسقاط حقه من الخيار} فيتعين الأخيران {ولو كان الانقطاع بعد بذله له ورضاه بالتأخير سقط خياره، بخلاف ما لو كان بعدم المطالبة، أو بمنع البائع مع إمكانه} فلا يسقط الخيار جبراً للضرر {وفي حكم انقطاعه عند الحلول موت المسلم إليه قبل الأجل وقبل وجوده} كما ذكره غير واحد من الأصحاب، بل لا خلاف أجده فيه بينهم، كذا في الجواهر، نظراً إلى حلول الدين المؤجل بموت المدين {لا العلم قبله بعدمه بعده، بل يتوقف الخيار على الحلول على الأقوى، لعدم وجود المقتضي له الآن} اقتصاراً فيما خالف الأصل على مورد اليقين من النص والإجماع.

{ولو قبض البعض تخير أيضاً بين الفسخ في الجميع} لتبعض الصفقة {والصبر} برضاه {بين أخذ ما قبضه، والمطالبة بحصة غيره من الثمن} الذي دفعه، كما هو صريح غير واحد، بل في الجواهر: بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، ولصحيح عبد الله بن سنان قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يسلم في الطعام - إلى أن قال - : أرايت إن أوفاني بعضاً وعجز عن بعض أ يصلح أن آخذ بالباقي رأس مالي؟

قال: نعم ما أحسن ذلك^(١) ونحوه غيره، وهو مستفيض {أو} يأخذ {قيمة المثلثين على القول الآخر} وهو مختاره فيما سلف {وفي تخير المسلم إليه مع الفسخ في البعض وجه قوي، لتبعض الصفقة عليه، إلا أن يكون الانقطاع من تقصيره فلا خيار له} لأصالة اللزوم بلا معارض، مع كون التقصير منه.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) السلف، ح ٢.

[الفصل السابع]: [في أقسام البيع]

[بالنسبة إلى الإخبار بالثمن وعدمه] [وهو أربعة أقسام] {لأنه إما أن يخبر به، أو لا، والثاني المساومة، والأول إما أن يبيع معه برأس المال، أو بزيادة عليه، أو نقصان عنه، والأول التولية، والثاني المراجعة، والثالث المواضعة، وبقي قسم خامس: وهو إعطاء بعض المبيع برأس ماله} بأن يقول شركتك في هذا المتاع نصفه، أو ربعه - مثلاً - بنصف أو ربع ثمنه بعد العلم بقدره {ولم يذكره كثير وذكره المصنف هنا وفي الدروس، وفي بعض الأخبار دلالة عليه} كخبر وهيب بن حفص عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألت عن الرجل يشارك الرجل على السلعة ويوليه عليها؟ قال: إن ربح فله، وإن وضع فعليه ... الحديث)^(١).

{وقد تجتمع الأقسام في عقد واحد: بأن اشترى خمسة ثوباً بالسوية، لكن ثمن نصيب أحدهم عشرين، والآخر خمسة عشر، والثالث عشرة، والرابع خمسة، والخامس لم يبين} بكم اشترى {ثم باع من عدا الرابع نصيبهم بستين بعد إخبارهم بالحال، والرابع شرك في حصته، فهو بالنسبة إلى الأول مواضعة} لأن نسبة حصته الربع، وربع الستين خمسة عشر فيكون مواضعة {والثاني تولية} لأن نسبة حصته، الربع وربع الستين خمسة عشر، فباع حصته برأس المال {والثالث مراجعة} لأن نسبة حصته الربع، وربع الستين خمسة عشر وقد دفع عشرة فربح خمسة {والرابع

(١) الوسائل، ج١٩، باب (١) الشركة، ح٦.

تشريك} لأنه شرك في حصته من خمسه {والخامس مساومة} لأنه لم يبين بكم اشترى {و} يمكن {اجتماع قسمين، وثلاثة وأربعة منها على قياس ذلك، والأقسام الأربعة}:

[أحدها: المساومة] وهي البيع بما يتفقان عليه من غير تعرض للإخبار بالثمن، سواء علمه المشتري أم لا، وهي أفضل الأقسام اتفاقاً، ولأنها أبعد عن التغيرير والكذب والتدليس، ولصحيح محمد - برواية التهذيب - قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: إني لأكره بيع عشرة بإحدى عشر، وعشرة باثني عشر ونحو ذلك من البيع، ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة، قال: وأتاني متاع من مصر فكرهت أن أبيعه كذلك وعظم عليّ، فبعته مساومة)^(١) ونحوه غيره.

[وثانيها: المراجعة] وهي جائزة إجماعاً، ولصحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: (سألته عن الرجل يشتري الجارية فيقع عليها أيصلح أن يبيعها مراجعة؟ قال: لا بأس)^(٢) [ويشترط فيها العلم] {أي علم كل من البائع والمشتري} [بقدر الثمن وقدر الربح] {والغرامة والمؤن إن ضمها} بلا خلاف أجده فيه، بل في التذكرة: لو كان المشتري جاهلاً برأس المال بطل البيع إجماعاً، كذا في الجواهر، وكذا لو كان البائع جاهلاً به والمشتري عالماً، أو كانا جاهلين به، ضرورة رجوع الجهل في الجميع إلى الجهالة في الثمن التي هي مانع من صحة البيع مطلقاً، فضلاً عن خصوص المراجعة.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٤) أحكام العقود، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٣) أحكام العقود، ح ١.

[ويجب على البائع الصدق] {في الثمن والمؤن وما طرأ من موجب النقص، والأجل وغيره} كما هو المتسالم عليه بين الأصحاب، ولحرمة أكل الأموال بالباطل، ولمفهوم خبر علي بن سعيد قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل يبتاع ثوباً فيطلب مني مربحة، ترى يبيع المربحة بأساً إذا صدق في المربحة وسمى ربحاً دانقين أو نصف درهم؟ فقال: لا بأس ... الحديث)^(١) ونحوه غيره [فإن لم يحدث فيه زيادة قال: اشتريته، أو هو عليّ، أو تقوم بكذا] أو نحو ذلك من العبارات المفيدة للمطلوب [وإن زاد بفعله] {من غير غرامة مالية} [أخبر] {بالواقع بأن يقول: اشتريته بكذا، وعملت فيه عملاً يساوي كذا، ومثله لو عمل فيه متطوع} [وإن زاد باستئجاره] {عليه} [ضمه فيقول: تقوم عليّ] {بكذا} [لا اشتريت به] [لأن الشراء لا يدخل فيه إلا الثمن، بخلاف تقوم عليّ فإنه يدخل فيه الثمن، وما يلحقه من أجره الكيال، والدلال، والحارس، والمحرس، والقصار، والرفاء، والصباغ، وسائر المؤن المرادة للاسترباح، لا ما يقصد به استيفاء الملك، دون الاسترباح، كنفقة العبد وكسوته، وعلف الدابة، نعم العلف الزائد على المعتاد للتسمين يدخل، والأجرة وما في معناها} من تعيب سماوي أو بجناية {لا تضم إلى اشتريت بكذا} لأن المشتري يبني عقده على العقد الأول والمفروض أنه قد تعيب وقد نقص ثمنه [إلا أن يقول: واستأجرت بكذا] {فإن الأجرة تنضم حينئذٍ إلى الثمن للتصريح بها. واعلم أن دخول المذكورات ليس من جهة الإخبار، بل فائدته إعلام المشتري بذلك ليدخل في قوله: بعثك بما اشتريت، أو بما قام عليّ، أو بما اشتريت، واستأجرت وريح كذا} للصيغ الثلاث.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٢) أحكام العقود، ح ١.

[وإن طرأ عيب وجب ذكره] {لنقص المبيع به عما كان حين شراؤه} لوجوب الصدق فيما تقوم عليه [وإن أخذ أرشاً] {بسببه} [أسقطه] وأخبر بالباقي {لأن الأرش جزء من الثمن} وفيه ما تقدم، فالأقوى أنه للكذب؛ إذ المراد به ما تقوم عليه {فكأنه اشتراه بما عداه، وإن كان قوله: اشتريته بكذا حقاً، لطروء النقصان الذي هو بمنزلة الجزء، ولو كان الأرش بسبب جنائية لم يسقط من الثمن} بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر {لأنها حق متجدد لا يقتضيها العقد كنتاج الدابة، بخلاف العيب وإن كان حادثاً بعد العقد حيث يضمن} للبائع {لأنه بمقتضى العقد أيضاً} حيث إن المتبادر منه هو ما وقع عليه العقد {فكان كالموجود حالته، ويفهم من العبارة إسقاط مطلق الأرش، وليس كذلك} لأن أرش جنائية الغير لا يسقط من الثمن كالنماء المتجدد {وبما قيدناه صرح في الدروس كغيره} من الأصحاب.

[ولا يقوم أبعاض الجملة] {ويخبر بما يقتضيه التقسيط من الثمن وإن كانت متساوية} لأن ذلك يستلزم الكذب، وكذا لو اشترى دابة حاملاً فولدت وأراد بيعها منفردة عن الولد، كل ذلك على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، بل عن الخلاف الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولكون التوزيع كذلك خرساً وتخميناً، ولصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (في الرجل يشتري المتاع جميعاً بثلثين، ثم يقوم كل ثوب بما يسوى حتى يقع على رأس ماله يبيعه مرابحة ثوباً ثوباً؟ قال: لا، حتى يبين له إنها قومه)^(١) ونحوه غيره، خلافاً للإسكافي والقاضي حيث جوزاه في متساوي الأجزاء، وهو كما ترى! اجتهد في مقابلة النص {أو أخبر بالخال} كاشتريت المجموع بكذا وقومته مع نفسي فأصاب هذه القطعة كذا،

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢١) أحكام العقود، ح ١.

وحكى في المختلف عن ابن إدريس أنه قال: ليس هذا بيع مربحة؛ لأن موضوعه في الشرع أن يخبر بالثمن الذي اشتراه وهنا ليس كذلك، وردّه في محكي التذكرة بقوله: لو قال: اشتريت المجموع بكذا وقومته مع نفسي فأصاب هذه القطعة من الثمن كذا فإنه يجوز إجماعاً {لأن المبيع المقابل بالثمن هو المجموع لا الأفراد، وإن يقسط الثمن عليها في بعض الموارد، كما لو تلف بعضها، أو ظهر مستحقاً} فيقسط، وهو هنا لا يقتضي التقسيط هناك للنص المتقدم.

[ولو ظهر كذبه] {في الإخبار بقدر الثمن، أو ما في حكمه} كأجرة الدلال وغيرها {أو جنسه} كما لو اشتراه بدنانير فأخبر بأنه اشتراه بدراهم تساوي ما دفع {أو وصفه} بأن اشتراه بدنانير خشنة الجوهر فأخبر بأنه اشتراه بجيدة [أو غلظه] {بيئته، أو إقرار} صح البيع، بلا خلاف على الظاهر، كذا في الجواهر. ولأصل الصحة في العقود، والإطلاقات [تخير المشتري] لأجل الكذب أو الغلط {بين رده وأخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد لغروره} الموجب للخيار.

{وقيل} والقائل أبو علي والشيخ {له أخذه بحط الزيادة وربحها، لكذبه مع كون ذلك هو مقتضى المراجعة شرعاً، ويضعف: بعدم العقد على ذلك فكيف يثبت مقتضاه؟!} إذ البيع إنما هو بالثمن الذي أخبر به، لا بما هو في نفس الأمر {وهل يشترط في ثبوت خيار المشتري على الأول} وهو ظهور الكذب أو الغلط {بقاؤه على ملكه وجهان} وجه الاشتراط: أن الرد إنما يتحقق مع بقاء العين، ولحصول الضرر على البائع بالانتقال إلى البدل قهراً، وهو محكي عن الشيخ وابن البراج، ووجه العدم: أن الخيار قد ثبت قبل تلف العين، وبعده يستصحب {أجودهما العدم، لأصالة بقاءه مع وجود المقتضي} وهو الكذب أو الغلط {وعدم صلاحية ذلك للمانع، فمع التلف، أو انتقاله عن ملكه انتقلاً لازماً، أو وجود مانع من رده كالاстиلاذ يرد

مثله { إن كان مثلياً { أو قيمته { إن كان قيمياً { إن اختار الفسخ، وبأخذ الثمن، أو عوضه مع فقده { لرجوع المغرور على من غره.

[ولا يجوز الإخبار بما اشتراه من غلامه] { الحر { دون العبد؛ لأن ما في يد العبد لسيدته { أو ولده] { أو غيرهما { حيلة] اتفاقاً { لأنه خديعة] { وتدليس { وخيانة عرفاً وشرعاً { فلو فعل ذلك أنتم { لحرمته تكليفاً { وصح البيع { لعدم ما يوجب بطلانه { لكن يتخير المشتري إذا علم بين رده، وأخذه بالثمن، كما لو ظهر كذبه في الإخبار { نعم لو اشتراه] { من ولده، أو غلامه { ابتداءً من غير سابقة بيع عليهما] { ولا مواطاة على الزيادة، وإن لم يكن سبق منه بيع { جاز] { لانتفاء المانع حيثئذٍ؛ إذ لا مانع من معاملة من ذكر { قطعاً.

[و] { كذا] { لا] { يجوز} { الإخبار بما قوم عليه] أي على الدلال [التاجر] { على أن يكون له الزائد من غير أن يعقد معه البيع { بلا خلاف أجده فيه؛ لأن الغرض عدم الشراء، كذا في الجواهر، ولخبر سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه سئل عن الرجل يحمل المتاع لأهل السوق وقد قوموا عليه قيمة، ويقولون: بع فما ازددت فلك، فقال: لا بأس بذلك، ولكن لا يبيعهم مرابحة)^(١) ونحوه غيره، و{ لأنه كاذب في إخباره؛ إذ مجرد التقويم لا يوجب { ومن ثم لا يجب على التاجر الوفاء؛ لأنه وعداً، والأصل عدم وجوب الوفاء به [والثمن] { على تقدير بيعه كذلك { بزيادة [له] { أي للتاجر} { وللدلال الأجرة] { لأنه عمل عملاً له أجرة عادة، فإذا فات المشتري { شرعاً وهو كون الزائد للدلال { رجع إلى الأجرة، ولا فرق في ذلك بين ابتداء التاجر له به { كما في النص المتقدم { واستدعاء الدلال ذلك منه { لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) أحكام العقود، ح ٣.

قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل يقول له الرجل: أشتري منك المتاع على أن تجعل لي في كل ثوب أشتريه منك كذا وكذا، وإنما يشتري للناس ويقول: اجعل لي ربحاً على أن أشتري منك، فكرهه عليه السلام)^(١).

{خلافاً للشيخين حيث حكى بملك الدلال الزائد في الأول} وهو استدعاء التاجر للدلال {استناداً إلى أخبار صحيحة} منها ما عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: (في رجل قال لرجل: بع ثوبي هذا بعشرة دراهم، فما فضل فهو لك، فقال: ليس به بأس)^(٢) ونحوه غيره {يمكن حملها على الجعالة، بناء على أنه لا يقدح فيها هذا النوع من الجهالة} في المجمعول؛ لأنه إنما منع منها فيها، لإفضائه إلى التنازع، أما في ما نحن فيه فلا تنازع، لاتفاقهما عليه مقدماً، فلا موجب لبطلانها بها.

[وثالثها: المواضعة، وهي كالمرا بحة في الأحكام] {من الإخبار على الوجوه المذكورة} [إلا أنها بنقيصة معلومة] {فتقول: بعثك بما اشتريته، أو تقوم عليّ ووضيعة كذا، أو حط كذا، فلو كان قد اشتراه بمئة فقال: بعثك بمئة ووضيعة درهم من كل عشرة فالثمن تسعون، أو} إذا قال: بعثك بمئة ووضيعة درهم {لكل عشرة، زاد} عن الثمن الباقي {عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من الدرهم؛ لأن الموضوع في الأول من نفس العشرة، عملاً بظاهر التبعض} {الحاصل من حرف الجر (من)} {وفي الثاني من خارجها} فيوضع للتسعين تسعة، وللواحد الباقي من أحد عشر جزءاً على قياس السابق فتكون الوضيعة عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من الدرهم

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) أحكام العقود، ح ٧.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) أحكام العقود، ح ١.

{فكأنه قال: من كل أحد عشر، ولو أضاف الوضيعة إلى العشرة احتمل الأمرين: نظراً إلى احتمال الإضافة للآم ومن، والتحقيق هو الأول؛ لأن شرط الإضافة بمعنى من كونها تبينية، لا تبعيضية بمعنى كون المضاف جزئياً من جزئيات المضاف إليه بحيث يصح إطلاقه على المضاف وغيره، والإخبار به عنه كخاتم فضة، لا جزء من كل، كبعض القوم، ويد زيد، فإن كل القوم لا يطلق على بعضه، ولا زيد على يده، والموضوع هنا بعض العشرة، فلا يخبر بها عنه فتكون بمعنى اللام {المفيدة للمعنى الثاني، لكن المحكي عن السيد الشريف أنه نص في بيان معنى فاتحة الكتاب: أن الإضافة بمعنى من قد تكون في من التبعية فيكون المراد فاتحة من الكتاب. ونقله عن بعضهم وعن الزمخشري، ومنه يظهر قوة جواز الإضافة بمعنى التبعية الذي هو أعم من البيانية التي ذكرها، ولعل التبعية بالمعنى المذكور هنا أظهر، للتبادر، لا سيما وقد ذكر هذا الاحتمال جمع من الأساطين كالشيخ والمحقق والعلامة والمصنف والفخر والمحقق الثاني وغيرهم، بل صرح بعضهم بالبطلان مع عدم القرينة، لتكافؤ الاحتمالين، لكن قد يرجحه أن المنساق هو الحمل على التبعية.

[ورابعها: التولية، وهي الإعطاء برأس المال] وما يدخل معه من الأعمال وغيرها، كما تقدم في المراجعة، كما هو صريح جمع من الأصحاب، ولصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه ... الحديث) ^(١) فإنه عليه السلام أجازها حتى في المكيل والموزون قبل القبض، ففي غيره يكون بالأولوية القطعية، ونحوه غيره، وهو مستفيض {فيقول - بعد علمهما بالثمن وما تبعه - : وليتك هذا العقد، فإذا قبل لزمه

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) أحكام العقود، ح ١.

مثله، جنساً، وقدراً، وصفة، ولو قال: بعتك، أكمله بالثمن، أو بما قام عليه ونحوه، ولا يفتقر في الأول} وهو قوله وليتك {إلى ذكره} لصراحة لفظ التولية في البيع برأس المال، فيغني ذكره قبل العقد عنه في العقد.

{ولو قال: وليتك السلعة. احتمل في الدروس الجواز} بجعل المفعول السلعة، كما في كثير من نصوصها حيث وقعت، مفعولاً للتولية، ففي خبر أبي بصير قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه قبل أن يكيّله، قال: لا يعجبني أن يبيع كيلاً أو وزناً قبل أن يكيّله أو يزنه، إلا أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع ... الحديث)^(١) ونحوه غيره.

[والتشريك جائز] وهذا ما جعله الشارح قسماً خامساً {وهو أن يجعل له نصيباً بما يخصه من الثمن} [بأن يقول: شركتك] [بالتضعيف] [بنصفه بنسبة ما اشترت مع علمهما] [بقدره} كما ذهب إليه بعض الأصحاب، لموثق سماعه قال: (سألت عن الرجل يبيع الطعام أو الثمرة وقد كان اشتراها ولم يقبضها، قال: لا حتى يقبضها إلا أن يكون معه قوم يشاركونهم فيخرجه بعضهم من نصيبه من شركته بربح، أو يوليه بعضهم فلا بأس)^(٢) ولا يخفى عدم خروجها عن التولية {ويجوز تعديته بالهمزة، ولو قال: أشركتك بالنصف كفى} ولو لم يقل بنسبة ما اشترت {ولزمه نصف مثل الثمن، ولو قال: أشركتك في النصف كان له الربع، إلا أن يقول: بنصف الثمن فيتعين النصف، ولو لم يبين الحصة كما لو قال: في شيء منه أو أطلق بطل، للجهل بالمبيع، ويحتمل حمل الثاني على التنصيف} لانصراف الإطلاق إلى التشريك

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) أحكام العقود، ح ١٦.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) أحكام العقود، ح ١٥.

المقتضي للتنصيف [وهو] {أي الشريك} [في الحقيقة بيع الجزء المشاع برأس المال]
الذي يخصه {لكنه يختص عن مطلق البيع} بذكر رأس المال الذي هو تولية في الكل
{بصحته بلفظه} فيكون تولية في الجزء.

[الفصل الثامن]: [في الربا]

وهو لغة: الفضل والزيادة، كما عن غير واحد من أهل اللغة {بالقصر} على الأشهر، وربا الشيء يربو إذا زاد قال الله ﷻ: ﴿فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ﴾^(١) {وألفه بدل من واو} [ومورده] {أي محل وروده} وتحقق موضوعه في البيع، بل في كل معاوضة، وفاقاً للمحكي عن السيد والشيخ والقاضي وابن المتوج والفخر وابن العباس والقطيفي وغيرهم، بل نسبه المحقق الأردبيلي إلى الأكثر، لإطلاق ما دل على حرمة من الكتاب والسنة؛ إذ هو الزيادة المتحقق صدقها في البيع وغيره، ويدل عليه صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألته عن الرجل يدفع إلى الطحان الطعام فيقاطعه على أن يعطي لكل عشرة أرطال اثني عشر دقيقاً؟ قال: لا، قلت: فالرجل يدفع السمسار إلى العصار ويضمن له لكل صاع أرطالاً مسماً، قال: لا)^(٢) ونحوه غيره، وهو مستفيض.

[المتجانسان إذا قدرا بالكيل، أو الوزن وزاد أحدهما] {عن الآخر قدراً} لا صفة {ولو بكونه مؤجلاً} اتفاقاً، ولصحيح زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن)^(٣) ونحوه غيره {وتحريمه مؤكداً} كتاباً في قوله ﷻ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ * فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا

(١) سورة الروم، آية (٣٩).

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٩) الربا، ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) الربا، ح ١.

بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴿١﴾ وسنة متواترة، وإجماعاً من المسلمين قاطبة، بل ضرورة من الدين {وهو من أعظم الكبائر} ففي موثق ابن بكير قال: (بلغ أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أنه كان يأكل الربا ويسميه اللباء، فقال: لئن أمكنني الله منه لأضربن عنقه) ^(٢) ومنه يستفاد كفر مستحله، ونحوه غيره، وهو مستفيض [والدرهم منه أعظم من سبعين زنية] [بفتح أوله وكسره كلها بذات محرم] كما رواه في الصحيح {هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام ^(٣)}. {

[وضابط الجنس هنا ما دخل تحت اللفظ الخاص] المستفاد من العرف واللغة والشرع إجماعاً، كما عن سيد الرياض {كالتمر، والزبيب، واللحم} [فالتمر جنس] {لجميع أصنافه} [والزبيب جنس] {كذلك} والمقصود به الحقيقة النوعية، وكأن وجه ذلك معلومية إرادة كون التناول للاشتراك في القدر المشترك بين الأفراد الذي لا قدر غيره أخص منه، بل الظاهر الاكتفاء بذلك إذا كانت الحقيقة الفرعية من ذلك الأصل، كالدقيق من الحنطة ونحوه.

[والحنطة والشعير] {هنا} [جنس] {واحد} [في المشهور] شهرة عظيمة نقلاً وتحصيلاً عدا ابن إدريس، بل كادت تكون إجماعاً، بل هي كذلك في الغنية ومحكي الخلاف، كما في الجواهر {وإن اختلفا لفظاً واشتملا على أصناف، لدلالة الأخبار الصحيحة على اتحادهما} كصحيح أبي بصير وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (الحنطة والشعير رأساً برأس، لا يزداد واحد منهما على الآخر) ^(٤) ونحوه غيره {الخالية عن

(١) سورة البقرة، آية (٢٧٨).

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٢) الربا، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (١) الربا، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ١٨، باب (٨) الربا، ح ٣.

المعارض، وفي بعضها: إن الشعر من الحنطة} كما في معتبر عبد الرحمان بن أبي عبد الله قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعر؟ فقال: لا يجوز إلا مثلاً بمثل، ثم قال: إن الشعر من الحنطة)^(١) {فدعوى} ابن إدريس {اختلافها نظراً إلى اختلافها صورة، وشكلاً، ولوناً، وطعماً، وإدراكاً، وحساً، واسماً غير مسموع} لأنه اجتهد في مقابلة النص {نعم هما في غير الربا كالزكاة جنسان إجماعاً} فلا يجوز أحدهما عن الآخر، ولا اجتماعهما في تمام النصاب الواحد.

[واللحوم تابعة للحيوان] {فلحم الضأن والمعز جنس} واحد {لشمول الغنم لهما، والبقر والجاموس جنس، والعراة والبخاتي} من الإبل {جنس} واحد، كل ذلك بلا خلاف ولا إشكال أجده فيه، بل عن الغنية والتذكرة الإجماع عليه، كذا في الجواهر. والاختلاف في العرف اختلاف أفراد، لا حقيقة، بل في حواشي المصنف: اللحم والكبد والقلب والكرش كله واحد. وفي الدروس: أما الألية والشحم فالظاهر اتحادهما.

[ولا ربا في المعدود] {مطلقاً} لا نقداً ولا نسيئة {على أصح القولين} كما هو المشهور شهرة عظيمة، بل عن الخلاف ومجمع البيان والتذكرة وظاهر الغنية والسرائر الإجماع على عدم الربا في المقدر بالعدد، وإن كنت لم أتحققه فيما حضرنى منها، كما في الجواهر، ولخبر منصور قال: (سألته عن الشاة بالشاتين والبيضة بالبيضتين، قال: لا بأس ما لم يكن كيلاً أو وزناً)^(٢) ونحوه غيره، وهو متواتر، وخالف ابن الجنيد وسلار فذهبا إلى لزوم الربا فيه أيضاً، لصحيح محمد بن مسلم

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٨) الربا، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) الربا، ح ١.

قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الثوبين الرديئين بالثوب المرتفع، والبعر بالبعيرين، والدابة بالدابتين، فقال: كره ذلك علي عليه السلام فنحن نكرهه إلا أن يختلف الصنفان... الحديث^(١)) والكره هنا يراد منها الحرمة بفهم الأصحاب، ونحوه غيره، وهي محمولة على الكراهة جمعاً {نعم يكره} ويلزم تقييده بما إذا كان بين الجيد والرديء، وكذا بين النقد والنسيئة، لا مطلقاً، لمعتبر علي بن إبراهيم عن رجاله عمن ذكره - في حديث - قال: (وما عد عدداً ولم يكل ولم يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يداً بيد ويكره نسيئة^(٢)) ونحوه غيره.

[و] لا ربا {بين الوالد وولده، فيجوز لكل منها أخذ الفضل على الأصح} إجماعاً محكياً مستفيضاً إن لم يكن متواتراً صريحاً وظاهراً، بل يمكن تحصيله؛ إذ لا خلاف إلا من المرتضى وقد عدل عنه، كما في الجواهر. ولصحيح زرارة ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (ليس بين الرجل وولده وبينه وبين عبده ولا بين أهله ربا، إنما الربا فيما بينك وبين ما لا تملك، قلت: فالمشركون بيني وبينهم ربا؟ قال: نعم، قلت: فإنهم ممالك، فقال: إنك لست تملكهم إنما تملكهم مع غيرك أنت وغيرك فيهم سواء فالذي بينك وبينهم ليس من ذلك؛ لأن عبدك ليس عبد غيرك^(٣)) ونحوه غيره، ومقابل الأصح ما ذهب إليه ابن الجنيد من نفي الربا إذا أخذ الوالد الفضل دون الولد إلا أن يكون له وارث أو عليه دين، وهو كما ترى! مخالف لإطلاق النصوص والفتاوى، بل هو اجتهاد في مقابلة النص {والأجود اختصاص الحكم بالنسبي مع الأب، فلا يتعدى إليه مع الأم، ولا مع الجد ولو للأب،

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) الربا، ح ٧.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) الربا، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (٧) الربا، ح ٣.

ولا إلى ولد الرضاع، اقتصاراً بالرخصة على مورد اليقين { ولحرمة القياس } مع احتمال التعدي في الأخيرين، لإطلاق اسم الولد عليهما شرعاً لكنه منصرف إلى النكاح ونحوه كالولاية في الجد.

[ولا بين الزوج وزوجته] إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، وللصحيح المتقدم وغيره {دواماً ومتعة على الأظهر} والمشهور، كما عن الكفاية. ولرسل الصدوق قال: (قال الصادق عليه السلام: ليس بين المسلم وبين الذمي ربا، ولا بين المرأة وزوجها ربا)^(١) ونحوه غيره، واسم الزوجة صادق عليهما بعين الصدق.

[ولا بين المسلم والحربي، إذا أخذ المسلم الفضل] إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، ولخبر عمرو بن جميع عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله ﷺ ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا نأخذ منهم ألف درهم بدرهم ونأخذ منهم ولا نعطيهم)^(٢) ونحوه غيره، ولا ينافيه صحيح زرارة المتقدم، لإمكان حمله على أهل الذمة، كما صنع جمع من الأصحاب، بل هو الأشهر بينهم {ولا فرق في الحربي بين المعاهد وغيره، ولا بين كونه في دار الحرب والإسلام} للإطلاق، كما صرح به بعضهم، بل عن ظاهر الخلاف الإجماع عليه.

[ويثبت بينه] {أي بين المسلم} [وبين الذمي] {على الأشهر} بل المشهور نقلاً وتحصيلاً، بل عليه عامة المتأخرين إلا النادر، بل لم أجد فيه خلافاً إلا من المرتضى والمحكي عن ابني بابويه والمفيد والقطيفي مع أنه قال بعض مشايخنا: إني لم أجد له ذكراً في المقنعة، كذا في الجواهر، ومنه يعرف وهن الإجماع المدعى من قبل المرتضى

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٧) الربا، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٧) الربا، ح ٢.

الذي هو مستند هذا القول، ومرسل الفقيه المتقدم ضعيف لا جابر له، مضافاً إلى ما سمعت من حمل ذيل صحيح زرارة المتقدم على أهل الذمة جمعاً بينه وبين ما صرح فيه بالحربي والذي يصلح دليلاً على الحكم.

{وقيل} والقائل المرتضى وابن بابويه والجنيد {لا يثبت كالحربي للرواية} المرسلة المتقدمة {المخصصة له كما خصصت غيره} وهو الحربي {وموضع الخلاف ما إذا أخذ المسلم الفضل، أما إعطاؤه إياه فحرام قطعاً} لعدم وجود المخالف إلا ابن البراج فيما حكى عنه، وضعفه ظاهر، لعدم ما يمكن الاستناد إليه في تخصيص عموم التحريم الثابت بالكتاب والسنة والإجماع، والأجود أن يقال: إن المراد بنفي الربا بين المسلم والحربي عدم حرمة الأخذ من الكافر على خصوص المسلم الذي له التوصل بكل طريق إلى أخذ مال الحربي، لعدم حرمة شرعاً؛ ولأنه هو وماله فيء للمسلم فله الاستيلاء عليه وعلى ماله ونحوهما، لا أن المراد نفيه على نحو نفيه بين الولد والوالد وغيرهما، بل هي معاملة باطلة توجب حرمة الثمن على الكافر ويحرم عليه دفعه، لكن للمسلم أخذه واستيلاؤه عليه استنفاذاً، فتدبر جيداً.

[ولا في القسمة] {لأنها ليست بيعاً} عندنا {ولا معاوضة، بل هي تمييز الحق عن غيره} فلو أخذ أحدهما الفضل جاز، ففي المسالك: دعوى الوفاق عليه، للإطلاقات السالمة عن المعارض، وسيأتي إن شاء الله عز وجل له مزيد تفصيل في كتاب الشركة {ومن جعلها بيعاً مطلقاً، أو مع اشتغالها على الرد أثبت فيها الربا} بلا إشكال بناءً على صحة الجعل [ولا يضر عقد التبن والزوان] {بضم الزاء وكسرهما وبألهمز وعدمه} وهو حب أسود يخالط البر وغيره من الحبوب، كما عن بعض أهل اللغة [اليسير] {في أحد العوضين دون الآخر، أو زيادة عنه؛ لأن ذلك لا يقدر في إطلاق المثلية والمساواة قدرًا} بلا خلاف أجده بيننا، كذا في الجواهر {ولو خرجا عن المعتاد}

بحيث لا يتسامح به عادة {ضراً} لصدق التفاضل {ومثلها يسير التراب وغيره مما لا ينفك الصنف عنه غالباً كالدردي في الدبس والزيت}.

[ويتخلص منه] {أي من الربا إذا أريد بيع أحد الجنسين بالآخر متفاضلاً} [بالضميمة] من غير جنسه {إلى الناقص منها، أو الضميمة إليهما، مع اشتباه الحال، فتكون الضميمة في مقابل الزيادة} اتفاقاً، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا بأس بألف درهم ودرهم بألف درهم ودينارين، إذا دخل فيها ديناران أو أقل أو أكثر فلا بأس به) ^(١) ونحوه غيره [ويجوز بيع مد عجوة ^(٢) ودرهم بمدين، أو درهمين، وبمدين ودرهمين وأمداد ودراهم، ويصرف كل إلى مخالفه] {وإن لم يقصده، وكذا لو ضم غير ربوي} كثوب مثلاً {ولا يشترط في الضميمة أن تكون ذات وقع في مقابل الزيادة، فلو ضم ديناراً إلى ألف درهم ثمنناً لألفي درهم جاز} بلا خلاف بيننا في الجميع، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي منه مستفيض جداً إن لم يكن متواتراً، كما في الجواهر {للرواية} الصحيحة عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: (سألتَه عن الصرف فقلت له: الرفقة ربما عجلت فخرجت فلم تقدر على الدمشقية والبصرية، وإنما يجوز نيسابور الدمشقية والبصرية فقال: وما الرفقة؟ فقلت: القوم يترافقون ويجمعون للخروج، فإذا عجلوا فربما لم يقدرُوا على الدمشقية والبصرية، فبعثنا بالغلة فصرفوا ألفاً وخمسين منها بألف من الدمشقية والبصرية، فقال: لا خير في هذا أفلا يجعلون فيها ذهباً لمكان زيادتها فقلت له: أشتري ألف درهم وديناراً

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) الصرف، ح ٤.

(٢) قيل: هو ضرب من أجود التمر يضرب إلى السواد من غرس النبي ' بالمدينة، كذا في مجمع البحرين.

بألفي درهم؟! فقال: لا بأس بذلك إن أبي كان أجراً على أهل المدينة مني، فكان يقول: هذا، فيقولون: إنها هذا الفرار، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم، ولو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار، وكان يقول لهم: نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال^(١) ونحوه غيره {وحصول التفاوت عند المقابلة وتوزيع الثمن عليهما باعتبار القيمة على بعض الوجوه} كما لو بيع مد ودراهم بمدين، والدراهم ثمن لمد ونصف بحسب القيمة الحاضرة {لا يقدر، لحصوله حيثن بالتقسيط، لا بالبيع، فإنه إنما وقع على المجموع بالمجموع، فالتقسيط غير معتبر ولا مفتقر إليه، نعم لو عرض سبب يوجهه كما لو تلف الدرهم المعين قبل القبض أو ظهر مستحقاً وكان في مقابله ما يوجب الزيادة المفضية إلى الربا} كما لو باع درهماً معيناً ومداً بمدين ودرهمين وتلف الدرهم {احتمل بطلان البيع حيثن، للزوم التفاوت في الجنس الواحد} كما لو باع مداً ودرهماً بمدين ودرهمين مثلاً وتلف الدرهم المفروض أنه نصف المبيع، لكون قيمة المد درهماً بطل البيع في نصف الثمن، ويبقى النصف الآخر، وحيث كان منزلاً على الإشاعة كان النصف في كل من الجنسين، فيبقى درهم ومد في مقابل مد فقط، ويلزم الربا فيبطل البيع رأساً. ويشكل: بمنع التحقق الذي لم يبن العقد عليها، وإنما حصلت بالتقسيط {و} يحتمل {البطلان في مخالف التالف خاصة؛ لأن كلاً من الجنسين قد قوبل بمخالفه فإذا بطل بطل ما قوبل به خاصة، وهذا هو الأجود، والموافق لأصول المذهب، والمصحح لأصل البيع} فإن صيانة العقد عن الفساد مع إمكان السبيل إليه متعين، والوجه فيه: أن أجزاء المبيع لما قوبلت بأجزاء الثمن على

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) الصرف، ح ١.

طريق الشيعاء لم يجب أن يقع التقسيط على وجه يلزم معه المحذور {وإلا كان مقتضى المقابلة لزوم الربا من رأس} مع أن الإمامية على خلافه.

[و] {يتخلص من الربا أيضاً} [بأن يبيعه بالمماثل، ويهبه الزائد] في عقد واحد، أو بعد البيع {من غير شرط} {للجهة في عقد البيع؛ لأن الشرط حينئذ زيادة} وإن كانت حكمية كاشتراط الأجل ونحوه، لحرمة الزيادة عينية كانت أم حكمية {في العوض المصاحب له} {أو} [بأن] {يقرض كل منهما صاحبه ويتبارء} {بعد التقابض الموجب لملك كل منهما ما اقترضه وصيرورة عوضه في الذمة، ومثله ما لو وهب كل منهما الآخر عوضه، ولا يقدح في ذلك كله كون هذه العقود غير مقصودة بالذات، مع أن العقود تابعة للقصد؛ لأن قصد التخلص من الربا الذي لا يتم إلا بالقصد إلى بيع صحيح، أو قرض، أو غيرهما كاف في القصد إليها؛ لأن ذلك غاية مترتبة على صحة العقد مقصودة، فيكفي في جعلها غاية} لا سيما مع رضا الشارع بها، بل ومدحها، كما في ذيل صحيح ابن الحجاج المتقدم {إذ لا يعتبر قصد جميع الغايات المترتبة على العقد} فمن اشترى داراً ليؤجرها ويتكسب بها فإن ذلك كاف في الصحة، وإن كانت لشراء الدار غايات أقوى في نظر العقلاء ولم يلتفت إليها.

[ولا يجوز بيع الرطب بالتمر] كما هو المشهور، كما عن التذكرة {للنص المعلن بكونه ينقص إذا جف} في النبوي المشهور بين الخاصة والعامة (أنه سئل ﷺ عن بيع الرطب بالتمر؟ فقال: أينقص إذا جف؟ فقليل له: نعم، فقال: لا إذن)^(١) وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يصلح التمر اليابس بالرطب، من أجل أن

(١) مستدرک الوسائل، باب (١٣) الربا، ح ٢.

التمر يابس والرطب رطب، فإذا ييس نقص ... الحديث^(١) ونحوه غيره [وكذا كل ما ينقص مع الجفاف] كما هو المشهور شهرة عظيمة، كما في الجواهر {كالعنب بالزبيب تعدية للعلة المنصوصة إلى ما يشاركه فيها، وقيل} والقائل المحقق في الشرائع، وغيره {يثبت في الأول} وهو بيع الرطب بالتمر {من غير تعدية رداً لقياس العلة} المنصوصة، وهو خلاف التحقيق {وقيل} والقائل الشيخ في الاستبصار وموضع من المبسوط وابن إدريس {بالجواز في الجميع، رداً لخبر الواحد، واستناداً إلى ما يدل بظاهره على اعتبار المماثلة بين الرطب واليابس} كموثق سماعه قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن العنب بالزبيب؟ قال: لا يصلح إلا مثلاً بمثل، قال: والتمر بالرطب مثلاً بمثل)^(٢) ونحوه غيره {وما اختاره المصنف أقوى} لحجية منصوص العلة عند محققي الأصحاب {وفي الدروس جعل التعدية إلى غير المنصوص أولى} من عدم التعدية؛ لأنه نقل عن ابني الجنيد وحمزة والحسن والعلامة المنع في المنصوص وغيره ثم قال: وهو الأولى.

[ومع اختلاف الجنس] {في العوضين} [يجوز التفاضل نقداً] {إجماعاً} بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم - في حديث - قال: (إذا اختلف الشيئان فلا بأس به مثلين بمثل يداً بيد)^(٣) ونحوه غيره [ونسية] إن كان أحدهما من الأثمان والآخر من العروض، بلا خلاف أجده في جواز التماثل والتفاضل، بل الإجماع بقسميه عليه؛ إذ هو إما نسيئة أو سلم وكلاهما مجمع على جوازه، بل لعلة

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٤) الربا، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٤) الربا، ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (١٣) الربا، ح ١.

من الضروريات المستغني عن الاستناد إلى إطلاق الأدلة ونحوه، كما في الجواهر، وإن كان عرضاً بصرف ف {على الأقوى} كما هو المشهور نقلاً وتحصيلاً، بل عليه عامة المتأخرين، كذا في الجواهر، لإطلاق قوله ﷺ: ﴿أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١) و {للأصل} وهو الجواز إلى أن يثبت الناقل {و} إطلاق {الأخبار} المستفيضة، كصحيح سليمان بن خالد - في حديث - (أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يسلم في غير نخل ولا زرع؟ قال: يسمى شيئاً مسمى إلى أجل مسمى)^(٢) وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا بأس بمعاوضة المتاع ما لم يكن كيلاً ولا وزناً)^(٣) ونحوهما غيرها.

{واستند المانع} وهم بنوا أبي عقيل والجنيد والبراج، والشيخ المفيد وسالار {إلى خبر دل بظاهره على الكراهة ونحن نقول بها} وهو صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شيء من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يداً بيد، فأما نظرة فلا يصلح)^(٤) حيث ادعي ظهوره في الكراهة ولو للشهرة على ذلك، أو جمعاً بينه وبين ما تقدم، ولذا صرح بها هنا غير واحد من الأصحاب، بل في الغنية الإجماع عليها، وهو دليل آخر على المطلوب.

[ولا عبرة بالأجزاء المائية في الخبز، والخل، والدقيق] المعجون أو الموضوع في مكان رطب فاكتسبها {بحيث يجهل مقداره في كل من العوضين الموجب لجهالة مقدارهما} بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا، كذا في الجواهر، لإطلاق الأدلة {وكذا لو كانت مفقودة من أحدهما كالخبز اليابس واللين، لإطلاق الحقيقة عليهما}

(١) سورة البقرة، آية (٢٧٥).

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١) السلف، ح ٥.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (١٧) الربا، ح ٣.

(٤) الوسائل، ج ١٨، باب (١٣) الربا، ح ٢.

عرفاً وصدقها عليهما بعين الصدق في الآخر {مع كون الرطوبة يسيرة غير مقصودة، كقليل الزوان والتبن في الحنطة} [إلا أن يظهر ذلك للحس ظهوراً بيناً] {بحيث يظهر التفاوت بينهما فيمنع} لتحقيق التفاضل في الجنس الواحد الذي هو من الربا المحرم قطعاً {مع احتمال عدم منعه مطلقاً} وإن ظهر ذلك للحس {كما أطلقه في الدروس وغيره، لبقاء الاسم الذي يترتب عليه تساوي الجنسين عرفاً} لكنه كما ترى! مخالف للاحتياط.

[ولا يباع اللحم بالحيوان مع التماثل كلحم الغنم بالشاة] {إن كان مذبوحاً} على المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً، كذا في الجواهر. بل في المختلف: لم نقف فيه على مخالف منا غير ابن إدريس فجوز، بل عن الخلاف والغنية الإجماع عليه، ولموثق غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام: (أن علياً عليه السلام كره بيع اللحم بالحيوان)^(١) ونحوه غيره، وبضميمة ما أثر عنه عليه السلام من (أنه لا يكره الحلال) فيكون المقصود بالكراهة هنا الحرمة {لأنه في قوة اللحم فلا بد من تحقق المساواة، ولو كان حياً فالجواز قوي؛ لأنه حيثنذ غير مقدر بالوزن} مضافاً إلى أنه مقتضى الجمع بين ما دل على الحرمة كالصحيح، والإجماع المتقدمين، وبين إطلاقات الحل والجواز، فيحمل الأول على ما إذا كان مذبوحاً، لتحقيق شرط الربا فيه وهو الوزن، والثاني على الحي، لفقد شرطه [ويجوز] {بيعه به} {مع الاختلاف} {قطعاً، لانتفاء المانع} لكونهما من جنسين {مع وجود المصحح} وهو إطلاقات حلية البيع، وهو المشهور بين المتأخرين، بل في الغنية والتنقيح الإجماع عليه، كما في الجواهر.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) الربا، ح ١.

[الفصل التاسع]: [في الخيار]

وهو لغة المشيئة والاختيار، وشرعاً التسلط على إمضاء العقد وإزالته بعد وقوعه مدة معلومة لعلّة فيه.

[وهو أربعة عشر قسمًا] {وجمعه بهذا القدر من خواص الكتاب} حيث ذكر بعضهم خمسة، وآخر سبعة، وثالث ثمانية وليس ذلك خلافاً، بل هو مجرد جمع واستقصاء.

[الأول: خيار المجلس] {أضافه إلى موضع الجلوس مع كونه غير معتبر في ثبوته} لا نصاً ولا فتوى {وإنما المعتبر عدم التفرق} بين المتابعين، كما هو صريح النصوص الآتية، وسمي بذلك {إما تجوزاً في إطلاق بعض أفراد الحقيقة} وهو أظهرها على العام {أو حقيقة عرفية} شاعت بين الفقهاء [وهو مختص بالبيع بأنواعه] عند علمائنا، كما في محكي التذكرة، بل عن الغنية الإجماع عليه، كذا في المكاسب. ولصراحة النصوص باختصاصه في البيع كقوله عليه السلام في الصحيح الآتي: (البيعان بالخيار) وبها يخرج عن عموم أصالة اللزوم في البيع، ولا يتعدى إلى غيره {ولا يثبت في غيره من عقود المعاوضات} اللازمة والجائزة كالإجارة والعارية وغيرهما {وإن قام مقامه كالصلح} والهبة المشروطة بالعوض ونحوهما {ويثبت للمتابعين} مطلقاً سواء كانا مالكين أم وكيلين أم وليين أم مختلفين، بعد تحقق الإيجاب والقبول منهما؛ لأن ظاهر النصوص كون البيع علة تامة في ثبوته {ما لم يفترقا} إجماعاً منا بقسميه، كذا في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله):

البيعان بالخيار حتى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام^(١) ونحوه غيره، وهو متواتر، ولا ينافيه خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي بن الحسين قال: (قال علي بن الحسين: إذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يفترقا)^(٢) لضعفه في نفسه، فإما أن يطرح أو يحمل على اشتراط السقوط، أو التقية.

[ولا يزول بالحائل] {بينهما، غليظاً كان أم رقيقاً، مانعاً من الاجتماع أم غير مانع، لعدم صدق التفرق} بلا خلاف أجده بيننا وبين غيرنا، كذا في الجواهر. عدا بعض الشافعية [ولا بمفارقة] {كل واحد منهما} [المجلس مصطحين] {وإن طال الزمان ما لم يتباعد ما بينهما عنه حالة العقد} لصدق الافتراق {وأولى بعدم زواله لو تقاربا عنه} لصدق عدم الافتراق حينئذ.

[ويسقط باشتراط سقوطه في العقد] اعلم أن الشرط الذي يقع في عقد ينقسم إلى قسمين: أما الأول فيسمى شرط الفعل: وهو بأن يشترط أحد المتعاقدين فعلاً من الأفعال كأن يقول له: بعتك فرسي هذا بدينار على أن تحيط ثوبي، فهذا النحو من الشرط لا مانع منه عقلاً ولا شرعاً، بل هو داخل تحت عموم (المؤمنون عند شروطهم) وأما القسم الثاني فيسمى شرط النتيجة: وهو يقع على نحوين فتارة يشترط إسقاط حق يقتضيه العقد، وأخرى اشتراط ما هو نتيجة عقد، فالثاني كاشتراط الحرية أو الطلاق كأن يقول: بعتك فرسي هذا بدينار على أن يكون عبدك حراً، أو زوجتك طالقاً، وهذا لا يصح شرعاً؛ لأن نتائج العقود تابعة لأسبابها الشرعية وليس منها الاشتراط، وأما الأول فإن كان ينافي مقتضى العقد كأن يقول

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١) الخيار، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١) الخيار، ح ٧.

له: بعتك فرسي هذا بدينار بشرط أن لا تملكه فهذا النحو من الشرط باطل، لاستلزامه التناقض؛ لأنه يلتزم في وقت واحد بمقتضى العقد وهو التمليك، وبمقتضى الشرط وهو عدمه، وأما اشتراط إسقاط الحق وإن كان من نتائج العقد كخيار المجلس فإنه حق يترتب على عقد البيع فلا مانع منه؛ لأن لكل ذي حق إسقاط حقه، ولكن الإسقاط فعل أيضاً، فلا بد أن يعبر بالسقوط {عنهما، أو عن أحدهما بحسب الشرط} بلا خلاف أجده فيه، بل في الغنية الإجماع عليه، كذا في الجواهر، لأصالة اللزوم مع الشك في تناول الأدلة له كعموم الأمر بالوفاء بالعقود، و(المؤمنون عند شروطهم).

[و] كذا يسقط [بإسقاطه بعده] {بأن يقولوا: أسقطنا الخيار، أو أوجبنا البيع، أو التزمناه، أو اخترناه، أو ما أدى ذلك} مما يدل على اختيار لزوم العقد والرضا به، وفي الجواهر: السقوط بذلك مما لا خلاف فيه، بل في الغنية والتذكرة ومحكي الخلاف الإجماع عليه، ضرورة معلومية كون الخيار مما يسقط بالإسقاط؛ لأنه حق من الحقوق ولكل ذي حق إسقاط حقه، ولو بالفعل كالتصرف الناقل، فضلاً عن التصريح بإسقاطه باللفظ.

[وبمفارقة أحدهما صاحبه] إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: (إن أبي عليه السلام اشترى أرضاً يقال لها: العريض، فلما استوجبها قام فمضى، فقلت له: يا أبا عبد الله عليه السلام عجلت القيام، فقال: يا بني أردت أن يجب البيع)^(١) ونحوه غيره، وتحقق المفارقة ببيع أحدهما عن الآخر {ولو بخطوة اختياراً} بلا خلاف يعتد به أجده فيه، كذا في الجواهر، لعدم تحديدها شرعاً فتصدق

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢) الخيار، ح ١.

بمسماها العرفي، ولا تتحدد بالخطوة، كما لا يخفى {فلو أكرها أو أحدهما عليه لم يسقط، مع منعها من التخايير} بمعنى عدم تمكينه من الاختيار للخيار، كما لو قبض على فمه وأخرجه من مجلس العقد، أو نحو ذلك، بلا خلاف أجده، بل في الغنية وعن تعليق الشرائع الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح فضيل عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (قلت له: ما الشرط في غير الحيوان؟ قال: البيعان بالخيار ما لم يفترقا، فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما)^(١) لو أريد من بعد الرضا الإكراه، كما هو غير بعيد، مضافاً إلى تبادل الاختيار من النصوص، وحديث رفع الإكراه {فإذا زال الإكراه فلهما الخيار في مجلس الزوال} مادام لم يفترقا، لأصالة بقاءه {ولو لم يمنعا من التخايير لزم العقد} لفرض إمكان الاختيار مع تحقق الافتراق الموجب لسقوطه إجماعاً [ولو التزم به أحدهما سقط خياره خاصة} بمقتضى الالتزام {إذ لا ارتباط لحق أحدهما بالآخر} إذ التثنية في الصحيح المتقدم لا تقتضي الارتباط، للقطع بإرادة ثبوته لكل منهما.

[ولو فسخ أحدهما وأجاز الآخر قدم الفاسخ] وهذه قاعدة مطردة في جميع المقامات وذلك؛ لأن المجيز إذا تقدم يكون اللزوم من جانبه فقط وإن تأخر فلا عقد، حيث إنه قد حل العقد من أساسه بالفسخ {وإن تأخر عن الإجازة؛ لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ دون الإجازة} وهي هنا الإمضاء واللزوم {لأصالتها} حيث إنها لازمة بأصل العقد فيستصحب بقاؤها إلى أن يثبت الرافع [وكذا] {يقدم الفاسخ على المجيز} [في كل خيار مشترك] {لاشتراك الجميع في العلة التي أشرنا إليها} وهي كون إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ [ولو خيره

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١) الخيار، ح ٣.

فسكت فخيرهما باقٍ] {أما الساكت فظاهر} إجماعاً، كذا في الجواهر، ولأصالة بقاءه، ولأن السكوت أعم من الرضا {إذا لم يحصل منه ما يدل على سقوط الخيار، وأما المخير؛ فلأن تخييره صاحبه أعم من اختياره العقد فلا يدل عليه} بإحدى الدلالات.

{وقيل} ولم يعرف القائل وإن نسب إلى الشيخ إلا أن المحكي خلافه عن المبسوط والخلاف {يسقط خياره استناداً إلى رواية لم تثبت عندنا} لأنها لم ترد من طرقنا، وهي قوله ﷺ: (البيعان بالخيار ما لم يفترقا، أو يقل لصاحبه اختر)^(١) مع أن مقتضاها سقوط خيارهما معاً، كما لو افترق أحدهما وهو خارج عن محل الكلام، ثم إن المصنف لم يذكر أن من مسقطات الخيار التصرف بالمبيع كإتلافه بالأكل وما شاكله، أو بنقله بيع أو وقف أو تحرير، وهو المحكي عن الشيخ في المبسوط والعلامة في التذكرة ونسب إلى جميع من تأخر عنه، وفي المكاسب: بل ربما يدعى إطباقهم عليه، ولمكاتبة الصفار - الصحيحة - إلى أبي محمد عليه السلام (في الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ، ألّه أن يردّها في الثلاثة الأيام التي فيها الخيار بعد الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السلام: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله)^(٢) ولا فرق بين كثير من الخيارات في هذا الحكم؛ لأنها من سنخ واحد.

(١) مستدرک الوسائل، باب (٢) الخيار، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٤) الخيار، ح ٢.

[الثاني: خيار الحيوان] الذي هو في الجملة إجماعي، بل ضروري عند علماء المذهب، كذا في الجواهر {وهو ثابت للمشتري خاصة على المشهور} بل في المكاسب: لا خلاف بين الإمامية في ثبوت الخيار للمشتري. وعن الغنية وظاهر الدروس الإجماع عليه، اقتصاراً فيما خالف الأصل وعمومات الكتاب والسنة الدالة على لزوم على المجمع عليه بين الطائفة، ولصحيح علي بن رثاب قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار، للمشتري أو للبائع، أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظرة، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء... الحديث^(١)) ونحوه غيره، وهو مستفيض.

{وقيل} والقائل السيدان المرتضى وابن طاووس يثبت {لهما وبه رواية صحيحة} عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا)^(٢) وهي قاصرة عن معارضة ما ورد من التخصيص بالمشتري؛ لأنها أكثر عدداً مع اعتضاها بالشهرة، وقد حملها العلامة على بيع الحيوان بالحيوان كما سيأتي.

{ولو كان حيواناً بحيوان قوي ثبوته لهما} وكأنه استناداً إلى الحكمة في أصل الخيار، وهي أن الحيوان يشتمل على أمور باطنة لا تظهر غالباً إلا بالتروي والاختبار مدة من الزمن، وهي حاصلة هنا، لكنه كما ترى! لأنها مستنبطة فلا اعتبار بها، نعم يتعين ذلك لو صدق على كل منهما أنه مشتري، لما تقدم من

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) الخيار، ح ٩.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) الخيار، ح ٣.

اختصاصه به نصاً وفتوى، والأمر هنا ليس كذلك؛ لأن البائع يبقى بائعاً وإن كان المثلن حيواناً، ومنه يعرف ضعف ما احتمله العلامة، وأيده الشارح في قوله {كما يقوى ثبوته للبائع وحده لو كان الثمن خاصة - وهو ما قرن بالباء - حيواناً}.

{ومدة هذا الخيار} [ثلاثة أيام] على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، كذا في الجواهر، بل في ظاهر الانتصار والتذكرة ومحكي الخلاف والتحرير وصريح السرائر الإجماع عليه، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (وقال: في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري وهو بالخيار فيها اشترط أو لم يشترط)^(١) ونحوه غيره، وهو متواتر، خلافاً لابني إدريس وزهرة والتقي حيث جعلوها في الأمة مدة استبرائها وقد ادعوا عليه الإجماع، ويشكل: بأنه موهون، لكثرة المخالف، مع معارضته لإجماع السيد وغيره، مضافاً إلى أنه اجتهد في مقابلة النص [مبدؤها من حين العقد] {على الأقوى} كما هو صريح جمع، لتبادر الاتصال من النصوص.

{ولا يقدر اجتماع خيارين فصاعداً} لأن الأسباب الشرعية معارفات وليست عللاً تامة، مع أن الخيار في الحقيقة واحد بالذات مختلف بالاعتبار، وإنما يثبت من جهتين مختلفتين فليس هما متماثلان ليمتنع اجتماعهما {وقيل} والقائل الشيخ: يبتدى {من حين التفرق بناء على حصول الملك به} وانقضاء الخيار، حذراً من اجتماع السببين، وقد عرفت ما فيه.

[ويسقط باسقاط سقوطه] {في العقد} [أو إسقاطه بعد العقد] {كما تقدم} الكلام فيه مفصلاً في خيار المجلس [أو تصرفه] {أي تصرف ذي الخيار سواء كان

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) الخيار، ح ٤.

لازماً كالبيع أم لم يكن كالهبة قبل القبض، بل مطلق الانتفاع كركوب الدابة ولو في طريق الرد، ونعلها وحلب ما يحلب، ولبس الثوب، وقصارتها، وسكنى الدار؛ إن كانت مثل هذه الأمور ثمناء، وإلا فلا ارتباط لها بخيار الحيوان، وفي بعض الحواشي قد ضرب عليها، وهو أقرب، كما هو صريح جمع من الأصحاب، بل لا خلاف فيه يعرف بينهم بين التصرف الناقل وغيره، كذا في الجواهر، ولمكاتبة الصفار الصحيحة المتقدمة في خيار المجلس، وصحيح علي بن رئاب قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية لمن الخيار؟ فقال: الخيار لمن اشترى - إلى أن قال - : قلت له: أرايت إن قبّلها المشتري أو لامس؟ قال: فقال: إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته^(١) ونحوه غيره، وبها ذكره الشارح من التصرفات - على ما فسرناه - يصدق الحدث في مكاتبة الصفار المتقدمة.

{ولو قصد به الاستخبار ولم يجاوز مقدار الحاجة ففي منعه من الرد وجهان} من صدق الحدث عليه، ومن أن الظاهر من النصوص أنه ليس مطلق الحدث موجب للمنع، وإنما التصرف الذي يدل على الالتزام بالعقد عرفاً، وهو الأجود {أما مجرد سوق الدابة إلى منزله فإن كان قريباً بحيث لا يعد تصرفاً عرفاً فلا أثر له، وإن كان بعيداً مفرداً احتمال قوياً منعه} ويشكل: بأن طول الطريق وقصره لا دخل له بصدق التصرف الدال على الالتزام بالعقد عرفاً {وبالجملة فكل ما يعد تصرفاً} وحدثاً دالاً على الالتزام بمضمون العقد {عرفاً يمنع، وإلا فلا}.

[الثالث: خيار الشرط] أعني الثابت بسبب اشتراطه في العقد، ولا خلاف في صحة هذا الشرط، كذا في المكاسب. وبالضرورة بين علماء المذهب، كذا في الجواهر. ولعموم صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز)^(١) ونحوه غيره، وهو مستفيض [وهو بحسب الشرط إذا كان الأجل مضبوطاً] ولذا لا يجوز ما يحتمل الزيادة والنقصان، كقدوم الحاج ونحوه، ففي الجواهر: قولاً واحداً، وفي المكاسب: بطل بلا خلاف، بل حكي الإجماع عليه صريحاً. للغرر المنهي عنه، حتى في الثمن؛ لأنه له قسطاً منه سواء كان {متصلاً بالعقد أم منفصلاً} ففي محكي التذكرة: لو شرط خيار الغد صح عندنا، لعموم أدلة الشرط {فلو كان منفصلاً صار العقد جائزاً بعد لزومه مع تأخره عن المجلس} وكذا بعد الثلاثة في الحيوان.

[ويجوز اشتراطه لأحدهما ولكل منهما، ولأجنبي عنهما، أو عن أحدهما] {ولأجنبي مع أحدهما عنه، وعن الآخر، ومعهما} مع التعيين وإلا لم يجز، للغرر، بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه، للعموم، كذا في الجواهر. فإن اتحد ذو الخيار فالأمر إليه، وإلا قدم الفاسخ ولو أجنبياً، لعدم معارضة اختيار اللزوم له، كما تقدم {واشترط الأجنبي تحكيم لا توكيل} بدعوى: كونه نائباً عنه في الاختيار، فإذا ثبت للنائب يثبت للمنوب عنه بالأولوية، لكنها مدفوعة: بأن الشرط لم يتناوله كما لو شرطاه لأحدهما، كما وأنه لا يسقط بالموت أو الإسقاط {فلا اختيار له} أي أحد المتعاقدين {معه} أي الأجنبي الذي جعل له الخيار.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) الخيار، ح ٢.

[و] كذا يجوز [اشتراط المؤامرة] أي الاستئثار، بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولعموم (المؤمنون عند شروطهم) {وهي مفاعلة من الأمر بمعنى اشتراطهما أو أحدهما استثمار من سميائه والرجوع إلى أمره مدة مضبوطة} كما هو صريح جمع وظاهر آخرين، تحرزاً من الغرر، خلافاً للمحكي عن المبسوط والخلاف من أنه مع عدم التحديد يبنى على التأييد. وهو كما ترى! إذ لا دليل عليه {فيلزم العقد من جهتهما ويتوقف على أمره، فإن أمر بالفسخ جاز للمشروط له استثماره الفسخ والظاهر أنه لا يتعين عليه؛ لأن الشرط مجرد استثماره، لا التزام قوله، وإن أمره بالالتزام لم يكن له الفسخ قطعاً، وإن كان الفسخ أصلح عملاً بالشرط؛ ولأنه لم يجعل لنفسه خياراً، فالحاصل: أن الفسخ يتوقف على أمره؛ لأنه على خلاف مقتضى العقد، فيرجع إلى الشرط، وأما الالتزام بالعقد فلا يتوقف {على أمره، بل حتى لو سكت؛ لأن مقتضى العقد اللزوم.

{وظاهر معنى المؤامرة وكلام الأصحاب: أن المستأمر بفتح الميم ليس له الفسخ ولا الالتزام، وإنما إليه الأمر والرأي خاصة} وهو معنى جعل الخيار له {فقول المصنف ~~هـ~~} {فإن قال المستأمر: فسخت أو أجزت فذاك، وإن سكت فالأقرب اللزوم، ولا يلزم} {المستأمر} [الاختيار] {إن قرئ المستأمر بالفتح مبنياً للمجهول: أشكل بما ذكرنا} من أن المستأمر ليس له الفسخ ولا الالتزام {وإن قرأ بالكسر - مبنياً للفاعل - بمعنى المشروط له المؤامرة لغيره، فمعناه: إن قال: فسخت بعد أمره بالفسخ، أو أجزت بعد أمره له بالإجازة لزم} مقتضى قوله {وإن سكت ولم يلتزم ولم يفسخ سواء فعل ذلك بغير استثمار أم بعده ولم يفعل مقتضاه لزم، لما بيناه من أنه لا يجب عليه امتثال الأمر وإنما يتوقف فسخه على موافقة الأمر، وهذا الاحتمال أنسب بالحكم، لكن دلالة ظاهر العبارة على الأول أرجح، خصوصاً بقرينة قوله: (ولا يلزم الاختيار) فإن

اللزوم المنفي ليس إلاّ عمن جعل له المؤامرة، وقوله {وكذا كل من جعل له الخيار} {فإن المجعول له هنا الخيار} مكان المؤامرة {هو الأجنبي المستشار، لا المشروط له، إلاّ أن للمشروط له حظاً من الخيار عند أمر الأجنبي له بالفسخ}.

{وكيف كان} مراد المصنف {فالأقوى أن المستأمر بالفتح ليس له الفسخ ولا الإجازة، وإنما إليه الأمر، وحكم امتثاله ما فصلناه، وعلى هذا فالفرق بين اشتراط المؤامرة لأجنبي، وجعل الخيار له واضح؛ لأن الغرض من المؤامرة الانتهاء إلى أمره، لا جعل الخيار له، بخلاف من جعل له الخيار، وعلى الأول} أي إرادة المستأمر بالفتح {يشكل الفرق بين المؤامرة، وشرط الخيار} وذلك؛ لأن كلاّ منهما يلزم الأخذ بقوله فلا يبقى فرق بين من شرط له الخيار ومن شرطت له المؤامرة {والمراد بقوله: وكذا كل من جعل له الخيار، إنه إن فسخ أو أجاز نفذ، وإن سكت إلى أن انقضت مدة الخيار لزم البيع، كما أن المستأمر لو سكت عن الأمر، أو المستأمر بالكسر لو سكت عن الاستئثار لزم العقد؛ لأن الأصل فيه اللزوم إلاّ بأمر خارج وهو منتف} [ويجب اشتراط مدة المؤامرة] {بوجه منضبط حذراً من الغرر، خلافاً للشيخ حيث جوز الإطلاق} المنصرف إلى التأييد مدعياً فيه النص والإجماع، ولكن لم يثبت شيء منهما.

[الرابع: خيار التأخير] {أي تأخير إقباض الثمن والمثمن} [عن ثلاثة] {أيام} [في من باع ولا قبض] {الثمن} [ولا أقبض] {المبيع} [ولا شرط التأخير] {أي تأخير الإقباض والقبض} وإن كان نسيئة أو سلفاً {فللبائع الخيار بعد الثلاثة في الفسخ} بلا خلاف محقق معتد به أجده فيه، بل حكى الإجماع عليه مستفيضاً أو متواتراً، كذا في الجواهر، ولصحيح علي بن يقطين (أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن، قال: فإن الأجل بينهما ثلاثة أيام، فإن قبض

بيعه وإلا فلا بيع بينهما^(١) ونحوه غيره، وهو مستفيض، ولا ينافيه ما في صحيحه الآخر قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جارية وقال: أجبئك بالثمن؟ فقال: إن جاء فيما بينه وبين شهر فلا بيع له)^(٢) فإنه محمول على الاستحباب بالنسبة للبائع؛ لأن المعتبر ثلاثة أيام، لما مضى في خيار الحيوان وهنا، كما ذكره الشيخ.

[وقبض البعض كلا قبض] بلا خلاف ظاهر {لصدق عدم قبض الثمن وإقباض المثلن مجتمعاً} مع إقباض بعض الثمن {ومنفرداً} لأن البائع أقبض جميع المثلن ولم يقبض إلا بعض الثمن، ولصحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: (اشترت محملاً فأعطيت بعض ثمنه وتركته عند صاحبه، ثم احتبست أياماً، ثم جئت إلى بائع المحمل لأخذه، فقال: قد بعته، فضحكت ثم قلت: لا والله لا أدعك أو أقاضيك، فقال لي: ترضى بأبي بكر بن عياش؟ قلت: نعم، فأتيته فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تريد أن أقضي بينكما؟ أبقول صاحبك أو غيره؟ قال: قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثلث ما بينه وبين الثلاثة أيام وإلا فلا بيع له)^(٣).

{ولو قبض الجميع، أو أقبضه فلا خيار وإن عاد إليه بعده، وشرط القبض المانع} من الخيار {كونه بإذن المالك} وليس مجرد القبض كيف كان ولو بفعل الغير {فلا أثر لما يقع بدونه، وكذا} يثبت الخيار {لو ظهر الثمن مستحقاً أو بعضه} لصدق عدم قبض الثمن وهو شرط ثبوت الخيار {ولا يسقط بمطالبة البائع بالثلث بعد الثلاثة وإن كان} يصلح {قرينة الرضا بالعقد} لأعميتها من الدلالة القاطعة، واستصحاباً

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٩) الخيار، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٩) الخيار، ح ٦.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (٩) الخيار، ح ٢.

لثبوت الخيار، خلافاً للشيخ وابن إدريس والديلمي بدعوى دلالة المطالبة على الالتزام، وقد عرفت ما فيه {ولو بذل المشتري الثمن بعدها قبل الفسخ، ففي سقوط الخيار وجهان: منشؤهما الاستصحاب} لثبوت الخيار قبل الفسخ {وزوال الضرر} ببذل الثمن، أجودهما الأول، لاعتضاده بإطلاق الأدلة، وكون الضرر هو العلة في ثبوته محل تأمل، بل منع؛ لأنه من العلة المستنبطة.

[وتلفه] {أي المبيع} {من البائع مطلقاً} {في الثلاثة وبعدها} بلا خلاف فيه في الثاني، بل حكي الإجماع مستفيضاً أو متوتراً عليه، كذا في الجواهر. وأما الأول: فقد حكي عن المفيد والمرضى وسلار والمصنف وغيرهم {لأنه غير مقبوض، و} لقاعدة {كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه} الثابتة بالإجماع، والنصوص المستفيضة، كصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (وإن كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري قبل أن يمضي الشرط فهو من مال البائع)^(١) {ونبه بالإطلاق على خلاف بعض الأصحاب} وهم المفيد والسيدان وسلار {حيث زعم بأن تلفه في الثلاثة من المشتري، لانتقال المبيع إليه، وكون التأخير لمصلحته، وهو غير مسموع في مقابلة القاعدة الكلية الثابتة بالنص} الصحيح عن ابن سنان المتقدم وغيره {والإجماع} القطعي، وعمل الأصحاب.

[الخامس: خيار ما يفسد ليومه، وهو ثابت بعد دخول الليل] {هذا هو الموافق لمدلول الرواية} عن ابن رباط عمن رواه عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (العهد فيما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم إلى الليل)^(٢) ونحوه

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٨) الخيار، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) الخيار، ح ٢.

غيره، المنجبرة بعمل الأصحاب، وموافقة الاعتبار، وقاعدة (لا ضرر) {ولكن يشكل: بأن الخيار لدفع الضرر} الذي قد يلحق بالبائع {وإذا توقف ثبوته على دخول الليل مع كون الفساد يحصل في يومه لا يندفع الضرر، وإنما يندفع بالفسخ قبل الفساد، وفرضه المصنف في الدروس خيار ما يفسده المبيت. وهو حسن} لأنه جعل الفساد ناشئاً من بياته، ولذا حكم بثبوت الخيار قبل تحقق الفساد عند أول الليل، وهو {وإن كان فيه خروج عن النص، لتلافيه بخبر الضرر، واستقرب تعديته إلى كل ما يتسارع إليه الفساد عند خوفه، ولا يقيد بالليل، واكتفى في الفساد بنقص الوصف وفوات الرغبة، كما في الخضروات واللحم والعنب وكثير من الفواكه، واستشكل فيما لو استلزم التأخير فوات السوق، فعلى هذا لو كان مما يفسد في يومين تأخر الخيار عن الليل إلى حين خوفه، وهذا كله متجه، وإن خرج عن مدلول النص الدال على هذا الحكم، لقصوره عن إفادة الحكم متناً} لدلالته على ثبوت الخيار بعد تحقق الفساد وهو مما لا معنى له {وسنداً} لإرساله، لكنه منجبر بعمل الأصحاب ولا راد له {وخبر الضرر المتفق عليه يفيد في الجميع} كما تسالمت عليه كلماتهم.

[السادس: خيار الرؤية: وهو ثابت لمن لم ير] {إذا باع أو اشترى} عيناً شخصية من غير مشاهدة رافعة للجهالة والغرر، فإنه لا ريب في صحة هذا البيع نصاً وفتوى، بل في الجواهر: الإجماع بقسميه عليه. ولا ينافيه ما في صحيح عبد الأعلى بن أعين قال: (نبئت عن أبي جعفر عليه السلام أنه كره بيعين: إ طرح وخذ على غير تقليب، وشراء ما لم تر)^(١) بعد حمل الكراهة فيه على عدم اللزوم، كما هو غير بعيد، فإنه محمول على عدم الوصف مطلقاً، أو على وصف لا ترتفع معه الجهالة ولا الغرر،

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٨) الخيار، ح ١.

كـبـعـض الأـحـجار الكـريـمة والـحـيـوانـات {بـالـوصـف} المتـضـمـن لـذـكـر الجـنـس وـهـو: فـي اصـطـلاح الفـقـهـاء الحـقـيـقة النـوعـية، كـالـخـنـطـة أو الإـبـريـسم ونـحوـهـما، وـالـوصـف الدال عـلـى أـفـرـاد ذـلـك النـوع - كـما عـن المـسـالـك - وـظـهـر المـبـيـع عـلـى خـلاـفـه، فـفـي المـكـاسـب: وـيـدـل عـلـيـه قـبـل الإـجـمـاع المـحـقـق وـالمـسـتـفـيـض حـدـيـث نـفـي الضـرـر. وـصـحـيـح جـمـيـل بـن دـراج قـال: (سـالـت أبا عـبـد الله ﷺ عـن رـجـل اشـتـرى ضـيـعة وـكان يـدـخـلـها وـيـخـرج مـنـها، فـلـما نـقـد المـال صـار إـلى الضـيـعة فـقـلـبـها، ثم رـجـع فـاسـتـقـال صـاحـبـه فـلم يـقـلـه، فـقـال أبو عـبـد الله ﷺ: إـنـه لو قـلـب مـنـها ونـظـر إـلى تـسـع وتـسـعـيـن قـطـعة ثم بـقي مـنـها قـطـعة وـلم يـرـها لـكان لـه فـي ذـلـك خـيـار الرـؤـيـة)^(١) وـيـتـوقـف الـاسـتـدلال بـه بـحـمـلـه عـلـى صـورة يـصـح مـعـها بـيـع الضـيـعة: إـمـا بـوصـف القـطـعة غـيـر المـرئـية، أو بـدلالة ما رآه مـنـها عـلـى ما لـم يـره، والأقرب الحـمـل الأول؛ لأنـه أنـسـب بـظـاهـر النـص.

{ولو اشـتـرى بـرؤـيـة قـديـمة فـكـذلـك يـتـخـيـر لو ظـهـر بـخـلاف ما رآه، وكـذا مـن طـرف البـائـع} لو باع اسـتـناداً إـلى رؤـيـة قـديـمة فـاتـفـق أنـه قـد تـغـيـر بـزـيـادة أو نـقـصـان، بـل قـد يـقـال: بأولـويـتـه هـنـا؛ لأن ثـبـوتـه هـنـاك يـمـكـن أن يـكـون مـنـشـؤه اشـتـباه الوـاصـف. وـهـنـا قـد ثـبـت الضـرـر لـكـل مـنـهـما المـشـمـول لـعمـوم رـفـعه {إلا أنه لـيـس مـن أـفـرـاد هـذا القـسـم} مـن الخـيـار {بـقـريـنة قـولـه} الآتـي {وـلا بـد فـيـه مـن ذـكـر الجـنـس: إـلى آخـره. فـإنـه مـقـصـور عـلـى ما لـم يـر أصـلاً؛ إذ لا يـشـتـرط وـصـف ما سـبـقت رؤـيـتـه، وإـنـما يـثـبـت الخـيـار فـيـما لـم يـر} [إذا زاد مـن طـرف البـائـع، أو نـقـص مـن طـرف المـشـتـري] {ولو وـصـف لـهـما} بـواسـطة شـخـص ثـالث {فـزاد ونـقـص بـاعتـبارـيـن} كـما لو وـصـف بـهـما الثـوب بأن طـولـه عـشـرون ذراعاً، وعـرضـه ذراع واحد، فـظـهـر طـولـه خـمـسة عـشـر ذراعاً، وعـرضـه ذراعان {تـخـيـر} كـل

(١) الوـسـائـل، جـ١٨، باب (١٥) الخـيـار، حـ١.

منهما، ففي محكي كشف الغطاء: الإجماع بقسميه عليهما {أو قدم الفاسخ منهما} كما تقدم في خيار المجلس.

{وهل هو على الفور أو التراخي وجهان} من أنه إنما شرع لدفع الضرر عمن له الخيار فيكون فورياً؛ لأن التراخي يوجب الضرر على من ليس له. ولاستصحاب ثبوت الخيار {أجودهما الأول، وهو خيرته في الدروس} وأشهرهما، بل ربما نسب إلى ظاهر الأصحاب، كذا في الجواهر. ويمكن أن يكون مدركه إطلاق صحيح جميل المتقدم حيث لم يصرح فيه بمدة الخيار، والاستصحاب لا يحكم على العموم الزماني المستفاد من لزوم العقد، لكن المعروف بينهم في مثله الرجوع إلى استصحاب حكم المخصص.

[ولابد فيه] {أي في بيع ما يترتب عليه خيار الرؤية، وهو العين الشخصية الغائبة} [من ذكر الجنس، والوصف] {الرافعين للجهالة} [والإشارة إلى معين] ليتشخص بها {فلو انتفى الوصف} الأعم من الجنس {بطل} البيع من أصله، إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر. وللنهي عن بيع الغرر، ولعموم ما دلّ على اعتبار علم البائع والمشتري بالثمن والمثمن {ولو انتفت الإشارة كان المبيع كلياً لا يوجب الخيار} لإمكان تحصيله بنحو يوافق، فيكون مصداقاً له {لو لم يطابق المدفوع، بل عليه إبداله} بلا خلاف يعرف {ولو رأى البعض ووصف الباقي تخير في الجميع مع عدم المطابقة} كما هو ظاهر صحيح جميل المتقدم {وليس له الاقتصار على فسخ ما لم ير؛ لأنه مبيع واحد} فإن اسم الإشارة في الصحيح المذكور - على الظاهر - راجع إلى المجموع، لا خصوص ما لم يره الذي يحصل الضرر فيه بتبعض الصفقة على البائع، وعن بعضهم الإجماع عليه.

[السابع: خيار الغبن] {بسكون الباء، وأصله الخديعة، والمراد هنا: البيع، أو الشراء بغير القيمة} زيادة ونقصاناً بما لا يتسامح فيه عادة [وهو ثابت] {في المشهور لكل من البائع والمشتري} ففي الجواهر: بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له عدا ما يحكى عن المحقق في حلقة درسه، والموجود في كتابه خلاف هذه الحكاية. واستظهره في الدروس من كلام الإسكافي؛ لأن البيع مبني على المغالبة ولا ريب في ضعفه. وفي التذكرة نسبته إلى علمائنا، بل في الغنية: الإجماع عليه. ولعموم حديث الضرار المشهور، وخصوص موثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (غبن المسترسل سحت)^(١) ونحوه غيره [مع الجهالة] بلا خلاف، ويدل عليه الظاهر من قوله في الموثق المتقدم (المسترسل) الذي هو الغافل الجاهل {بالقيمة} [إذا كان الغبن] {وهو الشراء بزيادة عن القيمة، أو البيع بنقصان عنها} [بما لا يتغابن] {أي يتسامح به} {غالباً} {والمراجع فيه إلى العادة، لعدم تقديره شرعاً} وهي تختلف بحسب المكان والزمان والمتبايعين والسلعة.

{وتعتبر القيمة وقت العقد} بلا خلاف ظاهر؛ لأنه وقت ثبوت الخيار {ويرجع فيها إلى البيئة عند الاختلاف} بين المتبايعين {وفي الجهالة إليها، للمطلع على حاله} أي حال مدعي الجهالة {والأقوى قبول قوله فيها بيمينه مع إمكانها في حقه} لأصالة عدم العلم، وكونها كالحمل من الأمور التي تخفى غالباً فلا يطلع عليها إلا من هي به، ومقابله عدم القبول، لأصالة لزوم العقد، ووجوب الوفاء به فيستصحب إلى ثبوت المزيل بالعلم، ويشكل: بأنه ربما تعذر إقامة البيئة ولم يتمكن الخصم من معرفة الحال، فلا يمكنه الحلف على عدمه، فتسقط الدعوى بغير بيئة ولا يمين.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٧) الخيار، ح ١.

{ولا يسقط الخيار ببذل الغابن التفاوت وإن انتفى موجهه} كما هو المشهور، بل قيل: لم يخالف إلا العلامة بدعوى: أن بذل الغابن للتفاوت رافع للضرر الذي هو السبب في ثبوت الخيار، فإذا زال السبب زال الخيار. ويدفعها ثبوت الخيار {استصحاباً لما ثبت قبله} فلا يزول إلا بقاطع {نعم لو اتفقا على إسقاطه بالعوض صحّ كغيره من الخيار} إجماعاً [و] {كذا} [لا يسقط بالتصرف] السابق على ظهور الغبن {سواء كان المتصرف الغابن أم المغبون، وسواء خرج به عن الملك كالبيع، أو منع مانع من رده كالاستيلاد أم لا} استصحاباً لثبوت الخيار، ولحديث الضرار وغيره [إلا أن يكون المغبون المشتري، وقد أخرجه عن ملكه] {فيسقط خياره؛ إذ لا يمكنه رد العين للمنتقلة إليه ليأخذ الثمن، ومثله} في السقوط {ما لو عرض له ما يمنع من الرد شرعاً كالاستيلاد وإن لم يخرج عن الملك. هذا هو المشهور وعليه عمل المصنف في غير الكتاب} [وفيه نظر: للضرر] {على المشتري مع تصرفه فيه على وجه يمنع من رده لو قلنا بسقوط خياره به} {مع الجهل} [بالغبن، أو بالخيار، والضرر منفي بالخبر، بل هو مستند خيار الغبن؛ إذ لا نص فيه بخصوصه] ولكن قد تقدم النص وهو موثق إسحاق {وحيث} [فيمكن الفسخ] {مع تصرفه كذلك} [وإلزامه بالقيمة] {إن كان قيمياً} [أو المثل] {إن كان مثلياً، جمعاً بين الحقين}.

[وكذا لو تلفت العين، أو استولد الأمة] ولا يختص ما ذكره من النظر بالمشتري، كما نبه عليه بقوله {كما يثبت ذلك} أي الإلزام أو الفسخ {لو كان المتصرف المشتري والمغبون البائع، فإنه إذا فسخ ولم يجد العين يرجع إلى المثل أو القيمة، وهذا الاحتمال المذكور في المتن} متوجه، لكن لم أقف على قائل به {وضعه ظاهراً، لأصالة اللزوم في العقد؛ ولأن المعلوم من ثبوت الخيار مادامت العين على ملكه، وقيام قيمة العين مقامها في ذلك مع التصرف فيه بالنحو المذكور محتاج إلى دليل،

وفرق واضح بين المقام وبين الانتقال إلى القيمة لو كان المتصرف غير ذي الخيار، الذي هو تصرف في حق غيره، فيتجه الانتقال إلى القيمة، بخلاف المقام الذي كان التصرف فيه من ذي الحق، فسقوطه في الحقيقة مستند إلى فعله، بخلاف الأول الذي مبناه معلومية عدم سقوط حق شخص بتصرف آخر، بإطلاق الأصحاب - حينئذٍ - عدم السقوط بالتصرف المخرج عن الملك في محله {نعم لو عاد إلى ملكه بفسخ، أو إقالة، أو غيرهما، أو موت الولد جاز له الفسخ} بلا إشكال {إن لم يناف الفورية} اقتصاراً على موضع اليقين، ولاقتضاء التراخي الإضرار بالمردود عليه، لتغير السعر بتغير الزمان غالباً. اللهم إلا أن يقال: إن التراخي مقيد بعدم الضرر، واستصحاب ثبوت الخيار لا رافع له.

{واعلم أن التصرف مع ثبوت الغبن إما أن يكون في المبيع المغبون فيه، أو في ثمنه، أو فيهما، ثم إما أن يخرج عن الملك، أو يمنع من الرد كالاستيلاد، أو يرد على المنفعة خاصة كالإجارة، أو يوجب تغير العين بالزيادة العينية كغرس الأرض، أو الحكمية كقصارة الثوب، أو المشوبة} بالعينية من جهة والحكمية من أخرى {كصبغه، أو نقصان عيب ونحوه، أو بامتزاجها بمثلها بما يوجب الشركة بالمساوي، أو الأجود، أو الأردأ، أو غيرها، أو بهما على وجه الاضمحلال، كالزيت يعمل صابوناً، أو لا يوجب شيئاً من ذلك} كركوب الدابة، ولبس الثوب {ثم إما أن يزول المانع من الرد قبل الحكم ببطلان الخيار، أو بعده، أو لا يزول، والمغبون إما البائع، أو المشتري، أو هما، فهذه جملة أقسام المسألة، ومضروبهما يزيد عن مئتي مسألة وهي مما يعم بها البلوى، وحكمها غير مستوفى في كلامهم، وجملة الكلام فيه}:

{أن المغبون إن كان هو البائع لم يسقط خياره بتصرف المشتري مطلقاً} سواء كان مانعاً من الرد أم لا، استصحاباً لثبوت الخيار {فإن فسخ ووجد العين باقية على ملكه

لم تتغير تغيراً يوجب زيادة القيمة، ولا يمنع من ردها أخذها} لعودها إلى ملكه بالفسخ {وإن وجدها متغيرة بصفة محضة، كالطحن والقصاراة للمشتري أجرة عمله} لأنه عمل محترم، ويشكل: بأن عمله قد وقع في ملكه فلا يستحق عليه عوضاً {ولو زادت قيمة العين بها} كحرث الأرض ورفع الشوائب {شاركه في الزيادة بنسبة القيمة} لأن الزيادة هنا لها مالية فيكون شريكاً بنسبتها {وإن كان صفة من وجه، وعيناً من أخرى كالصبغ صار شريكاً بنسبته كما مرّ} في الفرع المتقدم {وأولى هنا} لكون الزيادة عينية من جهة {ولو كانت الزيادة عيناً محضة كالغرس أخذ المبيع وتخير بين قلع الغرس بالأرث وإبقائه بالأجرة} لأنه مقتضى الجمع بين الحقين {لأنه وضع بحق، ولو رضي ببقائه بها واختار المشتري قلعه، فالظاهر أنه لا أرش له} لأنه هو الذي اختار القلع، بل {وعليه تسوية الحفر حينئذ} لأن التعب جاء من قبله {ولو كان زرعاً وجب إبقاؤه إلى أوان بلوغه بالأجرة} لأن قلعه يوجب تلفه بالمرّة، وهو ضرر منفي.

{وإن وجدها ناقصة أخذها مجانا كذلك إن شاء} لأن النقص إن كان بفعل المشتري فهو واقع في ملكه، وهو تصرف مأذون فيه، فلا يتعقبه ضمان، وإن كان بفعل غيره يأخذ البائع المغبون عينه، ولا شيء على المشتري؛ لأن النقص ليس بفعله، إلا أن يقال: إن النقصان كتلف العين وإتلافها فلو فسخ ووجدتها كذلك رجع بقيمتها فكذا هنا، واحتمال سقوط الخيار مناف لاستصحابه، والعين مضمونة في يد من لا خيار له لذي الخيار {وإن وجدها ممتزجة بغيرها} من جنسها بحيث لا تتميز {فإن كان بمساو، أو أردأ صار شريكاً إن شاء} مع فسخه البيع، كما أن له الرضا بالبيع {وإن كان بأجود ففي سقوط خياره} لأن المشتري أصبح شريكاً في الأجود، فلو فسخ البائع المغبون للزم الضرر على المشتري، لنقص الأجود

بالاختلاط {أو كونه شريكاً بنسبة القيمة} لعدم الفرق بينه وبين المزج بالأردأ، لكن على معنى الشركة في الثمن، لا العين، للزوم الربا في الربوي بناءً على عمومته لكل معاوضة، كما هو المشهور {أو الرجوع للصالح أوجه} لبقاء ماله، وأصالة بقاء الخيار، أوجهها الأخير {ولو مزجها بغير الجنس بحيث لا يتميز فكالمدومة} إن كان المزج مستهلكاً للممتزج بحيث يعد كالتالف فحينئذ يسقط الخيار، ويرجع إلى المثل أو القيمة، أما إذا لم يكن كذلك فالأقوى كونه شريكاً، لعدم تلف ماله بحسب الفرض {وإن وجدها منتقلة عن ملكه بعقد لازم كالبيع والعتق رجع إلى المثل أو القيمة} لأن العين للبائع عند الفسخ، فمع وجودها ترجع إليه، ومع عدمها المسبب بفعل المشتري ثبت في ذمته المثل أو القيمة، لقاعدة (على اليد) {وكذا لو وجدها على ملكه مع عدم إمكان ردها كالمستولدة} لأن المانع الشرعي كالعقلي.

{ثم إن استمر المانع استمر السقوط} لخيار الغبن المستلزم لأخذ العين فقط {وإن زال المانع قبل الحكم بالعوض بأن رجعت إلى ملكه، أو مات الولد} فسخ، و{أخذ العين، مع احتمال العدم، لبطلان حقه بالخروج} عن ملك المشتري، فلو رجعت إليه يشك في رجوع حق البائع إليها، فيستصحب العدم {فلا يعود، ولو كان العود بعد الحكم بالعوض ففي رجوعه وجهان: من بطلان حقه في العين} عند الحكم بالعوض، فإن رجعت فلا يعود حق البائع إليه استصحاباً {وكون العوض للحيلولة} بينه وبين ملكه {وقد زالت} فيرجع بالعين.

{ولو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار ألزم بالفسخ، فإن امتنع فسخه الحاكم، فإن تعذر فسخه المغبون} لإرجاع الحق إلى أهله {وإن وجدها منقولة المنافع جاز له الفسخ، وانتظار انقضاء المدة، وتصير ملكه من حينه} وتظهر الفائدة في ملك ما لا يدخل في ملك المنفعة المنقولة من حمل وثمره واستخدام وعتق ونحوها

{وليس له فسخ الإجارة} اللازمة؛ لأنها فعل المشتري في حال كونها ملكاً له، وهو مأذون فيه، فلا يلزمه الضمان {ولو كان النقل جائزاً كالسكنى المطلقة} غير المقيدة بوقت {فله الفسخ} وإلا فإن كانت مؤقتة فهي لازمة، كما تقدم وعليه فليس له الفسخ {هذا كله إذا لم يكن تصرف في الثمن تصرفاً يمنع من رده، وإلا سقط خياره} لأنه تصرف دال على الرضا بالعقد {كما لو تصرف المشتري في العين} إذا كان هو المغبون، كما تقدم أنه المشهور بين الأصحاب {والاحتمال السابق} الذي ذكره المصنف وتنظر فيه {قائم} هنا أيضاً، ولكن قد سبق ضعفه {فإن قلنا به: دفع مثله، أو قيمته، وإن كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره بتصرف البائع في الثمن مطلقاً} سواء المانع من الرد أم غيره؛ لأن تصرف أحدهما لا يدل على رضا الآخر باستمرار العقد {فيرجع إلى عين الثمن، أو مثله، أو قيمته، وأما تصرفه فيما غبن فيه فإن لم يكن ناقلاً عن الملك على وجه لازم، ولا مانعاً من الرد، ولا منقصاً للعين فله ردها، وفي الناقل والمانع ما تقدم} من سقوط الخيار على المشهور، وتنظر المصنف فيه.

{ولو كان قد زادها فأولى بجوازه} لزيادة العين فمع فسخه يرجع بها مع الزيادة {أو نقصها، أو مزجها، أو آجرها فوجهان: وظاهر كلامهم أنه غير مانع} من الرد فلا يسقط خياره؛ لأنه تصرف مأذون فيه {لكن إن كان النقص من قبله ردها مع الأرض، وإن كان من قبل الله تعالى فالظاهر أنه كذلك} فعليه رد العين وبدل النقص فيها {كما لو تلفت} فيضمن مثلها أو قيمتها {ولو كانت الأرض مغروسة فعليه قلعه من غير أرش إن لم يرض البائع بالأجرة} كما تقدم نظيره {وفي خلطه بالأردأ الأرض} لأن النقص بسببه {وبالأجود إن بذل له بنسبته} مقداره {فقد أنصفه، وإلا فإشكال} ينشأ من أن المزج بالغير موجب لسقوط الخيار؛ لأنه كالتلف، ومن أنه زيادة في العين

وهي موجبة للشركة في القيمة، ومع ذلك فالتأمل في كلامه يقضي بعدم مجامعة بعض ما تقدم فيما إذا كان المغبون البائع أو كليهما.

[الثامن: خيار العيب: وهو] لغةً وعرفاً، بل وشرعاً [كل ما زاد على الخلقة الأصلية] كما تضمنته خبر ابن أبي ليلى عن محمد ابن مسلم قال: (حدثني أبو جعفر عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: كل ما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب... الحديث)^(١) {وهي خلقة أكثر} أفراد {النوع الذي يعتبر فيه ذلك ذاتاً وصفة} {أو نقص} {عنها} {عيناً كان} {الزائد والناقص} {كالإصبع} {زائدة على الخمس، أو ناقصة منها} {أو صفة كالحمى ولو يوماً} {بأن يشتريه فيجده محموراً، أو يحم قبل القبض وإن برىء ليومه، فإن وجد ذلك في المبيع، سواء أنقص قيمته أم زادها} كالجلب الذي هو عيب في العبد، ولكنه موجب لزيادة قيمته {فضلاً عن المساواة} لإطلاق معقدي الإجماع والنصوص.

ولو ظهر ذلك [فللمشتري الخيار مع الجهل] {بالعيب عند الشراء} [بين الرد والأرث] بلا خلاف، بل الإجماع على التخيير بين الرد والأرث، كذا في المكاسب، وهو الحجة، والمستند في التخيير ليس له على إطلاقه مدرك من النصوص سوى المحكي عن الفقه الرضوي - وحاله معلوم عند الأصحاب - قال: (فإن خرج في السلعة عيب، وعلم المشتري فالخيار إليه إن شاء ردّ، وإن شاء أخذه، أو ردّ عليه بالقيمة أرش العيب)^(٢) وظاهره - كما في الحقائق - التخيير بين الرد وأخذه بتمام الثمن وأخذ الأرث، نعم وردت النصوص بالرد مع عدم التصرف، وثبت

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١) أحكام العيوب، ح ١.

(٢) مستدرك الوسائل، باب (١٢) الخيار، تنمة ح ٣.

الأرث معه، كمرسل جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام (في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيباً، فقال: إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب)^(١) ونحوه غيره {وهو جزء من الثمن} وقد تقدم الإشكال فيه {نسبته إليه} [مثل نسبة التفاوت بين القيمتين] كما هو المشهور {فيؤخذ ذلك} [من الثمن] {بأن يقوم المبيع صحيحاً ومعيباً ويؤخذ من الثمن مثل تلك النسبة} فلو قوم الصحيح بمئة، والمعيب بخمسة وسبعين فستكون نسبة العيب ربع القيمة، فلو باعه بثمانين رجع عليه بعشرين {لا} أنه {تفاوت ما بين المعيب والصحيح} كما عن ابن بابويه والشيخ المفيد {لأنه قد يحيط بالثمن، أو يزيد عليه فيلزم أخذه العوض والمعوض} وهو باطل بالضرورة {كما إذا اشتراه بخمسين وقوم معيباً بها، وصحيحاً بمئة أو أزيد، وعلى اعتبار النسبة يرجع في المثال بخمسة وعشرين} لأنها نصف الثمن {وعلى هذا القياس}.

[ولو تعددت القيم] {إما لاختلاف المقومين، أو لاختلاف قيمة ذلك النوع المساوية للمبيع، فإن ذلك قد يتفق نادراً} كما لو تعددت الأسواق واختلفت أسعارها {والأكثر ومنهم المصنف في الدروس عبروا عن ذلك باختلاف المقومين} [أخذت قيمة واحدة متساوية النسبة إلى الجميع] {أي منتزعة منه نسبتها إليه بالسوية} وفاقاً للشيخ المفيد والفاضلين وغيرهم [فمن القيمتين] {يؤخذ} [نصفهما] {ومن} [الثلاث] {ثلثها} [ومن الخمس خمسها] {وهكذا، وضابطه: أخذ قيمة منتزعة من المجموع نسبتها إليه كنسبة الواحد إلى عدد ذلك القيم، وذلك لاتفاء الترجيح،

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) الخيار، ح ٣.

وطريقه أن يجمع القيم الصحيحة على حدة، والمعيبة كذلك، وتنسب إحداها إلى الأخرى، ويأخذ بتلك النسبة، ولا فرق بين اختلاف المقومين في قيمته صحيحاً ومعيباً، وفي إحداهما} كما هو المشهور {وقيل: ينسب معيب كل قيمة إلى صحيحها، ويجمع قدر النسبة ويؤخذ من المجتمع بنسبتها. وهذا الطريق منسوب إلى المصنف، وعبارته هنا وفي الدروس لا تدل عليه، وفي الأكثر يتحد الطريقتان، وقد يختلفان في سير: كما لو قالت إحدى البنتين: إن قيمته اثنا عشر صحيحاً وعشرة معيباً، والأخرى: ثمانية صحيحاً وخمسة معيباً فالتفاوت {بين المشهور {بين القيمتين الصحيحتين ومجموع المعيتين الربع فيرجع ربع الثمن، وهو ثلاثة من اثني عشر لو كان كذلك، وعلى الثاني} وهو المنسوب للمصنف {يؤخذ تفاوت ما بين القيمتين على قول الأولى وهو السدس، وعلى قول الثانية ثلاثة أثمان، ومجموع ذلك من الاثني عشر ستة ونصف، يؤخذ نصفها ثلاثة وربع، فظهر التفاوت} وهو الربع.

{ولو كانت ثلاثاً: فقالت: إحداها كأولى} معيباً بعشرة وصحيحاً باثني عشر {والثانية: عشرة صحيحاً وثمانية معيباً، والثالثة: ثمانية صحيحاً وستة معيباً، فالصحيحة ثلاثون، والمعيبة أربعة وعشرون، والتفاوت بستة وهي الخمس} من الثلاثين، هذا على الأول {وعلى الثاني} وهو قول المصنف {يجمع سدس الثمن وخمسه وربعه، ويؤخذ ثلث المجموع وهو يزيد على الأول بثلث خمس، ولو اتفقت على الصحيحة كاثنى عشر، دون المعيبة، فقالت: إحداها عشرة، والأخرى: ستة، فطريقه تنصيف المعيتين، ونسبة النصف إلى الصحيحة، أو تجمع المعيتان مع تضعيف الصحيحة وأخذ مثل نسبة المجموع إليه وهو الثلث} هذا على الأول {وعلى الثاني يؤخذ من} البينة {الأولى السدس، ومن الثانية النصف، ويؤخذ نصفه وهو الثلث أيضاً، ولو انعكس: بأن اتفقتا على الستة معيباً وقالت إحداها: ثمانية صحيحاً،

وأخرى: عشرة، فإن شئت جمعتها} أي الصحيحتين {وأخذت التفاوت وهو الثلث، أو أخذت نصف الصحيحتين ونسبته إلى المعية وهو الثلث أيضاً، وعلى الثاني يكون التفاوت ربعاً} في البيئة الأولى {وخمسين} وهو قدر التفاوت في البيئة الثانية {فنصفه وهو ثمن وخمس} لأن الثمن نصف الربع، والخمس نصف الخمسين {ينقص عن الثلث بنصف خمس} لأن ثلث الاثني عشر أربعة {وعلى هذا القياس}.

[ويسقط الرد بالتصرف] {في المبيع، سواء كان قبل علمه بالعيب أم بعده} خلافاً للشيخ وجماعة حيث لم يحكموا بالسقوط قبل العلم، لاستصحاب ثبوت الخيار {وسواء كان التصرف ناقلاً للملك أم لا، مغيراً للعين أم لا، عاد إليه بعد خروجه أم لا} عند علمائنا كما عن التذكرة. بل في السرائر الإجماع على أن التصرف يسقط الرد بغير خلاف منهم، ولإطلاق مرسل جميل المتقدم وغيره {وما تقدم في تصرف الحيوان} من أنه لو كان للاختبار أو كان قليلاً جداً فلا أثر له على الأقوى وهو {آت هنا} أيضاً؛ لأنهما من سنخ واحد، لإطلاق قوله عليه السلام في المرسل المتقدم: (إن كان الشيء قائماً بعينه) فهو شامل للتصرفات غير الدالة على الرضا عرفاً كالأمثلة المتقدمة.

[أو حدوث عيب بعد القبض] {مضمون على المشتري} وانتهاء زمن الخيار {سواء كان حدوثه من جهته أم لا} فالمشهور: أنه مانع عن الرد بالعيب السابق، بل عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام وظاهر الغنية الإجماع عليه، كما في المكاسب، والمرسل جميل المتقدم، بتقريب كون الظاهر منه - بقرينة التمثيل لمقابله بمثل القطع أو الخياطة أو الصبغ للثوب - ما يقابل تغير الأوصاف الموجب للنقص الحاصل في البيع، والظاهر من قيام العين: بقاؤها على حالها من غير نقص، وإن كان تبعض صفقة أو شركة أو نحوهما كما سيأتي {واحترزنا بالمضمون عليه عما لو كان حيواناً

وحدث فيه العيب في الثلاثة من غير جهة المشتري، فإنه حينئذٍ لا يمنع من الرد ولا الأرض {بلا خلاف، كذا في المكاسب، بل هو سبب مستقل للرد، أو الأرض {لأنه} حدث في زمن الخيار وهو {مضمون على البائع} ومن ماله، وهو يقتضي ضمانه على الوجه الذي يضمنه قبل القبض، بل قبل العقد {ولو رضي البائع برده مجبوراً بالأرض، أو غير مجبور جاز} للإجماع على ذلك، ولمرسل جميل المتقدم، حيث إن العين لم تكن قائمة بعينها؛ لأن المنع منه إنما كان لأجل حق البائع، وبعد رضاه بسقوط الحق ورجوع المبيع إليه بالأرض أو بدونه انتفى المانع، والمراد بالأرض هنا النقص الحاصل بسبب المشتري غير المضمون على البائع، كما لا يخفى، والمراد بالعيب هنا مجرد النقص.

{وفي حكمه} أي حكم العيب بعد القبض وسقوط الرد {ما لو اشترى صفقة متعدداً وظهر فيه عيب وتلف أحدها} فيتحقق هنا عيب تبعض الصفقة {أو اشترى اثنان صفقة فامتنع أحدهما من الرد} وحينئذٍ يتحقق عيب الشركة {فإن الآخر يمنع منه وله الأرض، وإن أسقطه الآخر، سواء اتحدت العين أم تعددت، اقتسامها أم لا} بلا خلاف، بل صريح بعض الإجماع عليه، كذا في المكاسب، ولمرسل جميل المتقدم المانع عن الرد بالصبغ الموجب للشركة.

{وأولى بالمنع من التفرق} بأن رضي أحدهما بالأرض، أو أسقط أرضه؛ لأن الثابت من الأدلة هنا خيار واحد متقوم باثنين فليس لكل منهما استقلال، ك {الوارث} المتعدد مثل الأولاد الذين يرثون عن أبيهم سلعة ظهر فيها عيب فاختلفوا: فبعضهم رضي بالأرض، والآخر لم يرضوا به فليس لهم الرد {عن واحد؛ لأن التعدد هنا طارئ على العقد، سواء في ذلك خيار العيب وغيره، وكذا الحكم لو اشترى شيئين فصاعداً فظهر في أحدهما عيب فليس له رده، بل ردهما، أو

إمساكهما بأرشد المعيب} لتبعض الصفقة على البائع {وكذا يسقط الرد دون الأرض إذا اشترى من ينعق عليه، لانتعاقه بنفس الملك} كما هو صريح جمع، بل قيل: إنه المشهور؛ لأن العتق لا يقع متزلزلاً، والحر لا يعود رقاً، ففي صحيح أبي بصير وأبي العباس وعبيد كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا ملك الرجل والديه - إلى أن قال - عتقوا جميعاً، ثم قال: ولا يملك أمه من الرضاعة ولا أخته - إلى أن قال - فإنهم إذا ملكن عتقن)^(١) ونحوه غيره {ويمكن رده إلى التصرف} المانع من الرد، وتنزيله منزلة التلف أولى؛ لأن به يسقط الرد ويثبت الأرض {وكذا يسقط الرد بإسقاطه مع اختياره الأرض، أو لا معه} لقاعدة (أن لكل ذي حق إسقاط حقه) [و] {حيث يسقط الرد} [يبقى الأرض] كما هو المشهور، خلافاً لابن حمزة حيث جعل التصرف بعد العلم مانعاً من الأرض كما هو مانع من الرد.

[ويسقطان] {أي الرد والأرض معاً} [بالعلم به] {أي بالعيب} [قبل العقد] بلا خلاف ولا إشكال، كذا في المكاسب؛ لأن الخيار إنما يثبت مع الجهل {فإن قدمه عليه عالماً به رضاً بالمعيب} [و] كذا [بالرضا به بعده] {غير مقيد بالأرض} لما تقدم من أن له ذلك بلا إشكال {وأولى منه إسقاط الخيار} لأن الرضا بالعيب يلزمه إسقاط الحق، وهذا تصريح به [وبالبراءة] {أي براءة البائع} [من العيوب ولو إجمالاً] {كقوله: برئت من جميع العيوب، على أصح القولين} قال في المسالك: وخالف فيه بعض الأصحاب، ولذا قال في المكاسب: إجماعاً في الجملة على الظاهر المصرح به في محكي الخلاف والغنية ونسبه في التذكرة إلى علمائنا أجمع. ولإطلاق مكاتبة جعفر بن عيسى - الحسنة - قال: (كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك المتاع يباع فيمن

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٤) بيع الحيوان، ح ١.

يزيد فينادي عليه المنادي، فإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلى نقد الثمن فربما زهد، فإذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً، وإنه لم يعلم بها، فيقول المنادي: قد برئت منها. فيقول المشتري: لم أسمع البراءة منها. أيصدق فلا يجب عليه الثمن، أم لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب: عليه الثمن^(١) ونحوه غيره، ومقابل الأصح ما حكى في السرائر عن بعض أصحابنا، وعن المختلف نسبته إلى الإسكافي فحكم بأنه لا يبرأ لإجمال العيوب؛ لأنه يبيع مجهول، ويشكل: بإطلاق معاقدة الإجماع والنصوص، حيث لا جهل مع المشاهدة {ولا فرق بين علم البائع والمشتري بالعيوب وجهلها، والتفريق، ولا بين الحيوان وغيره، ولا بين العيوب الباطنة وغيرها، ولا بين الموجودة حالة العقد والمتجددة، حيث تكون مضمونة على البائع} كما في الثلاثة في الحيوان، أو قبل القبض {لأن الخيار بها ثابت بأصل العقد} لا بوجودها، لتكون البراءة مما لم يجب، فإذا كانت كذلك كانت ثابتة وكانت البراءة مما يجب {وإن كان السبب} وهو العيب {حينئذٍ غير مضمون} من حيث عدم وجوده وقت العقد فلا تصح البراءة منه، لعدم وجوبه بالضمان، كل ذلك لإطلاق الأدلة.

[والإباق] {عند البائع} [وعدم الحيض] {ممن شأنها الحيض بحسب سنّها} [عيب] أما الأول فبلا إشكال ولا خلاف، كما في المكاسب، ولصحيح أبي همام قال: (سمعت الرضا عليه السلام يقول: يرد المملوك من أحداث السنة: من الجنون والجذام والبرص، فقلت: كيف يرد من أحداث السنة؟ قال: هذا أول السنة، فإذا اشتريت مملوكاً به شيء من هذه الخصال ما بينك وبين ذي الحجة رددته على صاحبه. فقال

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٨) أحكام العيوب، ح ١.

له محمد بن علي: فالإباق؟ قال: ليس الإباق من ذا إلا أن يقيم البينة أنه كان أبقاً عنده^(١) وأما الثاني فهو كذلك أيضاً، ولصحيح داود بن فرقد قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر، وليس بها حمل؟ فقال: إن كان مثلها تحيض ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه)^(٢).

{ويظهر من العبارة الاكتفاء بوقوع الإباق مرة قبل العقد} لإطلاق صحيح أبي همام المتقدم {وبه صرح بعضهم} كالمحقق في الشرائع والعلامة في التذكرة وغيرهما، بل وفاقاً للأكثر، كما عن الرياض {والأقوى اعتبار اعتياده، وأقل ما يتحقق بمرتين} للشك في صدق الإباق بالمرة الواحدة، ويشكل: بإطلاق الصحيح المتقدم {ولا يشترط إباقه عند المشتري، بل متى تحقق ذلك عند البائع جاز الرد} لثبوت سببه وهو العيب {ولو تجدد عند المشتري في الثلاثة} الخاصة بالحيوان {من غير تصرف} موجب لسقوط الرد {فهو كما لو وقع عند البائع} فيكون سبباً لجواز الرد بلا خلاف ولا إشكال {ولا يعتبر في ثبوت عيب الحيض مضي ستة أشهر، كما ذكره جماعة} منهم ابن إدريس للتقييد به في صحيح ابن فرقد المتقدم، ويشكل: بأن المورد لا يخص الوارد {بل يثبت بمضي مدة تحيض فيها أسنانها في تلك البلاد} لأن عدم الحيض في من شأنها الحيض عيب نوعي يثبت بها ذكر ولا يتقيد بمدة مخصوصة.

[وكذا الثفل] {بضم المثلة، وهو ما استقر تحت المائع من كدرة} [في الزيت] {وشبهه} [غير المعتاد] فهو عيب يثبت به الرد أو الأرش، لكون ذلك مخالفاً لما عليه

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢) أحكام العيوب، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) أحكام العيوب، ح ١.

غالب أفراد الشيء عادة، بلا خلاف ولا إشكال، ولصحيح ميسر عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قلت له: رجل اشترى زق زيت فوجد فيه دردياً قال: فقال: إن كان يعلم أن ذلك يكون في الزيت لم يرده، وإن لم يكن يعلم أن ذلك يكون في الزيت رده على صاحبه)^(١) ونحوه غيره {أما المعتاد منه فليس بعيب، لاقتضاء طبيعة الزيت وشبهه كون ذلك فيه غالباً} فيكون حاله حال المعلوم الذي يسقط معه الرد والأرش، كما هو ظاهر الخبر المتقدم {ولا يشكل صحة البيع مع زيادته عن المعتاد بجهالة قدر المبيع المقصود بالذات فيجهل مقدار ثمنه؛ لأن مثل ذلك غير قادح مع معرفة مقدار الجملة، كما تقدم في نظائره} من جواز بيع ما في الظرف من السمن بظرفه جملة من دون علم تفصيلي بقدر السمن.

[التاسع: خيار التدليس] {وهو تفعيل من الدلس محرراً، وهو الظلمة، كأن المدلس يظلم الأمر ويبهمه حتى يوهم غير الواقع، ومنه اشتراط صفة} مطلقاً {فتفتوت} وهذا هو الفرق بين هذا الخيار وخيار تخلف الشرط {سواء كان من البائع أم من المشتري} [فلو شرط صفة كمال كالبكارة، أو توهمها] {المشتري كمالاً ذاتياً} [كتحميم الوجه، ووصل الشعر] الذي هو تدليس وغش محرم إجماعاً ونصاً [فظهر الخلاف، تخير] {بين الفسخ والإمضاء بالثمن} على المشهور، بل المصرح به في كلماتهم عدم الخلاف، وهو الحجة [ولا أرش] {لاختصاصه بالعيب، والواقع ليس بعيب، بل فوات أمر زائد، ويشكل ذلك في البكارة: من حيث إنها بمقتضى الطبيعة، وفواتها نقص يحدث على الأمة ويؤثر في نقصان القيمة تأثيراً بيناً، ف} يدخل حينئذٍ في خيار العيب و{يتخير بين الرد والأرش، بل يحتمل ثبوتها وإن لم يشترط، لما ذكرناه} من

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٧) أحكام العيوب، ح ١.

كونه مقتضى الطبيعة وفواتها نقص {خصوصاً في الصغيرة التي ليست محل الوطء، فإن أصل الخلقة} عادة {والغالب} وجوداً {متطابقان في مثلها على البكارة، فيكون فواتها عيباً، وهو في الصغيرة قوي، وفي غيرها متجه، إلا أن الغالب لما كان على خلافه في الإماء كانت الثيبوبة فيهن بمنزلة الخلقة الأصلية، وإن كانت عارضة} ولذا ذهب أكثر الأصحاب إلى عدم كونها عيباً، بل في التحرير: لا نعلم فيه خلافاً.

{وإنما يثبت الحكم} بالرد أو القبول {مع العلم بسبق الثيبوبة على البيع بالبينة، أو إقرار البائع، أو قرب زمان الاختبار إلى زمان البيع بحيث لا يمكن تجدد الثيبوبة فيه عادة، وإلا فلا خيار؛ لأنها قد تذهب بالعلة والنزوة وغيرهما} كإدخال الإصبع، أو بسبب الحرقوصة وهي: دويبة تأكل البيض وتدخل في فروج النساء فتأكل بكارتها، كما في الصحاح. ويؤيده التعليل في موثق سماعة قال: (سألته عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدها على ذلك، قال: لا ترد عليه، ولا يوجب عليه شيء، إنه يكون يذهب في حال مرض أو أمر يصيبها)^(١) {نعم لو تجددت في زمن خيار الحيوان، أو خيار الشرط ترتب الحكم} بالضمان على البائع، كما عليه المشهور {ولو انعكس الفرض بأن يشترط الثيبوبة فظهرت بكراً فالأقوى تخيره أيضاً بين الرد والإمسك بغير أرش} بلا خلاف يذكر {لجواز تعلق غرضه بذلك، فلا يقدر فيه كون البكر أتم غالباً} كما عن جمع؛ لأن الخيار هنا ليس من خيار العيب، بل من خيار تخلف الشرط.

[وكذا التصرية] {وهي} لغة {جمع لبن الشاة وما في حكمها} من البقر والإبل {في ضرعها: بتركها بغير حلب، ولا رضاع} كما عن الصحاح، وقريب منه ما عن

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) أحكام العيوب، ح ٢.

النهاية الأثرية {فيظن الجاهل بحالها كثرة ما تحلبه فيرغب في شرائها بزيادة وهو تدليس محرم} لأنه غشّ وحرمة ثابتة بالإجماع والنصوص المستفيضة {وحكمه ثابت} [للشاة] {إجماعاً} ولخبر القاسم بن سلام بإسناد متصل إلى النبي ﷺ أنه قال: (لا تصرّوا الإبل والبقر والغنم، من اشترى مصرى فهو بأخر النظرين إن شاء ردها ورد معها صاعاً تماًراً)^(١) وضعفه منجبر بالإجماع [والبقرة والناقة] {على المشهور، بل قيل: إنه إجماع، فإن ثبت فهو الحجة، وإلا فالمنصوص} من طرق العامة {الشاة} وهو ما تضمنه حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: (ولا تصرّوا الغنم ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن رضيها أمسكها، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر)^(٢) والشهرة جابرة له، والعمل عليه جيد، ومنه تعرف التأمل في قوله {وإلحاق غيرها بها قياس} ولكنه ليس كذلك مع النص المنجبر {إلا أن يعلل بالتدليس العام فيلحقان بها} في الخيار فقط إذا كان اللبن هو المقصود دون بقية الأحكام {وهو متجه} لعدم اقتضاء جملة من الأدلة ذلك {وطرد بعض الأصحاب} وهو ابن الجنيّد {الحكم في سائر الحيوانات حتى الأدمي} لكن ليس هنالك ما يصلح للدلالة عليه من نصّ أو إجماع، ولا تنقيح مناط، بل هو منافٍ للإجماع المحكي عن جمع من الأصحاب في حصر التصرية بالغنم والبقر والإبل {وفي الدروس: إنه ليس بذلك البعيد، للتدليس} لا لخيار التصرية الذي يختص بأحكام خاصة، وهو حسن.

{وتثبت التصرية إن لم يعترف بها البائع، ولم تقم بها البينة} [بعد اختبارها ثلاثة أيام] كما عن جمع من الأساطين؛ لأن الغالب انكشاف حال الحيوان في الثلاثة، ولذا

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٣) الخيار، ح ٢.

(٢) صحيح البخاري، ج ٣، ص (٧١).

جعل الشارع الأقدس الخيار فيها للمشتري إرفاقاً، وإلاّ فقد تعرف قبلها {فإن اتفقت فيها الحلبات عادة، أو زادت اللاحقة فليست مصراة، وإن اختلفت في الثلاثة فكان بعضها ناقصاً عن الأولى نقصاً خارجاً عن العادة، وإن زاد بعدها في الثلاثة يثبت الخيار بعد الثلاثة} لأن الثابت في الثلاثة هو خيار الحيوان ولو من غير تصرية {بلا فصل على الفور} وهو أحوط القولين في المسألة؛ لأنه القدر المتيقن من رفع اليد عن عموم اللزوم في العقد، ولأن التراخي يكون سبباً في تضرر البائع، ومن الواضح جداً عدم جواز دفع الضرر بالضرر {ولو ثبتت بالإقرار، أو البينة جاز الفسخ من حين الثبوت مدة الثلاثة} لم يظهر وجه الفرق بين فورية الخيار بعد الثلاثة في حال ثبوته بالاختبار، وعدمه في حال ثبوته بالإقرار أو البينة، بل على البحث في نظائره أنه على الفور أو التراخي من غير فرق بين الثلاثة وما بعدها؛ لأنه خيار مستقل عن خيار الحيوان.

وإنما يتم ما ذكر {ما لم يتصرف بغير الاختبار بشرط النقصان، فلو تساوت، أو زادت هبة من الله تعالى فالأقوى زواله، ومثله ما لو لم يعلم بالعيب حتى زال} بزوال سببه، خلافاً للشيخ في الخلاف حيث أثبتته، لثبوت سببه، ولعله استصحاباً له. ويشكل: بأنه قد انقطع الاستصحاب بانقطاع السبب [ويرد معها] {إن اختار ردها} [اللبن] {الذي حله منها} مطلقاً {حتى} [المتجدد منه] {بعد العقد} {أو مثله لو تلف} {أما رد الموجود فظاهر؛ لأنه جزء من المبيع، وأما المتجدد؛ فلإطلاق النص} المتقدم بناء على العمل به {بالرد الشامل له، ويشكل: بأنه نداء المبيع الذي هو ملكه، والعقد إنما ينفسخ من حينه فالأقوى عدم رده، واستشكل في الدروس} بقوله: وفي استرجاع اللبن المتجدد إشكال مبني على أن الفسخ يرفع العقد من أصله، أو من حينه، وقطع الشيخ بعدم استرجاعه؛ لأنه حدث في ملكه {ولو لم يتلف اللبن، لكن

تغير في ذاته، أو صفته: بأن عمل جنباً، أو مخيضاً ونحوهما، ففي رده بالأرث إن نقص، أو مجاناً، أو الانتقال إلى بدله أو وجه الأول: وجود عين مال البائع، ومعه فيلزم الرد، ومع نقصه يرد معه أرشه، ووجه الثاني: أن النقص جاء من جهة البائع؛ لأنه بسبب التصرية التي هي من فعله، ووجه الثالث: عدم وجود نفس العين بحسب الفرض فينتقل إلى بدلها. ولا يخفى عدم الوجه الوجه في الجميع خصوصاً على ما تقدم منه من أنه مال المشتري، ومنه تعرف التأمل في قوله {أجودها الأول}.

{واعلم أن الظاهر من قوله: بعد اختبارها ثلاثة. ثبوت الخيار المستند إلى الاختبار بعد الثلاثة كما ذكرناه سابقاً، وبهذا يظهر الفرق بين مدة التصرية، وخيار الحيوان، فإن الخيار في ثلاثة الحيوان فيها، وفي ثلاثة التصرية بعدها، ولو ثبتت التصرية بعد البيع بالإقرار، أو البينة فالخيار ثلاثة أيام من حين الثبوت {ولا فورية فيها على الأقوى} لأنها ثبتت بدليل مستقل {وهو اختياره في الدروس، ويشكل حينئذٍ الفرق} بين المقامين {بل ربما قيل: بانتفاء فائدة خيار التصرية حينئذٍ، لجواز الفسخ في الثلاثة بدونها. ويندفع بجواز تعدد الأسباب، وتظهر الفائدة فيما لو أسقط أحدهما، ويظهر من الدروس تقييد خيار التصرية بالثلاثة مطلقاً} من غير تقييد بالبعدية أو الأثناء {ونقل} المصنف في الدروس {عن الشيخ: أنها لمكان خيار الحيوان، ويشكل: بإطلاق} أي بلا تقييد أن المراد بالثلاثة بعض أجزائها {توقفه على الاختبار ثلاثة فلا يجامعها حيث لا تثبت بدونه، والحكم بكونه يتخير في آخر جزء منها يوجب المجاز في الثلاثة} التي هي زمان الاختبار، حيث يراد منها ما عدا الجزء الأخير، وثلاثة زمان الخيار حيث يراد منها الجزء الأخير وحده.

[العاشر: خيار الاشتراط] وهو الالتزام في متن العقد بأمر من الأمور مضافاً إلى متعلق العقد ثمناً ومثماً، وسيأتي ما يعتبر فيه {حيث لا يسلم الشرط لمشرطه بائعاً ومشترياً} فيثبت له الخيار بلا خلاف ولا إشكال [ويصح اشتراط شرط سائغ في العقد] وإنما يكون كذلك [إذا لم يؤد إلى جهالة في أحد العوضين] كاشتراط تأجيل أحدهما مدة مجهولة، ومعه يبطل العقد، للنهي عن بيع الغرر [أو يمنع منه الكتاب والسنة] كما هو المعلوم ضرورة في الجملة، كما في الجواهر، ولصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (المسلمون عند شروطهم، إلا كل شرط خالف كتاب الله ﷻ فلا يجوز)^(١) ونحوه غيره، وهو مستفيض. وموثق اسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن علي بن أبي طالب عليه السلام كان يقول: من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به، فإن المسلمين عند شروطهم، إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)^(٢) ونحوه غيره {و} لا يخفى أن {جعل ذلك} وهو جعل الشرط غير مؤد للجهالة، وغير مخالف للكتاب والسنة {شرطاً بعد قيد السائغ تكلف} لأن ذكر أحدهما يغني عن الآخر، اللهم إلا أن يقال: إن مقصوده بالسائغ عدم امتناعه عقلاً، كما سيأتي، لكنه مع ذلك يحتاج إلى التقييد بقوله: (عقلاً) [كما لو شرط تأخير المبيع] {في يد البائع} [أو الثمن] {في يد المشتري} [ما شاء] {كل واحد منهما، هذا مثال ما يؤدي إلى جهالة في أحدهما، فإن الأجل له قسط من الثمن فإذا كان مجهولاً يجهل الثمن} وهو منافٍ للإجماع على اعتبار العلم فيهما كما تقدم في شروط صحة عقد البيع {وكذا القول في جانب المعوض}.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) الخيار، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) الخيار، ح ٥.

[أو عدم وطء الأمة، أو] {شرط} [وطء البائع إياها] {بعد البيع مرة، أو أزيد، أو مطلقاً، هذه أمثلة ما يمنع منه الكتاب والسنة} أما الأول: فإنه مخالف لقوله ﷺ: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾^(١) وأما إذا أريد بالشرط تحريم ذلك عليه فإنه يكون سبباً لتحريم الحلال، وهو منافٍ لقوله ﷺ: (إِلَّا شَرْطاً حَرَمَ حَلَالاً). وأما الثاني: فإنه مخالف للكتاب الكريم؛ لأنه من الزنى المحرم قطعاً، وإن أريد تحليل ذلك عليه فإنه منافٍ لقوله ﷺ: (أو أحل حراماً) ومن هذا القبيل اشتراط بائع العنب على المشتري في متن العقد أن يعمل خمرًا، لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم؛ لأنه تحليل للحرام.

[و] {كذا} [يبطل] {الشرط} [باشتراط غير المقدور] {للمشروط عليه} [كاشتراطه حمل الدابة فيما بعد، أو أن الزرع يبلغ السنبُل] {سواء شرط عليه أن يبلغ ذلك بفعله أم بفعل الله تعالى، لاشتراكهما في عدم المقدورية} للعائد، والمقصود الاحتراز عن فعل غير العائد مما لا يكون تحت قدرته كأفعال الله ﷻ، لا عن اشتراط فعل محال عقلاً أو عادة من الشروط عليه؛ لأن الإلزام والالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلاً أو عادةً، وهو مما لا يرتكبه العقلاء مثل: جمع الضدين، أو الطيران في الهواء ونحوهما، وبطلان اشتراطه مما لا خلاف فيه، مضافاً إلى استلزامه عدم القدرة على التسليم، وهي شرط إجماعاً في صحة العقد كما تقدم.

[ولو شرط تبقيّة الزرع] {في الأرض إذا بيع أحدهما دون الآخر} [إلى أو أن السنبُل جاز] بلا خلاف معتد به، كما عن غير واحد {لأن ذلك مقدور له، ولا يعتبر

(١) سورة المؤمنون، آية (٦).

تعيين مدة البقاء، بل يحمل على المتعارف من البلوغ؛ لأنه منضبطٌ عرفاً، فلا جهالة ولا غرر.

[ولو شرط غير السائع بطل] {الشرط} {وأبطل العقد} {في أصح القولين} عند العلامة وولده، وجماعة ممن تبعهم، وظاهر ابن زهرة في الغنية: التفصيل بين غير المقدور كصيرورة الزرع سنبلاً، وبين غيره فادعى في الأول عدم الخلاف في الفساد والإفساد. لكن في الجواهر: لم نتحقق ذلك. وكأنه لكثرة المخالف، وذلك {لامتناع بقائه بدونه؛ لأنه غير مقصود بانفراده، وما هو مقصود لم يسلم} فما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد، والعقود بالقصود. ويشكل: بأن التراضي وقع معه لا مقيداً به، كما لو شرط كون العبد كاتباً - مثلاً - فتبين أنه غير كاتب، فقد صرح غير واحد من الأصحاب بصحة البيع، وثبوت الخيار، لتخلف الشرط {ولأن للشرط قسطاً من الثمن فإذا بطل يجهل الثمن} ويشكل: بأنه من المعلوم عدم توزيع الثمن على الشروط، بل هي كالأوصاف التي يزيد الثمن وينقص بها ولا يقسط الثمن عليها، نعم يتجه البطلان فيهما معاً لو كان لجهالة في الشرط بحيث تؤدي إلى جهالة أحد العوضين، فيبطل العقد حينئذٍ للجهالة، لا لبطلان الشرط.

{وقيل} والقائل الإسكافي والشيخ والقاضي والعجلي وابن سعيد وأبو علي على ما حكى عن بعضهم، وعن ابن زهرة موافقتهم، وسيد الرياض في خصوص الشرط المخالف لمقتضى العقد أو السنة محتجاً عليه بالإجماع {يبطل الشرط خاصة} واستدلوا عليه بصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل تزوج امرأة وشرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق، ففُضي في ذلك: أن شرط الله قبل شرطكم، فإن شاء وفي لها بها شرط، وإن شاء

أمسكها واتخذ عليها ونكح عليها)^(١) ونحوه غيره، وظاهرها بطلان الشرط دون العقد {لأنه الممتنع شرعاً دون البيع، ولتعلق التراضي بكل منهما} منفرداً غير مرتبط بالآخر {ويضعف: بعدم قصده منفرداً، وهو شرط الصحة} لكن قد عرفت التأمل فيه، فتدبر ولا حظ.

[ولو شرط عتق المملوك] {الذي باعه منه} [جاز] {لأنه شرط سائغ، بل راجح، سواء شرط عتقه عن المشتري أم أطلق} بلا خلاف أجده فيه، كما عن بعضهم الاعتراف به، بل في المسالك الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولوجوب الوفاء به كتاباً لقوله ع: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وسنة لقوله ع: (المؤمنون عند شروطهم) {ولو شرط عنه ففي صحته قولان: أجودهما المنع؛ إذ لا عتق إلا في ملك} وقد يشكل: بأن الظاهر من القاعدة أن المعتق لا يتحقق منه العتق إلا مع ملك المعتق، أما المعتق عنه فلا يجب فيه ذلك، ولذا جاز العتق تبرعاً عن الغير إجماعاً {فإن اعتقه} {فذاك} [وإلا تخير البائع] {بين فسخ البيع، وإمضائه} وليس له أرش الشرط على المشهور بين الأصحاب، كذا في الجواهر؛ لأنه وصف في المعنى، ولا يقابل بالثمن وإن حصل باعتباره نقص، كالوصف والتدليس الذي صرحوا بعدم الأرش فيه، مضافاً إلى أن الأرش لا يدرك به مصلحة الشرط، ضرورة أنه يرجوعه زائداً على المسمى على نسبة التفاوت بين القيمتين يصير كأنه باعه من غير شرط، فلم تحصل به مصلحة الشرط، ولعل هذا هو السر في عدم الأرش للشرائط والأوصاف، بخلاف العيب الذي ثبت الأرش فيه بالأدلة {فإن فسخ استرده، وإن انتقل قبله عن ملك المشتري} لإطلاق الأدلة.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٨) المهور، ح ١.

{وكذا يتخير لو مات قبل العتق، فإن فسخ رجع بقيمته يوم التلف} على الأقوى {لأنه وقت الانتقال إلى القيمة، وكذا لو انعتق قهراً} لأنه وقت قيام القيمة مقام العين في تعلق الحق الذي كان متعلقاً بالعين [وكذا كل شرط لم يسلم] {لمشترطه فإنه} {يفيد تخيره} {بين فسخ العقد المشروط فيه، وإمضائه} بلا خلاف يعرف، لقاعدة (لا ضرر) التي هي الدليل على كثير من الخيارات التي منها خيار تخلف الشرط [ولا يجب على المشتري عليه فعله] {لأصالة العدم} {وإنما فائدته جعل البيع عرضة للزوال} {بالفسخ} {عند عدم سلامة الشرط، ولزومه} {أي البيع} {عند الإتيان به} وهو كما ترى! مخالف لمقتضيات الأدلة {و} {لعله لذا} {قليل} والقبائل الأكثر {يجب الوفاء بالشرط، ولا يتسلط المشروط له على الفسخ إلا مع تعذر وصوله إلى شرطه، لعموم الأمر بالوفاء بالعقد الدال على الوجوب، وقوله ﷺ: (المؤمنون عند شروطهم، إلا من عصى الله)^(١) فعلى هذا لو امتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط، ولم يمكن إجباره، رفع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه إن كان مذهبه ذلك، فإن تعذر فسخ حينئذٍ إن شاء. وللمصنف في بعض تحقیقاته تفصيل: وهو أن الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافياً في تحققه ولا يحتاج بعده إلى صيغة} ككونه وكياً عنه، ولا يخفى أن هذا ما يعبر عنه عندهم بشرط النتيجة، وهو مطلقاً - على المشهور - غير جائز؛ لأن المسببات الشرعية موقوفة على أسبابها، وسبب الوكالة هو العقد المتضمن للإيجاب والقبول، كما أن سبب العتق هو إيقاعه من معتق بشروطه، ومنه تعرف التأمل في قوله {فهو لازم لا يجوز الإخلال به، كشرط الوكالة في العقد} وحيث كان العقد لازماً فيتبعه الشرط في اللزوم {وإن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في

(١) مستدرک الوسائل، باب (٥) الخيار، ح ٣ (بتفاوت يسير).

العقد كشرط العتق} بأن يشترط عليه أن يعتق عبده، وهذا شرط فعل، وهو لا بأس به؛ لأنه لما لم يكن اختيارياً فيمكن أن يتحقق من المشتري أو من البائع، ويمكن أن لا يتحقق} فليس بلازم، بل يقلب العقد اللازم جائزاً، وجعل السرفيه: أن اشتراط ما العقد كافٍ في تحققه} كالوكالة يكون {كجزء من الإيجاب والقبول فهو تابع لهما في اللزوم والجواز} ولما كان العقد لازماً فيلزم ما هو كاجزاء منه {واشتراط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد، وقد علق عليه العقد، والمعلق على الممكن ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزاً} ولعل منشأهما معاً تحيل التعليق في الشرط هنا، بل كاد يكون الثاني كالصریح في ذلك، وهو كما ترى! مخالف لصریح الأدلة، وهو الوجه في قوله {والأقوى اللزوم مطلقاً} كما تقدم في أول الكلام الاستدلال عليه {وإن كان تفصيله أجود مما اختاره هنا} بل كلاهما غير متجه، كما عرفت.

[الحادي عشر: خيار الشركة سواء قارنت العقد، كما لو اشترى شيئاً وظهر بعضه مستحقاً، أو تأخرت بعده إلى قبل القبض، كما لو امتزج المبيع بغيره بحيث لا يتميز] {فإن المشتري يتخير بين الفسخ لعيب الشركة} لعموم قاعدة (لا ضرر) {والبقاء فيصير شريكاً بالنسبة، وقد يطلق على الأول} وهو مقارنة الشركة للعقد {تبعض الصفقة أيضاً} لأن العقد وقع على المجموع فلما ظهر بعضه مستحقاً تبعضت الصفقة [وقد يسمى هذا عيباً مجازاً] {لمناسبته للعيب في نقص المبيع بسبب الشركة، لاشتراكهما في نقص وصف فيه، وهو هنا منع المشتري من التصرف في المبيع} أجمع بانفراده {كيف شاء، بل يتوقف على إذن الشريك فالتسلط عليه ليس بتام، فكان كالعيب بفوات وصف، فينجبر بالخيار} على المشهور، لاندراجه تحت عموم (لا ضرر) {وإنما كان إطلاق العيب في مثل ذلك على وجه المجاز، لعدم خروجه عن

خلقته الأصلية؛ لأنه قابل بحسب ذاته للتملك منفرداً ومشتركاً فلا نقص في خلقته، بل في صفته على ذلك الوجه {المجازي الذي لم يكن راجعاً إلى نقص الخلقة الأصلية، فوجه الشبه مطلق النقص.

[الثاني عشر: خيار تعذر التسليم] بعد العقد، لا تعذره حينه، فإنه موجب لبطلان العقد؛ لأن من شروط صحته القدرة على التسليم، كما مرّ [فلو اشترى شيئاً ظناً] منه [إمكان تسليمه] {بأن كان طائراً يعتاد عوده، أو عبداً مطلقاً} ينتظر رجوعه غالباً {أو دابة مرسلة} تعود عادة [ثم عجز بعده] {بأن أبق، وشردت، ولم يعد الطائر ونحو ذلك} [تخير المشتري] {لأن المبيع قبل القبض مضمون على البائع، ولما لم ينزل ذلك} أي تعذر التسليم {منزلة التلف، لإمكان الانتفاع به على بعض الوجوه} كعتقه العبد، أو بيع الجميع مع الضميمة {جبر بالتخير} لعموم (لا ضرر) {فإن اختار التزام البيع صح} كما هو المشهور؛ لأنه غير سفهي، ولا موجب للغرر {وهل له الرجوع بشيء؟} يحتمله؛ لأن فوات القبض نقص حدث على المبيع قبل القبض فيكون مضموناً على البائع، ويضعف: بأن الأرض ليس في مقابلة مطلق النقص، لأصالة البراءة {منه، إلا ما خرج بالدليل، وهو العيب الموجب لنقص الخلقة الأصلية فقط} وعملاً بمقتضى العقد، بل في مقابلة العيب المتحقق بنقص الخلقة أو زيادتها، كما ذكر {في خيار العيب} {وهو هنا منتفٍ}.

[الثالث عشر: خيار تبعض الصفقة: كما لو اشترى سلعتين فتستحق إحداهما] {فإنه يتخير} إجماعاً، كما عن غير واحد؛ لأنه عيب وإن كان في الوصف، كما تقدم في خيار الشركة {بين التزام الأخرى بقسطها من الثمن والفسخ فيها، ولا فرق في الصفقة المبعضة بين كونها متاعاً واحداً فظهر استحقاق بعضه، أو أمتعة كما مثل هنا؛ لأن أصل الصفقة: البيع الواحد، سمي بذلك؛ لأنهم كان يتصافقون بأيديهم إذا تبايعوا يجعلونه دلالة على الرضا، ومنه قول النبي ﷺ لعروة البارقي لما اشترى الشاة: (بارك الله لك في صفقة يمينك) وإنما خص تبعض الصفقة بالسلعتين لإدخال الواحدة في خيار الشركة، ولو جعل موضوع تبعض الصفقة أعم {من المتعدد والمتحد {كما هو} واقعه وحقيقته {كان أجود، وإن اجتمع في السلعة الواحدة خياران بالشركة} مع التعدد {وتبعض الصفقة} مع الاتحاد {فقد تجتمع أنواع الخيار أجمع في مبيع واحد، لعدم التنافي} كما هو أوضح من أن يخفى.

[الرابع عشر: خيار التفليس] {إذا وجد غريم مفلس متاعه فإنه يتخير بين أخذه مقدماً على الغرماء، وبين الضرب بالثمن} المبتاع به {معهم} [وسياًني تفصيله] {في كتاب الدين} {ومثله غريم الميت مع وفاء التركة} {بالدين. وقيل: مطلقاً} وإن لم تف التركة به {وكان المناسب جعله قسماً آخر} من الخيارات {حيث تحرى الاستقصاء بما لم يذكره غيره} ولعله لحظ كونها من الدين مع اختلاف المتعلق.

[الفصل العاشر]: [في الأحكام]:

[وهي خمسة]:

[الأول: النقد والنسيئة]:

{أي البيع الحال والمؤجل، سمي الأول نقداً باعتبار كون ثمنه منقوداً ولو بالقوة {القريبة من الفعل، كما لو باعه كذلك ولم يقبضه الثمن رأساً عند قبض المثلث {والثاني مأخوذ من النسيء وهو تأخير الشيء تقول: أنسأت الشيء إنساءً، إذا أخرته، والنسيئة: اسم وضع موضع المصدر} وهو الإنساء {واعلم أن البيع بالنسيئة إلى تعجيل الثمن والمثلث والتفريق أربعة أقسام: فالأول النقد، والثاني بيع الكالئ بالكالئ بالهمز، اسم فاعل أو مفعول من المراقبة، لمراقبة كل من الغريمين صاحبه لأجل دينه، ومع حلول المثلث وتأجيل الثمن هو النسيئة، وبالعكس السلف، وكلها صحيحة عدا البيع الثاني، فقد ورد النهي عنه} في صحيح طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا يباع الدين بالدين)^(١) {وانعقد الإجماع} بقسميه، كما في الجواهر {على فساد}.}

[وإطلاق البيع يقتضي كون الثمن] والمثلث [حالياً] لانصرافه إليه عرفاً، ولموثق عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى من رجل جارية بثمن مسمى ثم افترقاً، فقال: وجب البيع والثمن إذا لم يكونا اشترطاً فهو نقد)^(٢) [وإن شرط

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٥) الدين والقرض، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١) أحكام العقود، ح ٢.

تعجيله] {في متن العقد} [أكده] لأن التعجيل هو مقتضى العقد {لحصوله بدون الشرط} وقيل: بطلانه وبطلان العقد على القول به، للجهالة الموجبة للغرر. ويشكل: بأن التعجيل ينصرف إلى أول أزمدة الإمكان ارتكازاً، وهذا القدر من الجهالة لا يسبب الغرر المنهي عنه [فإن وقت التعجيل] {بأن شرط تعجيله في هذا اليوم مثلاً} {تخير} {البائع} والمشتري إن شرط تعجيل المثلث [لو لم يحصل] {الثلث} والمثلث [في الوقت] {المعين} لتخلف الشرط {ولو لم يعين له زماناً لم يفد سوى التأكيد في المشهور} بناء على ما هو الظاهر عرفاً من هذا الشرط إرادة عدم الماطلة والتأخير عن زمان المطالبة، لا أن يعجل بدفعه من دون مطالبة؛ إذ لا يكون تأكيداً حينئذٍ {ولو قيل: بثبوت مع الإطلاق} من دون تقييد بوقت معين {أيضاً لو أخل به عن أول وقته كان حسناً، للإخلال بالشرط} المنصرف إليه الإطلاق عرفاً.

[وإن شرط التأجيل] للثلث جميعه أو بعضه - ولو نجوماً - متعددة صح إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، ولمعتبر أحمد بن محمد قال: (قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني أريد الخروج إلى بعض الجبال، فقال: ما للناس بد من أن يضطربوا سنتهم هذه. فقلت له: جعلت فداك إنا إذا بعناهم بنسيئة كان أكثر للربح. قال: فبعهم بتأخير سنة. قلت: بتأخير سنتين؟ قال: نعم، قلت: بتأخير ثلاث؟ قال: لا) ^(١) ونحوه غيره، و[اعتبر] حينئذٍ [ضبط الأجل] المضروب للثلث أو المثلث أو لهما. بلا خلاف أجده، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كذا في الجواهر [فلا يناط] {أي لا يعلق} {بما يحتمل الزيادة والنقصان كمقدم الحاج} {أو إدراك الغلة} فإنه حينئذٍ يكون البيع باطلاً إجماعاً، لتطرق الجهالة إلى الثمن؛ لأن للأجل قسطاً منه فلو لم يعلم جهل

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١) أحكام العقود، ح ١.

قسطه، فتتحقق الجهالة الموجبة للغرر المنهي عنه [ولا بالمشارك] {بين أمرين، أو أمور حيث لا مخصص لأحدهما} {كنفرهم} {من منى، فإنه مشترك بين أمرين} وهما اليومان الثاني عشر والثالث عشر من شهر ذي الحجة [وشهر ربيع] {المشارك بين شهرين فيطل العقد بذلك} كما نص عليه غير واحد، للجهالة {ومثله التأجيل إلى يوم معين من الأسبوع كالخميس} المشترك بين كل خميس من كل أسبوع.

[وقيل] ولم يعرف القائل [يصح ويحمل على الأول] {في الجميع، لتعليقه الأجل على اسم معين وهو يتحقق بالأول، لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد، ليتوجه قصدهما إلى أجل مضبوط فلا يكفي ثبوت ذلك شرعاً مع جهلهما أو أحدهما به، ومع القصد} المنضبط في نفسه شرعاً، أو عرفاً {لا إشكال في الصحة، وإن لم يكن الإطلاق محمولاً عليه} عرفاً {ويحتمل الاكتفاء في الصحة بما يقتضيه الشرع في ذلك، قصده أم لا، نظراً إلى كون الأجل الذي عيناه مضبوطاً في نفسه شرعاً، وإطلاق اللفظ منزل على الحقيقة الشرعية} ويشكل أولاً: بأن من الواضح عدم حمل اللفظ من غير الشارع وأتباعه في الاستعمال عليها، وتخصيص محل الكلام بما إذا قصد المتعاملان بما يراد من الإطلاق عند الشارع - بعد فرض علمهما أنه منصرف عنده إلى زمان معين وعدمه - موقوف على الاكتفاء بذلك، والظاهر عدمه، لوضوح الجهالة فيه. وثانياً: إنه لا حقيقة شرعية في المقام ضرورة أن الشارع هنا لو حكم بالانصراف إلى الأول فليس إلا لاقتضاء العرف فيه ذلك، فمع الانصراف عرفاً يتجه الحكم بالصحة، كما اعترف به في التذكرة حيث قال: لو قال: إلى الجمعة، حمل على الأقرب في الجمع، وكذا في غيره من الأيام قضية للعرف المتداول بين الناس، بخلاف جمادى وربيع.

[ولو جعل لحال ثمنًا، ولمؤجل أزيد منه، أو فاوت بين أجلين] {في الثمن بأن قال: بعتك حالاً بمئة، ومؤجلاً إلى شهر بمئتين، أو مؤجلاً إلى شهر بمئة وإلى شهرين

بمئتين} [بطل] عند الشيخ في المبسوط، والحلي والمقداد والآبي والعلامة وولده وجمع من متأخري التأخرين {لجهالة الثمن، بترده بين الأمرين} الموجب للغرر والإبهام الناشئ من التردد المقتضي لعدم وقوع العقد على أحدهما بخصوصه، ويؤيده من النصوص خبر سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع، وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن)^(١) ونحوه غيره {وفي المسألة قول} للشيخين وابن البراج {ضعيف بلزوم أقل الثمنين إلى أبعد الأجلين، استناداً إلى رواية ضعيفة} بل موثقة عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام (أن علياً عليه السلام قضى في رجل باع بيعاً واشترط شرطين، بالنقد كذا وبالنسيئة كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقل الثمنين وأبعد الأجلين، يقول: ليس له إلا أقل النقيدين إلى الأحل الذي أجله بنسيئة)^(٢) وقيل: هو خبر محمد بن قيس - المردد بين الثقة والضعيف - عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من باع سلعة فقال: إن ثمنها كذا وكذا يداً بيد، وثمنها كذا وكذا نظرة. فخذها بأي ثمن شئت، وجعل صفقتها واحدة فليس له إلا أقلهما، وإن كانت نظرة، قال: وقال عليه السلام: من ساوم بثمانين أحدهما عاجلاً والآخر نظرة فليس أحدهما قبل الصفقة)^(٣) أقول: يمكن الجمع بين النصوص بحمل المانع على ما علله الشارح، والمجوز على الاتفاق على أحدهما ولو قبل العقد، وشاهد الجمع ذيل خبر محمد بن قيس المتقدم، علماً بأن الحديث صحيح؛ لأن محمد بن قيس هو الثقة بقرينة رواية عاصم بن حميد الذي لا يروي إلا عن الثقة.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢) أحكام العقود، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٢) أحكام العقود، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (٢) أحكام العقود، ح ١.

[ولو أجل البعض المعين] {من الثمن وأطلق الباقي} ومعه ينصرف إلى الحال {أو جعله حالاً} [صحّ] {للاضبط} ولدخوله تحت عمومات (الوفاء بالعقود، والشروط) {ومثله ما لو باعه سلعتين في عقد بثمان إحداهما نقد، والأخرى نسيئة} لوجود المقتضي وعدم المانع من جهالة أو غرر، لانضباط الأجل {وكذا لو جعله أو بعضه نجوماً معلومة} لعين ما ذكر [ولو اشتراه البائع] {في حالة كون بيعه الأول} [نسيئة صحّ] {البيع الثاني} مطلقاً نقداً كان أم نسيئة [قبل الأجل وبعده، بجنس الثمن وغيره، بزيادة] {عن الثمن الأول} [ونقصان] {عنه} بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به في الرياض، والمحكي عن مجمع البرهان، بل في الأخير كان دليله الإجماع، كذا في الجواهر {لانتفاء المانع في ذلك كله، مع عموم الأدلة على جوازه} وخصوص إطلاق صحيح بشار بن يسار قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: نعم لا بأس به، فقلت له: أشتري متاعي؟ فقال: ليس هو متاعك، ولا بقرك ولا غنمك) ^(١) ونحوه غيره.

{وقيل} والقاتل الشيخ في النهاية والتهذيبين {لا يجوز بيعه بعد حلوله بزيادة عن ثمنه الأول، أو نقصان عنه مع اتفاقهما في الجنس، استناداً إلى رواية} خالد بن الحجاج قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاماً بتأخير إلى أجل مسمى، فلما جاء الأجل أخذته بدراهمي، فقال: ليس عندي دراهم، ولكن عندي طعام فاشتره مني. فقال: لا تشتريه منه فإنه لا خير فيه) ^(٢) وهي كما ترى! {قاصرة السند والدلالة} لأنها ليست مما نحن فيه أولاً، وثانياً: إن قوله عليه السلام: (لا خير فيه) أعم من

(١) الوسائل، ج١٨، باب (٥) أحكام العقود، ح٣.

(٢) التهذيب، باب بيع المضمون، ح٢٥، ج٧، ص (٣٣).

الحرمة التكليفية والوضعية، بل يمكن حملها على الإرشاد، والمنع مما لا خير فيه، مضافاً إلى عدم مكافأتها لما دلّ على الجواز من النصوص المعتضدة بالإجماع [إلا أن يشترط في بيعه] {الأول} [ذلك] {أي يبيعه من البائع} [فيبطل] {البيع الأول، سواء كان حالاً أم مؤجلاً، وسواء شرط بيعه من البائع بعد الأجل أم قبله على المشهور} بل نسبه في الرياض إلى الأصحاب وأنه لا خلاف فيه. وفي المفاتيح: الظاهر اتفاقهم على بطلانه. وقد يكون مدركه صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: (سألته عن رجل باع ثوباً بعشرة دراهم إلى أجل، ثم اشتراه بخمسة دراهم بنقد، أيجل؟ قال: إذا لم يشترط ورضيا فلا بأس)^(١) لكن الظاهر أن الأصحاب لم يستندوا في البطلان عليه، ولا على الشهرة، بل اعتمدوا على الدور الذي ذكره العلامة، ولذا قال {ومستنده غير واضح، وقد علل باستلزامه الدور؛ لأن بيعه له} {أي المشتري} {يتوقف على ملكيته له، المتوقفة على بيعه} وحاصله أن تحقق الشرط - وهو بيع المشتري ثانياً من البائع - موقوف على ملكيته للمبيع، وملكيته موقوفة على تحقق الشرط {وفيه: أن المتوقف على حصول الشرط هو لزوم البيع، لا انتقاله إلى ملكه، كيف لا؟! واشترط نقله إلى ملك البائع من المشتري مستلزم لانتقاله إليه} {أي إلى المشتري} {غايته أن تملك البائع موقوف على تملك المشتري، وأما أن تملك المشتري موقوف على تملك البائع فلا} وعليه فاختلفت جهة التوقف، ومعه فلا دور {ولأنه وارد في باقي الشروط} كما لو شرط عليه العتق فإن البيع يتوقف على العتق، وهو يتوقف على البيع {خصوصاً شرط بيعه للغير مع صحته إجماعاً} محكياً إن لم يكن

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٥) أحكام العقود، ح ٦.

محصولاً، كذا في الجواهر {وأوضح لملك المشتري ما لو جعل الشرط بيعه من البائع بعد الأجل} لزومه للعقد لا حصوله اتفاقاً، و{لتخلل ملك المشتري فيه}.

{وعلل} البطلان أيضاً {بعدم حصول القصد إلى نقله عن البائع. ويضعف: بأن الغرض حصول القصد إلى ملك المشتري، وإنما رتب عليه نقله ثانياً، بل شرط النقل ثانياً يستلزم القصد إلى النقل الأول} وهو نقل المتاع من البائع إلى المشتري {لتوقفه عليه} لأن نقله من المشتري إلى البائع ثانياً متوقف على نقله من البائع إلى المشتري ثانياً {ولاتفاهم على أنهما لو لم يشترط ذلك في العقد صحَّ وإن كان من قصدهما رده، مع أن العقد يتبع القصد، والمصحح له} أي البيع {ما ذكرناه: من أن قصد رده بعد ملك المشتري له غير منافٍ لقصد البيع بوجه} سواء شرط أم لا {وإنما المانع عدم القصد إلى نقل الملك إلى المشتري أصلاً} وهو هنا مفقود {بحيث لا يترتب عليه حكم الملك} بل خارج عما نحن فيه.

[ويجب قبض الثمن لو دفعه إلى البائع] {مع الحلول مطلقاً} سواء كان بحسب الشرط أم مقتضى العقد [و] كذا [في الأجل] {أي بعده} لأنه يصير حالاً حينئذٍ، بلا خلاف أجده فيه، بل في الرياض الإجماع عليه، كذا في الجواهر. ولحديث الضرر الشامل للمقام ضرورة تحقق الضرر على المشتري لو بقي مشغول الذمة به، و[لا] يجب [قبله] إجماعاً، كما عن غير واحد {لأنه غير مستحق حينئذٍ، وجاز تعلق غرض البائع بتأخير القبض إلى الأجل، فإن الأغراض لا تنضبط} وكذا لا يجب دفع الثمن قبل حلول الأجل على المشتري ولو مع مطالبة البائع إجماعاً، وعملاً بمقتضى لزوم الشرط، مضافاً إلى استصحاب عدم وجوب الدفع إلى حين حلول الأجل.

[فلو امتنع] {البائع من قبضه حيث يجب} [قبضه الحاكم] {إن وجد} لاندفاع الضرر عن المشتري بقبضه؛ لأنه كما يقوم مقام الغائب يقوم مقام الممتنع عمن يجب عليه [فإن تعذر] {قبض الحاكم ولو بالمشقة البالغة في الوصول إليه، أو امتناعه من القبض} حيث لا يرى وجوبه عليه، ولا يمكنه جبره عليه {فهو أمانة في يد المشتري لا يضمنه لو تلف بغير تفريط} كما هو المشهور، بل لا أجد فيه خلافاً مع تعذر الحاكم، كما في الجواهر؛ ولأن في تلفه من المشتري - والحال هذه - ضرراً عظيماً، وهو مرفوع [وكذا] الحكم في [كل من امتنع من قبض حقه] {ومقتضى العبارة أن المشتري يقيه بيده ميمراً على وجه الأمانة، وينبغي مع ذلك أن لا يجوز له التصرف فيه، وأن يكون نهاؤه للبائع تحقيقاً، لتعينه له}.

{وربما قيل: ببقائه على ملك المشتري} لأصالتي عدم تشخص الدين، وعدم ملك المستحق، وعدم براءة ذمة المستحق عليه، ومنه تعرف التأمل في بقية القيل، وهو {وإن كان تلفه من البائع. وفي الدروس: إن للمشتري التصرف فيه فيبقى في ذمته} ولا يخفى أن التلف إنما هو من مال البائع لا غير، فإذا فرض جواز التصرف فيه فهو يعني أنه باقٍ على ملكه، فإذا تلف يكون من ماله، وإلا فلا يجوز التصرف في مال الغير إلا بإذنه.

[ولا حجر] لارتفاع المانع شرعاً [في زيادة الثمن ونقصانه] {على البائع والمشتري} [إذا عرف المشتري القيمة] {وكذا إذا لم يعرف} لإطلاق أدلة صحة البيع، و{لجواز بيع الغبن إجماعاً، وكأنه أراد نفي الحجر على وجه لا يترتب عليه خيار} الغبن فاشتراط معرفة البائع والمشتري بالقيمة {فيجوز بيع المتاع بدون قيمته، وأضعافها} بلا خلاف ولا إشكال [إلا أن يؤدي إلى السفه] {من البائع، أو المشتري فيبطل البيع} قطعاً؛ لأنه أكل للمال بالباطل، وهو محرم كتاباً، وسنةً، وإجماعاً {ويرتفع السفه

بتعلق غرض صحيح بالزيادة والنقصان، إما لقلتها، أو لترتب غرض {عقلائي} آخر يقابله، كالصبر بدين حال ونحوه{.

[ولا يجوز تأجيل الحال بزيادة فيه] لأنه ربا محرم كتاباً، وسنةً، وإجماعاً {ولا بدونها} لأن حقه التعجيل {إلا أن يشترط الأجل في عقد لازم، فيلزم الوفاء به} كما صرحت به الفتاوى والنصوص، كخبر محمد بن إسحاق بن عمار قال: (قلت لأبي الحسن عليه السلام: إن سلسيل طلبت مني مئة ألف درهم على أن تربحني عشرة آلاف، فأقرضها تسعين ألفاً، وأبيعها ثوباً وشيئاً تقوّم علي بألف درهم، بعشرة آلاف درهم، قال: لا بأس^(١)) ونحوه غيره، فإن قلت: هذه حيلة للتخلص من الربا. قلت: نعم الحيلة ما يفر بها من الباطل إلى الحق.

{ويجوز تعجيله بنقصان منه بإبراء أو صلح} أو بتراضيهما؛ لأن للأجل قسط من الثمن. بلا خلاف أجده على جهة الصلح، وهو المسمى بالحطيطة، كما في الجواهر، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في الرجل يكون عليه دين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: أنقذني من الذي لي كذا وكذا، وأضع لك بقيته. أو يقول: أنقذني بعضاً وأمد لك في الأجل فيما بقي. فقال: لا أرى به بأساً ما لم يزد على رأس ماله شيئاً، يقول الله عز وجل: ﴿فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾^(٢)) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٩) أحكام العقود، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٣٢) الدين والقرض، ح ١.

[ويجب] {على المشتري إذا باع ما اشتراه مؤجلاً} [ذكر الأجل في غير المساومة] مرابحة كانت أم مواضعة أم تولية؛ لأن للأجل قسطاً من الثمن، ويصح البيع بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولعموم وجوب الوفاء، ولصحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري المتاع إلى أجل، قال: ليس له أن يبيعه مرابحة إلا إلى الأجل الذي اشتراه إليه، وإن باعه مرابحة ولم يخبره كان للذي اشتراه من الأجل مثل ذلك)^(١) ونحوه غيره. وإلا [فيتخير المشتري بدونه] {أي بدون ذكره بين الفسخ والرضا به حالاً} [للتدليس] وفوات ما هو كالشرط والوصف، ولحديث الضرار المعتضد بالمحكي عن الرياض: أنه المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً من متأخري الطائفة، ورجوع الشيخ في الخلاف والمبسوط عما في النهاية مؤيداً بثبوتها فيما هو مثله في المعنى من الكذب والخطأ بمقدار الثمن من غير خلاف يعرف بينهم {وروي} في صحيح هشام المتقدم {أن للمشتري في الأجل مثله}.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢٥) أحكام العقود، ح ٢.

الحكم [الثاني: في القبض]:

وهو لغةً: القبض بجميع الكف، كذا في النهاية الأثرية. وفي محكي المصباح المنير الأخذ. ونحوه ما عن غيره، و[إطلاق العقد] بتجريده عن شرط تأخير أحد العوضين، أو تأخيرهما إذا كانا عينين { احترز بذلك عما إذا كانا في الذمة وشرط تأخيرهما فإنه باطل؛ لأنه بيع الكالئ بالكالئ {أو أحدهما} [يقتضي قبض العوضين] فوراً وتسليم المبيع والثلث من قبل المتعاقدين عرفاً، فيتبعه الوجوب شرعاً، لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وإن لم يطلب ذلك كل منهما، ضرورة أنه بتمام العقد يتم ملك كل منهما للعوض، فتأخيره محتاج إلى الإذن [فيتقاضان معاً لو تمانعا] {من التقدم} [سواء كان الثمن عيناً، أو ديناً] فإنه أوفق بأصول المذهب، وفي الجواهر: بل لا أجد فيه خلافاً بين المتأخرين، لاستواء العقد في إفادة الملك لكل منهما {وإنما لم يكن أحدهما أولى بالتقديم، لتساوي الحقين في وجوب تسليم كل منهما إلى مالكة، وقيل} والقائل الشيخ في محكي الخلاف والمبسوط، وابنا زهرة وإدريس والقاضي {يجبر البائع على الإقباض أولاً؛ لأن الثمن تابع للمبيع. ويضعف: باستواء العقد في إفادة الملك لكل منهما، فإن امتنعا أجبرهما الحاكم معاً مع إمكانه} كما في كل ممتنع عما وجب عليه {كما يجبر الممتنع من قبض ماله، فإن تعذر فكالدين إذا بذله المديون فامتنع من قبوله} فله حبسه حتى يجبر الممتنع، وإن تلف كان من مال الممتنع.

[ويجوز اشتراط تأخير إقباض المبيع مدة معينة] سواء كان كلياً في الذمة أم عيناً مشخصة، لأنه لا يؤدي إلى الجهالة فيكون سائغاً {كما يجوز اشتراط تأخير الثمن} كذلك [والانتفاع به منفعة معينة] {لأنه شرط سائغ فيدخل تحت العموم} المقتضي

لوجوب الوفاء في قوله عليه السلام: (المؤمنون عند شروطهم) ما لم يكن كل من الثمن والمثمن كلياً في الذمة، وإلا كان من بيع الدين بالدين، وقد تقدم أنه باطل إجماعاً.

[والقبض في المنقول] {كالحيوان، والأقمشة، والمكيل، والموزون، والمعدود} [نقله، وفي غيره التخلية] {بينه وبينه بعد رفع اليد عنه} كما هو مختار أبي المكارم مدعياً عليه الإجماع {وإنما كان القبض مختلفاً كذلك؛ لأن الشارع لم يحده فيرجع فيه إلى العرف} والظاهر منه هو تحويل السلطنة العرفية من المنقول منه إلى المنقول إليه، فإن قبض كل شيء بحسبه، ففي المنقول تتحقق السلطنة بنقله، وفي غيره بالتخلية، بمعنى رفع المنافيات للمنقول إليه مع رفع يد الناقل عنه، وكأنه هو المراد بقوله {وهو دال على ما ذكر، وفي المسألة أقوال أخر هذا أجودها، فمنها ما اختاره في الدروس: من أنه في غير المنقول التخلية، وفي الحيوان نقله، وفي المعتبر: كيله، أو وزنه، أو عده، أو نقله} فيما عدا ذلك {وفي الثوب وضعه في اليد، واستند في اعتبار الكيل، أو الوزن في المعتبر بهما إلى صحيحة معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام} قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه، إلا أن توليه الذي قام عليه)^(١) {وفي دلالتها عليه نظر} حيث إن ظاهرها عدم جواز بيعه قبل الكيل والوزن، وأما كونها قبضاً بمعنى دخوله في ضمان المشتري فلا دلالة فيها عليه {وإلحاق المعدود بهما قياس} باطل {والفرق بين الحيوان وغيره} من المنقول {ضعيف} لعدم الفارق عرفاً.

{ومنها: الاكتفاء بالتخلية مطلقاً} من غير فرق بين المنقول وغيره، كما في الشرائع {ونفى عنه البأس في الدروس بالنسبة إلى نقل الضمان} إلى المشتري {لا}

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) أحكام العقود، ح ١١.

بالنسبة إلى {زوال التحريم، والكراهة عن البيع قبل القبض، و} لكن {العرف يأباه} لعدم صدق القبض على التخلية عرفاً، ومع تسليم الصدق فيلزم أن تؤثر في نقل الضمان وزوال التحريم والكراهة أجمع، ومع عدم تسليم كونه قبضاً فلا يصلح أن يكون فارقاً في الحكم {والأخبار تدفعه} بناء على ما استفاده المصنف من دلالتها على أن القبض في المكيل والموزون والمعدود هو كيله ووزنه وعده {وحيث يكتفى بالتخلية} في غير المنقول، كما هو مختار المصنف هنا، ومطلقاً على القول الآخر {فالمراد بها رفع المانع للمشتري من القبض بالإذن فيه، ورفع يده، ويد غيره عنه إن كان، ولا يشترط مضي زمان يمكن وصول المشتري إليه} بعد رفع المانع من القبض، اللهم {إلا أن يكون في غير بلده بحيث يدل العرف على عدم القبض بذلك} أي مجرد التخلية {والظاهر أن اشتغاله بملك البائع غير مانع منه} فإن كان منقولاً كالصندوق المحتوي على متاع البائع كفي في قبضه حصول السلطنة ولو قبل تفرغه بلا إشكال، وإن كان غير منقول فلا إشكال أيضاً في تحقق التخلية قبل نقل المتاع {وإن وجب على البائع التفرغ}.

{ولو كان مشتركاً ففي توقفه على إذن الشريك قولان} التوقف؛ لأن وضع اليد والتسليط على التصرف لا يمكن بدون التصرف في حصة الشريك، وهو كما ترى! لعدم اعتبار مثل ذلك في التخلية التي يكفي فيها رفع المانع عرفاً وشرعاً من قبل البائع، ولذا قال {أجودهما عدم، لعدم استلزامه التصرف في مال الشريك، نعم لو كان منقولاً توقف على إذنه، لافتقار قبضه إلى التصرف بالمال} ويشكل: بأن التصرف بدون الإذن لا ينافي القبض والإقباض عرفاً، بل وشرعاً، لحصول سلطنة البائع له، وهي تامة في المقام، والمنع من جهة الشريك أمر خارج عنها لا ينافي تسلط المشتري

على ذلك، وعلى كلٍ {فإن امتنع من الإذن نصب الحاكم من يقبضه أجمع، بعضه أمانة، وبعضه لأجل البيع، وقيل} والقائل العلامة في المختلف {يكفي حينئذٍ أي حين يمتنع الشريك من الإذن في {التخلية} في المنقول معللاً: بأن المانع الشرعي كالعقلي، وقد عرفت ما فيه {وإن لم يكتف بها} حيث اشترط القبض فيه {قبله} [وبه] {أي بالقبض كيف فرض} [ينتقل الضمان إلى المشتري] فلو تلف بأي نحو كان فهو من ماله إجماعاً {إذا لم يكن له خيار} لقاعدة (أن التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له) بلا خلاف أجده، كذا في الرياض، بلا فرق في أنه {مختص به، أو مشترك بينه وبين أجنبي} ولو لم يكن للبائع خيار، سواء اختص بالمشتري - كخيار الحيوان - أم اشترك بينه وبين أجنبي - كخيار الشرط - لم ينتقل الضمان للمشتري، للقاعدة المتقدمة.

{فلو كان الخيار لهما فتلفه بعد القبض زمنه منه أيضاً} لأنه ماله فيكون حاله حال ما لو لم يكن له خيار {وإذا كان انتقال الضمان مشروطاً بالقبض} [فلو تلف] بأفة سماوية [قبله فمن البائع] {مطلقاً} سواء كان للمشتري خيار أم لا، وانفسخ العقد وعاد الثمن إلى المشتري. ففي الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، لقاعدة (أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه) ولخبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجبه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرقت المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه)^(١) [مع أن النماء] {المنفصل المتجدد بين العقد والتلف}

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) الخيار، ح ١.

[للمشتري] لأنه من توابع ملكه {ولا بعد في ذلك؛ لأن التلف لا يبطل البيع من أصله، بل يفسخه من حينه، كما لو انفسخ بخيار، هذا إذا كان تلفه من الله تعالى، أما لو كان من أجنبي، أو من البائع تخير المشتري بين الرجوع بالثمن - كما لو تلف من الله تعالى - وبين مطالبة المتلف بالمثل، أو القيمة} لكن في ثبوت الخيار على هذا الوجه نظر؛ لأن تعذر التسليم ليس سبباً للخيار، وخبر الضرر محكوم لقاعدة (من أتلف شيئاً فهو له ضامن) فالتوجه للزوم، ومطالبة البائع، أو الأجنبي بالمثل أو القيمة.

{ولو كان التلف من المشتري فهو بمنزلة القبض} لأنه ماله وقد أتلفه بنفسه فيكون تلفه منه بلا إشكال [وإن تلف بعضه، أو تعيب] {من قبل الله تعالى، أو من قبل البائع} [تخير المشتري في الإمساك مع الأرض، والفسخ] ففي المسالك: تردد في أول شق التخيير، ومنشؤه أصالة البراءة بعد جبر الضرر بالخيار - وهو خيرة الشيخ في المبسوط والخلاف، وابن إدريس - ومن أنه مضمون على البائع بأجمعه فكذا أجزاءه وصفاته - وهو خيرة الشيخ في النهاية، والعلامة، وحكاة في المختلف عن ابن البراج وأبي الصلاح - ويشكل: بأن ضمان البائع له بمعنى انفساخ العقد لو تلف، لا أنه يغرم المثل أو القيمة، ومعه يمنع سريانه للأجزاء. وأما الثاني: ففي الجواهر: بلا خلاف، بل عن كشف الرموز الإجماع عليه، ولأصالة صحة العقد، والضرر بإلزامه كذلك مجبور بالخيار {ولو كان العيب من قبل أجنبي فالأرض عليه للمشتري إن التزم، وللبائع إن فسخ} المشتري، وعليه رده، فيرجع البائع على الأجنبي بالأرض؛ لأنه متعد.

[ولو غصب من يد البائع] {قبل إقباضه} [وأسرع عوده] {بحيث لم يفت من منافعه ما يعتد به عرفاً} [أو أمكن] {البائع} [نزعه بسرعة] {كذلك} [فلا خيار] {للمشتري} استصحاباً لصحة العقد السالم عما يعارضه، و{لعدم موجه} من ضرر

وغيره [وإلا] {يمكن تحصيله بسرعة} [تخير المشتري] لتضرره بذلك {بين الفسخ، والرجوع على البائع بالثمن إن كان دفعه، والالتزام بالمبيع وارتقاب حصوله فينتفع به حينئذ بما لا يتوقف على القبض كعتق العبد، ثم إن تلف في يد الغاصب} قبل قبضه {فهو مما تلف قبل قبضه فيبطل البيع، وإن كان قد رضي} المشتري {بالصبر، مع احتمال كونه قبضاً} لكنه ضعيف، لعدم صدق القبض عليه عرفاً، بل رضاه ببقائه في يد البائع ليس قبضاً، كما هو صريح خبر عقبة بن خالد المتقدم، ومنه تعرف التأمل في قوله {وكذا لو رضي بكونه في يد البائع، وأولى بتحقيق القبض هنا} ووجه الأولوية - على تقدير صحة الاحتمال - أن الرضا بكونه في يد الغاصب - مع كونه عدواناً - قبض، فرضاه ببقائه في يد البائع أظهر في كونه قبضاً، لكون يده يد أمانة؛ لأنها مع الإذن.

[ولا أجره على البائع في تلك المدة] {التي كان في يد الغاصب وإن كانت العين مضمونة عليه؛ لأن الأجرة بمنزلة النماء المتجدد وهو غير مضمون} لأن المضمون عليه إنما هو العين وما كان من توابعها الداخلة في المبيع، والمنافع غير داخلة فيه وإنما هي نماء ملكه {وقيل} ولم يعرف القائل {يضمنها؛ لأنها بمنزلة النقص الداخل قبل القبض، وكالنماء المتصل. والأقوى اختصاص الغاصب بها} لما هو المعلوم من أن النقص الداخل على المبيع من أجنبي ضمانه عليه، لا على البائع [إلا أن يكون المنع منه] بأن أراد الغاصب إعادته فمنعه البائع {فيكون غاصباً إذا كان المنع بغير حق، فلو حبسه ليتقابضاً، أو أقبض الثمن حيث شرط تقدم قبضه فلا أجره عليه، للإذن في إمساكه شرعاً، وحيث يكون المنع سائغاً فالنفقة على المشتري؛ لأنه ملكه، فإن امتنع من الإنفاق رفع البائع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه، فإن تعذر أنفق بنية الرجوع كمنظائره} كالإنفاق على الضالة بنية الرجوع على صاحبها وغيره.

[وليكن المبيع] {عند إقباضه} [مفرغاً] {من أمتعة البائع وغيرها} كزرع قد حصد {مما لم يدخل في المبيع} ليتمكن المشتري من الانتفاع به {ولو كان مشغولاً} بزرع لم يبلغ وجب الصبر إلى أوانه إن اختاره البائع {ولا أجرة عليه على الظاهر المصرح به في كلماتهم، نعم للمشتري الخيار إذا لم يكن عالماً، للضرر {ولو كان فيه ما لا يخرج إلا بهدم وجب أرشه على البائع} كما في القواعد وجامع المقاصد والمسالك؛ لأنه عيب حصل بسببه فعلية إصلاحه {والتفريغ وإن كان واجباً إلا أن القبض لا يتوقف عليه، فلو رضي المشتري بتسلمه مشغولاً تم القبض ويجب التفريغ بعده} ولو قيل: بجواز الامتناع عن القبض كان قبله كان حسناً.

[ويكره بيع المكيل والموزون قبل قبضه] كما هو المشهور {للنهي عنه} في صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا اشتريت متاعاً فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه، فإذا لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه، يعني أنه يوكل المشتري بقبضه)^(١) ونحوه غيره {المحمول على الكراهة جمعاً} بينه وبين المجيز، كصحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس. ويوكل الرجل المشتري منه بقبضه وكيله، قال: لا بأس)^(٢) ونحوه غيره [وقيل] والقائل الصدوق وابنا البراج وزهرة والشيخ في المبسوط والخلاف والعلامة في التذكرة والإرشاد [يحرم إن كان طعاماً] {وهو الأقوى، بل يحرم بيع مطلق المكيل والموزون} قبل القبض وإن لم يكن طعاماً {لصحة الأخبار الدالة على النهي، وعدم مقاومة المعارض لها على وجه يوجب حمله على خلاف

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) أحكام العقود، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) أحكام العقود، ح ٦.

ظاهره} وهو كما ترى! لأن المقابل مكافئ له فحمله على الكراهة جمعاً هو الأقوى
 {وقد تقدم}

[ولو ادعى المشتري نقصان المبيع] {بعد قبضه} [حلف إن لم يكن حضر الاعتبار]
 وهو وزنه، أو كيله، أو عده فيما يعتبر فيه أحد هذه الأمور، ففي الرياض: قولاً
 واحداً؛ لأنه منكر {لأصالة عدم وصول حقه إليه} السالمة عن معارضة الظاهر
 وغيره [وإلا] {يكن كذلك بأن حضر الاعتبار} [أحلف البائع] بلا خلاف أجده،
 كذا في الرياض {عمالاً بالظاهر من أن صاحب الحق إذا حضر اعتباره يحتاط لنفسه
 ويعتبر مقدار حقه، ويمكن موافقة الأصل للظاهر باعتبار آخر، وهو: أن المشتري لما
 قبض حقه كان في قوة المعترف بوصول حقه إليه كمالاً، فإذا ادعى بعد ذلك نقصانه
 كان مدعياً لما يخالف الأصل} وهو وصول حقه إليه {ولا يلزم مثله في الصورة الأولى؛
 لأنه إذا لم يحضر لا يكون معترفاً بوصول حقه، لعدم اطلاعه عليه، حتى لو فرض
 اعترافه فهو مبني على الظاهر} لتسلمه المبيع اعتماداً على قول الغير {بخلاف الحاضر}
 الذي يكون حضوره في قوة الاعتراف في وصول حقه إليه.

[ولو حول المشتري الدعوى] {حيث لا يقبل قوله في النقص} كما لو كان الحاكم
 لا يرى أن حضوره اعتراف بوصول حقه إليه [إلى عدم إقباض الجميع] {من غير
 تعرض لحضور الاعتبار وعدمه، أو معه} لكنه لما كان أعم من قبض جميع حقه
 فيقول: إني حضرت الاعتبار لكن لم أقبض الجميع، سواء كان هذا التعرض في أثناء
 هذه الدعوى أم قبلها أم بعدها، لعدم منافاته لها بوجه، وإنما المنافي لها دعواه مع
 حضور الاعتبار نقصان المبيع الذي سيأتي من الشارح عدم قبولها [حلف] {لأصالة
 عدم وصول حقه إليه} السالمة عن المعارض [ما لم يكن سبق بالدعوى الأولى] {فلا
 تسمع الثانية، لتناقض كلاميه} وهما دعواه نقصان المبيع مع الحضور الدال على

قبض الجميع، ودعواه عدم قبض الجميع {وهذه من الحيل التي يترتب عليها الحكم الشرعي، كدعوى براءة الذمة من حق المدعي لو كان قد دفعه إليه بغير بينة، فإنه لو أقر بالواقع} واعترف بوجود حق للمدعي ثم ادعى أنه قد دفعه إليه فيكون مدعياً ويطالب بالبينة ومع عدمها فيكون القول قول الخصم بيمينه، و{لزمه} الواقع حينئذٍ.

الحكم [الثالث]: [فيما يدخل في المبيع]

{عند إطلاق لفظه} [و] {الضابط أنه} [يراعى فيه اللغة والعرف] {العام} وهو المتعارف في ألسن الناس ومحاوراتهم والمتبادر منه عندهم {أو الخاص} وهو المتعارف عند جماعة كالفلاحين، أو باعة الحيوان، أو باعة الدور، أو نحو ذلك {وكذا يراعى الشرع بطريق أولى} إن وجد؛ لأن مبنى الأحكام الشرعية على الموضوعات الشرعية {بل هو مقدم عليهما، ولعله أدرجه في العرف؛ لأنه عرف خاص، ثم إن اتفقت} الأعراف الثلاثة {وإلاّ قدم الشرعي} وهو المتعارف في السنة الأئمة عليهم السلام وأتباعهم، وهو ما يعرف بالحقيقة الشرعية، أو المتشرعية على خلاف {ثم العرفي} الخاص، ثم العام {ثم اللغوي} ولكن الذي ينبغي أن يقال: إنه إن كان عرف خاص للمتعاقدين وقد قصده فهو المتبع، سواء اتفق مع غيره أم لا؛ لأن العقود بالقصود، وإلاّ فإن ثبت النقل الشرعي فهو المتبع، وإلاّ فالمتبع ما تقتضيه اللغة.

[ففي بيع البستان] {بلفظه} [تدخل الأرض والشجر] {قطعا} من غير فرق بين ما قصد منه الثمر وغيره، بل يدخل الموات منه إن لم يكن مقطوعاً، وكذا السعف والأغصان اليابسة على الشجر، ففي الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال [والبناء]

{كالجدار وما أشبهه من الركائز المثبتة في داخله لحفظ التراب عن الانتقال} وكذا غيره مما يعد من توابعها عرفاً {أما البناء المعد للسكنى ونحوه} كآلات السقي المثبتة فيه، والعروش المعدة للاستجمام {ففي دخوله وجهان} من كونه المتعارف عليه، ومن صدق البستان بدونها {أجودهما اتباع العادة} السائدة بين أهل البساتين أو البلد الذي فيه البستان [ويدخل] {فيه} [الطريق والشرب] وهو مورد الماء {للعرف} وإن لم يدخل في مفهومه {ولو باعه بلفظ الكرم تناول شجر العنب؛ لأنه مدلوله لغةً، وأما الأرض والعريش والبناء والطريق والشرب فيرجع فيها إلى العرف} فإن أفاد دخولها في مسماه، وإلا فلا، ولو أفاد دخول بعضها خاصة اختص به {وكذا ما اشتمل عليه من الأشجار وغيره} وفي الدروس: ولو باعه بلفظ الكرم تناول العنب لا غير، إلا مع القرينة {وما شك في تناول اللفظ له لا يدخل} لأصالة العدم.

{ويدخل} [في الدار الأرض والبناء أعلاه وأسفله] بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر [إلا أن ينفرد الأعلى عادة] كما في بعض البلاد التي تباع فيها الشقق منفصلة عن بعضها، والظاهر اشتراك السقف حينئذ بينهما، وعليه يحمل إطلاق مكاتبة الصفار - الصحيحة - إلى أبي محمد الحسن بن علي عليه السلام (في رجل اشترى من رجل بيتاً في داره بجميع حقوقه وفوقه بيت آخر، هل يدخل البيت الأعلى في حقوق البيت الأسفل أم لا؟ فوق عليه السلام: ليس له إلا ما اشتراه باسمه وموضعه إن شاء الله) ^(١) ولذا قال {فلا يدخل إلا بالشرط أو القرينة} الخاصة أو العامة [والأبواب] {المثبتة} كالحلق والمغالق والعتاب ونحوها مما يعد جزءاً منها عادة {وفي المنفصلة كألواح الدكاكين وجهان: أجودهما الدخول، للعرف، وانفصالها للارتفاق}

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٣١) أحكام العقود، ح ١.

وهو الوجه الأمثل للانتفاع {فتكون كالجزء وإن انفصلت، وإطلاق العبارة يتناولها، وفي الدروس قيدها بالمثبتة فتخرج} [والأغلاق المنصوبة] {دون المنفصلة كالأقفال} [والأخشاب المثبتة] {كالمتخذة لوضع الأمتعة وغيرها} بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر {دون المنفصلة وإن انتفع بها في الدار؛ لأنها كالألات الموضوعة بها} [والسلم المثبت] {في البناء؛ لأنه حينئذ بمنزلة الدرجة، بخلاف غير المثبت؛ لأنه كالألة} الموضوعة فيها {وكذا الرف، وفي حكمها الخوابي المثبتة في الأرض والحيطان} [والفتحاح] {وإن كان منقولاً؛ لأنه بمنزلة الجزء من الأغلاق المحكوم بدخولها، والمراد غير مفتاح القفل؛ لأنه تابع لغلقه، ولو شهدت القرينة بعدم دخوله} ككونه من الذهب أو الفضة {لم يدخل، وكذا يدخل الحوض والبئر والحمام المعروف والأوتاد} وأسلاك الكهرباء وأنابيب المياه ومفاتيحها ونحوها {دون الرحى وإن كانت مثبتة؛ لأنها لا تعد منها، وإثباتها لسهولة الارتفاق بها} فلا يجعله من أجزائها.

[ولا يدخل الشجر] {الكائن بها} بلا خلاف. وفي التذكرة: لو كان في وسطها أشجار لم تدخل عندنا [إلا مع الشرط، أو يقول: بما أغلق عليه بابها، أو ما دار عليه حائطها] أو نحو ذلك مما هو كالصریح في جميع ما اشتمل عليه، كما هو المشهور، ولمكاتبة الصفار - الصحيحة - (أنه كتب إلى أبي محمد عليه السلام في رجل اشترى من رجل أرضاً بحدودها الأربعة وفيها زرع ونخل وغيرهما من الشجر، ولم يذكر النخل ولا الزرع ولا الشجر في كتابه، وذكر فيه أنه قد اشتراها بجميع حقوقها الداخلة فيها والخارجة منها، أيدخل الزرع والنخل والأشجار في حقوق الأرض أم لا؟ فوقع: إذا ابتاع الأرض بحدودها وما أغلق عليه بابها فله جميع ما فيها إن شاء الله) ^(١) {أو

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢٩) أحكام العقود، ح ١.

شهادة القرائن بدخوله كالمساومة عليه، وبذل ثمن لا يصلح إلاّ لها، ونحو ذلك} كدخول الأشجار والورد المقصود منها نزهة الدار وجماليتها.

[و] {يدخل} [في النخل الطلع إذا لم يؤبر] لأنه حينئذٍ كالجزء منه، فعن سيد الرياض: بلا خلاف. بل عليه الإجماع في كلام جماعة، وهو الحجة {بتشقيق طلع الإناث وذّر طلع الذكور فيه ليحيى ثمرته أصلح} [ولو أبر فالثمرة للبائع] إجماعاً محكياً إن لم يكن محصلاً، كذا في الجواهر، ولموثق غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من باع نخلاً قد أبره فثمره للبائع، إلاّ أن يشترط المبتاع، ثم قال علي عليه السلام: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله)^(١) ونحوه غيره {ولو أبر البعض فلكل حكمه على الأقوى} لأن تعليق الحكم على الوصف مشعر بالعلية فيدور الحكم مدارها وجوداً وعدمًا، فيدخل غير المؤبر ويخرج المؤبر؛ لأن حكم الجزء كالكل، بلا خلاف فيه بيننا، اتحدت البستان أم تعددت، واتحد نوع المؤبر أم اختلف، كذا في الجواهر {والحكم مختص بالبيع} اقتصاراً فيما خالف الأصل على ما خرج بالنص {فلو انتقل النخل بغيره} من النواقل، سواء كان بعوض أم بغيره، كإجارة، ومهر، ونحوهما. بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر {لم يدخل الطلع مطلقاً متى ظهر كالثمرة} عند علمائنا، كما عن محكي التذكرة، إلاّ أن يقضي عرف الناقل بالدخول فيدخل حينئذٍ؛ لأن المعول عليه فيه هو العرف.

[و] {حيث لا يدخل في المبيع} [يجب تبقيتها إلى أوان أخذها عرفاً] {بحسب تلك الشجرة} من غير أجره. بلا خلاف في شيء من ذلك، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كذا في الجواهر؛ إذ هو من مقتضيات العقد عرفاً، فكأنه مشروط فيه

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٣٢) أحكام العقود، ح ٣.

{فإن اضطرب العرف فالأغلب، ومع التساوي ففي الحمل على الأقل} اقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن {أو الأكثر} لثبوت أصل الحق، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل {أو اعتبار التعيين وبدونه يبطل} للاختلاف المؤدي إلى الجهالة {أو وجه} أوجهها الأخير، لثبوت النهي عن الغرر [و] أما [طلع الفحل] فـ [للبيع] متى ظهر {حيث لا تأبير فيه غالباً فلا تفصيل فيه بين المؤبر وغيره [وكذا الثمار مع الظهور] {وهو انعقادها، سواء كانت بارزة} كالتين {أم مستترة في كمام} كالجوز والقطن {أم ورد} كالبرتقال {وكذا القول فيما يكون المقصود منه الورد} كالرازي والمحمدي {أو الورق} كالحناء؛ لأنها بانعقادها في ملك البائع تكون ملكاً له فيستصحب، بلا إشكال ولا خلاف أجده في شيء من ذلك، إلا من الشيخ في المبسوط، وبعض أتباعه، ونحوه عن ابن البراج، وليس لهم شاهد صالح، لقطع الأصل في الورد والقطن، كذا في الجواهر {ولو كان وجوده على التعاقب فالظاهر منه حال البيع للبائع} لأنه نماء ملكه فهو له {والمتجدد للمشتري} لأنه نماء ملكه فهو له {ومع الامتزاج يرجع إلى الصلح} بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك.

[ويجوز لكل منهما] {أي من البائع الذي بقيت له الثمرة، والمشتري} [السقي] {مراعاة للملكه} وصلاحه؛ لأنه من حقوقه المستحقة باستحقاق تبقيتها [إلا أن يستضرا] البائع والمشتري {معاً فيمنعان} لأنه دفع للضرر بالضرر، وهو غير جائز قطعاً {ولو تقابلا في الضرر والنفع} بأن ينتفع أحدهما ويتضرر الآخر [رجحنا مصلحة المشتري] {لأن البائع هو الذي أدخل الضرر على نفسه ببيع الأصل، وتسليط المشتري عليه يلزمه جواز سقيه، وتوقف في الدروس حيث جعل ذلك احتمالاً ونسبه إلى الفاضل} وهو العلامة {واحتمل تقديم صاحب الثمرة، لسبق حقه} الذي لا يزيله تسليط المشتري {ويشكل: تقديم المشتري} بالسقي {حيث يوجب نقصاً في

الأصل بحيث يحيط بقيمة الثمرة وزيادة فينبغي تقديم مصلحة البائع مع ضمانه لقيمة الثمرة} ويحتمل قوياً مراعاة أكثرهما ضرراً، ومع التساوي القرعة، وعلى كل حال ينبغي بذل الأرض لأكثرهما ضرراً {جمعاً بين الحقين}.

[و] {يدخل} [في القرية البناء] {المشتمل على الدور وغيرها} [والمرافق] {كالطرق والساحات} عرفاً وعادة {لا الأشجار والمزارع} لخروجها عرفاً عن مسماها {إلا مع الشرط، أو العرف، كما هو الغالب الآن، أو القرينة، وفي حكمها الضيعة في عرف الشام} وإن كان في عرف غيرها المزرعة لا القرية [و] {يدخل} بحكم العرف [في العبد] {والأمة} [ثيابه الساترة للعورة] كما نصّ عليه جمع منهم المصنف في الدروس {دون غيرها، اقتصاراً على المتيقن دخوله، لعدم دخولها في مفهوم العبد لغةً، والأقوى دخول ما دلّ العرف عليه من ثوب، وثوبين وزيادة، وما يتناوله بخصوصه من غير الثياب، كالحزام والقلنسوة والخف وغيرها، ولو اختلف العرف بالحر والبرد دخل ما دلّ عليه حال البيع، دون غيره، وما شك في دخوله لا يدخل، للأصل} وهو العدم {ومثله الدابة فيدخل فيها النعل، دون آلاتها} كاللجام والرحل ونحوهما {إلا مع الشرط أو العرف} ولعله الآن على خلافه، خصوصاً في المقود والجلال، ويدخل في الحمام بيوته وموقده، وخزانة مائه وحياضه، ومسلخه، وبثره، وآلاتها وماؤها، ولا يدخل فيه أوانيه وأقداحه، ووقوده، ومازره، وما لا يدخل في مفهومه عرفاً، وكذا يدخل في الكتاب أجزاءه، وجلده، وخيوطه، وما به من الأصول والحواشي والأوراق المثبتة به، دون كيسه وما فيه من أوراق منفردة لا تتعلق به، كل ذلك بحسب العرف والعادة.

الحكم [الرابع]: [في اختلافهما]

أي البائع والمشتري [ففي قدر الثمن] سواء كان في الذمة أم معيناً ولو بوجه [يخلف البائع مع قيام العين، والمشتري مع تلفها] {على المشهور} شهرة عظيمة، كما في الجواهر {بل قيل: إنه إجماع} كما هو ظاهر الغنية وكشف الرموز، بل صريح محكي الخلاف {وهو بعيد} لوجود المخالف، وقلة الناقل {ومستنده رواية مرسلّة} عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري: هو بكذا وكذا بأقل مما قال البائع، فقال: القول قول البائع مع يمينه، إذا كان الشيء قائماً بعينه)^(١) وهي - على مذهب الشارح - ضعيفة جداً؛ لأن في طريقها سهل بن زياد، مع إرسالها، وعدم الجابر لها، ولكن قد تقدم أن الشهرة جابرة، وأن سهلاً معتبر الحديث، مؤيدة بما عن إيضاح النافع من أن الرواية مقبولة عند أهل الحديث، وما عن عدة الشيخ بأن البنظري لا يروي إلا عن ثقة، وبإطلاق صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: إذا التاجر ان صدقاً بورك لهما فإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما، وهما بالخيار ما لم يفترقا، فإن اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتتاركا)^(٢).

{وقيل: يقدم قول المشتري مطلقاً} سواء كانت العين موجودة أم تالفة {لأنه} ينفي الزائد، والأصل عدمه، وبراءة ذمته، وفيه قوة إن لم يثبت الإجماع على خلافه، مع أنه خيرة التذكرة {الذي لو كان هناك إجماع معتد به لما خالفه العلامة. وفي المسالك:

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) أحكام العقود، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) أحكام العقود، ح ٢.

لم يذكره أحد من أصحابنا في كتب الخلاف، وذكره العلامة في القواعد احتمالاً، وحكاها في التذكرة عن بعض العامة وقوّاه، لكن الظاهر أنه أقوى الأقوال، إن لم يتعين العمل بالأول نظراً إلى الخبر والإجماع، غير أن فيهما ما قد عرفت. كما أنك قد عرفت ما فيه {وقيل} كما احتمله العلامة {يتحالفان ويبطل البيع؛ لأن كلا منهما مدع ومنكر، لتشخص العقد بكل واحد من الثمنين} ويشكل: بثبوت المتفق عليه وهو الأقل، فيقدم قول منكره وينفى الزائد بالأصل، فلا موجب للتحالف {وهو خيرة المصنف في قواعده، وشيخه فخر الدين في شرحه، وفي الدروس نسب القولين إلى الندور}.

{وعلى المشهور لو كانت العين قائمة لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالاً لازماً كالبيع، والعق في تنزيله منزلة التلف} لكونه بحكمه، لخروجه عن انتفاع المشتري {قولان: أجودهما عدم، لصدق القيام عليها، وهو البقاء، ومنع مساواته للتلف في العلة الموجبة للحكم} بقبول قول المشتري في الأقل، وصيرورته منكراً للزيادة، لجواز كون التلف الحقيقي هو العلة في الحكم {ولو تلف بعضه ففي تنزيله منزلة تلف الجميع، أو بقاء الجميع، أو إلحاق كل جزء بأصله أوجه: أوجهها الأول، لصدق عدم قيامها، الذي هو مناط تقديم قول البائع} اقتصاراً على المتيقن فيما خالف الأصل؛ لأن الأصل تقديم قول المشتري، إلا ما خرج عنه يقيناً {ولو امتزج بغيره فإن بقي التمييز وإن عسر التخليص فالعين قائمة} فيقدم قول البائع {وإلا} يبقى التمييز حقيقة مع امتزاجها بنحو لم تتألف منهما حقيقة ثالثة كامتزاج الزيت الجيد بالرديء {فوجهان: وعدمه أوجه، لعدم صدق القيام عرفاً} الذي يدور الحكم مداره {فإن ظاهره أنه أخص من} مطلق {الوجود} في حال البيع.

{ولو اختلفا في تعجيله} {أي الثمن} {وقدر الأجل} {على تقدير اتفاقهما عليه في الجملة} {وشرط رهن، أو ضمّن عن البائع يحلف البائع} {لأصالة عدم ذلك كله، وهذا} {الإطلاق لحلف البائع من المصنف} {مبني على الغالب من أن البائع يدعي التعجيل وتقليل الأجل، حيث يتفقان على أصل التأجيل} {ضرورة أن أقصاه الاختلاف في السبين، أي السبب الموجب للأقل والسبب الموجب للأكثر، ولا ريب في موافقة الأصل للأول، فيكون هو المنكر، ومن هنا أفتى الأصحاب به في سائر المقامات} {فلو اتفق خلافه فادعى هو الأجل، أو طوله لغرض يتعلق بتأخير القبض قدم قول المشتري} {لموافقته} {للأصل} {الذي هو عدم السبب الموجب للأكثر} {وكذا} {يقدم قول البائع لو اختلفا} {في قدر المبيع} {فقال البائع: بعثك قلماً بدرهم. فقال المشتري: بل قلمين. أو قال البائع: هذا القلم بكذا. وقال المشتري: ذلك مع قلم آخر معين بكذا} {للأصل} {الذي ينفي الزائد.

{وقد كان ينبغي مثله في قدر الثمن بالنسبة إلى المشتري} {لعين ما ذكر من حلف البائع، لأصالة عدم الزائد} {لو لا الرواية} {المتقدمة عن البنظي} {ولا فرق بين كونه مطلقاً} {أي كلياً} {ومعيناً كهذا الثوب، فيقول: بل هو والآخر. هذا إذا لم يتضمن} {الاختلاف في قدر المبيع} {الاختلاف في الثمن كبعثك هذا الثوب بألف فقال: بل هو والآخر بألفين، وإلا} {فمع الاختلاف في القدر والثمن} {قوي التحالف؛ إذ لا} {قدر} {مشترك هنا} {لاختلافهما في المبيع والثمن معاً} {يمكن الأخذ به} {حتى ينفي الزائد عنه بالأصل.

{و} {لو اختلفا} {في تعيين المبيع} {كما إذا قال: بعثك هذا الثوب. فقال: بل هذا} {يتحالفان} {لادعاء كل منهما ما ينفيه الآخر بحيث لم يتفقا على أمر ويختلفا فيما زاد، وهو ضابط التحالف، فيحلف كل منهما يميناً واحدة على نفي ما يدعيه الآخر، لا على

إثبات ما يدعيه، و{ الحال أنه {لا جامعة بينهما} أي النفي والإثبات {فإذا حلفا انفسخ العقد، ورجع كل منهما إلى عين ماله} إن كان موجوداً {أو بدله} مثلاً، أو قيمة إن كان تالفاً، بلا خلاف يذكر، للنبي: (المتبايعان إذا اختلفا تحالفا وتراداً)^(١).

{والبادي منهما باليمين من أدعي عليه أولاً، فإن حلف الأول ونكل الثاني وقضينا بالنكول ثبت ما يدعيه الحالف، وإلا} لو لم ينكل، أو نكل ولم نقض بالنكول {حلف يميناً ثانية} وإنما لم يكتف بيمين جامعة مع تحقق فائدتها في مثل ذلك؛ لأن يمين الإثبات بعد النكول لا يتقدم عليه فيحلف {على إثبات ما يدعيه، ثم إذا حلف البائع على نفي ما يدعيه المشتري بقي على ملكه، فإن كان الثوب في يده، وإلا انتزعه من يد المشتري، وإذا حلف المشتري على نفي ما يدعيه البائع وكان الثوب في يده لم يكن للبائع مطالبته به؛ لأنه لا يدعيه} بل يعترف بكونه مال المشتري {وإن كان في يد البائع لم يكن له التصرف فيه، لاعترافه بكونه للمشتري} ولكن ليس له المطالبة به {وله ثمنه في ذمته، فإن كان} البائع {قد قبض الثمن رده} بظاهر حكم الشرع {على المشتري وله أخذ الثوب قصاصاً} بذلك الثمن {وإن لم يكن قد قبض الثمن أخذ الثوب قصاصاً أيضاً، فإن زادت قيمته عنه فهو مال لا يدعيه أحد} يراجع فيه الحاكم الشرعي {وفي بعض نسخ الأصل} [وقال الشيخ والقاضي: يحلف البائع] مع بقاء العين [كالاختلاف في الثمن] {وضرر عليه في بعض النسخ المقروءة على المصنف}.

[و] {حيث يتحالفان} [يبطل العقد من حينه] {أي من حين التحالف} كما هو مختار العلامة في القواعد والمصنف في الدروس، لاتفاقهما على وقوع العقد الناقل، فلا بد من القول بوقوع العقد غاية الأمر أنه مع التحالف ينفسخ من حينه، وقد

(١) السنن الكبرى، ج٥، ص(٥٤٣). بتفاوت.

يشهد له النبوي المتقدم في قوله: (يترادا) [لا من أصله] كما في التذكرة؛ لأن اليمين أسقطت الدعوى من رأس، فلا عقد ليحكم بانفساخه {فناء الثمن المنفصل المتخلل بين العقد والتحالف للبائع} لأنه متعين، فيتبعه النماء {وأما المبيع فيشكل} فيه الحكم المذكور {حيث لم يتعين، نعم لو قيل به في مسألة الاختلاف في قدر الثمن توجه حكم نماء المبيع} وأنه للمشتري، لاتفاقهما على كونه ملكه إن كان الفسخ من حينه، وللبائع إن كان من أصله [و] مع {اختلافهما} [في شرط مفسد يقدم مدعي الصحة] بلا خلاف معتد به أجده، كذا في الجواهر {لأنها الأصل في تصرفات المسلم} المحمولة على الصحة - بحسب الظاهر - إجماعاً ونصوصاً.

[ولو اختلف الورثة] لكل منهما [نزل كل وارث منزلة مورثه] لقيامه مقامه {فيحلف ورثة البائع لو كان الاختلاف في قدر المبيع، والأجل، وأصله، وقدر الثمن مع قيام العين} لأنهم منكرون، لموافقة دعواهم لأصالة العدم {وورثة المشتري مع تلفها} كما هو المشهور، ولمرسل البنظري المتقدم {وقيل: يقدم قول ورثة المشتري في قدر الثمن مطلقاً؛ لأنه الأصل، وإنما خرج عنه مورثهم بالنص} المتقدم {فيقتصر فيه على مورده المخالف للأصل، وله وجه، غير أن قيام الوارث مقام مورثه مطلقاً} مع قيام العين وتلفها {أجود؛ لأنه بمنزلته} وهذا مسلم في المال والحقوق التي تنتقل بالإرث، أما مثل المقام الذي هو من الأحكام فالأمر فيه ليس واضحاً {ولو قلنا: بالتحالف ثبت بين الورثة قطعاً} بلا خلاف في ذلك ولا إشكال.

الحكم [الخامس]: [إطلاق الكيل والوزن]

[إطلاق الكيل والوزن] {والنقد} {ينصرف إلى المعتاد} {في بلد العقد لذلك المبيع إن اتحد} ضرورة كون الانصراف موجب للتعين [فإن تعدد فالأغلب] {استعمالاً وإطلاقاً} في بلدهما، بل وفي غيره ترجيحاً لعرف المتخاطبين - إن كان - على مكان الخطاب {فإن اختلفا} الاستعمال والإطلاق {في ذلك ففي ترجيح أيهما نظر} لعدم المرجح {ويمكن حينئذٍ وجوب التعيين كما لو لم يغلب} فإن لم يعين بطل العقد، للجهالة والغرر، إلا إذا علم كل منهما مقصد الآخر، فإنه يكفي احتمال الذكر تعبدًا، لقطع التنازع [فإن تساوت] أنواع الكيل والوزن {في الاستعمال في المبيع الخاص} {وجب التعيين} {لاستحالة الترجيح بدونه، واختلاف الأغراض} {ولو لم يعين بطل البيع} [لما ذكر] من استحالة الترجيح، وللجهالة الموجبة لبطلان العقد قطعاً.

[وأجرة اعتبار المبيع] {بالكيل، أو الوزن، أو النقد} أو العدّ، أو الذرع [على البائع] بلا خلاف ولا إشكال {لأنه لمصلحته} مع لزوم توفية المبيع إلى المشتري كيلاً، أو وزناً، أو عدّاً، فتجب عليه لكونها مقدمة له [واعتبار الثمن على المشتري] للزوم إقباضه بقدره [وأجرة الدلال على الأمر] لأن العمل له فيلزم عليه ما يقتضيه {ولو أمراه فـ} على {السابق} منهما، ولو اقترنا فالظاهر أن الأجرة عليهما، هذا {إن كان مراد كل منهما الماكسة معه} في تعيين القيمة، لا توليه طرفي العقد {ولو أمراه بتولي الطرفين الإيجاب والقبول} [فعليهما] {أجرة واحدة بالتنصيف سواء اقترنا} بالأمر {أم تلاحقاً، ولو منعنا من تولي الطرفين من الواحد امتنع أخذ أجرتين} من كل واحد من المتعاقدين، بل يأخذ أجرة واحدة إما على الإيجاب أو على القبول فقط

{لكن لا يتجه حمل كلام الأصحاب: أنه لا يجمع بينهما لواحد} من حيث إنه عمل واحد {عليه} أي على أخذ الأجرتين، كما صنع المصنف في الدروس {لأنه قد عبر به من يرى جوازه، بل المراد أنه لا يجمع بينهما لعمل واحد وإن أمره البائع بالبيع، والمشتري بالشراء، بل له أجره واحدة عليهما} لأنها عمل واحد والعمل الواحد لا يستحق عليه إلا أجره واحدة {أو على أحدهما} وهو الأمر له إما بالبيع أو بالشراء {كما فصلناه}.

[ولا يضمن الدلال] {ما يتلف بيده من الأمتعة} لأنه أمانة في يده [إلا بتفريط] {والمراد به} في كلام المصنف {ما يشمل التعدي} لثلا ينحصر ضمان الدلال بالتفريط فقط، مع أن التعدي من أسباب الضمان أيضاً فقال: إما {مجازاً} قال الجوهري: فرط في الأمر يفرط، أي قصر فيه وضعه حتى فات، وكذلك التفريط. فهو لا يشمل التعدي الذي هو المتجاوز بغير حق، فيشمل المعنيين على سبيل عموم المجاز، بناء على جواز الجمع بين المعنى الحقيقي والمجازي في استعمال واحد، لكن هذا المبني خلاف التحقيق، فإنهم منعوا من استعمال اللفظ في أكثر من معنى مطلقاً {أو اشتراكاً} لفظياً بين التقصير والتعدي، لكنه كما ترى! استعمال للفظ في المشترك في كلا معنييه، وهو غير جائز عند المحققين [فيحلف على عدمه] {لو ادعى عليه التفريط، لأنه أمين} وليس عليه إلا اليمين بلا خلاف، كذا في المسالك {فيقبل قوله في عدمه} [فإن ثبت] {التفريط في حقه وضمن القيمة} [حلف على] {مقدار} [القيمة لو خالفه البائع] {فادعى أنها أكثر مما اعترف به، لأصالة البراءة من الزائد، ولا ينافيه التفريط وإن أوجب الإثم} لأنه خيانة {كما يقبل قول الغاصب فيها على أصح القولين} كما هو المشهور بين الأصحاب في تقديم قول الغاصب بيمينه؛ لأن المالك يدعي الزيادة، والغاصب ينكرها، فدخل في عموم (اليمين على المنكر) ومقابل

٣١٠ فوائد اللّمعّتين في مدارك الروضتين: الجزء الثالث

الأصح قول الشيخ في النهاية: بتقديم قول المالِك، ولعله استناداً إلى قاعدة (أخذ الغاصب بأشقّ الأحوال) ولكنه ضعيف، كما سيأتي في باب الغصب.

[خاتمة]

[الإقالة فسخ لا بيع] لعدم قصد معنى البيع فيها، بل المقصود خلافه؛ لأنه فك ملك ورده، وهو لا يقتضي تملكاً جديداً فلا يجري عليها أحكام البيع {عندنا، سواء وقعت بلفظ الفسخ أم الإقالة} [في حق المتعاقدين و] غيرهما كـ [الشفيع] {وهو الشريك} سواء كان المبيع عقاراً أم غيره، وسواء وقعت قبل القبض أم بعده {إذ لا شفعة هنا بسبب الإقالة، وحيث كانت فسخاً لا بيعاً} [فلا يثبت بها شفعة] {للشريك، لاختصاصها بالبيع} إجماعاً {ونبه بقوله: في حق المتعاقدين. على خلاف بعض العامة} وهو الشافعي {حيث جعلها بيعاً في حقها، وبقوله: والشفيع. على خلاف آخرين، حيث جعلوها بيعاً في حقه دونها فثبت} على قول هؤلاء {له بها الشفعة} وهو ضعيف كما عرفت.

[ولا تسقط أجرة الدلال] {على البيع} [بها] {لأنه استحقها بالبيع السابق فلا يبطله الفسخ اللاحق} سواء قلنا: إنه سبب للفسخ من أصل العقد أم من حينه {وكذا أجرة الوزان، والكيال، والناقد بعد صدور هذه الأفعال، لوجود سبب الاستحقاق} وهو احترام عمل المسلم، بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك [ولا تصح زيادة في الثمن] {الذي وقع عليه البيع سابقاً} لعدم ما يصلح أن يكون مملكاً للزيادة المفروضة [ولا بنقيصة] لعدم ما يصلح مملكاً لما بقي من الثمن بعد فسخ العقد فيما قابله تماماً، بلا خلاف أجده فيها، إلا ما حكى عن ابن الجنيدي، كذا في الجواهر، ولصحيح الحلبي قال: (سالت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبة شيئاً فكرهه ثم رده على صاحبه، فأبى أن يقيله إلا بوضيعة،

قال: لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعة بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأول ما زاد^(١) والظاهر فساد الإقالة وبقاء الثوب على ملك المشتري {لأنها فسخ، ومعناه رجوع كل عوض إلى مالكة فإذا شرط فيها ما يخالف مقتضاها فسد الشرط وفسدت بفساده، ولا فرق بين الزيادة العينية والحكمية كالانتظار بالثمن} وقد حكى بعضهم الإجماع عليه.

[ويرجع] {بالإقالة} [كل عوض إلى مالكة] {إن كان باقياً، ونهاؤه المتصل} كالسمن أو ارتفاع السعر {تابع له، وأما المنفصل فلا رجوع به وإن كان حملاً لم ينفصل} لأنه نماء في ملك المشتري عرفاً فهو له، بلا خلاف ولا إشكال [فإن كان تالفاً فمثله] {إن كان مثلياً} [أو قيمته] {يوم التلف} كما صرح به جمع؛ لأن الضمان متعلق بالعين مادامت، فإذا تلفت تعلق بقيمتها يومئذٍ {إن كان قيمياً، أو تعذر المثل، ولو وجده معيياً رجع بأرشه} عندنا، كذا في الجواهر {لأن الجزء، أو الوصف الفائت بمنزلة التالف، وألفاظها: تفاسخنا وتقاييلنا، معاً، أو متلاحقين من غير فصل يعتد به} ولا يجعلها ذلك من العقود المصطلحة، ولذا لم يصرح الأكثر إن لم يكن الجميع بكونها عقداً، بل اقتصروا على أنها فسخ، ولو أنها عقد لكان اللزم تقديم الإيجاب على القبول {أو يقول أحدهما: أقلتك. فيقبل الآخر وإن لم يسبق التماس، واحتمل المصنف في الدروس الاكتفاء بالقبول الفعلي} وهو كل فعل قصد به إرادة الفسخ، فيكون المدار على ما يدل على طيب النفس بالفسخ، كما عساه يشعر به خبر هذيل بن صدقة الطحان قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري المتاع أو الثوب فينطلق به إلى منزله، ولم ينقد شيئاً فيبدو له فيرده، هل ينبغي ذلك له؟ قال: لا إلاّ

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٧) أحكام العقود، ح ١.

أن تطيب نفس صاحبه^(١) وكذا الكلام في المركب من القول والفعل، كما لو قال: أقلتك. فيدفع له السلعة من دون أن يقول له: قبلت. وعلى كلٍ فذلك على تقدير الفسخ به لا يجعلها من المعاطاة التي ذكروها في عقود المعاوضات، بل هي من سنخ فسخ الخيار.

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٣) آداب التجارة، ح ٣.

كتاب الدين

[كتاب الدين]

[وهو قسمان]:

[الأول: القرض]

وهو دين الحر {بفتح القاف وكسرهما} وهو معروف، أقره الشارع متاعاً للمحتاجين مع ردّ عوضه في غير المجلس غالباً وإن كان من النقدين رخصة {وفضله عظيم} فقد تواترت النصوص بتأكيده في المؤمن، كما في الجواهر، كخبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال النبي صلى الله عليه وآله: ألف درهم أقرضها مرتين أحب إلي من أن أتصدق بها مرة... الحديث)^(١) ونحوه غيره [والدرهم منه بثمانية عشر درهماً، مع أن درهم الصدقة بعشرة] كما في موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الصدقة بعشرة، والقرض بثمانية عشر، وصلة الأخوان بعشرين، وصلة الرحم بأربعة وعشرين)^(٢) {قيل: والسر فيه أن الصدقة تقع في يد المحتاج وغيره، والقرض لا يقع إلا في يد المحتاج غالباً، وأن درهم القرض يعود فيقرض ثانياً، ودرهم الصدقة لا يعود} كما في خبر أبي الفتوح - في تفسيره - عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: (رأيت مكتوباً على باب الجنة: الصدقة بعشرة والقرض

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٨) الدين والقرض، ح ٥.

(٢) الكافي، ج ٤، ص (١٠)، ح ٣.

بثمانية عشر، فقلت: يا جبرئيل ولم ذلك؟ والذي يتصدق لا يريد الرجوع، والذي يقرض يعطي لأن يرجعه؟ فقال: نعم، هو كذلك، ولكن ما كل من يأخذ الصدقة له بها حاجة، والذي يستقرض لا يكون إلا عن حاجة، والصدقة قد تصل إلى غير المستحق، والقرض لا يصل إلا إلى المستحق، ولذا صار القرض أفضل من الصدقة^(١).

{واعلم أن القرض لا يتوقف على قصد القرية} بحسب ذاته {ومطلق الثواب} في القرض وغيره {يتوقف عليها، فليس كل قرض يترتب عليه الثواب، بخلاف الصدقة فإن القرية معتبرة فيها} اتفاقاً، ولصحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا صدقة ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله ﷻ)^(٢) ومثله غيره {فإطلاق كون درهم القرض بثمانية عشر إما مشروط بقصد القرية، أو تفضل من الله تعالى من غير اعتبار الثواب بواسطة الوجهين} المتقدمين في السرّ {وقد يقع التفضل على كثير من فاعلي البرّ من غير اعتبار القرية كالكرم}.

{ويفتقر القرض إلى إيجاب وقبول} لأنه عقد بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر [والصيغة: أقرضتك، أو انتفع به، أو تصرف فيه] {أو ملكتك، أو أسلفتك، أو خذ هذا، أو اصرفه} [وعليك ردّ عوضه] {وما أدى هذا المعنى؛ لأنه من العقود الجائزة} ففي محكي الدروس: إنه قضاء الوطر من العين {وهي لا تنحصر في لفظ، بل تتأدى بما أفاد معناها، وإنما يحتاج إلى ضميمة وعليك عوضه ما عدا الصيغة الأولى} وهي: أقرضتك {فإنها صريحة في معناه لا تفتقر إلى انضمام أمر آخر} وذلك لأن الإذن

(١) مستدرک الوسائل، باب (٦) أبواب الدين، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (١٣) الوقوف والصدقات، ح ٢.

في التصرف والانتفاع والتملك أعم من استحقاق ردّ العوض، الذي هو جزء مفهوم القرض، فلا بد من لفظ يدل عليه ليكون قرضاً، هذا في الإيجاب، وأما القبول [فيقول: قبلت، وشبهه] {مما دلّ على الرضا بالإيجاب، واستقرب في الدروس الاكتفاء بالقبض} وجريان المعاطاة فيه، بل هو أولى من البيع وغيره بذلك، كما هو صريح جمع، وظاهر آخرين، للسيرة القطعية المتصلة بعصر المعصوم عليه السلام، وعليه تعرف ما في قوله {لأن مرجعه إلى الإذن في التصرف وهو حسن من حيث إباحة التصرف، وأما إفادته للملك المرتب على صحة القرض فلا دليل عليه} بل الدليل موجود، وهو العرف كما تقدم في البيع {وما استدل به لا يؤدي إليه} لأن الإذن في التصرف لا يؤدي إلى الملك، بل غاية ما يقتضيه إباحة التصرف، ويشكل بما تقدم في البيع من أن الأذن في التصرف في المعاطاة يفيد الملك.

[ولا يجوز اشتراط النفع] بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل قيل: إنه إجماع المسلمين، لأنه ربا، كذا في الجواهر، ولخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: (من أقرض رجلاً ورقاً فلا يشترط إلا مثلها، فإن جوزي أجود منها فليقبل، ولا يأخذ أحد منكم ركوب دابة أو عارية متاع يشترطه من أجل قرض ورقه) ^(١) ونحوه غيره، و{للنهي عن قرض يجر نفعاً} كما اشتهر بين الفقهاء قولهم: (كل قرض يجر نفعاً فهو حرام).

[فلا يفيد الملك] {لو شرطه} ففي محكي المختلف: الإجماع على أنه إذا أقرضه وشرط عليه أن يرد خيراً مما اقترض كان حراماً وبطل القرض. فحرمة القرض به ظاهرة في فساده {سواء في ذلك الربوي، وغيره، وزيادة العين، والمنفعة} [حتى] {لو

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٩) الدين والقرض، ح ١١.

شرط} [الصحيح عوض المكسرة، خلافاً لأبي الصلاح] {الحلبي وجماعة} كالشيخ وابني البراج وحمة {حيث جوزوا هذا الفرد من النفع استناداً إلى رواية} صحيحة عن يعقوب بن شعيب قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقرض الدراهم الغلة فيأخذ منها الدراهم الطازجية طيبة بها نفسه؟ فقال: لا بأس، وذكر ذلك عن علي عليه السلام)^(١) {وهي لا تدل على مطلوبهم، وظاهرها إعطاء الزائد الصحيح بدون الشرط، ولا خلاف فيه} وإن كان في نيتها ذلك، أو كان معتاداً بين الناس، لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقترض من الرجل الدرهم فيرد عليه المثقال، ويستقرض المثقال فيرد عليه الدراهم؟ فقال: إذا لم يكن شرط فلا بأس، وذلك هو الفضل، إن أبي عليه السلام كان يستقرض الدراهم الفسولة فيدخل عليه الدراهم الجياد فيقول: يا بني ردها على الذي استقرضها منه، فأقول: يا أبة إن دراهمه كانت فسولة وهذه خير منها، فيقول: يا بني إن هذا هو الفضل، فأعطه إياها)^(٢) {بل لا يكره، وقد روي (أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم اقترض بكرة} وهو الفتى من الإبل {فرد بازلاً رباعياً وقال: إن خير الناس أحسنهم قضاء)^(٣)} ونحوه غيره، وهي ظاهرة في الاستحباب.

[وإنما يصح إقراض الكامل] {على وجه يرتفع عنه الحجر في المال، وأراد كمال المتعاقدين معاً بإضافة المصدر إلى الفاعل والقابل} بقرينة ما هو المعلوم من اشتراطهما في العقود إجماعاً [وكلما يتساوى أجزاؤه] {في القيمة والمنفعة، وتتقارب صفاته كالحبوب والأدهان} {يثبت في الذمة مثله} لانشغالها بعوضه [وما لا يتساوى أجزاؤه]

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٢) الصرف، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٢) الصرف، ح ٧.

(٣) السنن الكبرى، ج ٦، ص (٣٥). بتفاوت.

{كالحيوان تثبت قيمته يوم القبض} على المشهور نقلاً وتحصيلاً، كذا في الجواهر {لأنه وقت الملك} فلا اعتبار بوقت المطالبة أو الأداء.

[وبه] {أي بالقبض} [يملك] {المقترض القرض على المشهور} بل في محكي السرائر: وبلا خلاف فيه بيننا. بل عن بعضهم دعوى الإجماع صريحاً، لا قبله بعقد القرض، بل إجماعاً بقسميه، كما في الجواهر {لا بالتصرف} بعده، لأصالة عدم شرط آخر في حصول الملك بالعقد، ولولا الإجماع المتقدم لآتجه القول بحصوله بتمامه من دون اعتبار القبض {قيل} والقائل العلامة في المختلف {لأنه فرع الملك فيمتنع كونه شرطاً فيه، وإلا دار} لأن التصرف فيه لا يجوز حتى يصير ملكاً، لقبح التصرف في مال الغير، ولا يصير ملكاً إلا بالتصرف فلزم توقف التصرف على الملك، وهو على التصرف {وفيه: منع تبعيته للملك مطلقاً} تاماً بغير خيار كان أم ناقصاً بخيار {إذ يكفي فيه إذن المالك، وهو هنا حاصل بالعقد، بل بالإيجاب} لاشتماله على الإذن في التصرف.

{وحيث قلنا: بملكه بالقبض} {فله ردّ مثله} [مع وجود عينه] {وإن كره المقترض} كما عن الشيخ، بل الأشهر، بل المشهور، بل لعله إجماع بين المتأخرين، كما في الجواهر {لأن العين حينئذٍ تصير كغيرها من أمواله، والحق يتعلق بدمته فيتخير في جهة القضاء، ولو قلنا: بتوقف الملك على التصرف وجب دفع العين مع طلب مالكها} لفرض عدم حصول الملك للمقترض، وعدم انتقاله من ملك المقرض قبل التصرف المتحقق بالتلف أو الانتقال، والمفروض وجود العين فيلزم ردها مع طلبها {ويمكن القول بذلك وإن ملكناه بالقبض، بناء على كون القرض عقداً جائزاً ومن شأنه رجوع كل عوض إلى مالكة إذا فسخ كالهبة والبيع بخيار} ويشكل: بأن فائدة الملك التسلط على المملوك، والأصل عدم خروجه عنه إلا برضاه، كما أن

استصحاب ملك المقرض للعين والمقرض للمثل أو القيمة يقتضي ذلك، وخروج الهبة بالدليل لا يلزم مساواته لها، خصوصاً بعد الفرق بينهما بالمعاوضة في القرض دونها.

[ولا يلزم اشتراط الأجل فيه] {لماله ولا لغيره} على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل لا خلاف أجده فيه قبل الكاشاني، كذا في الجواهر، وقد يشعر به خبر جابر عن أبي عبد الله قال: (قال رسول الله ﷺ: من أقرض مؤمناً قرضاً ينظر به ميسوره كان ماله في زكاة، وكان هو في صلاة من الملائكة حتى يؤديه) ^(١) ونحوه غيره، الظاهرة في جواز رجوعه ومطالبته في أي وقت شاء، وأنه محسن، و﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ {لأنه عقد جائز فلا يلزم ما يشترط فيه إلحاقاً لشرطه بجزئه} غير اللازم فيه قطعاً {نعم لو شرط أجل القرض في عقد لازم لزم} الوفاء به {على ما سبق} من لزوم الوفاء بكل شرط سائغ في عقد لازم، لإطلاق قوله ﷺ: (المؤمنون عند شروطهم).

[ويجب] {على المديون} [نية القضاء] إجماعاً محكياً إن لم يكن محصلاً، كذا في الجواهر، ولصحيح أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (أيما رجل أتى رجلاً فاستقرض منه مالاً وفي نيته أن لا يؤديه فذلك اللص العادي) ^(٢) ونحوه غيره {سواء قدر على أدائه أم لا، بمعنى العزم وإن عجز عن الأداء إذا قدر، وسواء كان صاحب الدين حاضراً أم غائباً؛ لأن ذلك من مقتضى الإيمان، كما يجب العزم على أداء

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) الدين والقرض، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٥) الدين والقرض، ح ٥.

كل واجب وترك كل محرم، وقد روي: أن كل من عزم على أداء دينه أعين عليه، وأنه ينقص من مؤونته بقدر قصور نيته { كما هو مضمون خبر الحسن بن علي بن رباط * }.

[و] يجب [عزله عند وفاته] ظاهرهم أن وجوب العزل إجماعي، كما في جامع المقاصد؛ ولأنه أبعد عن تصرف الورثة فيه [والإيصاء به لو كان صاحبه غائباً] فعن الصيمري نفي الخلاف فيه، ولصحيح هشام بن سالم قال: (سأل خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه السلام - وأنا جالس - فقال: إنه كان عند أبي أجير يعمل عنده بالأجر ففقدناه، وبقي له من أجره شيء ولا نعرف له وارثاً، قال: فاطلبوه، قال: قد طلبناه، فلم نجده، قال: فقال: مساكين - وحرك يده - قال: فأعاد عليه، قال: اطلب واجهد، فإن قدرت عليه، وإلا فكسبيل مالك، حتى يجيء له طالب، فإن حدث بك حدث فأوص به: إن جاء له طالب أن يدفع إليه^(١) ونحوه غيره {ليتميز الحق} بالعزل {ويسلم من تصرف الوارث فيه، ويجب الوصاية به إلى ثقة} كما عن الشيخ في النهاية {لأنه تسليط على مال الغير وإن قلنا بجواز الوصاية إلى غيره في الجملة} كما تقدم في كتاب الوصايا.

[ولو جهله ويؤس منه] ولم يعرف وارثه بعد الاجتهاد في الطلب [تصدق به عنه] {في المشهور} لكونه مجهول المالك، وحكمه ذلك نصاً وفتوى، كما في الجواهر، ولمرسل الفقيه وفي خبر آخر (إن لم تجد وارثاً وعرف الله عز وجل منك الجهد فتصدق بها)^(٢) {وقيل} والقائل ابن إدريس {يتعين دفعه إلى الحاكم؛ لأن الصدقة تصرف في مال الغير بغير إذنه. ويضعف: بأنه إحسان محض إليه} وقد قال الله عز وجل: ﴿مَا عَلَى

☆ الوسائل، ج ١٨، باب (٥) الدين والقرض، ح ٣.

(١) الوسائل، ج ٢٦، باب (٦) ميراث الخنثى، ح ١.

(٢) الفقيه، ج ٤، ص ٣٣١، ميراث المفقود، ح ٥.

المُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ^(١) {لأنه إن ظهر ولم يرض بها ضمن له عوضها، وإلا فهي أنفع من بقاء العين المعزولة المعرضة لتلفها بغير تفريط المسقط لحقه، والأقوى التخيير بين الصدقة، والدفع إلى الحاكم، وإبقائه في يده} لعدم ترجيح دليل قول منها على غيره، لتشويش النصوص، وشدة اختلاف الأصحاب فيها.

[ولا يصح قسمة الدين] {المشترك بين شريكين فصاعداً على المشهور} نقلاً وتحصيلاً، بل عن الشيخ وابن حمزة الإجماع عليه، كذا في الجواهر، خلافاً لابن إدريس [بل الحاصل] {منه} {لهما، والتاوي} {بالمثناة وهو الهالك} [منهما] استصحاباً لحكم الشركة السالم عن معارضة إطلاق القسمة بعد انصرافه إلى غيره، ولو بالشهرة والإجماع المتقدمين، ولصحيح سليمان بن خالد قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما ومنه متفرق عنهما فاقتهما بالسوية، ما كان في أيديهما، وما كان غائباً عنهما، فهلك نصيب أحدهما مما كان غائباً واستوفى الآخر، عليه أن يرد على صاحبه؟ قال: نعم، ما يذهب بهاله)^(٢) ونحوه غيره.

{وقد يحتال للقسمة بأن يحيل كل منهما صاحبه بحصته التي يريد إعطاها صاحبه ويقبل الآخر، بناء على صحة الحوالة من البريء} لم أجد فيه خلافاً سوى ما حكاه الشهيد في حواشيه من توقف الفاضل في التذكرة في ذلك، ولا ريب في ضعفه، كما في الجواهر. ولو أحال كل منهما بنصيبه لدين سابق عليه صحّ؛ لأنها حوالة على مدين، ولا إشكال في صحتها {وكذا لو اصطلحا على ما في الذمم بعضاً ببعض} بجعل أحدهما نصيبه في ذمة أحد المدينين في مقابلة نصيب شريكه في ذمة

(١) سورة التوبة، آية (٩١).

(٢) الوسائل، ج ١٨ باب (٢٩) الدين والقرض، ح ١.

الآخر {وفاقاً للمصنف في الدروس} وللمحقق الثاني في جامعته، بلا إشكال يعتد به، بناءً على أن الصلح أصل برأسه - كما هو الأقوى - وعليه فالنصوص المانعة لا تشملها ولا الحوالة.

[ويصحّ بيعه بحال] {وإن لم يقبض من المديون وغيره، حالاً كان الدين} المباع {أم مؤجلاً} كما هو المتسالم عليه بينهم {ولا يمنع تعذر قبضه حال البيع} بسبب كونه مؤجلاً لا يجب على المديون أدائه قبل الأجل، لإمكانه وقت الحلول {من صحته؛ لأن الشرط إمكانه في الجملة، لا حالة البيع، ولا فرق في بيعه بالحال بين كونه مشخصاً} كهذه الدراهم التي في يده {ومضموناً على الأقوى، للأصل} وهو الصحة في العقد {وعدم صدق الدين عليه} الآن، بل سيكون ديناً، نعم يلزم أن [لا] يكون [بمؤجل] {لأنه بيع دين بدين، وفيه نظر؛ لأن الدين الممنوع منه ما كان عوضاً حال كونه ديناً بمقتضى تعلق الباء به} في قولنا: (بيع الدين بالدين) فإن ظاهره جعل ما هو دين قبل البيع ثمناً في بيع الدين {والمضمون} الذي هو المؤجل {عند العقد ليس بدين} لأنه حينه لم يكن ثابتاً في ذمة أحد حتى يكون ديناً {وإنما يصير} بسبب التأجيل {ديناً بعده فلم يتحقق بيع الدين به؛ ولأنه يلزم مثله في بيعه بحال، والفرق غير واضح، ودعوى إطلاق اسم الدين عليه إن أرادوا به قبل العقد فممنوع} لعدم كونه ديناً {أو بعده فمشارك} بين الحال والمؤجل؛ لأن الحال دين مستحق فعلاً، وهذا ليس بفارق {وإطلاقهم عليه عرفاً إذا بيع به فيقولون: باع فلان ماله بالدين مجازاً، بقصد أن الثمن بقي في ذمته ديناً بعد البيع، ولو اعتبر هذا الإطلاق جاء مثله في الحال إذا لم يقبضه، خصوصاً إذا أمهله به من غير تأجيل} إن صدق عليه الدين بذلك، إلا أنه لا إشكال في انصرافه عنه عرفاً.

{و} يصح بيعه {بزيادة} {عن قدره} {ونقيصة} لعموم أدلة البيع {إلا أن يكون ربوياً} {فتعتبر المساواة} دفعاً للربا {ولا يلزم المديون أن يدفع إلى المشتري إلا ما دفع المشتري} {إلى البائع} {على رواية محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام} قال: (قلت للرضا عليه السلام: رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين، فقال: ادفع إلي ما لفلان عليك فقد اشتريته منه، قال: يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين، ويرى الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه)^(١) {وقريب منها رواية أبي حمزة عن الباقر عليه السلام} * وإنما اقتصر على الأولى؛ لأنها أصرح، وعمل بمضمونها الشيخ وجماعة، ويظهر من المصنف الميل إليه، وفي الدروس: لا معارض لها، لكن المستند ضعيف {لجهالة محمد بن الفضيل، وعدم الجابر لها من شهرة أو عمل، بل المشهور بين الأصحاب خلافها، مع مخالفتها لأصول المذهب وقواعده} {وعموم الأدلة تدفعه} للزوم الوفاء بالعقد الذي يقتضي أن يدفع المديون جميع ما عليه إلى المشتري، لا بعضه، فلا تبرأ ذمته به.

{وحمل} كما عن العلامة في المختلف {على الضمان مجازاً} بمعنى أن الشراء في الرواية قصد به الضمان {لشبهه بالبيع في المعاوضة} فيكون له حينئذ قيمة ما دفع ويبرأ المديون من جميع ما بقي عليه {أو} يحمل {على فساد البيع، للربا وغيره} وهو كما ترى! لا يناسب الرواية؛ لأن مقتضاه أن ما زاد عن المدفوع للمالكه، والرواية صريحة في براءة ذمة من عليه المال من جميع ما بقي عليه، وعلى كل {فيكون الدفع مأذوناً فيه من البائع في مقابلة ما دفع ويبقى الباقي للمالكه} ويكون المراد ببراءة ذمة

(١) الوسائل، ج ١٨ باب (١٥) الدين والقرض، ح ٣.

★ الوسائل، ج ١٨ باب (١٥) الدين والقرض، ح ٢.

المدين في الرواية البراءة من حق المشتري، ولكنه كما ترى! مخالف لصريحها، ولذا قال {والأقوى مع صحة البيع لزوم دفع الجميع} للمشتري {و} معه {يجب مراعاة شروط الربا والصرف، ولو وقع صلحاً اغتفر الثاني خاصة} لدخول الربا في كل معاوضة، عملاً بإطلاق قوله ﷺ: ﴿وَحَرَّمَ الرَّبَا﴾^(١).

[ومنع ابن إدريس من بيع الدين إلى غير المديون] {استناداً إلى دليل قاصر} وهو الإجماع، ولكن سيأتي أن المشهور الصحة {وتقسيم غير حاصر} وحاصله أن المبيع إما عين معينة، أو في الذمة، والأول إما بيع عين مرئية فلا تحتاج إلى الوصف، وإما عين غير مشاهدة فتحتاج إلى الوصف، وذكر الجنس، وهو بيع خيار الرؤية، وأما ما في الذمة فهو السلف المفتقر إلى أجل المعين، والدين ليس عينا مشاهدة ولا معينة، إذ للمديون التخيير في جهات القضاء، وليس بسلم إجماعاً، ولا قسم رابع هنا، ثم اعترض على نفسه بأنه خلاف الإجماع على صحة بيع الدين، ثم أجاب: بأن العموم قد يخص. وأنت خير بأن التقسيم الذي ادعى فيه الحصر لا دليل عليه، وأما ما ادعاه من الإجماع فهو وارد عليه، وما اعتذر عنه من التخصيص متوقف على قيام المخصص وهو مفقود [والمشهور الصحة] {مطلقاً} على المديون وغيره {لعموم الأدلة} الدالة على لزوم الوفاء بكل عقد إلا ما خرج، وليس هذا منها.

[ولو باع الذمي] على ذمي آخر [ما لا يملكه المسلم] {كالخمر والخنزير} [ثم قضى منه دين المسلم صحّ قبضه ولو شاهده] {المسلم} بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر {لإقرار الشارع له على ذلك} لموثق منصور قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: لي على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر والخنزير وأنا

(١) سورة البقرة، آية (٢٧٥).

حاضر، فيحل لي أخذها؟ فقال: إنما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك^(١) ونحوه غيره {لكن يشترط استتاره به، كما هو مقتضى الشرع} في شروط الذمة {فلو تظاهر به لم يجوز} لأنه معه يكون بحكم الحربي إجماعاً {ومن ثم يقيد بالذمي؛ لأن الحربي لا يقر على شيء من ذلك فلا يجوز تناوله منه} لفساد البيع، بلا خلاف معتد به أجده في شيء من ذلك، كذا في الجواهر، ولإطلاق خبر جراح المدائني قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: من أكل السحت ثمن الخمر)^(٢).

[ولا تحل الديون المؤجلة بحجر المفلس] بلا خلاف أجده من غير الإسكافي، كذا في الجواهر {عمالاً بالأصل} وهو استصحاب بقاء الأجل إلى أن يثبت المزيل [خلفاً لابن الجنيد عليه السلام] {حيث زعم أنها تحل قياساً على الميت، وهو باطل، مع وجود الفارق بتضرر الورثة إن منعوا من التصرف إلى أن يحل، و} كذا بتضرر {صاحب الدين إن لم يمنعوا} من التصرف ليأخذ حقه {بخلاف المفلس، لبقاء ذمته} وإمكان عود مال عليه عند حلول الأجل.

[وتحل] {الديون المؤجلة} [إذا مات المدين] للإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح الحسين بن سعيد قال: (سألته عن رجل أقرض رجلاً دراهم إلى أجل مسمى، ثم مات المستقرض أيحل مال القارض عند موت المستقرض منه أو للورثة من الأجل مثل ما للمستقرض في حياته؟ فقال: إذا مات فقد حل مال القارض)^(٣) ونحوه غيره، وهو مستفيض {سواء في ذلك مال السلم، والجنانية

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٦٠) ما يكتسب به، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٧، باب (٥٥) ما يكتسب به، ح ٧.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (١٢) الدين والقرض، ح ٢.

المؤجلة} حيث تؤجل دية القتل العمد إلى سنة، وشبهه إلى سنتين، والخطأ إلى ثلاث {وغيرهما للعموم} المستفاد من الأدلة {وكون أجل السلم يقتضي قسطاً من الثمن، وأجل الجناية بتعيين الشارع ولتحقق الفرق بين الجنایات} لأن بعضها حال والآخر مؤجل، فبمثل هذه التعليقات {لا يدفع عموم النص} الصحيح المتقدم وغيره [ولا تحل بموت المالك] كما هو المشهور شهرة عظيمة {دون المديون للأصل} وهو استصحاب بقاء الأجل {خرج منه موت المديون فيبقى الباقي، وقيل: تحل استناداً إلى رواية مرسلة} عن أبي بصير قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: إذا مات الرجل حلّ ما له وما عليه من الدين)^(١) وهي ضعيفة بالإرسال، ولا جابر لها، بل هي مهجورة عند المعظم {وبالقياس على موت المديون، وهو باطل} عندنا بلا إشكال.

[وللمالك انتزاع السلعة] {التي نقلها إلى المفلس قبل الحجر ولم يستوف عوضها مع وجودها مقدماً فيها على سائر الديان} [في الفلس] إجماعاً، ولصحيح عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال: (سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه؟ قال: لا يحاصّه الغرماء)^(٢) ونحوه غيره، هذا [إذا لم تزد زيادة متصلة] {كالسمن والطول، فإن زادت كذلك لم يكن له أخذها، لحصولها على ملك المفلس} فهي له اتفاقاً [فيمتنع] {أخذ العين بدونها ومعها} [وقيل] والقائل الشيخ وجماعة منهم العلامة في القواعد [يجوز] {انتزاعه} [وإن زادت] {لأن هذه الزيادة صفة محضة وليست من فعل المفلس فلا تعد مالاً له، ولعموم من وجد عين ماله فهو أحق بها} وهو كما ترى! لأنها ليست عين ماله، بل مع زيادة عليها عائدة للمفلس {وفي قول

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٢) الدين والقرض، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٥) الحجر، ح ٢.

ثالث { لابن الجنيّد، وللعلامة في المختلف، والمحقق الثاني {بجواز أخذها، لكن يكون المفلس شريكاً بمقدار الزيادة} وليس عليه دليل صالح.

[ولو كانت] {الزيادة} [منفصلة] {كالولد وإن لم ينفصل، والثمره وإن لم تقتطف} {لم يمنع} {من الانتزاع، وكانت الزيادة للمفلس} بعد انفصالها؛ لأنها نهاء ملكه {ولو كانت بفعله، كما لو غرس، أو صبغ الثوب، أو خاطه، أو طحن الحنطة كان شريكاً بنسبة الزيادة} لأنها حصلت بفعل محترم له قيمته شرعاً، وكلما كان كذلك يلزم أن لا يضيع.

[وغير ماء الميت سواء في تركته مع القصور] {فتقسم على نسبة الديون سواء في ذلك صاحب العين} الموجودة حينه {وغيره} ولا أجد فيه خلافاً سوى ما حكي عن ابن الجنيّد من اختصاص صاحب العين بها وإن لم يكن وفاءً، كذا في الجواهر. ولصحيح أبي ولاد قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعاً إلى سنة فمات المشتري قبل أن يحل ماله، وأصاب البائع متاعه بعينه، له أن يأخذه إذا حق له؟ قال: فقال: إن كان عليه دين وترك نحواً مما عليه فليأخذه إن حق له فإن ذلك حلاله، ولو لم يترك نحواً من دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصة ولا سبيل له على المتاع)^(١) [ومع الوفاء لصاحب العين أخذها في المشهور] {سواء كانت التركة بقدر الدين أم أزيد، وسواء مات محجوراً أم لا، ومستند المشهور صحيحة أبي ولاد عن الصادق عليه السلام} المتقدمة [وقال: ابن الجنيّد يختص بها] صاحبها [وإن لم يكن وفاءً] {كالمفلس قياساً، واستناداً إلى رواية مطلقة في جواز

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٥) الحجر، ح ٣.

الاختصاص} وهي مرسل جميل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (في رجل باع متاعاً من رجل فقبض المشتري المتاع ولم يدفع الثمن، ثم مات المشتري والمتاع قائم بعينه، فقال: إذا كان المتاع قائماً بعينه رد إلى صاحب المتاع، وقال: ليس للغرماء أن يحاصوه)^(١) {والأول} وهو القياس، فمحرم {باطل} مع أنه اجتهد في مقابلة النص {والثاني يجب تقييده بالوفاء جمعاً} بين صحيح أبي ولاد ومرسل جميل المقيد بوفاء التركة {وربما قيل} والقائل المحقق الثاني {باختصاص الحكم بمن مات محجوراً عليه، وإلا فلا اختصاص مطلقاً} وفات التركة أم لا {وصحيح النص} المتقدم المطلق {يدفعه} كما هو أوضح من أن يخفى.

[ولو وجدت العين ناقصة بفعل المفلس] {أخذها} صاحبها {إن شاء} [وضرب بالنقص مع الغرماء مع نسبته] {أي نسبة النقص} [إلى الثمن] بلا خلاف أجده فيه عندنا مطلقاً، كذا في المسالك، لصدق عين المال على الموجود فيثبت التخيير فيه {بان تنسب قيمة الناقص إلى الصحيحة ويضرب من الثمن الذي باعه به بتلك النسبة، كما هو مقتضى قاعدة الأرش} فلو كانت الصحيحة بمئة والناقصة بخمسة وسبعين فستكون نسبة النقص ربع القيمة فيضرب بالخمسة والعشرين مع الغرماء {ولئلا يجمع بين العوض والمعوض في بعض الفروض} كما لو كان قيمة العبد مئتين والثمن مئة وقطع يده التي أرشها مئة فإذا أخذ العبد والمئة جمع بين العوض والمعوض {وفي استفادة ذلك} وهو كون المراد من النقص قيمة الناقصة ومن الثمن قيمة الصحيحة {من نسبة النقص إلى الثمن خفاء} لأنه لم يعرف من عبارته بل من القواعد الخارجية.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٥) الحجر، ح ١.

{ولو كان النقص بفعل غيره فإن وجب أرشه ضرب به قطعاً} لأنه مستحق له بلا إشكال {ولو كان من قبل الله تعالى فالأقوى أنه كذلك، سواء كان الفائت مما يتقسط عليه الثمن بالنسبة كعبد من عبيد أم لا كيد العبد} خلافاً للأكثر حيث ذهبوا إلى أنه لو لم يكن للفائت قسط من الثمن وكان الفوات من قبل الله عز وجل فليس للبائع إلا الرضا بالموجود على تلك الحال أو الضرب بالثمن {لأن مقتضى عقد المعاوضة عند فسخه رجوع كل عوض إلى صاحبه أو بدله} فيرجع الموجود إن كان تاماً أو بدله إن كان ناقصاً مطلقاً، سواء كان النقص من قبل الله أم الأجنبي أم المشتري المفلس.

{واعلم أن تخصيص} الذكر لحكم {النقص بفعل المفلس} بلا فرق بين كون البدل عن الجميع التالف أو بعضه {لا يظهر له نكتة؛ لأنه إما مساوٍ} في الحكم {لما يحدث من الله تعالى، أو الأجنبي على تقدير الفرق} بين ما يحدث من الله عز وجل الذي لم يستوجب الأرش عند المشهور، وبين ما يحدث من الأجنبي الذي يستوجبه، فلا بد من ذكره مع المفلس {أو} أن {حكم الجميع سواء على القول القوي} الذي اختاره الشارح، فوجه عدم التخصيص أوضح.

[ولا يقبل إقراره في حال التفليس بعين، لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله قبله] {فيكون إقراره بها في قوة الإقرار بهال الغير} وهو غير مسموع {وللحجر عن التصرف المالي المانع من نفوذ الإقرار} [ويصح] {إقراره} [بدين] في الجملة بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر {لأنه عاقل مختار فيدخل في عموم} [إقرار العقلاء على أنفسهم جائز] والمانع في العين منتف هنا؛ لأنه في العين مناف لحق الديان المتعلق بها} [و] {هنا} [يتعلق بذمته فلا يشارك الغرماء المقر له] {جمعاً بين الحقين} [وقوى الشيخ] في المبسوط والخلاف، والمحقق في الشرائع {وتبعه العلامة في بعض كتبه}

وهي التذكرة والتحرير [المشاركة] {للخبر} النبوي المتقدم {ولعموم الإذن في قسمة ماله بين غرمائه} المستفاد من خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه (أن علياً عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالخصص، فإن أبى باعه فقسم بينهم - يعني ماله -)^(١) {وللفرق بين الإقرار والإنشاء} للبيع ونحوه الذي يحجر فيه على المفلس التصرف في العين {فإن الإقرار إخبار عن حق سابق، والحجر إنما يبطل إحداث الملك؛ ولأنه كالبيئة ومع قيامها لا إشكال في المشاركة، ويشكل: بأن رد إقراره ليس لنفسه، بل لحق غيره} فلا ينافيه الخبر {ونحن قد قبلناه على نفسه بإلزامه بالمال بعد الحجر، ومشاركة المقر له للغرماء هو المانع من النفوذ الموجب لمساواة الإقرار للإنشاء في المعنى} كالتمليك بهبة ونحوها، فإذا كانت المشاركة منافية للنفوذ فكيف يجعل سبباً لها؟! {وكونه كالبيئة مطلقاً ممنوع} لأن الشارع الأقدس لم يفرق في نفوذ مقتضاها مطلقاً، بينما فرق في الإقرار فإن كان في حق نفسه قبل، ولم يقبل إن كان في حق الغير {فما اختاره المصنف أقوى، وموضع الخلاف ما لو أسنده إلى ما قبل الحجر، أما بعده فإنه لا ينفذ معجلاً قطعاً، نعم لو أسنده إلى ما يلزم ذمته كإتلاف مال، أو جناية شارك المقر له {لوقوع السبب بغير اختيار المستحق فلا تقصير، بخلاف المعامل} بقرض أو بيع؛ لأنه أقدم على إعطاء ماله للمفلس بعد الحجر مع علمه بأنه يذهب إلى الغرماء.

[ويمنع المفلس من التصرف] {المبتدأ} [في أعيان أمواله] {المنافي لحق الغرماء} سواء كان بعوض أم لا، فعن ظاهر الخلاف والغنية الإجماع على منعه من التصرف بهالة بما يبطل حق الغرماء {لا من مطلق التصرف، واحترزنا بالمبتدأ عن التصرف في

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) الحجر، ح ١.

ماله بمثل الفسخ بخيار؛ لأنه ليس ابتداء تصرف، بل هو أثر سابق على الحجر، وكذا لو ظهر له عيب فيما اشتراه سابقاً، فله الفسخ به، وهل يعتبر في جواز الفسخ الغبطة أم يجوز اقتراحاً؟} من غير مصلحة {الأقوى الثاني} كما اختاره جمع من الأساطين منهم الشيخ والمحققان والعلامة - فيما عدا التذكرة - وغيرهم {نظراً إلى أصل الحكم} الثابت باستصحابه {وإن تخلفت الحكمة} وهي المصلحة.

{وقيل} والقائل العلامة في التذكرة {يعتبر الغبطة في الثاني} وهو الفسخ بالعيب {دون الأول} وهو الفسخ بالخيار {وفرق المصنف بينهما، بأن الخيار ثابت بأصل العقد، لا على طريق المصلحة، فلا يتقيد بها، بخلاف العيب، وفيه نظر بين؛ لأن كلاً منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة، وإن كانت الحكمة المسوغة له هي المصلحة} وهي ليست علة للحكم، ليدور مدارها {والإجماع على جواز الفسخ بالعيب} مطلقاً في المفلس وغيره {وإن زاد القيمة} في حصول الضرر، فالتفريق بين المفلس وغيره يكون بلا دليل {فضلاً عن الغبطة فيه، وشمل التصرف في أعيان الأموال ما كان بعوض وغيره، وما تعلق بنقل العين والمنفعة، وخرج به التصرف في غيره كالنكاح، والطلاق، واستيفاء القصاص، والعفو عنه، وما يفيد تحصيله} للمال {كالاحتطاب، والامتهاب، وقبول الوصية، وإن منع منه بعده، و} احترزنا {بالمنافي} لحق الغرماء {عن الوصية وتديبره فإنها يخرجان من الثلث بعد وفاء الدين فتصرفه في ذلك جائز؛ إذ لا ضرر على الغرماء فيه} الذي هو السبب في الحجر.

[وتباع] {أعيان أمواله القابلة للبيع، ولو لم تقبل كالمنفعة أوجرت أو صولح عليها وأضيف العوض إلى أثمان ما يباع} كل ذلك بأمر الحاكم أو من يقوم مقامه، بلا خلاف يعرف [وتقسم على الغرماء] كل بقدر حقه {إن وفي، وإلا فعلى نسبة أموالهم} فلو كان ثمن ماله ألف دينار وكانت ديونه ألفي دينار، دفع لكل غريم

نصف ماله وهكذا، بحسب ما يقتضيه العدل، لصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سئل عن رجل كانت عنده مضاربة ووديعة وأموال أيتام وبضائع، وعليه سلف لقوم، فهلك وترك ألف درهم أو أكثر من ذلك، والذي عليه للناس أكثر مما ترك، فقال: يقسم لهؤلاء الذين ذكرت على قدر حصصهم أمواله)^(١) ونحوه غيره [ولا يدخر لـ] الديون [المؤجلة] {التي لم تحل حال القسمة} {شيء} بلا خلاف، لما تقدم من عدم حلول ديونه بالفلس {ولو حل بعد قسمة البعض شارك في الباقي، وضرب بجميع المال} الذي قد حلّ أجله {وضرب باقي الغرماء ببقية ديونهم} بالنسبة؛ لأن تعلق حقوقهم بالمال لا يمنع من تعلق حق غيرهم بعد وجود مقتضى التعلق فيه.

[ويحضر كل متاع في سوقه] {وجوباً مع رجاء زيادة القيمة} لكن قد يقال: بأن الأصل البراءة منه؛ لأن رجاء الزيادة تطلب للأصلح ولا يجب عليه؛ إذ لا يزيد على مال الطفل الذي لا يجب فيه مراعاة الغبطة {وإلا} أي مع عدم رجاء الزيادة أحضر لسوقه {استحباباً}؛ لأن بيعه فيه أكثر لطلبه، وأضبط لقيمه {وقيل: باستحباب حضور نفس المفلس؛ لأنه أعرف بقيمة متاعه، وبجيده من غيره، وربما كان أكثر للرغبة فيه، وأبعد عن التهمة، وأطيب لنفسه}.

[ويحبس لو ادعى الإعسار] لأصالة بقاء المال عنده، واشتراط الإنظار في الآية الكريمة بالإعسار ولم يثبت، لموثق عمار - برواية الكليني - عن أبي عبد الله عليه السلام (أن علياً كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٥) الحجر، ح ٤.

بالخصص، فإن أبى باعه فقسم بينهم^(١) [حتى يشته] إما {باعترا ف الغريم} بلا خلاف ولا إشكال، لاعترا ف صاحب الحق، فإن كان واحداً وإلا فباعترافهم أجمع، وإن اختلفوا فثبت في حق المعترف منهم {أو بالبينة المطلعة على باطن أمره إن شهدت بالإعسار مطلقاً} من غير بيان السبب {بتلف المال حيث لا يكون منحصراً في أعيان مخصوصة} لأنها بينة نفي، ومقتضاها عدم الملك الذي يمكن أن يكون مستنداً أصالة عدم المال، ويمكن أن يكون لاطلاعها على التلف، ومعه يحصل الظن القوي المتأخم لليقين بأن مستندها الثاني {وإلا} فإن كان منحصراً {كفى اطلاعها على تلفها} من دون اعتبار اطلاعها على باطن أمره؛ لأنها حينئذ شهادة إثبات، فيكفي في سماعها ثبوت الظاهر بها بتلف المال المحصور.

{ويعتبر في الأولى مع الاطلاع على باطن أمره بكثرة مخالفته وصبره على ما لا يصبر عليه ذوو اليسار عادة، أن تشهد بإثبات يتضمن النفي، لا بالنفي الصرف} لأنها كذلك لا تسمع، لعدم انحصار سببها {بأن يقول: إنه معسر} هذا في الإثبات، و{لا يملك إلا قوت يومه، وثياب بدنه، ونحو ذلك} في النفي {وهل يتوقف ثبوته مع البينة مطلقاً} سواء كانت بينة إثبات شهدت بتلف أمواله، أم بينة نفي مطلعة شهدت بإعساره {على اليمين؟ قولان} التفصيل بين بينة الإعسار فيتوقف للاستظهار، لاحتمال كون مستندها ظاهر الحال، وبين بينة التلف فلا يتوقف؛ لأنها بينة إثبات، كما عن المحقق والعلامة، بل هو المنسوب إلى الأكثر، وعدم التوقف في الصورتين؛ لأن فيه تكديماً للمشهور.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) الحجر، ح ١. بتفاوت.

{وإنما يحبس مع دعوى الإعسار قبل إثباته لو كان أصل الدين مالاً كالقرض، أو عوضاً عن مال كثمن المبيع، فلو انتفى الأمران كالجناية، والإتلاف قُبِلَ قوله في الإعسار بيمينه، لأصالة عدم المال} ومع موافقة دعواه للأصل يكون منكراً، فيندرج تحت قوله ﷺ: (البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه)^(١) {وإنما أطلقه المصنف اتكالا على مقام الدين في الكتاب} والجناية والإتلاف لا يسمى ديناً [فإذا ثبت] {إعساره} [خلي سبيله] {ولا يجب عليه التكسب} لكنه كما ترى! مخالف لما سيقربه المصنف فيما يأتي {لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾^(٢)} [وعن علي عليه السلام] {بطريق السكوني} (أنه كان يحبس في الدين، ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول: اصنعوا به ما شئتم) [إن شئتم آجروه، وإن شئتم استعملوه]^(٣) وهو يدل على وجوب التكسب] {في وفاء الدين} [واختاره ابن حمزة والعلامة] {في المختلف} [ومنع الشيخ وابن إدريس] {للآية} {المتقدمة} {وأصالة البراءة} {من وجوب التكسب} [والأول أقرب] {لوجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبة، والمتكسب قادر، ولهذا تحرم عليه الزكاة، وحينئذ هو خارج من الآية، وإنما يجب عليه التكسب فيما يليق بحاله عادة ولو بمؤاجرة نفسه، وعليه تحمل الرواية} {المتقدمة}.

[وإنما يحجر على المديون] بشرط:

(١) الوسائل، ج٢٧، باب (٣) كيفية الحكم، ح٣.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٨٠).

(٣) الوسائل، ج١٨، باب (٧) الحجر، ح٣.

الأول: [إذا قصرت أمواله عن ديونه] {فلو ساوته أو زادت لم يحجر عليه إجماعاً} في ظاهر التذكرة وجامع المقاصد والمسالك {وإن ظهرت عليه أمارات الفلاس، لكن لو طوب بالدين فامتنع تخير الحاكم بين حبسه إلى أن يقضي بنفسه، وبين أن يقضي عنه من ماله} لموثق عمار - برواية الكليني - عن أبي عبد الله عليه السلام (أن علياً عليه السلام كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص، فإن أبى باعه فيقسم بينهم)^(١) {ولو يبيع ما خالف الحق} المدين به.

[و] **الثاني:** [طلب الغرماء الحجر] {لأن الحق لهم} فلا يحجر عليه إلا مع التماس أحدهم، لأصالة العدم إلا بالالتماس {فلا يتبرع الحاكم به عليهم، نعم لو كانت الديون لمن} هو {له عليه ولاية} كاليتيم والمجنون الذين لا ولي لهم غيره {كان له الحجر أو بعضها} كذلك {مع التماس الباقيين، ولو كانت لغائب لم يكن للحاكم ولايته؛ لأنه لا يستوفي له، بل يحفظ أعيان أمواله، ولو التمس بعض الغرماء، فإن كان دينهم يفي بماله ويزيد جاز الحجر وعم} غير الملتمس {وإلا فلا على الأقوى} خلافاً للعلامة في التذكرة حيث استقرب جواز الحجر بالتماس البعض وإن لم يكن دين الملتمس زائداً عن ماله، لعدم دليل قاطع لأصالة العدم، وأما ضرره فيرتفع بإجبار الحاكم على الوفاء.

الثالث: [بشرط حلول الدين] {فلو كان كله، أو بعضه مؤجلاً لم يحجر، لعدم استحقاق المطالبة حينئذٍ، نعم لو كان بعضها حالاً جاز مع قصور المال عنه، والتماس أربابه}.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) الحجر، ح ١. بتفاوت.

الرابع: أن تكون ديونه ثابتة عند الحاكم الذي أراد التحجير عليه أو غيره، اتفاقاً، ضرورة أصالة بقاء سلطنته مع عدم الثبوت، بل هو ليس بمفلس شرعاً.

[ولا تباع داره، ولا خادمه، ولا ثياب تجمله] إجماعاً محكياً عن المبسوط والغنية والتذكرة، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا تباع الدار ولا الجارية في الدين، وذلك أنه لا بد للرجل من ظل يسكنه وخادم يخدمه)^(١) ونحوه غيره {ويعتبر في الأول والأخير ما يليق بحاله كما وكيفاً، وفي الوسط ذلك، لشرف أو عجز، وكذا دابة ركوبه، ولو احتاج إلى المتعدد استثنى كالمتردد} دفعاً للعسر والحر، بل لا يبعد صدق ذي العسرة على من لا يجد غير ذلك، ولا ريب في تحقق الشدة والضيق عليه لو كلف بيع ضرورياته فيشملة قوله عليه السلام: ﴿فَتَنْظُرُ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾^(٢) {ولو زادت عن ذلك في أحد الوصفين وجب الاستبدال} في الكيف {أو الاقتصار} في الكم {على ما يليق به} كما عن جمع من الأصحاب، بل لا أجد فيه خلافاً، كذا في الجواهر، ولمرسل الصدوق قال: وكان شيخنا محمد بن الحسن (رض) يروي: (أنها إن كانت الدار واسعة يكتفي صاحبها ببعضها فعليه أن يسكن منها ما يحتاج ويقضي ببقيتها دينه، وكذلك إن كفته دار بدون ثمنها باعها واشترى بثمانها داراً ليسكنها ويقضي بباقي الثمن دينه)^(٣) [وظاهر ابن الجنيد بيعها] {في الدين} [واستحب للغريم تركه] وهو كما ترى! اجتهد في مقابلة النص والإجماع.

[والروايات متضاربة بالأول] وهو المستثنى [وعليه العمل] {وكذا} يلزم أن {تجرى عليه نفقته} من ابتداء الحجر بها فيها {يوم القسمة، ونفقة واجبي النفقة} بلا

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) الدين والقرض، ح ١.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٨٠).

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) الدين والقرض، ح ٦.

خلاف أجده في شيء من ذلك، كذا في الجواهر، بل عن محكي المسوط: لا خلاف في أنه يجب أن ينفق عليه وعلى من تجب نفقته من أقاربه وزوجته ومماليكه ودابته بها في ذلك كسوتهم إجمالاً، وللحرج المنفي.

{ولو مات قبلها قدم كفنه} على حقوق الغرماء {ويقتصر منه على الواجب وسطاً مما يليق به عادة، ومؤونة تجهيزه} بلا خلاف أجده، كذا في الجواهر، ولصحيح زرارة قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات وعليه دين بقدر كفنه؟ قال: يكفن بما ترك إلا أن يتبرع عليه إنسان فيكفنه، ويقضى بما ترك دينه)^(١) ونحوه غيره {وهذه الأحكام استطردها في كتاب الدين لمناسبة، وإن جرت العادة باختصاص الفلس باب، ورعاية لإدراج الأحكام بسبيل الاختصار} ولعلها هي تلك المناسبة.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٣) الدين والقرض، ح ١.

[القسم الثاني]: [دين العبد]

{خصه بناءً على الغالب من توليه ذلك دون الأمة، ولو أبدله بالمملوك، كما عبر غيره عم} الأمة، ولكن قد يقال: بأن المراد من العبد جنسه الشامل لها، كما هو غير بعيد [ولا يجوز له التصرف فيه] {أي في الدين، بأن يستدين، لا فيما استدان، وإن كان حكمه كذلك، لدخوله في قوله} [لا في ما بيده] {من الأموال} [إلا بإذن السيد] {سواء قلنا بملكه أم أحلناه} للحجر عليه كتاباً في قوله ﷺ: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾^(١) وسنة مستفيضة، ولا خلاف معتد به، بل قيل: إنه إجماع، بل لا يبعد عدم جواز التصرف له في نفسه بما يزيد على ضروريات تعيشه [فلو استدان بإذنه] {أو إجازته} [فعلى المولى] إذا استبقاه أو باعه، بلا خلاف أجده في ذلك، بل عن المذهب الإجماع عليه، كذا في الجواهر [وإن أعتقه] على أشهر القولين، بل هو المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً، كذا في الجواهر، بل في المسالك: قولاً واحداً. ضرورة كونه كالوكيل، بل هو أولى، باعتبار عدم مال له يؤدي منه، إذ هو لا يقدر على شيء، ولا فرق بين قصد المقرض العبد أو السيد، لصحيح أبي بصير - يعني ليث المرادي - عن أبي جعفر × قال: (قلت له: الرجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين، قال: إن كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه، وإن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى، ويستسعى العبد في الدين)^(٢) ونحوه غيره.

(١) سورة النحل، آية (٧٥).

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٣١) الدين والقرض، ح ١.

{وقيل} والقائل الشيخ في النهاية والقاضي والعلامة في القواعد، ولعله ظاهر التذكرة وغيرهم {يتبع به مع العتق، استناداً إلى رواية} صحيحة عن ظريف بياع الأكفان قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غلام لي كنت أذنت له في الشراء والبيع فوقع عليه مال الناس وقد أعطيت به مالا كثيراً، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن بعته لزمك ما عليه، وإن أعتقته فالمال على الغلام، وهو مولاك^(١)) وهي كما ترى! {لا تنهض حجة فيما خالف القواعد الشرعية، فإن العبد بمنزلة الوكيل، وإنفاقه على نفسه وتجارته بإذن المولى إنفاق لمال المولى، فيلزمه كما لو لم يعتق، ولو كانت الاستدانة للمولى فهو عليه قولاً واحداً} كما تقدم.

[ويقتصر] {المملوك} [في التجارة على محل الإذن] {فإن عين له نوعاً، أو مكاناً، أو زماناً تعين} واقتصر عليه، كما في كل محجور عليه، ففي التذكرة نسبته إلى علمائنا {وإن أطلق تخير} بلا خلاف ولا إشكال [وليس له الاستدانة بالإذن في التجارة] {لعدم دلالتها عليها} منطوقاً والتزاماً {إلا أن تكون لضرورتها كنقل المتاع وحفظه مع الاحتياج إليه} لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه، والضرورات تبيح المحظورات، ولكن تقدر بقدرها [فتلزم ذمته] ويتبع به بعد العتق، كما هو المشهور {لو تعدى المأذون نطقاً أو شرعاً} كالضرورة المشار إليها، و[لو تلف يتبع به بعد عتقه] {ويساره} الذي هو حال التمكن من الأداء [على الأقوى] لأنه المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً، بل عن الخلاف الإجماع على ذلك، كذا في الجواهر، لوجود سبب الضمان بالنسبة إليه دون سيده فيبقى الباقي على أصالة براءة ذمته، بل الظاهر الإجماع على عدم اشتغالها {وإلا} يعتق، أو لم يتيسر له {ضاع} على صاحبه،

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٣١) الدين والقرض، ح ٢.

لعدم ضامن شرعي له. لكنه كما ترى! لمنافاته عموم أدلة الضمان السالمة عن المعارض {ولو كانت عينه باقية رجع} بها {إلى مالكه، لفساد العقد} من قبل العبد غير المأذون له من قبل مولاه، ضرورة أن إباحتها له مضمونة عليه؛ إذ ليس هو كالطفل لا تصح الإباحة له بعوض، بل صرح في ضمان التذكرة: بصحة ضمان العبد من دون إذن سيده، لكونه تصرفاً في ذمته ولا ضرر فيه على السيد.

[وقيل] والقائل الشيخ في النهاية [يسعى فيه] {العبد معجلاً} للغرور بالإذن بالتجارة الذي من الواضح منعه بحيث يستلزم الرجوع {استناداً إلى إطلاق رواية أبي بصير} المتقدمة {وحملت على الاستدانة للتجارة} فلا إطلاق فيها يشمل كل دين {لأن الكسب} من العبد {للمولى فإذا لم يلزمه فعله لا يدفع من ماله} اللهم إلا أن يقال: إن كسب العبد لما كان لسيده فلا بد من كون الوفاء من ماله {والأقوى أن استدانتة لضرورة التجارة إنما يلزم مما في يده، فإن قصر استسعى في الباقي ولا يلزم المولى من غير ما في يده، وعليه تحمل الرواية} إلا أن يقال: بأنها لا تقبل ذلك بعد تصريحها بتعليق السعي فيها على عدم الإذن.

[ولو أخذ المولى ما اقترضه المملوك] {بغير إذنه، أو ما في حكمه} كضرورة التجارة [تخير المقرض بين رجوعه على المولى] {لترتب يده على ماله مع فساد القرض} [وبين اتباع العبد] {بعد العتق واليسار؛ لأنه كالغاصب أيضاً} لثبوت يد كل منهما على المال بغير حق {ثم إن رجع على المولى قبل أن يعتق المملوك لم يرجع المولى عليه؛ لأنه لا يثبت له في ذمة عبده مال} لعدم ثبوته على ماله {وإن كان} رجوعه {بعده وكان} المولى {عند أخذه المال عالماً بأنه قرض، فلا رجوع له على المملوك أيضاً، لتفريطه} وتقصيره بإتلاف المال المضمون بحسب علمه فعليه ضمانه {وإن كان} العبد {قد غره بأن المال له اتجه رجوعه عليه لمكان الغرور، وإن رجع المقرض على

العبد بعد عتقه ويساره فله الرجوع على المولى، لاستقرار التّلف في يده، إلّا أن يكون قد
غر المولى فلا رجوع له عليه { بلا إشكال ظاهر.

كتاب الرهن

[كتاب الرهن]

[وهو] لغةً: الثبات والدوام، وعن المصباح المنير: أو الحبس بأي سبب كان، قال الله ﷻ: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾^(١) وشرعاً كما هو المعروف بينهم [وثيقة للدين] {والوثيقة فعيلة بمعنى المفعول، أي موثوق به لأجل الدين، والتاء فيها لنقل اللفظ من الوصفية إلى الاسمية كتاء الحقيقة، لا للتأنيث، فلا يرد عدم المطابقة بين المبتدأ والخبر في التذكير والتأنيث} كما أُشكل على التعريف {وأتى بالدين معرفاً من غير نسبة له إلى المرتهن، حذراً من الدور} الذي قد يحصل {باعتبار أخذه في التعريف} للمرتهن، فيتوقف تعريفه على تعريفه {وفي بعض النسخ: لدين المرتهن، ويمكن تلخصه منه بكشفه} وتفسيره {بصاحب الدين، أو من له الوثيقة من غير أن يؤخذ الرهن في تعريفه، والتخصيص بالدين إما مبني على عدم جواز الرهن على غيره وإن كان مضموناً كالغصب، لكن فيه: أن المصنف قائل بجواز الرهن عليه وعلى ما يمكن تطرق ضمانه كالمبيع وثمنه، لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما، ونقصان قدرهما، أو على أن الرهن عليهما إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق أو تعذر العين، وفيه: تكلف} لبعد تسمية مثل تلك الأمور ديناً {مع أنه قد يبقى بحاله} كما لو كانت العين شخصية {فلا يكون ديناً} لبطلان البيع؛ لأنه لا بيع إلا في ملك {وفيه} أي تعريف الرهن {على تقدير عدم الإضافة إلى المرتهن إمكان الوثيقة بدون الرهن، بل

(١) سورة المدثر، آية (٣٨).

بالوديعة والعارية ومطلق وضع اليد فيؤخذ} منها {مقاصة عند جحود المديون الدين، وهو توثيق في الجملة} وعليه فلا يكون التعريف مانعاً.

{ويفتقر الرهن إلى إيجاب وقبول} لفظيين {كغيره من العقود} حتى الجائزة، ويظهر منه توقف صدقه أو صحته على ذلك، كما صرح بعضهم به، بل نسب إلى المشهور، ومقتضاه عدم جريان المعاطاة فيه، لكنه قد صرح العلامة في التذكرة، وغيره من الأساطين: بأن الخلاف فيها فيه كالخلاف في البيع. وجريانها فيه هو الأقوى [والإيجاب: رهنتك، أو وثقتك] {بالتضعيف} [أو أرهنتك] {بالهمزة} بمعنى رهنتك، ففي الصحاح والقاموس: رهن وأرهن بمعنى. [أو هذا رهن عندك، أو على مالك] {أو وثيقة عندك، أو خذه على مالك، أو بمالك، أو أمسكه حتى أعطيك مالك، بقصد الرهن} فلو أراد الوديعة أو العارية فليس برهن [وشبهه] {مما أدى هذا المعنى، وإنما لم ينحصر هذا العقد في لفظ كالعقود اللازمة} وقد تقدم عدم الانحصار حتى فيها {ولا في الماضي؛ لأنه جائز من طرف المرتهن الذي هو المقصود الذاتي منه، فغلب فيه جانب الجائز مطلقاً} من الجانبين {وجوزه المصنف بغير العربية، وفاقاً للتذكرة} وهو الأجود، خلافاً لشيخنا المعظم بدعوى الانصراف إلى العربي، وهو كما ترى! لأن غير العربي عقد في عرف أهله.

[وتكفي الإشارة] المفهمة للمقصود بأي نحو كان [في الأخرس] {وإن كان عارضاً} بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر، لقيامها حينئذٍ مقام اللفظ، كما يفهم ذلك مما ورد في تليته وتشهده [أو الكتابة معها] {أي مع الإشارة بما يدل على قصده، لا بمجرد الكتابة، لإمكان العبث، أو إرادة أمر آخر} غير معلوم، وفي الاكتفاء بها مع معرفة قصده للرهن وجه وجيه؛ لأنها كالإشارة في إفهام المقصود، بل أولى منها

[فيقول المرتهن: قبلت وشبهه] كرضيت ونحوه {من الألفاظ الدالة على الرضا بالإيجاب، وفي اعتبار المضي والمطابقة} بعدم الفصل المعتقد به {بين الإيجاب والقبول وجهان} أوجههما العدم، إن لم يخل بصدق العقد عرفاً {وأولى بالجواز هنا} أي في جانب القبول {لوقوعه ممن هو ليس بلازم من طرفه} وهو المرتهن.

[ويشترط دوام الرهن] {بمعنى عدم توقيته بمدة} كما هو المتسالم عليه بينهم، لمنافاته لمعناه وهو الثبات، أو الحبس {ويجوز تعليق الإذن في التصرف} من قبل المرتهن وجواز منعه للراهن من الانتفاع بالرهن {على انقضاء أجل، وإطلاقه} من دون تعليق {فيتسلط} المرتهن {عليه من حين القبول والقبض إن اعتبرناه} كما هو الأجود [فإن ذكر أجلاً] {للتصرف} [اشترط ضبطه] {بما لا يحتمل الزيادة والنقصان} دفعاً للجهالة الموجبة للغرر والتنازع {أما لو شرطه للرهن بطل العقد} لأنه من التوقيت المنافي لمقتضاه، الموجب لبطلانه.

[ويجوز اشتراط الوكالة] {في حفظ الرهن، وبيعه، وصرفه في الدين} [للمرتهن وغيره، والوصية له ولوارثه] {على تقدير موت الراهن قبله} من غير خلاف فيه؛ لأنه شرط سائغ (والمؤمنون عند شروطهم).

[وإنما يتم] ويصح {الرهن} [بالقبض على الأقوى] كما هو ظاهر المقنعة والنهاية والوسيلة وغيرها، بل عن الطبرسي الإجماع عليه {للاية} الشريفة في قوله ﷺ: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(١) {والرواية} الموثقة - بقرينة رواية عاصم - عن محمد

بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: (لا رهن إلا مقبوضاً) ^(١) {ومعنى عدم التهامية بدونه كونه جزء السبب، للزومه من الراهن كالقبض في الهبة بالنسبة إلى} ملك {التهب}.

{وقيل} والقائل الشيخ في الخلاف وابن إدريس والعلامة وولده والمحقق الثاني وغيرهم، بل نسبه ابن إدريس إلى الأكثر من المحصلين {يتم} ويصح ويلزم {بدونه، للأصل} وهو عدم الاشتراط {وضعف سند الحديث} لتردد محمد بن قيس بين الثقة والضعيف، وعلى تقدير عدمه فلاشتماله على الحسن بن محمد بن سماعة وهو واقفي {ومفهوم الوصف في الآية} وهو ليس بحجة {واشتراطه بالسفر فيها وعدم الكاتب يرشد إلى كونه للإرشاد} فلا يجب تكليفاً {ويؤيده} اتفاقهم على {كون استدامته ليست بشرط، بل قبض المرتن} كذلك {لجواز توكيله الراهن فيه} ويشكل: بأنه مصادرة؛ لأنه إنما يتم مع اشتراط القبض {وهذا أقوى} في ما عدا الأخير.

{وعلى اشتراطه} [فلو جن] {الراهن} [أو مات، أو أغمي عليه، أو رجع] {فيه} بعد العقد، و[قبل إقباضه بطل الرهن] بلا خلاف محقق فيه، كما في الجواهر، لظهور ما دل على شرطية الاختيار إلى تمام السبب، ولأن المفروض اشتراطه {كما هو شأن العقود الجائزة عند عروض هذه الأشياء} المعلوم بطلانها عند عروض ما ذكر {وقيل} والقائل الشيخ والعلامة في التذكرة {لا يبطل للزومه من قبل الراهن فكان كاللازم مطلقاً} من الراهن والمرتن {فيقوم وليه مقامه لكن يراعي ولي المجنون مصلحته، فإن كان الحظ في إلزامه بأن يكون شرطاً في بيع يتضرر بفسخه أقبضه، وإلاّ أبطله، ويضعف: بأن لزومه على القول به مشروطاً بالقبض، فقبله جائز مطلقاً} من الطرفين {فيبطل كالهبة قبله ولو عرض ذلك} أي الموت وما بعده من المذكورات

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) الرهن، ح ١.

للمرتهن {فأولى بعدم البطلان لو قيل: به ثم} أي في أصل الرهن {ولو قيل به في طرف الراهن فالأقوى عدمه هنا، والفرق تعلق حق الورثة والغرماء بعد موت الراهن به} فينا في الرهن {بخلاف موت المرتهن، فإن الدين يبقى فتبقى وثيقته، لعدم المنافي} وبهذا يظهر وجه الأولوية أيضاً، فإن لم يبطل مع وجود المنافي فأولى أن لا يبطل مع عدمه {وعلى هذا} أي تقدير عدم البطلان بموت المرتهن {لا يجبر الراهن على الإقباض} للورثة {لعدم لزومه بعد، إلا أن يكون مشروطاً في عقد لازم فينبى على القولين} من أنه يقلبه إلى عقد جائز فلا يجبر، أو يجب الوفاء به فيجبر، كما هو مذهب المصنف في الدروس.

[ولا يشترط دوام القبض] بل يكفي تحققه في الصحة أو اللزوم بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر {للأصل} وهو عدم الاشتراط {بعد تحقق الامتثال به} {فلو أعاده إلى الراهن فلا بأس} {وهو موضع وفاق} {ويقبل إقرار الراهن بالإقباض} {لعموم إقرار العقلاء} على أنفسهم جائز [إلا أن يعلم كذبه] {كما لو قال: رهنته اليوم داري بالحجاز - وهما بالشام - وأقبضته إياها، فلا يقبل؛ لأنه محال عادة} لعدم صدق الإقباض إلا مع إمكان وصول المرتهن أو وكيله إلى موضع الرهن عرفاً {بناءً على اعتبار وصول القابض أو من يقوم مقامه إلى الرهن في تحققه} إلا أنه في مثل زماننا هذا يمكن مثل ذلك، بل الأبعد منه في مدة وجيزة جداً باستعمال التلفون ونحوه، كما هو المتحقق والمشاهد بالفعل.

[فلو ادعى] {بعد الإقرار بالقبض} [المواطأة] وهي التوافق على عدم الإقباض مع المرتهن {على الإقرار والإشهاد عليه إقامة لرسم الوثيقة حذراً من تعذر ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض سمعت دعواه، لجريان العادة بذلك} وهو من موارد تقديم الظاهر على الأصل؛ لأن الأصل عدم المطاطأة {فله إحلاف المرتهن} كما صرح

بذلك جمع؛ لأن قوله موافق للأصل فيكون منكراً فيحلف {على عدمها، وأنه وقع موقعه، هذا إذا شهد الشاهدان على إقراره، أما لو شهدا على نفس الإقباض لم تسمع دعواه} لعدم جواز سماع كل ما ينافي البينة، ومع سقوط دعواه يثبت إقراره بالقبض {ولم يتوجه اليمين} على المرتين {وكذا لو شهدا على إقراره به فأنكر الإقرار؛ لأنه} أي أن دعواه المواطأة وإنكاره الإقرار {تكذيب للشهود} وهو غير جائز قطعاً {ولو ادعى الغلط في إقراره وأظهر تأويلاً ممكناً} كأن يقول: إني أقبضته بالقول وظننت الاكتفاء به؛ حيث يمكن في حقه ذلك {فله إحلاف المرتين أيضاً} لأنه لم يكذب إقراره في الحقيقة {وإلا} يظهر تأويلاً ممكناً {فلا} يمين على المرتين {على الأقوى} لاستلزامه تكذيبه دعواه بظاهر إقراره السابق.

{ولو كان} {الرهن} [في يد المرتين فهو قبض] {لصدق كونه رهناً مقبوضاً} كما هو مقتضى قوله ﷺ: ﴿فَرَهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(١) {ولا دليل على اعتباره مبتدأً بعد العقد} بل الأصل عدمه {وإطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين المقبوض بإذن وغيره كالمغصوب، وبه صرح في الدروس} وفاقاً لأكثر الأصحاب {والوجه واحد} فيها، لصدق كونه رهناً مقبوضاً {وإن كان منهيّاً عن القبض هنا؛ لأنه في غير العبادة غير مفسد، وقيل} والقائل يحيى بن سعيد والعلامة في القواعد وولده وغيرهما {لا يكفي ذلك؛ لأنه على تقدير اعتباره في اللزوم ركن} من أركان العقد {فلا يعتد بالمنهي عنه منه، وإنما لا يقتضي الفساد حيث تكمل الأركان، ولهذا لا يعتد به لو ابتدأ بغير إذن الراهن} ويشكل: بمنع عدم صدق التأدية على نحو ذلك، مع استناد اليد فيه إلى إذن المالك.

(١) سورة البقرة، آية (٢٨٣).

[و] {على الاكتفاء به} [لا يفتقر إلى إذن جديد في القبض، ولا إلى مضي زمان] {يمكن فيه تجديده، لتحقيق القبض قبله فاعتبار أمر آخر تحصيل للحاصل، وللأصل} وهو البراءة من وجوب إذن جديد {وقيل} والقائل الشيخ {يشترطان في مطلق القبض السابق} سواء كان مأذوناً فيه أم لا {وقيل} والقائل العلامة في التذكرة {في غير الصحيح؛ لأن المعبر منه ما وقع بعد الرهن وهو لا يتم إلا بإذن كالمبتدأ، والإذن فيه يستدعي تحصيله، ومن ضروراته مضي زمان فهو دال عليه بالمطابقة وعلى الزمان بالالتزام، لكن مدلوله المطابقى منتفٍ لإفضائه إلى تحصيل الحاصل، واجتماع الأمثال فيبقى الالتزامى، ويضعف بمنع اعتبار المقيد بالبعدية، بل الأعم} منها ومن القبلى والبعدية، لدلالة الأدلة عليه {وهو حاصل، والزمان المدلول عليه التزاماً من توابعه} استلزاماً {ومقدماته} حقيقة {فيلزم من عدم اعتباره انتفاؤه} لأنه مقدمة له {نعم لو كان قبضه} السابق {بغير إذن توجه اعتبارهما، لما تقدم} عن العلامة، وقد عرفت الإشكال فيه {وعلى تقديره فالضمان باقٍ إلى أن يتحقق ما يزيله من قبل المالك} لأن الإذن في القبض إنما يرفع الإثم ولا يرفع الضمان، لثبوته سابقاً فمع الشك بارتفاعه بسبب الإذن فيستصحب {على الأقوى}.

[ولو كان] {الرهن} [مشاعاً فلا بد من إذن الشريك في القبض، أو رضاه بعده] {سواء كان مما ينقل أم لا، لاستلزامه التصرف في مال الشريك، وهو منهى عنه بدون إذنه، فلا يعتد به شرعاً} والمانع الشرعى كالمانع العقلى كما هو صريح المحقق والعلامة في التحرير والمصنف في الدروس {ويشكل} كما في المبسوط {فيما يكفي فيه مجرد التخلية، فإنها لا تستدعي تصرفاً، بل رفع يد الراهن عنه} لا تستلزم تصرفاً في مال الغير حتى يستوجب إذنه {وتمكينه منه} لأن التخلية تتحقق بها {وعلى تقدير اعتباره فلو قبضه بدون إذن الشريك وفعل محرماً، فهل يتم القبض؟ قولان: منشئهما

النهى المانع، كما لو وقع بدون إذن الراهن وهو اختيار المصنف، وأن النهى إنما هو لحق الشريك فقط { فلم يتعلق بالركن، بل بأمر خارج فلا يبطل } للإذن من قبل الراهن الذي هو المعتبر شرعاً { ولا يضر كونه قبضاً واحداً، لاختلاف الجهة } وهو أجود، ولو اتفقا على قبض الشريك جاز { بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر } فيعتبر سماعه الإذن فيه {.

[والكلام: إما في الشروط، أو اللواحق]

فها هنا فصلان:

[الأول] في الشروط:

[شرط الرهن: أن يكون عيناً مملوكة، يمكن قبضها، ويصح بيعها] لا خلاف أجده في الأول، بل ربما استشعر من عبارتي الغنية والسرائر سوى ما عن الخلاف في خدمة المدبر، كما حكاها في المختلف، وإلا فلم نجد خلافاً في غيرها لأحد من العامة، فضلاً عن الخاصة، كذا في الجواهر {هذه الشرائط منها ما هو شرط الصحة وهو الأكثر، ومنها ما هو شرط في اللزوم، كالمملوكة باعتبار رهن ملك الغير} بإذنه {ولا يضر ذلك؛ لأنها شروط في الجملة؛ ولأن المملوكة تشتمل على شروط الصحة في بعض محترزاتها} كرهن ما لا يملك أصلاً كالحر، أو ما لا يملكه المسلم كالخمر والخنزير.

[فلا يصح رهن المنفعة] {كسكنى الدار، وخدمة العبد} غير المدبر الذي لا أجد فيه خلافاً، كذا في الجواهر، بل في المسالك: إنه موضع وفاق {لعدم إمكان قبضها؛ إذ لا يمكن إلاً باتلافها، ولتعذر تحصيل المطلوب في الرهن منها وهو استيفاء الدين منه، وهي إنما تستوفي شيئاً، فشيئاً وكل ما حصل منها شيء عدم ما قبله، كذا قيل، وفيه نظر} وجهه: أن استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط، بل منه أو عوضه ولو يبيعه قبل الاستيفاء، كما لو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبله، والمنفعة يمكن جواز ذلك فيها بأن يؤجر العين ويجعل الأجرة رهناً، وقريب منه القبض، لإمكانه بتسليم

العين ليستوفي منها المنفعة ويكون عوضها رهناً. اللهم إلا أن يقال: إن ذلك خروج عن المتنازع فيه؛ إذ أن رهن الأجرة جائز، وإنما الكلام في المنفعة نفسها، والفرق بينها وبين ما يتسارع إليه الفساد إمكان رهنه والمانع عارض بخلاف المنفعة، فتأمل. كذا في تعليقة للشارح، ولعل أمره بالتأمل إنه ليس خروجاً عن المتنازع بعد أن كان مورد العقد المنفعة، لا الأجرة، فالعمدة حينئذٍ في المنع الإجماع، وظاهر النصوص.

[ولا] يصح رهن [الدين] على المشهور نقلاً وتحصيلاً، بل ربما استشعر من عبارتي السرائر والغنية الإجماع عليه، كذا في الجواهر {بناءً على ما اختاره من اشتراط القبض؛ لأن الدين أمر كلي لا وجود له في الخارج يمكن قبضه، وما يقبض بعد ذلك ليس نفسه، وإن وجد في ضمنه} ويشكل: بأن من المعلوم عدم الفرق بين قبض الدين في البيع في الصرف فيه وغيره، والهبة وغيرها، وبين الرهن، ولعله لذا قال {ويجتمل جوازه على هذا القول، ويكتفى بقبض ما يعينه المديون، لصدق قبض الدين عليه عرفاً} إذ هو أحد الأفراد التي يوجد في ضمنها الكلي {كهبة ما في الذمة} المعتبر فيها القبض إجماعاً {وعلى القول بعدم اشتراط القبض لا مانع من صحة رهنه، وقد صرح العلامة في التذكرة ببناء الحكم على القول باشتراط القبض وعدمه، فقال: لا يصح رهن الدين إن شرطنا في الرهن القبض؛ لأنه لا يمكن قبضه. لكنه في القواعد جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض، وعدم جواز رهن الدين، فتعجب منه المصنف في الدروس، وتعجبه في موضعه، والاعتذار له عن ذلك} كما عن المحقق الثاني {بعدم المنافاة بين عدم اشتراطه، واعتبار كونه مما يقبض مثله} معجلاً، لا دليل عليه {مع تصريحه بالبناء المذكور غير مسموع}.

[ورهن المدير إبطال لتدبيره على الأقوى] وقد نسبته في المسالك إلى الأكثر {لأنه} ليس عتقاً بصيغته، بل وصية وهي {من الصيغ الجائزة، فإذا تعقبه ما ينافيه أبطله، لكونه رجوعاً؛ إذ لا يتم المقصود من عقد الرهن إلا بالرجوع، وقيل} والقائل الشيخ {لا يبطل به؛ لأن الرهن لا يقتضي نقله عن ملك الراهن، ويجوز فكه فلا يتحقق التنافي بمجرد، بل بالتصرف، وحينئذ فيكون التدبير مراعى بفكه فيستقر، أو يأخذه في الدين فيبطل، واستحسنه في الدروس}.

[ولا] يصح [رهن الخمر والخنزير إذا كان الراهن مسلماً، أو المرتن] بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر {وإن وضعهما على يد الذمي} على الأشهر، بل المشهور شهرة عظيمة، بل لا خلاف أجده فيه إلا من المحكي عن المبسوط والخلاف، كذا في الجواهر {لأن يد الودعي كيد المستودع} فإن لم يحكم الشارع بيد الودعي لسلب سلطنته عن تملكهما وبيعهما فكذا يد المستودع {خلافاً للشيخ حيث أجازته كذلك} إن كان الراهن ذمياً {محتجاً بأن حق الوفاء إلى الذمي فيصح، كما لو باعها وأوفاه ثمنهما، والفرق واضح} فإن نتيجة الرهن تسليط المرتن عليهما بالبيع ونحوه، لاستيفاء حقه، وهو هنا ممتنع، دون الثاني، كما تقدم.

[ولا] يصح [رهن الحر مطلقاً] {من مسلم وكافر، عند مسلم وكافر؛ إذ لا شبهة في عدم ملكه} الذي هو شرط الصحة إجماعاً [ولو رهن ما لا يملك] {الراهن وهو مملوك لغيره} [وقف على الإجازة] {من مالكة} إن كان الرهن كله للغير، ولو كان مملوكاً له ولغيره صح في حصته، وتوقف على الإجازة في حصة الشريك، لجريان الفضولي فيه على الأقوى، لموافقته لضوابط الصحة، بل هو فيه أولى من النكاح كما قيل {فإن أجازته صح على أشهر الأقوال من كون عقد الفضولي موقوفاً مطلقاً} في جميع العقود {وإن رده بطل} كما تقدم في مبحث عقد الفضولي.

[ولو استعار للرهن صح] بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه عندنا، كذا في الجواهر، وفي المسالك: أجمع العلماء على جواز رهن مال الغير بإذنه على دينه في الجملة، وسموه استعارة {ثم إن سوغ له المالك الرهن كيف شاء جاز مطلقاً} سواء في المرتهن أم المدة أم القدر {وإن أطلق ففي جوازه فيتخير كما لو عمم، أو المنع للغرر، قولان: اختار أولهما في الدروس، وعلى الثاني فلا بد من ذكر قدر الدين، وجنسه، ووصفه، وحلوله أو تأجيله، وقدر الأجل} ليعلم المعير بالحال ليرتفع الغرر، والضرر {فإن تخطى حينئذ كان فضولياً} فيحتاج إلى الإجازة {إلا أن يرهن على الأقل فيجوز بطريق أولى} كما هو واضح {ويجوز الرجوع في العارية ما لم ترهن، عملاً بالأصل} وهو استصحاب جواز الرجوع.

[وتلزم بعقد الرهن] {فليس للمعير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن} لأنها لزمت بالعارض من جهة الراهن، ويظهر من الشارح أن لزومها إجماعي {وإن جاز له مطالبة الراهن بالفك عند الحلول} بلا خلاف أجده فيه، بل قيل: إنه إجماعي، كذا في الجواهر {ثم إن فكه ورده تاماً برئ} [ويضمن الراهن لو تلف] الرهن {وإن كان بغير تفريط} كما صرح به غير واحد، كذا في الجواهر، بل في المسالك: جعلوها - أي العلماء - مضمونة على الراهن [أو بيع] فيضمنه، لعدم خروجه عن ملك الغير {بمثله إن كان مثلياً، وقيمه يوم التلف} لأنه وقت الضمان {إن كان قيمياً، هذا إذا كان التلف بعد الرهن} سواء فك أم لا {أما قبله فالأقوى أنه} إن تلف بتعد أو تفريط ضمنه، وإلا فلا ضمان {كغيره من الأعيان المعارة} وقد استشكل العلامة فيه: باعتباره قبض ضمان؛ لأنه بداعي إتلافه في الدين. ويضعف: بأنه قبل الرهن عارية فيأخذ حكمها {وعلى تقدير بيعه فاللزام للمالكه ثمه إن بيع بضمن المثل، ولو بيع بأزيد

فله المطالبة بما يبيع به { لأنه ملكه، ولا يجوز بيعه بالأقل، للزوم الضرر - المنفي - على المالك.

[ويصح رهن الأرض الخراجية] {كالفتوحة عنوة، والتي صالح الإمام عليه الصلاة والسلام أهلها على أن تكون ملكاً للمسلمين، وضرب عليهم الخراج، كما يصح بيعها} [تبعاً للأبنية والشجر] بناء على أنها تملك تبعاً لآثار المتصرف، كما هو المشهور بينهم، وعن العلامة وغيره: جواز بيعها تبعاً للآثار لكن لا يجوز رهنها. ويشكل: بأن كل ما جاز بيعه جاز رهنه {لا منفردة} كما هو مذهب جمع من الأساطين؛ لأنها لم تتعين لواحد من المسلمين.

[ولا] يصح [رهن الطير في الهواء] {لعدم إمكان قبضه} إن اشترط في صحة الرهن، لعدم حصول الاستيثاق الذي هو مناط جواز الرهن، كما صرحت به النصوص {ولو لم يشترطه أمكن الجواز، لإمكان الاستيفاء منه ولو بالصلح عليه} مع فرض إمكانه مما لا يكون نادراً وموجباً للسفه [إلا إذا اعتيد عوده] {كالحمام الأهلي فيصح، لإمكان قبضه عادة} [ولا السمك في الماء] لعين ما ذكر في الطير [إلا إذا كان محصوراً مشاهدًا] {بحيث لا يتعذر قبضه عادة، ويمكن العلم به} كما هو صريح جمع من الأصحاب [ولا رهن المصحف عند الكافر] لعدم صحة بيعه عليه - على الأظهر - الذي هو مناط جواز الرهن [أو العبد المسلم] {لاقتضائه الاستيلاء عليهما والسبيل} المنفي في الكتاب العزيز {على بعض الوجوه ببيع ونحوه} [إلا أن يوضعا على يد المسلم] كما هو مذهب الشيخ والفاضلين وغيرهم {لاقتفاء السبيل بذلك، وإن لم يشترط بيعه للمسلم؛ لأنه حينئذ لا يستحق الاستيفاء من قيمته إلا ببيع المالك، أو من يأمره، أو الحاكم مع تعذره، ومثله لا يعد سبيلاً، لتحقيقه وإن لم يكن هناك رهن}

فيما لو تعلق حق الكافر بهما بموت أو تفليس، ثم إنه لا يزيد على إجارة المسلم نفسه للكافر المقطوع بجوازه.

[ولا] يصح [رهن الوقف] لعدم جواز بيعه {لتعذر استيفاء الحق منه بالبيع، وعلى تقدير جواز بيعه بوجه يجب أن يشتري بثمنه ملكاً يكون وقفاً، فلا يتجه الاستيفاء منه مطلقاً} وإن جاز بيعه {نعم لو قيل: بعدم إقامة بدله أمكن رهنه حيث يجوز بيعه} للملازمة بينهما.

[ويصح الرهن] للمشتري [في زمن الخيار] {لثبوت الثمن في الذمة} فيتحقق بذلك الملك وهو شرط صحة الرهن {وإن لم يكن مستقراً} [وإن كان الخيار للبائع، لانتقال المبيع] {إلى ملك المشتري} [بالعقد على الأقوى] {لأن صحة البيع تقتضي ترتب أثره؛ ولأن سبب الملك هو العقد فلا يتخلف عنه المسبب، وعلى قول الشيخ بعدم انتقاله إلى ملك المشتري إذا كان الخيار للبائع أو لهما لا يصح الرهن على الثمن قبل انقضائه} وتقدم ضعفه.

[ويصح رهن العبد المرتد] بلا خلاف صريح أجده فيه، كذا في الجواهر، واستصحاباً لملكيته، ولعمومات البيع والرهن وغيرها من التصرفات، واحتمال عدم توبته غير منافٍ لملكه، كما هو ظاهر [ولو عن فطرة] وفاقاً للشيخ ويحيى بن سعيد والمحقق والعلامة وولده وغيرهم {لأنه لم يخرج بها عن الملك، وإن وجب قتله حينئذٍ؛ لأنه كرهن المريض الميؤوس من برئه} المعلوم صحة رهنه {ولو كان امرأة، أو ملياً فالأمر أوضح، لعدم قتلها مطلقاً} فطرية كانت أم مليية، وكذا الخنثى للشك في ذكوريته {وقبول توبته} إن كان ملياً، بلا خلاف ولا إشكال.

[والجاني مطلقاً] {عمداً وخطأ} سواء استغرقت الجناية قيمته أم لا، على المشهور، بل قيل: إنه مما لا خلاف فيه {لبقاء المالية وإن استحق العائد القتل} أو الاسترقاق، فإنه غير قادح في صحة الرهن، كما إذا جنى وهو رهن؛ إذ لا يعتبر نفي جميع الاحتمالات {ولجواز العفو، ثم إن قتل بطل الرهن} لتقدم حق الجناية على حق الرهانة - تقدم أو تأخر - بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر {وإن فداه مولاه، أو عفا الولي بقي رهنًا، ولو استرق بعضه بطل الرهن فيه خاصة، وفي كون رهن المولى له في الخطأ التزاماً بالفداء وجهان كالبيع} وجه الالتزام: أنه لا رهن ولا بيع إلا في ملك، وهما يتوقفان على الفداء؛ ولأن فيها تفويت على ولي الدم، فهما يقتضيان الالتزام، ومن أن دلالتها أعم؛ لإمكان فكه من مال آخر [فإن عجز المولى عن فكه قدمت الجناية] {لسبقها} بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر {ولتعلق حق المجني عليه بالرقبة، ومن ثم لو مات الجاني لم يلزم السيد} بالجناية {بخلاف المرتهن فإن حقه لا ينحصر فيها} أي الرقبة {بل تشاركها ذمة الراهن} لأنها مشغولة به فيلزم أن يفكه من أمواله ولو من غيره.

[ولو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبل الأجل] المضروب بينهما {بحيث لا يمكن إصلاحه كتجفيف العنب، والرطب} {فليشترط} المرتهن [بيعه، ورهن ثمنه] {فبيعه الراهن ويجعل ثمنه رهنًا} بلا خلاف يذكر {فإن امتنع منه رفع المرتهن أمره إلى الحاكم لبيعه} [أو يأمره] لأنه ولي الممتنع {فإن تعذر جاز له البيع دفعًا للضرر والخرج} المنفيين كتاباً وسنة [ولو أطلق] {الرهن ولم يشترط بيعه ولا عدمه} {حمل عليه} كما هو مختار العلامة والمحقق الثاني وغيرهم {جمعاً بين الحقين} لأن المقصود من الرهن - وهو الاستيثاق - لا يتحقق إلا على هذا التقدير، صوناً لتصرف المسلم عن الفساد {مع كونه حالة الرهن صالحاً له، وقيل} والقائل الشيخ وابنا زهرة وإدريس {يبطل،

لعدم اقتضاء الإطلاق البيع، وعدم صلاحيته لكونه رهناً على الدوام فهو في قوة الهالك { فلا يتحقق مقتضى الرهن، وهو الاستيثاق {وهو ضعيف: لكونه عند العقد مالا تاماً، وحكم الشارع بيعه على تقدير امتناعه منه صيانة للمال جائز، لفساده، واحتراز بقوله: قبل الأجل. عما لو كان لا يفسد إلا بعد حلوله بحيث يمكن بيعه قبله فإنه لا يمنع { من صحة الرهن، لوجود المقتضي، وهو صحة البيع، وعدم المانع، لعموم الأدلة {وكذا لو كان الدين حالاً، لإمكان حصول المقصود منه، ويجب على المرتهن السعي على بيعه بأحد الوجوه {بمراجعة المالك أو الحاكم، للزوم الوفاء بالشرط {فإن ترك مع إمكانه ضمن { لإمكان بيعه بنفسه {إلا أن ينهأه المالك فينتفي الضمان، ولو أمكن إصلاحه { بتجفيف ونحوه {بدون البيع لم يجوز بيعه بدون إذنه { لأنه تصرف في مال الغير فيحتاج إلى الإذن {ومؤونة إصلاحه على الراهن كنفقة الحيوان}.

[وأما المتعاقدان]:

[فيشترط فيهما الكمال] إجماعاً، كما في سائر العقود {بالبلوغ والعقل} فلا يصح رهن الطفل والمجنون لسلب عبارتيهما شرعاً، لحديث (رفع القلم)^(١) {والرشد} فلا يصح من السفه {والاختيار} فلا يصح من المكره الذي يخرج عنه قصد اللفظ والمعنى وإن تعقبته الإجازة، بلا خلاف ولا إشكال [وجواز التصرف] {برفع الحجر عنهما في التصرف المالي} فلا يصح من المحجور عليه لسفه أو فلس أو لكونه مملوكاً؛ لأنه لا يقدر على شيء، بلا خلاف في شيء من ذلك، كما في الجواهر.

[ويصح رهن مال الطفل] من قبل وليه [للمصلحة] {كما إذا افتقر إلى الاستدانة لنفقته، وإصلاح عقاره ولم يكن بيع شيء من ماله أعود، أو لم يمكن وتوقف على الرهن} بلا خلاف أجده بيننا، كذا في الجواهر {ويجب كونه على يد مرتبه أو غيره ثقة يجوز إيداعه منه} حفاظاً على مال الطفل [وكذا] {يصح} {أخذ الرهن له كما إذا أسلف ماله مع ظهور الغبطة، أو خيف على ماله من غرق، أو نهب} ونحوهما، لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(٢) {و} لذا كان {المراد بالصحة هنا الجواز بالمعنى الأعم، والمقصود منه الوجوب} وقد قطع به العلامة في التذكرة {ويعتبر كون الرهن مساوياً للحق، أو زائداً عليه، ليتمكن استيفاؤه منه} مؤيداً بخبر أسباط بن سالم قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كان لي أخ هلك فأوصى إلى أخ أكبر مني وأدخلني معه في الوصية، وترك ابناً صغيراً وله مال، أفيضرب به

(١) الوسائل، ج ١، باب (٤) مقدمة العبادات، ح ١١

(٢) سورة الأنعام، آية (١٥٢).

أخي؟ فما كان من فضل سلمه اليتيم وضمن له ماله؟ فقال: إن كان لأخيك مال يحيط بهال اليتيم إن تلف فلا بأس به، وإن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم^(١) {وكونه بيد الولي أو يد عدل، ليتم التوثق والإشهاد على الحق لمن يثبت به عند الحاجة إليه عادة، فلو أخل ببعض هذه ضمن} مال الطفل، لتفريطه بالتصرف فيه بما لا يحفظه {مع الإمكان}.

[ولو تعذر الرهن هنا] {وهو موضع الخوف على ماله} [أقرض من ثقة عدل غالباً] استيثاقاً لمال الطفل {هكذا اتفقت النسخ، والجمع بين العدل والثقة تأكيد، أو حاول تفسير الثقة بالعدل، لوروده كثيراً في الأخبار، وكلام الأصحاب محتمل لما هو أعم منه} ودفع هذا الاحتمال بتفسيرها بالعدل {ووصف الغلبة للتنبيه على أن العدالة لا تعتبر في نفس الأمر} بل يكتفى بوجودها في ظاهر الحال {ولا في الدوام؛ لأن عروض الذنب غير قادح على بعض الوجوه، كما عرفته في باب الشهادات، والمعتبر وجودها غالباً}.

[وأما الحق] الذي يصح أخذ الرهن عليه [فيشترط ثبوته في الذمة] {أي استحقاقه فيها وإن لم يكن مستقراً} [كالقرض، وضمن المبيع] {ولو في زمن الخيار} والأجرة فلا يصح الرهن على ما ليس بثابت حاله، كالرهن على ما يستدينه منه، أو على ثمن ما يشتريه، فلو دفعه إلى المرتهن ثم اقترض لم يعد بذلك رهناً، بلا خلاف أجده بيننا، كذا في الجواهر، بل في التذكرة وجامع المقاصد الإجماع عليه، لظهور

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٧٥) ما يكتسب به ح ١.

الأدلة في كون الرهن وثيقة على مال المرتهن، ولا يتصور الاستيثاق قبل حصول مال له عنده، فلا يشمل عموم الوفاء بعد فرض عدم صدق الرهن عليه.

[والدية بعد استقرار الجناية] {وهو انتهاءها إلى الحد الذي لا يتغير موجبها، لا قبله؛ لأن ما حصل بها في معرض الزوال بالانتقال إلى غيره} فلا تصح أن تكون وثيقة للدين {ثم إن كانت حالة، أو لازمة للجاني كشبه العمد جاز الرهن عليها مطلقاً} بعد الحلول وقبله؛ لأنها في مال الجاني فالثبوت متحقق [وفي الخطأ المحض] {لا يجوز الرهن عليها قبل الحلول؛ لأن المستحق عليه غير معلوم} لأنهم العاقلة، وهي مقسطة على ثلاث سنين {إذ المعتبر من وجد منهم عند حلولها مستجمعاً للشرائط، بخلاف الدين المؤجل، لاستقرار الحق والمستحق عليه} فيثبت في الذمة ويحصل شرط الصحة.

{ويجوز الرهن} [عند الحلول على قسطه] {وهو الثلث بعد حلول كل حول من الثلاثة} لأنه حينئذ مال ثابت في الذمة [ومال الكتابة وإن كانت مشروطة على الأقرب] وفاقاً للمشهور عند المتأخرين، كذا في الجواهر {لأنها لازمة للمكاتب مطلقاً} سواء كانت الكتابة مشروطة أم مطلقة {على الأصح} عندنا، كما عن المختلف، ولا ينافيها تسلط المولى على رده في الرق؛ إذ قد لا يرده {والقول الآخر} الذي اختاره الشيخ والقاضي والحلي وسبطه يحيى بن سعيد {أن المشروطة جائزة من قبل المكاتب، فيجوز له تعجيل نفسه، فلا يصح الرهن على مالها؛ لانتفاء فائدته؛ إذ له إسقاطه متى شاء، وهو على تقدير تسليمه غير مانع منه كالرهن على الثمن في زمن الخيار، وفي قول ثالث: أن المشروطة جائزة من الطرفين، والمطلقة لازمة من طرف السيد خاصة، ويتوجه عدم صحة الرهن أيضاً} فيها {كالسابق} لكونها جائزة في حق

المكاتب فلا يصح الرهن، لكنك قد عرفت ضعفه: بأن التزلزل لا يمنع من ثبوت الحق الذي هو شرط الصحة.

[و] يصح الرهن على [مال الجعالة بعد الرد] بلا خلاف ولا إشكال، بل في التذكرة الإجماع عليه، كذا في الجواهر {لـ} حصول الاستحقاق به، و{ثبوته في الذمة حينئذٍ} [لا قبله] بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر {وإن شرع فيه؛ لأنه لا يستحق شيء منه إلاّ بتمامه، وقيل} والقائل العلامة في التذكرة {يجوز بعد الشروع؛ لأنه يؤول إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار. وهو ضعيف، والفرق واضح؛ لأن البيع يكفي في لزومه إبقاؤه على حاله، فتنقضي المدة والأصل عدم الفسخ، عكس الجعالة} فإنها غير لازمة، ولا يستحقها إلاّ بعد إتمام العمل، فقبله لا يستحق شيئاً، فلا يتم شرط صحة الرهن وهو ثبوت الحق.

[ولابد من إمكان استيفاء الحق من الرهن] {لتحصل الفائدة المطلوبة من التوثيق به} [فـ] لذا [لا يصح الرهن على منفعة المؤجر عينه] لخدمة [مدة معينة] {لأن تلك المنفعة الخاصة لا يمكن استيفاؤها إلاّ من العين المخصوصة حتى لو تعذر الاستيفاء منها بموت ونحوه} كمرض مانع من الاستمرار، أو عصيان موجب لفسخها {بطلت الإجارة} لعدم معلومية تحققها، فالرهن عليها حينئذٍ رهن على الحق قبل ثبوته، بل على احتمال ثبوته، وهو غير كافٍ في الصحة [فلو أجره في الذمة جاز] بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر، لعدم بطلانه بالموت {كما لو أجره على تحصيل خياطة ثوب بنفسه أو غيره، لإمكان استيفائها حينئذٍ من الرهن فإن الواجب تحصيل المنفعة على أي وجه اتفق}.

[ويصح زيادة الدين على الرهن] لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وإقدام المرتهن على ذلك لا يعد سفهاً عرفاً حتى يمنع منه {فإذا استوفى الرهن بقي الباقي منه متعلقاً بذمته} [وزيادة الرهن على الدين] بلا خلاف فيه، كذا في الجواهر، للعموم المتقدم {وفائدة سعة الوثيقة، ومنع الراهن من التصرف في المجموع فيكون باعثاً على الوفاء، وإمكان تلف بعضه فيبقى الباقي حافظاً للدين}.

[وأما] الفصل الثاني: ففي [اللوائح]:

[فد] يقع الكلام فيه ضمن [مسائل]:

[الأولى: إذا شرط الوكالة في الرهن لم يملك عزله] {على ما ذكره جماعة منهم العلامة} وفاقاً للمشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً، بل عن السرائر نسبة الخلاف فيه إلى أهل الخلاف مشعراً بعدمه بيننا، ولعله كذلك إلا من المصنف في اللمعة، كما في الجواهر {لأن الرهن لازم من جهة الراهن وهو الذي شرطها على نفسه فيلزم من جهته} [ويضعف: بأن الشروط في اللازم يؤثر جواز الفسخ لو أدخل بالشرط، لا وجوب الشرط] {كما تقدم من أن الشروط في العقد اللازم يقلبه جائزاً عند المصنف وجماعة، فحينئذٍ إنما يفيد إخلال الراهن بالوكالة تسلط المرتهن على فسخ العقد، وذلك لا يتم في عقد الرهن؛ لأنه دفع ضرر} وهو فوات الرهن عليه وزوال وكالته بالفسخ فسيترتب عليه {ب} دفعه كذلك {ضرر أقوى} وهو فوات الرهن، ودفع الضرر بالضرر غير جائز {وإنما تظهر الفائدة فيما لو كان الراهن قد شرطها في العقد اللازم كبيع} {فحينئذٍ لو فسخ} {الراهن} [الوكالة فسخ المرتهن البيع المشروط بالرهن] {والوكالة} {إن كان} {هناك بيع مشروط فيه ذلك، وإلا فأت الشرط على المرتهن بغير فائدة، ويشكل: بما تقدم} في خيار الاشتراط {من وجوب الوفاء بالشرط عملاً بمقتضى الأمر} المستفاد من إطلاق قوله ﷺ: (المؤمنون عند شروطهم) {خصوصاً فيما يكون العقد المشروط فيه كافياً في تحقيقه} لأنه شرط نتيجة فلا يحتاج بعده إلى صيغة أخرى {كالوكالة على ما حققه المصنف من أنه يصير كجزء من

الإيجاب والقبول يلزم حيث يلزمان، ولما كان الرهن لازماً من جهة الراهن فالشرط من قبله كذلك، خصوصاً هنا، فإن فسخ الشروط فيه وهو الرهن إذا لم يكن في بيع لا يتوجه؛ لأنه يزيد ضرراً فلا يؤثر فسخه لها وإن كانت جائزة بحسب أصلها؛ لأنها صارت لازمة بشرطها في اللازم على ذلك الوجه { وهو شرط النتيجة.

[الثانية: يجوز للمرتن ابتياعه] { في نفسه إذا كان وكيلًا في البيع } على المشهور، كذا في الجواهر. ولإطلاق صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سئل عن الرجل يكون له الدين على الرجل ومعه الرهن، أيشري الرهن منه؟ قال: نعم)^(١) ونحوه غيره { ويتولى طرفي العقد؛ لأن الغرض بيعه بثمان المثل وهو حاصل } بالوكالة { وخصوصية المشتري ملغاة حيث لم يتعرض لها } مع إطلاق الوكالة { وربما قيل } والقائل المحقق الثاني في جامع { بالمنع؛ لأن ظاهر الوكالة لا يتناوله } وضعفه ظاهر: لعدم الشاهد له، ودعوى الانصراف مدفوعة: بأنه انصراف أظهرية بعض الأفراد، لا أن المراد منها ذلك { وكذا يجوز بيعه على ولده } أي المرتن { بطريق أولى، وقيل } والقائل ابن الجنيد { لا } يجوز بيعه على نفسه وولده وشريكه ومن يجري مجراهما لتطرق التهمة، كما علل في بعض النصوص. لكنه على تقدير تماميته لا يقتضي المنع، بل غايته الكراهة.

[وهو مقدم به على الغرماء] { حياً كان الراهن أم ميتاً، مفلساً أم لا } على الأشهر، بل المشهور، بل لا خلاف فيه في الأول، بل والثاني عدا ما عساه يظهر من الصدوق، وعن السرائر دعواه صريحاً ولعله كذلك، كذا في الجواهر، مضافاً إلى ما

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٣) الرهن، ح ٢.

دل من النصوص* وغيرها على كون الرهن وثيقة للدين، وفائدتها شرعاً وعرفاً استيفاء الدين منها {لسبق تعلق حقه} [ولو أعوز] {الرهن ولم يف بالدين} [ضرب بالباقي] {مع الغرماء على نسبته} بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر، لعدم انحصار الحق في الرهن فيتناوله عموم الأدلة.

[الثالثة: لا يجوز لأحدهما التصرف فيه] {بانتفاع، ولا نقل ملك، ولا غيرهما} بلا خلاف أجده فيه، كما في الرياض، بل ولا شك، كما عن غاية المرام، بل في السرائر والمفاتيح والخلاف والمبسوط الإجماع عليه بيننا، كما في الجواهر، ويمكن أن يكون مدركه من النصوص النبوي - الذي استدل به غير واحد من الأصحاب - بل عن إيضاح النافع: أنه مشهور النقل (الراهن والمرهون ممنوعان من التصرف في الرهن)^(١) وأما صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل رهن جاريته قومًا، أيجل له أن يطأها؟ قال: فقال: إن الذين ارتهنوها يحولون بينه وبينها، قلت: أرأيت إن قدر عليها خاليًا؟ قال: نعم، لا أرى به بأساً)^(٢) ونحوه صحيح الحلبي فإنهما مهجوران عند الأصحاب، كما صرح بذلك غير واحد، هذا [إذا لم يكن المرتهن وكيلًا، وإلاّ جاز له التصرف بالبيع والاستيفاء خاصة كما مر] [ولو كان له نفع] {كالدابة، والدار} [أو جر] {باتفاقهما، وإلاّ أجره الحاكم} دفعًا لتعطيل المال الذي فيه ضرر على المالك؛ حيث إن كل فائدة تحصل منه فهي له، بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولموثق إسحاق بن عمار عن أبي

☆ الوسائل، ج ١٨، باب (١) الرهن، انلأحاديث.

(١) مستدرک الوسائل، باب (١٧) الرهن، ح ٦، وفي المصدر - درر اللآلئ - (المرتهن).

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) الرهن، ح (١، ٢).

عبد الله ﷺ - في حديث - (أنه سأله عن رجل ارتهن داراً لها غلة، لمن الغلة؟ قال: لصاحب الدار)^(١) ونحوه غيره.

[وفي كون الأجرة رهناً كالأصل قولان: كما في النماء المتجدد مطلقاً] منفصلاً كان أم متصلاً، أما المتصل الذي لا يمكن فصله فهو داخل في الرهن إجماعاً، وأما غيره فقد ذهب إلى الأول جمع من الأصحاب، بل ادعى في الغنية والسرائر الإجماع عليه؛ لأنها أجزاء من العين المرهونة استحالت إلى جنس آخر، لعدم خروج الفرع عن أصله، وذهب إلى الثاني - وهو الأجود - الشيخ في مبسوطه وخلافه والمحقق والعلامة في أكثر مصنفاته وولده وغيرهم، وهذا مما يوهن دعوى الإجماع المتقدم، وكون النماءات أجزاء من العين - بعد تسليمه - لا يقتضي ذلك بعد خروجها عن مسماها لغة وعرفاً، بل وشرعاً، مع عدم لحاظها للمتعاقدين، فأصالة تسلط المالك على ملكه بحالها، مضافاً إلى الصحيح المتقدم وغيره.

[ولو احتاج إلى مؤونة] {كما إذا كان حيواناً} [فعلى الراهن] {مؤونته} قولاً واحداً {لأنه المالك، فإن كان في يد المرتن وبذلها أو أمره بها أنفق ورجع بما غرم} بلا خلاف ولا إشكال في ذلك كله {وإلا استأذنه، فإن امتنع، أو تعذر استئذانه لغيبة أو نحوها، رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو} وجوباً، لوجوب حفظ المال شرعاً {بنية الرجوع، وأشهد عليه، ليثبت استحقاقه بغير يمين ورجع} بالنفقة {فإن لم يشهد فالأقوى قبول قوله في قدر المعروف منه بيمينه} فيصدق بمقداره مع التهمة، وأما لو انتفت فالأقوى عدم الحاجة إليه؛ لأنه أمين شرعاً.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) الرهن، ح ٣.

[ولو انتفع المرتهن به] {بإذنه على وجه العوض، أو بدونه مع الإثم} [لزمه الأجرة] {أو عوض المأخوذ كاللبن} [تقاصاً] {ورجع ذو الفضل بفضله} ففي الدروس: عليه المتأخرون {وقيل} والقائل الشيخ والحلي وابنا حمزة وسعيد {تكون النفقة في مقابلة الركوب واللبن مطلقاً} أذن أم لا، ساوت أم لا {استناداً إلى رواية} صحيحة عن أبي ولاد قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعر رهناً بهاله، أله أن يركبه؟ قال: فقال: إن كان يعلفه فله أن يركبه وإن كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه)^(١) ونحوها غيرها {حملت} كما هو المشهور {على الإذن في التصرف والإنفاق مع تساوي الحقين} للإجماع على عدم جواز تصرف الراهن والمرتهن في الرهن، ومخالفتها لقاعدة عدم جواز التصرف بمال الغير بدون إذنه {ورجح في الدروس جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذر استئذانه، واستئذان الحاكم، وهو حسن} لأن بعض الحيوان يفسده عدم الركوب، وبعضه يفسده عدم الحلب، فيكون من الإحسان في حفظ الأمانة، فهو إن لم يكن واجباً فعلى الأقل يحكم باستحبابه، وإلا فهو جائز.

[الرابعة: يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء] {إذا لم يكن وكيلاً لو} [خاف جحود الوارث] {ولا بينة له على الحق} كما هو المشهور بين الأصحاب، بل لم أجد فيه خلافاً بينهم، كذا في الجواهر، بل عن شرح الإرشاد الإجماع عليه، دفعاً للضرر والخرج، ولفائدة الرهن، ومكاتبة سليمان بن حفص المروزي (أنه كتب إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وله ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالاً وأن عنده رهناً، فكتب عليه السلام: إن كان له على الميت مال ولا بينة له فليأخذ ماله بما في يده، وليرد الباقي

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٢) الرهن، ح ١.

على ورثته، ومتى أقر بما عنده أخذ به وطولب بالبينة على دعواه وأوفى حقه بعد اليمين، ومتى لم يقيم البينة والورثة ينكرون فله عليهم يمين علم، يحلفون بالله ما يعلمون أن له على ميتهم حقاً^(١) [إذ القول قول الوارث مع يمينه في عدم الدين، وعدم الرهن] لموافقة قوله للأصل، فيكون منكراً {لو ادعى المرتهن الدين والرهن، والمرجع في الخوف إلى القرائن الموجبة للظن الغالب بجحوده، وكذا يجوز له ذلك لو خاف جحود الراهن ولم يكن وكيلاً} لإطلاق المكاتب المتقدمة {ولو كان له بينة مقبولة عند الحاكم لم يجز له الاستقلال بدون إذنه} لأنه تصرف في مال الغير مع إمكان تحصيل الحق بواسطة الحاكم {ولا يلحق بخوف الجحود احتياجه إلى اليمين} في إثبات حقه {لو اعترف} الوارث {لعدم التضرر باليمين الصادق، وإن كان تركه تعظيماً لله تعالى أولى} كما هو أوضح من أن يخفى.

[الخامسة: لو باع أحدهما] الراهن أو المرتهن عند الإطلاق {بدون الإذن} من كل منهما [توقف على إجازة الآخر] إذ هو إن لم يكن فضولياً فحكمه حكمه على الأقل، كما هو الظاهر من كلمات الأصحاب {فإن كان البائع الراهن بإذن المرتهن أو إجازته بطل الرهن من العين} لارتفاع موضوعه، وزوال متعلقه، وهي العين المرهونة {و} لا يجب في {الثلث} إذا لم يشترطه، بلا خلاف بيننا إلا من الشيخ، لأصالة عدم الوجوب بعد بطلان حق الرهن في المبيع بالإذن الذي تعقبه البيع، لعدم تعقل بقاءه في المبيع حتى يقابل بالثلث {إلا أن يشترط كون الثلث رهنًا، سواء كان الدين حالاً أم مؤجلاً فيلزم الشرط} لأنه سائغ فينطوي تحت عموم (المؤمنون عند شروطهم) اللهم إلا أن يقال: إنه شرط نتيجة وقد تقدم بطلانه، فتدبر جيداً

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٢٠) الرهن، ح ١.

{وإن كان البائع المرتهن كذلك} بإجازة وإذن الراهن {بقي الثمن رهناً، وليس له التصرف فيه إذا كان حقه مؤجلاً إلى أن يحل} بمعنى كونه رهناً عنده عوض البيع، بلا خلاف يعرف {ثم إن وافقه جنساً ووصفاً صح} التصرف فيه بالاستيفاء منه، لاقتضاء المساواة ذلك، فيكون من سنخ التقاص القهري، لكنه كما ترى! إذ التساوي لا يقتضي الإذن في الاستيفاء، والتقاص القهري في مثله إنما هو في خصوص ما في الذمم، لا في الرهن المقابل للحق، ومن هنا شرط جمع من الأصحاب الإذن في التصرف والاستيفاء، وهو الأجود {وإلا} يساويه جنساً ووصفاً {كان كالرهن} لا يصح التصرف فيه مطلقاً، إلا مع الإذن، أو وكالة المرتهن، كما تقدم.

[وكذا عتق الراهن] {يتوقف على إجازة المرتهن، فيبطل برده ويلزم بإجازته أو سكوته إلى أن فك الرهن بأحد أسبابه} على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، لعين ما ذكر في البيع، ولكون المعتق هو المالك، وتعلق حق المرتهن مانع، فمع زواله بالإجازة أو السكوت الدال عليها يعمل المقتضي عمله، وهو إطلاق صحيح زارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أعتق مسلماً أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو منه عضواً من النار)^(١) ونحوه غيره، وهو مستفيض {وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط، وسلاح وابن حمزة وزهرة والمصنف في الدروس {يقع العتق باطلاً بدون الإذن السابق} عليه {نظراً إلى كونه} من الإيقاعات {لا يقع موقوفاً} لاعتبار التنجز فيه. ويشكل: بأن التوقف الممنوع هو توقف المقتضي على الشرط، لا على زوال المانع [لا] {إذا أعتق} [المرتهن] {فإن العتق يقع باطلاً قطعاً متى لم يسبق

(١) الوسائل، ج ٢٣، باب (١) العتق، ح ٢.

الإذن} كما هو مذهب جمع من الأساطين {إذ لا عتق إلا في ملك} فيكون كالفضولي لا تصح عتقه الإجازة، حيث اتفق الكل على إرادة الصحة في صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا طلاق قبل نكاح، ولا عتق قبل ملك)^(١) ومثله غيره {ولو سبق وكان العتق عن الرهن، أو مطلقاً} بأن يكون قربة إلى الله عز وجل {صح} لأن المرتهن حينئذ وكيل عن المالك {ولو كان عن المرتهن صح أيضاً} لأنه مأذون أو مأمور بالعتق عنه {ويتنقل ملكه إلى المعتق قبل إيقاع الصيغة المقترنة بالإذن كغيره من المأذونين فيه} كما اقتضاه الصحيح المتقدم وغيره.

[ولو وطأها الرهن] {بإذن المرتهن، أو بدونه وإن فعل محرماً} للمنع من التصرف بالرهن - كما سبق - لكنها [صارت مستولدة مع الإحبال] شرعاً بلا خلاف، بل في التذكرة: نسبته إلى علمائنا مشعراً بالإجماع عليه، كذا في الجواهر {لأنها لم تخرج عن ملكه بالرهن} ولا يبطل به استصحاباً له، وهو غير منافٍ له وإن صارت به أم ولد؛ إذ لا يمتنع بيعها إذا تعلق بها حق المرتهن، بل في المسالك: لا شبهة فيه، بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه عندنا {وإن منع من التصرف فيها} ببيع أو هبة [وقد سبق] {في شرائط المبيع} [جواز بيعها] {حينئذٍ لسبق حق المرتهن على الاستيلاء المانع منه} كما هو مذهب الشيخ والحلي والعلامة والمحقق الثاني وغيرهم.

{وقيل} والقائل العلامة في التذكرة {يمنع مطلقاً} سواء كان بإذن المرتهن أم لا، ومع الإعسار أم لا {لأنه يبيع أمهات الأولاد المتناول بإطلاقه هذا الفرد} لكنه معارض بعمومات بيع الرهن للأداء، وهو مرجح بأسبقية حق المرتهن الذي لا دليل على بطلانه، فيقوى جواز البيع هنا {وفصل ثالث} وهم كل من الشيخ في

(١) الوسائل، ج٢٣، باب (٥) العتق، ح ١.

الخلاف، وابن زهرة، والعلامة في التذكرة، والمصنف في حواشيه {بإعسار المرتهن فتباع، ويساره فيلزمه القيمة فتكون رهناً، جمعاً بين الحقين} ويشكل: بأن الرهانة إن بقيت فهي متعلقة بالعين، وإلا فلا تتعلق بالقيمة {وللمصنف في بعض تحقیقاته تفصیل رابع وهو: بیعها مع وطئه بغير إذن المرتهن، ومنعه مع وقوعه بإذنه}.

{وكيف كان} الوطء بإذن المرتهن أم لا {فلا تخرج عن الرهن بالوطء ولا بالحبل} إجماعاً؛ لأنه كالإذن في غيره من الانتفاعات التي لا تستلزم بطلان حق الرهانة في العين {بل يمتنع البيع ما دام الولد حياً} مطلقاً مع الإذن وبدونه، ومع إعساره أم لا، كما اختاره في الشرائع والتحرير، ترجيحاً لدليل بيع أم الولد الظاهر أنه في قوة الاستيلاء بحيث يضاهي العتق {لأنه مانع طارئ، فإن مات الولد بيعت للرهن، لزوال المانع} وفي المسالك قوى جواز البيع مطلقاً.

[ولو وطأها المرتهن فهو زان] {لأنه وطأ أمة الغير بغير إذنه} [فإن أكرهها فعليه العشر إن كانت بكرًا، وإلا] {تكن بكرًا} [فنصفه] {للرواية} الصحيحة عن الفضيل بن يسار قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك... إلى قال: قلت: أرأيت إن أحل له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فافتضاها؟ قال: لا ينبغي له ذلك، قلت: فإن فعل، أ يكون زانياً؟ قال: لا، ولكن يكون خائناً، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرًا، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها)^(١) ونحوها غيرها {والشهرة} المحققة بين الأصحاب [وقيل] والقائل الشيخ في المبسوط وابن إدريس [مهر المثل] {لأنه عوض الوطء شرعاً} ويشكل: بأنه اجتهد في مقابلة النص.

(١) الوسائل، ج ٢١، باب (٣٥) نكاح العبيد والإماء، ح ١.

{وللمصنف في بعض حواشيه قول بتخير المالك بين الأمرين، ويجب مع ذلك أرش البكارة، ولا يدخل في المهر، ولا العشر؛ لأنه حق جنائية، وعوض جزء فائت، والمهر على التقديرين عوض الوطاء، ولا يشكل: بأن البكارة إذا أخذ أرشها صارت ثيباً فينبغي أن يجب مهر الثيب؛ لأنه قد صدق وطؤها بكرًا، وفوت منها جزءاً، فيجب عوض كل منهما؛ لأن أحدهما عوض جزء والآخر عوض منفعة} ولا يخفى بأن التداخل هو الأقوى، كما مر في بيع الحيوان [وإن طاعوته فلا شيء] {لأنها بغي (ولا مهر لبغي) وفيه: أن الأمة لا تستحق المهر، ولا تملكه، ولا ينافي ثبوته لسيدها مع كون التصرف في ملكه بغير إذنه ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾^(١) فالقول بثبوته عليه طاعوته أم لا {أقوى، مضافاً إلى أرش البكارة كما مر} في بعض حواشي المصنف {وقد تقدم مثله} في بيع الحيوان، كما تقدم الإشكال فيه.

[السادسة: الرهن لازم من جهة الراهن حتى يخرج عن الحق] {بأدائه ولو من متبرع غيره} وجائز من جهة المرتهن، بلا خلاف أجده فيه، بل في التذكرة والمحكي عن غيرها الإجماع عليه، كذا في الجواهر، لقوله عز وجل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) الدال على اللزوم الذي لا يجري في المرتهن قطعاً بعد أن كان الحق له، فهو مسلط على إسقاطه كغيره من الحقوق {وفي حكمه ضمان الغير له مع قبول المرتهن} لاشتراطه برضاه {والحوالة به، وإبراء المرتهن له منه} بتصريحه بإسقاط حقه {وفي حكمه الإقالة المسقطة للثمن المرهون به، أو للثمن المسلم فيه المرهون به، والضابط: براءة ذمة الراهن من جميع الدين} بلا خلاف في شيء من ذلك ولا إشكال.

(١) سورة الأنعام، آية (١٦٤).

(٢) سورة المائدة، آية (١).

{ولو خرج من بعضه ففي خروج الرهن أجمع} كما هو صريح جمع، بل عن الشيخ دعوى الإجماع عليه، لظهور الارتهان في الاستيثاق لجميع أجزاء الدين بما هو مجموع، فمع ارتفاع بعضه يرتفع المجموع {أو بقائه كذلك} أجمع على ما يبقى من الدين وإن قلّ إذا لم يكن قد اشترط التوزيع، فعن المبسوط الإجماع عليه معتضداً باستصحاب بقائه رهناً {أو بالنسبة} كما هو المحكي عن العلامة وولده وهو الذي قواه في المسالك؛ لأن الرهانة كالمعاوضة في اقتضاء مقابلة الأجزاء بالأجزاء، لا الجملة بالأبعض، فإن برء من بعض الدين انفك من الرهن بقدره نصفاً أو ثلثاً أو غيرهما من الأجزاء المشاعة {أوجه} أوجهها الوسط، لما ذكر، ويؤيده الظاهر من بعض النصوص، كموثق إسحاق بن عمار قال: (قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يرهن الغلام والدار فتصيبه الآفة على من يكون؟ قال: على مولاه، ثم قال: أرايت لو قتل قتيلاً على من يكون؟ قلت: هو في عنق العبد، قال: ألا ترى فلم يذهب مال هذا؟ ثم قال: أرايت لو كان ثمنه مئة دينار فراد وبلغ مئتي دينار لمن كان يكون؟ قلت: لمولاه، قال: كذلك يكون عليه ما يكون له) ^(١) ونحوه غيره {ويظهر من العبارة بقاؤه أجمع، وبه صرح في الدروس، ولو شرط كونه رهناً على المجموع خاصة تعين الأول} وهو خروجه أجمع لزوال المجموع {كما أنه لو جعله رهناً على كل جزء منه فـ} المتعين {الثاني} لأن المقصود أن جميع الرهن في مقابل كل جزء جزء من الحق، ولو شرط التوزيع فالمتعين الثالث {وحيث يحكم بخروجه عن الرهانة} [فيبقى أمانة في يد المرتهن] {مالكية} لا شرعية مما لا إذن فيه كاللقطة، حيث يلزمه رده إلى مالكه وإعلامه به، وبهذا افترقت الأمانة الشرعية عن المالكية {لا يجب

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٥) الرهن، ح ٦.

تسليمه إلا مع المطالبة؛ لأنه مقبوض بإذنه وقد كان وثيقة وأمانة، فإذا انتفى الأول { وهو الوثيقة {بقي الثاني} وهو الأمانة.

{ولو كان الخروج من الحق بإبراء المرتهن من غير علم الراهن وجب عليه إعلامه به، أو ردّ الرهن} لأنه لم يتركه عنده إلا على سبيل الوثيقة {بخلاف ما إذا علم} لأنه قد رضي بتركه [ولو شرطاً كونه مبيعاً] للمرتهن بدينه [عند الأجل بطلا] قولاً واحداً، كذا في الجواهر {الرهن والبيع؛ لأن الرهن لا يوقت} اتفاقاً لمنافاته الاستيثاق {والبيع لا يعلق} كما تقدم، ولكونه شرط نتيجة وهو باطل؛ لتوقف البيع على سببه من الصيغة ونحوها.

[ولو قبضه] {كذلك} [ضمنه بعد الأجل] {لأنه حينئذٍ بيع فاسد، وصحيحه مضمون ففاسده كذلك} لأن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده [لا قبله] {لأنه حينئذٍ رهن فاسد، وصحيحه غير مضمون ففاسده كذلك} لأن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده {قاعدة مطردة، ولا فرق في ذلك بين علمهما بالفساد، وجهلهما، والتفريق} للإجماع المحكي، إن لم يكن المحصل على القاعدة المتقدمة المقتضية بإطلاقها ذلك، كما عن غير واحد.

[السابعة: يدخل النماء المتجدد] {المنفصل كالولد والثمرة} [في الرهن على الأقرب] {بل قيل: إنه إجماع} ففي الانتصار: أنه مما انفردت به الإمامية، بل في الغنية الإجماع عليه، وفي السرائر: أنه مذهب أهل البيت عليهم السلام {ولأن من شأن النماء} {المنفصل تبعيته للأصل [إلا مع شرط عدم الدخول] {فلا إشكال حينئذٍ في عدم دخوله عملاً بالشرط، كما أنه لو شرط دخوله ارتفع الإشكال، وقيل} والقائل الشيخ في مبسوطه وخلافه، والمحقق في نكت النهاية، والعلامة في كثير من كتبه، وولده

وغيرهم، بل يظهر من التذكرة الإجماع عليه، بل في زكاة الخلاف دعواه صريحاً {لا يدخل بدونه، للأصل} وهو عدم الدخول {ومنع الإجماع} لكثرة المخالف ودعوى بعضهم الإجماع على العدم {والتبعية في الملك} فقط، لا في الرهن {لا في مطلق الحكم} لأصالة عدم التبعية فيه {وهو أظهر} معترضاً بظاهر موثق إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام - في حديث - (أنه سأله عن رجل ارتهن داراً لها غلة، لمن الغلة؟ قال: لصاحب الدار)^(١) بقرينة كون الظاهر أن السؤال لتخيل الدخول في الرهن، والمراد بالجواب رفع ذلك، وأن له التصرف فيه كيف شاء {ولو كان متصلاً كالطول والسمن دخل إجماعاً} بقسميه، كذا في الجواهر؛ لأنها في الحقيقة كصفات الرهن وأحواله التي لا تخرج عن مسماه عرفاً ولغة وشرعاً.

[الثامنة: ينتقل حق الرهانة إلى الوارث بالموت] العارض للمرتهن، بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر، بل حكي الإجماع على ذلك عن فخر المحققين {لأنه مقتضى لزوم العقد من طرف الراهن؛ ولأنه وثيقة على الدين، فيبقى ما بقي ما لم يسقطه المرتهن} [لا الوكالة، والوصية] فإنهما تبطلان بموته، ولا تنتقلان إلى الوارث، ففي الجواهر: في الأولى أنه لا إشكال، بل ولا خلاف في ذلك {لأنهما إذن في التصرف يقتصر بهما على من أذن له، فإذا مات بطل كنظائره من الأعمال المشروطة بمباشر معين} [إلا مع الشرط] حيث لم يعرف خلاف بينهم في ذلك، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) {بأن يكون للوارث بعده، أو لغيره فيلزم عملاً بالشرط} وقد يشكل: بأنه لا معنى لاشتراط انتقال الوكالة التي تبطل بالموت، وبأنه لا معنى لاشتراط وكالة الوارث على معنى حصولها بنفس الشرط في العقد على حسب حال المورث، وربما

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) الرهن، ح ٣.

يكون غير موجود حال الاشتراط فضلاً عن كونه غير قابل. ويندفع: بأن المراد بالاشتراط من البيع عنه للمرتهن أو لوارثه فالشرط عليه هو البيع وهو صحيح بالنسبة إلى المرتهن ووارثه والأجنبي، والوكالة فيه تبعية لا أصلية، كما أن اشتراطها على الوارث بعد موته لا بد من تنزيله على الوصية ضرورة عدم صحة الوكالة بعد الموت.

[وللراهن الامتناع من استئمان الوارث] {وإن شرط له وكالة البيع والاستيفاء؛ لأن الرضا بتسليم المورث لا يقتضيه، ولاختلاف الأشخاص فيه} كما هو أوضح من أن يخفى [وبالعكس] {للوارث الامتناع من استئمان الراهن عليه} لو كان قد استأمنه المرتهن لعين ما ذكر في الراهن، فلو تمانعا [فليتفقا على أمين] {يضعانه تحت يده وإن لم يكن عدلاً؛ لأن الحق لا يعدوهما، فيتقيد برضاها} {وإلا} {يتفقا} {فالحاكم} {يعين له عدلاً يقبضه لهما} دفعاً للتنازع والتخاصم {وكذا لو مات الراهن فلورثته الامتناع من إبقائه في يد المرتهن؛ لأنه في القبض بمنزلة الوكيل تبطل بموت الموكل، وإن كانت مشروطة في عقد لازم، إلا أن يشترط استمرار الوضع بعده فيكون بمنزلة الوصي في الحفظ}.

[التاسعة: لا يضمن المرتهن] {الرهن إذا تلف في يده} {إلا بتعدي أو تفریط} بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل ظاهر كشف الحق وغيره الإجماع عليه، بل عن الخلاف والغنية والسرائر والتذكرة والمفاتيح دعواه صريحاً، كذا في الجواهر، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يرهن عند الرجل الرهن فيصيبه توى أو

ضياع، قال: يرجع بماله عليه^(١) المحمول على عدم التفريط، ونحوه غيره وهو مستفيض، وما ظاهره المنافاة كموثق ابن بكير قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام في الرهن، فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، وإن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى إليه صاحبه فضل ماله، وإن كان الرهن سواء فليس عليه شيء)^(٢) ونحوه غيره، فإنه مطروح عند الأصحاب، أو يحمل على التفريط، فلا منافاة {و} قد ظهر من ذلك أنه {لا يسقط بتلفه شيء من حق المرتهن، فإن تعدى فيه أو فرط ضمنه} اتفاقاً، ولموثق إسحاق بن عمار قال: (سألت أبا إبراهيم عليه السلام يرهن الرهن بمئة درهم وهو يساوي ثلاث مئة درهم فيهلك، أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مئتي درهم؟ قال: نعم؛ لأنه أخذ رهناً فيه فضل وضيعة، قلت: فهلك نصف الرهن؟ قال: على حساب ذلك، قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم)^(٣) [فيلزم قيمته يوم تلفه] {إن كان قيمياً} [على الأصح] كما هو خيرة الأكثر، كما في المسالك {لأنه وقت الانتقال إلى القيمة، والحق قبله كان منحصراً في العين وإن كانت مضمونة، ومقابل الأصح اعتبار قيمته يوم القبض} كما عن المحقق في الشرائع {أو أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف} كما نسب للشيخ في المبسوط، بل عن الصيمري: إنه قول مشهور نقله الفخر واختاره {أو من حين التلف إلى حين الحكم عليه بالقيمة كالغاصب} كما عن الإسكافي.

{ويضعف} الأولان {بأنه قبل التفريط غير مضمون فكيف يعتبر قيمته فيه؟! و} الأخير {بأن المطالبة لا دخل لها في ضمان القيمي} بتاتاً، وكذا حكم الحاكم [فالأقوى

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٥) الرهن، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٧) الرهن، ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (٧) الرهن، ح ٢.

الأول مطلقاً] سواء كان الحكم عليه بالقيمة يوم التلف أم قبله، وسواء زادت قيمته يوم التلف عنها يوم المطالبة أو يوم القبض أم لا {هذا إذا كان الاختلاف بسبب السوق، أو نقص في العين غير مضمون} لفوات الأجزاء المضمونة عليه في يده حتى لو ردّ العين نفسها {أما لو نقصت العين بعد التفريط بهزال أو نحوه ثم تلفت اعتبر أعلى القيم عند الأداء} لا يوم التلف ولا يوم التفريط {على الأقوى؛ لأن الواجب عنده} أي عند التلف {إنما كان المثل وإن كان متعذراً، أو انتقله إلى القيمة بالمطالبة، بخلاف القيمي لاستقرارها في الذمة من حين التلف مطلقاً} سواء طالب أم لا.

[ولو اختلفا في القيمة حلف المرمته] وفاقاً للحلي والعلامة وكثير من المتأخرين {لأنه المنكر} للزيادة {والأصل براءته من الزائد، وقيل} والقائل الأكثر كما في الدروس، بل عن الغنية الإجماع عليه {نظراً إلى أن المرمته صار خائناً بتفريطه فلا يقبل قوله. ويضعف: بأن قبول قوله من جهة إنكاره، لا من حيث كونه أميناً أو خائناً}.

[العاشر: لو اختلفا في] {قدر} [الحق المرهون به، حلف الراهن على الأقرب] كما هو المشهور شهرة عظيمة، بل عن ابني زهرة وإدريس الإجماع عليه، كما في الجواهر {لأصالة عدم الزيادة} عما اعترف به المالك {وبراءة ذمته منها} على تقدير كون النزاع في أصل شغل الذمة {وللرواية} الصحيحة عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل يرهن عند صاحبه رهناً لا بينة بينهما فيه، فادعى الذي عنده

الرهن أنه بألف، فقال صاحب الرهن: إنه بمئة، قال: البينة على الذي عنده الرهن أنه بألف، وإن لم يكن له بينة فعلى الراهن اليمين^(١) ونحوه غيره.

{وقيل} والقائل الإسكافي القول {قول المرتهن استناداً إلى رواية} موثقة عن السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام (في رهن اختلف فيه الراهن والمرتهن فقال الراهن: هو بكذا وكذا، وقال المرتهن: هو بأكثر، قال علي عليه السلام: يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن؛ لأنه أمينه)^(٢) وهي {ضعيفة} على مذهب كلا المصنفين، بل حتى لو قلنا: بحجية الموثق فإنها لا تكفي الصحيحة المتقدمة، لاعتضاها بموثقتين آخرين، ولموافقتها للعامة، وبما ذكر من الوجوه.

[ولو اختلفا في الرهن والوديعة] {بأن قال المالك: هو وديعة، وقال الممسك: هو رهن} فالمشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة، بل ربما استظهر من النافع الإجماع عليه، كذا في الجواهر [حلف المالك] {لأصالة عدم الرهن؛ ولأنه منكر} لموافقة دعواه الأصل {وللرواية الصحيحة} عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (أنه قال في رجل رهن عند صاحبه رهناً، فقال الذي عنده الرهن: ارتهنته عندي بكذا وكذا، وقال الآخر: إنما هو عندك وديعة، فقال: البينة على الذي عنده الرهن أنه بكذا وكذا، فإن لم يكن له بينة فعلى الرهن اليمين)^(٣) {وقيل} والقائل الصدوق والشيخ في الاستبصار {يحلف الممسك استناداً إلى رواية ضعيفة} عن عباد بن صهيب قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن متاع في يد رجلين أحدهما يقول:

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٧) الرهن، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٧) الرهن، ح ٤.

(٣) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) الرهن، ح ١.

استودعتكه، والآخر يقول: هو رهن؟ قال: فقال: القول قول الذي يقول إنه رهن، إلا أن يأتي الذي ادعى أنه أودعه بشهود^(١).

{وقيل} والقائل ابن حمزة يحلف {الممسك} إن اعترف له المالك بالدين، والمالك إن أنكره جمعاً بين الأخبار {المتقدمة، ويشكل: - مع أنه لا شاهد له - بأنه فرع المكافأة المفقودة، لضعف السند، وندرة العامل بالثاني، وشهرته في الأول معتضداً بالقواعد المقررة في مثل المقام {وللقريظة} وهي ظهور كونه رهنًا بعد اعتراف المالك بالدين في خبر ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - (فإن كان الرهن أقل مما رهن به أو أكثر واختلفا، فقال أحدهما: هو رهن، وقال الآخر: هو وديعة، قال: على صاحب الوديعة البينة فإن لم يكن بينة حلف صاحب الرهن)^(٢) لكنها في حيز المنع، لعدم اعترافه بالدين بقريظة دعواه الوديعة {وضعف} دليل القول {المقابل يمنع من تخصيص} دليل {الآخر} الذي هو صحيح سنداً، وعام دلالة، والتفصيل بالجمع المذكور يخصه.

[ولو اختلفا في عين الرهن] {فقال: رهنك العبد، فقال: بل الجارية} [حلف الراهن خاصة] على نفي رهانة الآخر الذي ادعاه المرتهن؛ لأنه منكر [وبطلا] فخرجا عن الرهن في ظاهر الشرع {لانتفاء ما يدعيه الراهن بإنكار المرتهن؛ لأنه جائز من قبله فيبطل بإنكاره لو كان حقاً، وانتفاء ما يدعيه المرتهن بحلف الراهن} كما ذكره الأصحاب [ولو كان] {الرهن} الذي اختلفا فيه [مشروطاً في عقد لازم تحالفا] كما عن جمع {لأن إنكار المرتهن هنا يتعلق بحق الراهن حيث إنه يدعي عدم الوفاء

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) الرهن، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٦) الرهن، ح ٢.

بالشرط الذي هو ركن من أركان ذلك العقد اللازم، فيرجع الاختلاف إلى تعيين الثمن؛ لأن شرط الرهن من مكملاته، فكل يدعي ثمناً غير ما يدعيه الآخر، فإذا تحالفا بطل الرهن، وفسخ المرتهن العقد المشروط فيه إن شاء، ولم يمكن استدراكه كما لو مضى الوقت المحدود له. وقيل { والقائل العلامة في القواعد {يقدم قول الراهن كالأول} لأن إنكار اشتراط الجارية وإنكار استحقاقه من المرتهن كافٍ في نفي استحقاقه، فيبقى النزاع في اشتراط العبد، والأصل عدمه، فالقول قول الراهن فيه؛ لأنه منكر. ويشكل: بأن إنكار اشتراط رهن الجارية، يقتضي انتفاء هذا الفرد من أفراد البيع الذي يدعيه الراهن، وللزومه من الجانبين فيلزم المرتهن على تقدير وقوعه، فكيف ينتفي بمجرد الإنكار ويسقط حق الآخر من هذا العقد المدعى به؟!.

[الحادية عشرة: لو أدى ديناً وعين به رهناً] {بأن كان عليه ديون وعلى كل واحد رهن خاص، فقصد بالمؤدى أحد الديون بخصوصه ليفك رهنه} [فذاك] {هو المتعين؛ لأن مرجع التعيين إلى قصد المؤدى} وهو أعلم بقصده [وإن أطلق] {ولم يسم أحدها لفظاً لكن قصده} في نفسه [فتخالفا في القصد] {فادعى كل منهما قصد الدافع ديناً غير الآخر} [حلف الدافع] {على ما ادعى قصده؛ لأن الاعتبار بقصده وهو أعلم به؛ وإنما احتيج إلى اليمين - مع أن مرجع النزاع إلى قصد الدافع، ودعوى الغريم العلم به غير معقول - لإمكان إطلاعه عليه بإقرار القاصد} دفعاً لهذا الاحتمال {ولو تحالفا فيما تلفظ بإرادته فكذلك} يقدم قول الدافع بيمينه؛ لأن دعوى خصمه ثابتة فلا تسقط إلا بيمينه {ويمكن رده إلى ما ذكره من التخالف في القصد؛ إذ العبرة به، واللفظ

كاشف عنه} ويشكل: بأن دعوى الخصم في التخالف في القصد لا تسمع، بخلافها في التخالف في التلفظ بإرادته فإنها تسمع، فكيف يمكن رد الأخير إلى الأول؟!.

[وكذا] يحلف الدافع [لو كان عليه دين خال] {عن الرهن، وآخر به رهن} [فادعى الدفع عن المرهون به] {ليفك الرهن، وادعى الغريم الدفع عن الخالي لبقى الرهن، فالقول قول الدافع مع يمينه} بلا خلاف ولا إشكال {لأن الاختلاف يرجع إلى قصده الذي لا يعلم إلا من قبله} فهو أبصر بنيته، ولزوم اليمين عليه نفيًا للتهمة لإمكان علم المرتهن به {كالأول}.

[الثانية عشرة: لو اختلفا فيما يباع به الرهن] {فأراد المرتهن بيعه بنقد، والراهن بغيره} [بيع بالنقد الغالب] {سواء وافق مراد أحدهما أم خالفهما} بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بيننا، كذا في الجواهر؛ لأن لكل منهما حقًا في العين؛ ولأنه المنصرف من الإطلاق {والبائع المرتهن إن كان وكيلًا، و{النقد} الغالب موافق لمراده، أو رجع إلى الحق} الذي في ذمة الراهن: كأن يكون مجانسًا له، أو قريبًا منه لم يتوقف على إذن الحاكم، ولم يلتفت إلى معارضة الراهن المخالفة للشرع، لانصراف الإطلاق إلى الغالب عرفًا {وإلا} يكن المرتهن وكيلًا، أو كان، ولكن لم يكن الغالب موافقًا لمراده، ولم يرجع إلى الحق {ف} اللازم الرجوع إلى {الحاكم} ليحسم الممتنع، ويرفع النزاع [فإن غلب نقدان بيع بمشابه الحق] {منهما إن اتفق} ترجيحًا لجانب المرتهن الذي كانت الحكمة في مشروعية الارتهان له استيفاء حقه من الرهن [فإن باينهما عين الحاكم] {إن امتنعا من التعيين} لأنه ولي الممتنع {وإطلاق الحكم بالرجوع إلى تعيين الحاكم يشمل ما لو كان أحدهما أقرب إلى الصرف إلى الحق، وعدمه. وفي الدروس: لو كان أحدهما - وعنى به المتباينين - أسهل صرفًا إلى الحق تعين، وهو حسن} لكونه ترجيحًا لجانب المرتهن {وفي التحرير: لو بايناه بيع بأوفرهما حظًا. وهو

أحسن} لكونه ترجيحاً لجانب الراهن؛ لأنه صاحب العين {فإنه ربما كان عسر
الصرف أصلح للمالك، وحيث يباع بغير مراده ينبغي مراعاة الحظ كغيره ممن يلي عليه
الحاكم}.

كتاب الحجر

[كتاب الحجر]

وهو لغةً: المنع والتضييق، لكن المنع بالفتح، والعقل بالكسر، وسمي العقل حِجْرًا؛ لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح وما ظن ضرره قال عز وجل: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾^(١) والمحجور عليه شرعاً هو: الممنوع من التصرف في ماله:

[وأسبابه ستة] {بحسب ما جرت العادة} بين الفقهاء {بذكره في هذا الباب، وإلاّ فهي أزيد من ذلك مفرقة في تضاعيف الكتاب، كالحجر على الرهن في المرهون، وعلى المشتري في ما اشتراه قبل دفع الثمن، وعلى البائع في الثمن المعين قبل تسليم المبيع، وعلى المكاتب في كسبه لغير الأداء والنفقة، وعلى المرتد الذي يمكن عوده إلى الإسلام. والستة المذكورة هنا هي}:

[الصغر، والجنون، والرق، والفلس، والسفه، والمرض] {المتصل بالموت} ولعل مرجع الجميع إلى قسمين: من يحجر عليه لحق نفسه، ومن يحجر عليه لحق غيره، فالأول: الصغر والجنون والسفه، والثاني: الرق والفلس ومرض الموت.

[ويمتد حجر الصغير حتى يبلغ] {بأحد الأمور المذكورة في كتاب الصوم} وهي: الاحتلام، أو الإنبات، أو بلوغ خمس عشرة سنة، هذا في الذكر، وأما الأنثى فبلوغها بدخولها في السنة العاشرة [ويرشد] بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع

(١) سورة الفجر، آية (٥).

بقسميه عليه، كذا في الجواهر، وقد دلّ عليه قوله عليه السلام: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١) وغيرها، ولصحيح حمران عن أبي جعفر عليه السلام - في حديث - قال: (إن الجارية ليست مثل الغلام، إن الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع وأقيمت عليها الحدود التامة وأخذت لها وبها، قال: والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع، ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة، أو يحتلم، أو يشعر، أو ينبت قبل ذلك)^(٢) ونحوه غيره.

ويتحقق الرشد [بأن يصلح ماله] ففي مجمع البرهان: هو الظاهر المتبادر منه عرفاً، وأنه هو الذي ذكره الأصحاب، وفي تفسير العياشي عن يونس بن يعقوب قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: قول الله: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ أي شيء الرشد الذي يؤنس منه؟ قال: حفظ ماله)^(٣) {بحيث يكون له ملكة نفسانية تقتضي إصلاحه، وتمنع إفساده، وصرفه في الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء} وفاقاً للعلامة وغيره {لا مطلق الإصلاح} كما هو صريح عبارة المصنف {فإذا تحققت الملكة المذكورة مع البلوغ ارتفع عنه الحجر} إجماعاً، كما عن غير واحد [وإن كان فاسقاً] {على المشهور} نقلاً وتحصيلاً، وفي محكي التذكرة والمسالك نسبته إلى أكثر أهل العلم، كذا في الجواهر {لإطلاق الأمر} كتاباً وسنة {بدفع أموال اليتامى إليهم} بإيناس الرشد من غير اعتبار أمر آخر معه، والمفهوم من الرشد عرفاً إصلاح المال على الوجه المذكور وإن كان فاسقاً.

(١) سورة النساء، آية (٦).

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٢) الحجر، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (٤٥) الوصايا، ح ١٣.

{وقيل} والقائل الشيخ والراوندي وأبو المكارم والفخر {يعتبر مع ذلك العدالة، فلو كان مصلحاً لماله، غير عدل في دينه، لم يرتفع عنه الحجر، للنهي عن إيتاء السفهاء المال} في الكتاب الكريم {وما روي: أن شارب الخمر سفیه} كما عن تفسير العياشي عن إبراهيم بن عبد الحميد قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الآية: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ قال: كل من شرب الخمر فهو سفیه)^(١) {ولا قائل بالفرق} بينه وبين غيره مما يوجب الفسق {وعن ابن عباس: أن الرشيد هو الوقار والحلم والعقل^(٢)} ويضعف: بعدم وجوب الحجر على الكافر فضلاً عن الفاسق {وإنما يعتبر - على القول بها - في الابتداء، لا في الاستدامة، فلو عرض الفسق بعد العدالة، قال الشيخ: الأحوط أن يحجر عليه. مع أنه شرطها ابتداءً، ويتوجه على ذلك: أنها لو كانت شرطاً في الابتداء لا اعتبرت بعده، لوجود المقتضي} والسيرة القطعية في معاملة الكفار والمخالفين والفسقة دليل قطعي على عدم اعتبارها مطلقاً ابتداءً واستمراراً.

[ويختبر] {من يراد معرفة رشده} [بها يلائمه] {من التصرفات والأعمال، ليظهر اتصافه بالملكة وعدمها، فمن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء، بمعنى مما كسبه فيها على وجهها، ويراعى إلى أن يتم مساومته، ثم يتولاه الولي إن شاء، فإذا تكرر منه ذلك، وسلم من الغبن والتضييع في غير وجهه فهو رشيد، وإن كان من أولاد من يصاب عن ذلك اختبر بما يناسب حال أهله، إما بأن يسلم إليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه، أو مواضعها التي عينت له، أو بأن يستوفي الحساب على معاملتهم، أو نحو ذلك فإن وفي بالأفعال الملائمة فهو رشيد، ومن تضييعه: إنفاقه في المحرمات،

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٤٥) الوصايا، ح ٨.

(٢) المجموع (النووي) ج ١٣ ص (٣٦٨). بتفاوت.

والأطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله بحسب وقته، وبلده، وشرفه، وضعته، والأمتعة واللباس كذلك}.

{وأما صرفه في وجوه الخير من الصدقات، وبناء المساجد، وإقراء الضيف فالأقوى أنه غير قاذح مطلقاً وإن زاد على ما يليق به، كما هو المشهور، ولصحيح معاوية بن عمار في وصية رسول الله ﷺ لأمر المؤمنين علياً: (وأما الصدقة فجهدك جهدك حتى تقول: قد أسرفت ولم تسرف)^(١) {إذ لا سرف في الخير، كما لا خير في السرف، وإن كانت أنثى اختبرت بما يناسبها من الأعمال كالغزل، والخياطة، وشراء آلاتها المعتادة لأمثالها بغير غبن، وحفظ ما يصل في يدها من ذلك، والمحافظة على أجرة مثلها إن عملت للغير، وحفظ ما تليه من أسباب البيت، ووضعه على وجهه، وصون أطعمته التي تحت يدها عن مثل الهرة والفأرة ونحو ذلك، وإذا تكرر ذلك على وجه الملكة ثبت الرشد، وإلا فلا، ولا يقدر فيها وقوع ما ينافيها نادراً من الغلط والانخداع في بعض الأحيان، لوقوعه كثيراً من الكاملين، ووقت الاختبار قبل البلوغ} كما صرح به جماعة، بل لا أجد فيه خلافاً، بل عن ظاهر التذكرة وغاية المراد الإجماع عليه، كما في الجواهر {عملاً بظاهر الآية} لظهورها في كون غاية الاختبار البلوغ.

[ويثبت الرشد] {لمن لم يختبر} [بشهادة النساء في النساء لا غير] بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر {لسهولة اطلاعهن غالباً، عكس الرجال} حيث لا سهولة في اطلاعهن على الرجال، فلا تقبل شهادتهن فيهم [وبشهادة الرجال مطلقاً] {ذكرأ

(١) الوسائل، ج٩، باب (٦) الصدقة، ح ١.

كان المشهود عليه أم أنثى { دفعاً لمشقة الاقتصار على النساء فيهن، بلا خلاف أجده فيه، بل قيل: عليه الإجماع في كثير من العبارات، وإن كنا لم نتحققه، كذا في الجواهر {لأن شهادة الرجال غير مقيدة} بسهولة الاطلاع، فتبقى على إطلاقها وهي شاملة للطرفين.

المعتبر في شهادة الرجال اثنان، وفي النساء أربع { إجماعاً؛ لأنه ليس مالا، ولا المقصود منه المال، كما تقدم في كتاب الشهادات } ويثبت رشد الأنثى بشهادة رجل وامرأتين أيضاً { لأنه إذا ثبت بشهادة النساء فثبوته بشهادة الرجال أولى {و} كذا يثبت رشدها بشهادة {بشهادة أربع خنثى} لمعاملتهن معاملة النساء في مثل هذه الموارد احتياطاً.

[ولا يصح إقرار السفیه] وهو الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة عند العقلاء ولو من طلاب الدنيا، لقوله ﷺ: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ ^(١) [بإل] والضابط منعه من التصرفات المالية مطلقاً، بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كذا في الجواهر {ويصح بغيره كالنسب وإن أوجب النفقة} بلا خلاف ظاهر، بل حكى عليه الإجماع جمع، ولعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) إلا ما خرج بالدليل وهو إقرار السفیه بالمال {وفي الإنفاق عليه من ماله} لأنه فرع ثبوت النسب {أو بيت المال قولان، أجودهما الثاني} لأنه معد لمصالح المسلمين، فإن قلت: إن إقراره كذلك ضرر على المسلمين. قلت: إن ذلك آتٍ في كل من يأخذ منهم لمصلحة، فالمنع مطلقاً لا يظن الالتزام به من أحد

(١) سورة النساء، آية (٥).

{وكالإقرار بالجنابة الموجبة للقصاص وإن كان نفساً} لأنه ليس تصرفاً مالياً، وحينئذٍ فيقع تحت عموم (إقرار العقلاء).

[ولا] يصح [تصرفه في المال] مطلقاً، للضابط الذي تقدم دليله، معتزداً بظاهر الكتاب والسنة، فلو باع وهو على هذه الحال لم يمض بيعه {وإن ناسب أفعال العقلاء} إلا مع إجازة الولي {ويصح تصرفه فيما لا يتضمن إخراج المال كالطلاق، والظهار، والخلع} للأصل السالم عن المعارض، ولا يشكل الأخير إذا كان بأقل من مهر المثل؛ لأنه إذا كان له الطلاق بدون عوض فمعه أولى [ولا يسلم عوض الخلع إليه] بلا خلاف ولا إشكال {لأنه تصرف مالي ممنوع منه} إجماعاً.

[ويجوز أن يتوكل لغيره في سائر العقود] {أي في جميعها} لأنها صدرت من بالغ عاقل، لكنه ممنوع التصرف في ماله خاصة لدليل خاص، فيبقى غيره مشمولاً لما دل على الصحة مطلقاً {وإن كان قد ضعف إطلاقه عليه} أي على المجموع {بعض أهل العربية حتى عده في درة الغواص من أوهام الخواص، وجعله مختصاً بالباقي أخذاً له من السور وهو البقية، وعليه جاء قول النبي ﷺ لابن غيلان لما أسلم على عشر نسوة (أمسك عليك أربعاً وفارق سايرهن)^(١) لكن أجازهم بعضهم، وإنما جاز توكيل غيره له؛ لأن عبارته ليست مسلوقة مطلقاً} حتى بالنسبة إلى تصرفاته غير المالية {بل مما يقتضي التصرف في ماله} فقط، أما تحصيله فلا مانع منه شرعاً.

[ويمتد حجر المجنون] {في التصرفات المالية وغيرها} [حتى يفيق] {ويكمل عقله} لسلب عبارته مطلقاً، بلا خلاف ولا إشكال، ولحديث رفع القلم (أما

(١) الأم للشافعي، ج ٤ ص (٢٨١).

علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ^(١) ونحوه غيره [والولاية في مالها] {أي الصغير والمجنون} [للأب والجد] {له وإن علا} كما أطلق عن الشيخ فيما حكى عنه هنا وكثير ممن تأخر عنه، بل هو معقد ما في المسالك ومحكي الكفاية من نفي الخلاف فيه، بل هو معقد إجماع التذكرة ولا ريب فيه في الجملة، بل عن مجمع البرهان: كان عليه إجماع الأمة، كذا في الجواهر، وللنصوص المستفيضة في باب النكاح التي تدل بالأولوية على ما نحن فيه كصحيح هشام بن سالم ومحمد بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا زوج الأب والجد كان التزويج للأول، فإن كانا جميعاً في حال واحدة فالجد أولى)^(٢) ونحوه غيره [فيشتركان في الولاية] {لو اجتماعاً، فإن اتفقا على أمر نفذ، وإن تعارضاً قدم عقد السابق} وفي الجواهر: لا أجد فيه خلافاً، بل عن ظاهر نكاح المسالك الإجماع عليه، ولصريح الصحيح المتقدم وغيره {فإن اتفقا ففي بطلانه} لعدم إمكان اجتماع سببين على مسبب واحد مع عدم ترجيح أحدهما على الآخر {أو ترجيح الأب} لشدة اتصاله، ولكون ولاية الجد بواسطته {أو الجد أوجه} بل أقوال، ولعل أوجهها الأخير، لثبوت ولايته على الأب في بعض الوجوه، ولفحوى ما دل على ثبوته في التزويج من الإجماعات المحكية، والنصوص المستفيضة، كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: (إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه، ولابنه أيضاً أن يزوجه، فقلت: فإن هوى أبوها رجلاً وجدها رجلاً، فقال: الجد أولى بنكاحها)^(٣) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ١، باب (٤) مقدمة العبادات، ح ١١.

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١١) عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ٢٠، باب (١١) عقد النكاح وأولياء العقد، ح ١.

[ثم الوصي] {لأحدهما مع فقدهما} لولايته عنهما بالوصاية [ثم الحاكم] الشرعي {مع فقد الوصي} بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل ولا إشكال، كذا في الجواهر، ثم إن الحاكم حيث يطلق يراد الفقيه الجامع لشرائط الفتوى إجماعاً، كما في المسالك.

[والولاية في مال السفه الذي لم يسبق رشده كذلك] {للأب والجد إلى آخر ما ذكر} في الصغير والمجنون {عملاً بالاستصحاب} المقتضي لولايتهما المنساقة من قوله ﷺ: ﴿فَإِنْ أَنْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(١) وصحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (انقطاع يتم اليتيم الاحتلام وهو أشده، وإن احتلم ولم يؤنس منه رشد وكان سفهياً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله)^(٢) ونحوه غيره، والتي لا ريب في ظهورها في إرادة الولي قبل البلوغ سواء كان الأب أم الجد أم الوصي أم الحاكم.

[فإن سبق] {رشده وارتفع الحجر عنه بالبلوغ معه ثم لحقه السفه} [فللحاكم] {الولاية دونهم} بلا خلاف معتد به {لارتفاع الولاية عنه بالرشد} فانقطع استصحاب ولايتهم {فلا تعود إليهم إلاً بدليل، وهو متنفذ} كما عن غير واحد {والحاكم ولي عام لا يحتاج إلى دليل} لأنه ولي من لا ولي له مطلقاً {وإن تخلف في بعض الموارد} كولاية الأب والجد والوصي {وقيل} والقائل المحقق وغيره {الولاية للحاكم مطلقاً} وإن لم يسبق رشده {لظهور توقف الحجر عليه، ورفعته على حكمه في كون النظر إليه} ويشكل: بمنع التوقف مطلقاً، كما سبق أولاً، ومنع الظهور ثانياً،

(١) سورة النساء، آية (٦).

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٤٤) الوصايا، ح ٩.

لعدم التلازم؛ إذ لا منافاة بين توقف الأمرين على حكمه مع كون النظر والولاية للأب والجد بعد حكمه بالحجر.

[والعبد] وهو المملوك مطلقاً [ممنوع] {من التصرف} [مطلقاً] في المال وغيره، سواء أحلنا ملكه أم قلنا به {لقوله عز وجل: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾^(١) الظاهر في سلب قدرته مطلقاً، ولصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يجوز للعبد تحرير ولا تزويج ولا إعطاء من ماله إلا بإذن مولاه)^(٢) ونحوه غيره، وهو مستفيض، وإجماعاً محكياً مستفيضاً، كما في الجواهر {عدا الطلاق} بلا خلاف معتد به، ولصحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا كان العبد وامرأته لرجل واحد، فإن المولى يأخذها إذا شاء، وإذا شاء ردها، وقال: لا يجوز طلاق العبد إذا كان هو وامرأته لرجل واحد، إلا أن يكون العبد لرجل، والمرأة لرجل، وتزوجها بإذن مولاه وإذن مولاها، فإن طلق، وهو بهذه المنزلة، فإن طلاقه جائز)^(٣) ونحوه غيره، وهو مستفيض، وما ظاهره المنافة كصحيح زرارة عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قالوا: (المملوك لا يجوز طلاقه، ولا نكاحه إلا بإذن سيده، قلت: فإن السيد كان زوجه، بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ أفشيء الطلاق؟!)^(٤) فهو مطلق فيحمل على أنها مملوكان لسيد واحد بقرينة النصوص المتقدمة {فإن له إيقاعه وإن كره المولى} كما هو المشهور، ولإطلاق صحيح أبي بصير قال: (سالت أبا عبد

(١) سورة النحل، آية (٧٥).

(٢) الوسائل، ج ٢٠، باب (١٧) أولياء العقد، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٣) مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٥) مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ١.

الله ﷺ عن الرجل يأذن لعبده أن يتزوج الحرة، أو أمة قوم، الطلاق إلى السيد أو إلى العبد؟ فقال: الطلاق إلى العبد^(١) ونحوه غيره.

[والمريض ممنوع مما زاد على الثلث] أما في الوصية فهو كالصحيح إجماعاً، كما في الشرائع، وفي الجواهر: محصلاً ومحكياً مستفيضاً أو متواتراً، ولإطلاق صحيح أبي بصير قال: (سألت أبا عبد الله ﷺ عن الرجل يموت، ما له من ماله؟ فقال: له ثلث ماله، وللمرأة أيضاً)^(٢) ومثله غيره، وهو مستفيض، إلا إذا أجاز الورثة بعد الموت بلا خلاف ولا إشكال نصاً وفتوى، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر. هذا {إذا تبرع به، أما لو عاوض عليه بثلث مثله نفذ} بلا خلاف ولا إشكال، ويمنع من التصرف بما زاد [وإن نجز] {ما تبرع به في مرضه بأن وهبه، أو وقفه، أو تصدق به، أو حابى به في بيع، أو إجارة} [على الأقوى] وفاقاً للمحكي عن الصدوق وأبي علي والشيخ في المبسوط والعلامة والمحقق الثاني وغيرهم، بل في المسالك نسبته إلى الأكثر وسائر المتأخرين، بل ربما حكى عن الشيخ في باب العتق ما يقتضي أنه المعروف بيننا {للأخبار الكثيرة الدالة عليه منطوقاً ومفهوماً} كصحيح علي بن يقطين قال: (سألت أبا الحسن ﷺ: ما للرجل من ماله عند موته؟ قال: الثلث، والثلث كثير)^(٣) ونحوه غيره.

{وقيل} والقائل الكليني والصدوق والشيخان والسيدان والقاضي وبنو البراج وإدريس وسعيد وغيرهم، بل في هبة الانتصار والغنية الإجماع عليه {يمضي

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٤٣) مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (١٠) الوصايا، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (١٠) الوصايا، ح ٨.

من الأصل للأصل} وهو استصحاب جواز تصرفه في ماله بعد المرض، وقاعدة السلطنة على المال {وعليه شواهد من الأخبار} كلها ضعيفة عند المصنف والشارح؛ لأنها إما من الحسن أو الموثق، كحسن أبي شعيب المحاملي - على رواية التهذيب - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (الإنسان أحق بماله مادامت الروح في بدنه)^(١) ونحوه غيره، وأغلبها إن لم يكن كلها مطلقة صالحة للتقييد بها هو أقوى منها سنداً وأوضح دلالة كما مرّ.

[ويثبت الحجر على السفه بظهور سفهه، وإن لم يحكم الحاكم به] وفقاً للعلامة في التحرير وغيره {لأن مقتضى له هو السفه فيجب تحققه بتحقيقه، ولظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾^(٢) {حيث أثبت عليه الولاية بمجردة} [ولا يزول الحجر عنه إلا بحكمه] على قول المصنف في غاية المراد {لأن زوال السفه يفتقر إلى الاجتهاد وقيام الأمارات؛ لأنه أمر خفي فيناط بنظر الحاكم. وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط، والمحقق في الشرائع، وظاهر الغنية، والعلامة وولده وغيرهم {يتوقفان على حكمه لذلك} وهو قوله: (لأن زوال... إلخ) {وقيل} كما عن جامع المقاصد والكفاية والمفاتيح والرياض {لا فيها، وهو الأقوى؛ لأن مقتضى للحجر هو السفه فيجب أن يثبت بثبوتة ويزول بزواله، ولظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾^(٣) حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلا يتوقف على أمر آخر} وإلا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة، وهو قبيح، وبطلانه ظاهر.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٧) الوصايا، ح ٨.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٨٢).

(٣) سورة النساء، آية (٦).

[ولو عامله العالم بحاله استعاد ماله] {مع وجوده} بلا خلاف أجده ولا إشكال، كذا في الجوهر، لبقاء المال على ملكه فله انتزاعه {لبطلان المعاملة} بالحجر عليه بلا خلاف ولا إشكال [فإن تلف فلا ضمان] وإن فك حجره بعد التلف، لأصل البراءة {ولأن المعامل قد ضيع ماله بيده حيث سلمه إلى من نهى الله تعالى عن إتيانه} في قوله عز وجل: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(١) بعد أن كان هو المسلط له على تلفه، وهو المسقط لحرمته، فلا يشمل شيء من أدلة الضمان {ولو كان جاهلاً بحاله فله الرجوع مطلقاً} حتى مع تلفه {لعدم تقصيره} فيشملة عموم أدلة الضمان {وقيل} والقائل الشيخ في محكي المبسوط، والعلامة صريحاً في القواعد، ومحكي التحرير والتذكرة، والكركي في جامع المقاصد والسبزواري في الكفاية {لا ضمان مع التلف مطلقاً} عالماً كان بحاله أم جاهلاً {لتقصير من عامله قبل اختباره} فهو مضيع لماله، كما وجهه في المسالك. وهو كما ترى! لمنع كون ذلك مسقطاً لحرمة المال مع عموم أدلة الضمان {وفصل ثالث} وقد نسبته الشارح في المسالك إلى العلامة في التذكرة {فحكم بذلك} أي بعدم الضمان {مع قبض السفیه المال بإذن مالكه} العالم بموضوعه وحكمه بعد أن كان هو المسبب لتسليطه له على ماله مضيعاً له على نفسه {ولو كان بغير إذنه ضمنه مطلقاً} عالماً كان أم جاهلاً، مع تلفه أم لا، كما هو ظاهر المحقق في الشرائع، وغيره، وفي الجواهر: بل لا أجد فيه خلافاً بيننا وبين غيرنا {لأن المعاملة الفاسدة لا يترتب عليها حكم} ولا تقتضي الإذن {فيكون قابضاً للمال بغير إذن فيضمنه، كما لو أ تلف مالا أو غصبه بغير إذن مالكه، وهو حسن}.

(١) سورة النساء، آية (٥).

[وفي إيداعه، أو إعارته، أو إجارته فيتلف العين نظر] {من تفريطه بتسليمه وقد نهى الله تعالى عنه بقوله: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ فيكون بمنزلة من ألقى ماله في البحر} كما عن المحقق في الشرائع، والعلامة في الإرشاد، لأصالة عدم الضمان، ولصحيح حريز في قصة إسماعيل بن جعفر عليه السلام - في حديث - إلى أن قال: (ولا تأتمن شارب الخمر إن الله عز وجل يقول في كتابه: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ فأى سفيه أسفه من شارب الخمر؟! إن شارب الخمر لا يزوج إذا خطب، ولا يشفع إذا شفع، ولا يؤتمن على أمانة، فمن اتئمنه على أمانة فاستهلكها لم يكن للذي اتئمنه على الله أن يؤجره ولا يخلف عليه)^(١) ويشكل: بأن الأصل مقطوع بأدلة الضمان كعموم من أتلف وغيره، والصحيح المتقدم ليس مما نحن فيه؛ لأنه ظاهر في عدم الخلف والأجر من الله عز وجل لا في عدم الضمان {ومن عدم تسليطه على الإتلاف؛ لأن المال في هذه المواضع أمانة يجب حفظه، والإتلاف حصل من السفيه بغير إذن فيضمنه كالغصب، والحال أنه بالغ عاقل، وهذا هو الأقوى} وفاقاً للمحكي عن التذكرة وجامع المقاصد ومجمع البرهان، لعموم أدلة الضمان، وعدم صدور غير عقد فاسد فلا يترتب عليه إذن، كما تقدم في البيع.

[ولا يرتفع الحجر عنه ببلوغه خمساً وعشرين سنة] {إجماعاً منا، لوجود المقتضي للحجر} وهو السفه {وعدم صلاحية هذه السن لرفعه، ونبه بذلك على خلاف بعض العامة} وهو أبو حنيفة {حيث زعم أنه متى بلغ خمساً وعشرين سنة يفك حجره به وإن كان سفيهاً} ولا دليل عليه يمكن الاستناد إليه [ولا يمنع من الحج الواجب

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٦) الوديعة، ح ١.

مطلقاً} سواء زادت نفقة الحضر أم لا، وسواء وجب بالأصل أم بالعارض كالمنذور قبل السفه، لتعينه عليه} بلا خلاف في كونه كالرشيد بالنسبة إلى العبادات {ولكن لا يسلم النفقة، بل يتولاها الولي أو وكيله} [ولا من] {الحج} [المندوب إذا استوت نفقته] {حضرًا وسفرًا} بلا خلاف معتد به، لعدم الضرر، ومنه يعلم وجه قوله {وفي حكم استواء النفقة ما لو تمكن في السفر من كسب يجزئ الزائد بحيث لا يمكن فعله في الحضر}.

[وتنعقد يمينه] {لو حلف} بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنه مكلف بالغ عاقل، وإنما هو محجور عليه مالياً [و] عليه ف [يكفر بالصوم] {لو حنث} كما عن محكي المبسوط من غير تردد ولا نقل خلاف، وهو صريح المحقق في الشرائع، والعلامة {لمنعه من التصرف المالي، ومثله العهد والنذر، وإنما ينعقد ذلك حيث لا يكون متعلقه المال ليتمكن الحكم بالصحة، فلو حلف أو نذر أن يتصدق بهال لم ينعقد نذره؛ لأنه تصرف مالي} وهو ممنوع منه {هذا مع تعينه} زماناً {أما لو كان مطلقاً} من جهة الزمان {لم يبعد أن يراعى في إنفاذه الرشد} لعدم المانع [وله العفو عن القصاص] بناء على أنه الواجب في العمد كما هو المعروف عندنا، كذا في الجواهر، بل ظاهر المسالك الإجماع عليه، لكن قد يقال: إن منع السفه عن التصرف المالي يدل بالأولوية على عدم صحته في الدم، فتأمل {لأنه ليس بـ} تصرف {مالي} [لا الدية] بلا خلاف ولا إشكال {لأنه تصرف مالي} ممنوع منه إجماعاً {وله الصلح عن القصاص على مال} لأنه كسب لا تضييع، وهو غير ممنوع منه {لكن لا يسلم إليه} بل إلى وليه، بلا خلاف ولا إشكال.

كتاب الضمان

[كتاب الضمان]

وهو لغة: مأخوذ من الضمن؛ لأنه ينقل ما كان في ذمة من المال ويجعله ضمن ذمة أخرى، فتكون ذمته قد تضمنت الحق. وقال الجوهري: ضمنت الشيء ضماناً: كفلت به، فأنا ضامن وضمين {والمراد به هنا الضمان بالمعنى الأخص قسيم الحوالة، والكفالة، لا الأعم الشامل لهما} {وهو} شرعاً [التعهد بالمال] {أي الالتزام به} {من البريء} {من مال مماثل لما ضمنه للمضمون عنه، وبقيد المال خرجت الكفالة فإنها: تعهد بالنفس، وبالبريء الحوالة، بناء على اشتراطها بشغل ذمة المحال عليه للمحيل بما أحال به} وهو أحد القولين في المسألة، وسيأتي الكلام فيه في كتاب الحوالة.

[ويشترط كماله] {أي كمال الضامن المدلول عليه بالمصدر} وهو الضمان الذي تضمنه العنوان {أو اسم الفاعل} وهو البريء الذي تضمنه التعريف {أو المقام} {لأنه محل الكلام، بالبلوغ والعقل وجواز التصرف، كما في العقود المتقدمة، لسلب عبارة غيره في أمثال المقام، بلا خلاف ولا إشكال [و] من ثم اشترطت [حريته] {فلا يصح ضمان العبد في المشهور؛ لأنه لا يقدر على شيء} {المستدل بها في كثير من النصوص على منعه من التصرف في غير المال، فضلاً عنه، فيكوناً لأصل فيه ذلك إلا ما خرج بالدليل {وقيل} والقائل العلامة في التذكرة والمختلف {يصح} للعمومات السالمة عن معارضة الملكية المقتضية للمنع من التصرف المنافي لحق المولى ضرورة أنه على الصحة {يتبع به بعد العتق} {لأنه غير منافٍ لشيء من حقوق المولى.

ويشكل: بأن نفي القدرة أعم من ذلك [إلا أن يأذن المولى فيثبت] ويصح عندنا، كما في محكي المبسوط، بل قولاً واحداً في محكي التذكرة، للعمومات بعد معلومية وجود الذمة له القابلة لذلك، و{المال} {في ذمة العبد} {لا في مال المولى} كما عن المحقق والعلامة وغيرهم {لأن إطلاق} الإذن في {الضمان أعم من كل منهما} الأداء، أو الالتزام {فلا يدل على الخاص} منهما، وهو الإذن في الوفاء في كسبه الذي هو مال المولى {وقيل} والقائل جمع منهم المحقق الثاني {يتعلق بكسبه حملاً على المعهود من الضمان الذي يستعقب الأداء} وليس إلا ما ذكر؛ إذ الغرض أن الضامن هو العبد دون السيد {وربما قيل} والقائل أبو علي والمحقق الثاني {بتعلقه بمال المولى مطلقاً} من غير اختصاص بكسب العبد {كما لو أمره بالاستدانة} ويشكل: بأنه فرق واضح بينها وبين الإذن في الضمان: حيث إن الاستدانة لما كانت تقتضي ملك المستدان فلا بد أن يكون الدين في ذمة المولى عند إطلاقه، بناء على عدم ملك العبد مطلقاً، كما هو مختار الشارح وغيره، وأما الإذن في الضمان فلا يقتضي أكثر من الالتزام في ذمة العبد، ومنه تعرف التأمل في قوله {وهو متجه} [إلا أن يشترط كونه من مال المولى] {فيلزم بحسب ما شرط ويكون حينئذ كالوكيل، ولو شرطه من كسبه فهو كما لو شرطه من مال المولى؛ لأنه من جملته} فإنه شرط سائغ فيشملة عموم (المؤمنون عند شروطهم) {ثم إن وفي الكسب بالحق المضمون، وإلا ضاع ما قصر} لارتفاع موضوعه {ولو أعتق العبد قبل إمكان تجدد شيء من الكسب ففي بطلان الضمان} لفوات محله، لانصراف الإطلاق إلى كسبه حال رقيته {أو بقاء التعلق به} لإطلاق الكسب على ما يعمه لغة {وجهان} أوجهها الأول؛ لأنه المنساق من إطلاق الأدلة.

{ولا يشترط علمه بالمستحق} {للمال المضمون، وهو المضمون له بنسبه أو وصفه} كما في الخلاف والغنية والتحرير والإرشاد والمختلف وجامع المقاصد وغيرها، بل نسبه بعضهم إلى الأكثر، بل في محكي التذكرة: لو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صحّ ضمانه عندنا {لأن الغرض إيفاءه الدين، وهو لا يتوقف على ذلك} ويعضده مرسل الخلاف عن أبي سعيد الخدري قال: (كنا مع رسول الله ﷺ في جنازة، فلما وضعت قال: هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم درهمان، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال عليّ عليه السلام: هما عليّ يا رسول الله وأنا لهما ضامن، فقام رسول الله ﷺ صلى عليه، ثم أقبل على عليّ عليه السلام فقال: جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك)^(١) ونحوه غيره.

{وكذا لا يشترط معرفة قدر الحق المضمون، ولم يذكره المصنف، ويمكن إرادته من العبارة بجعل المستحق مبنياً للمفعول، فلو ضمن ما في ذمته} إجمالاً ولو لم يعلم ما فيها تفصيلاً حين الضمان {صحّ على أصح القولين، للأصل} وهو الصحة في المعاملة، أو عدم اشتراط التعيين، أو عدم منع الجهالة في مثله {وإطلاق النص} عن فضيل وعبيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لما حضر محمد بن أسامة الموت دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتي ومنزلتي منكم، وعليّ دين، فأحب أن تضمنوه عني، فقال علي بن الحسين عليه السلام: ثلث دينك عليّ، ثم سكت وسكتوا، فقال علي بن الحسين عليه السلام: عليّ دينك كله ... الحديث)^(٢) ونحوه غيره {ولأن الضمان لا ينافيه الغرر} الذي ينشأ من جهالة قدر الحق حين ضمانه {لأنه ليس معاوضة، لجوازه

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) الضمان، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) الضمان، ح ١.

من المتبرع {بلا خلاف ولا إشكال، كما هو الظاهر من الخبر المتقدم وغيره} هذا إذا أمكن العلم به بعد ذلك كالمثال {المتقدم في قوله: (ما في ذمته).

{فلو لم يمكن، كضمنت لك شيئاً مما في ذمته، لم يصح قطعاً} قولاً واحداً، كما في المسالك. ولصدق الشيء على الكثير والقليل، وهو موجب للإبهام المستلزم للجهالة الموجبة للغرر {وعلى تقدير الصحة} كما لو ضمن ما في ذمته {يلزمه ما تقوم به البينة} لو كان تنازع بين الضامن والمضمون له على قدر الحق في {أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان} فقط {لا ما يتجدد، أو يوجد في دفتر، أو يقر به المضمون عنه، أو يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه، لعدم دخول الأول في الضمان} لأنه ضمن له ما في ذمته حين الضمان، لا مطلقاً، وإنما يلزم ما يثبت فيها خاصة، لا ما ثبت في دفتر أو غيره مما هو ليس طريقاً شرعياً مثبتاً لما فيها {وعدم نفوذ الإقرار في الثالث} لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، لا {على الغير، وكون الخصومة حينئذ مع الضامن والمضمون عنه فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة غيره، كما لا يثبت ما يقر به} المضمون عنه؛ لأنه إقرار في حق الغير، وهو غير مسموع {في الرابع، نعم لو كان الحلف برد الضامن ثبت ما حلف} به المضمون له {عليه} أي على الضامن، وهذا بخلاف ما سبق؛ لأن الحلف كان لمنازعة لا دخل للضامن فيها.

[و] {كذا} [لا] {يشترط علمه} [بالغريم] {وهو المضمون عنه؛ لأنه وفاء دين وهو جائز عن كل مديون، ويمكن أن يريد به الأعم منه، ومن المضمون له} إن اعتبر قبوله لفظاً، كما هو مقتضى كون الضمان عقداً لازماً يقتضي تمييزه {ويريد بالعلم به الإحاطة بمعرفة حاله من نسب أو وصف، كسهولة الاقتضاء وما شاكله؛ لأن الغرض إيفاؤه الدين، وذلك لا يتوقف على معرفته كذلك} لإطلاق خبر الفضيل المتقدم [بل] يشترط [تمييزهما] {أي المستحق والغريم} عن الغير خاصة بما يقابل الإهمال

المطلق المنافي لكون الضمان عقداً يشترط فيه ما يشترط في غيره من العقود {ليمكن توجه القصد إليهما} لأن العقود بالقصود {أما الحق فليمكن أدائه، وأما المضمون له فليمكن إيفائه، وأما المضمون عنه فليمكن القصد إليه. ويشكل: بأن المعتبر القصد إلى الضمان وهو: التزام المال الذي يذكره المضمون له، وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين، فلو قال شخص: إني استحق في ذمة آخر مئة درهم مثلاً، فقال آخر: ضمنتها لك، كان قاصداً إلى عقد الضمان عمن كان عليه الدين مطلقاً} سواء كان معلوماً لدى الضامن أم لا، كما تقدم في خبر أبي سعيد الخدري المعتضد بأصالة عدم اشتراط التعيين {ولا دليل على اعتبار العلم بخصوصه} بل لعل الدليل على العدم.

{ولابد له من إيجاب وقبول} {مخصوصين؛ لأنه من العقود اللازمة الناقلة للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن} إجماعاً حكاه غير واحد [والإيجاب: ضمنت، وشبهه] كتكفلت {ويتميز عن مطلق الكفالة} الشاملة للنفس {بجعل متعلقها المال} [وتقبلت وشبهه] {من الألفاظ الدالة عليه صريحاً} من غير خلاف ولا إشكال [ولو قال: مالك عندي، أو عليّ، أو ما عليه عليّ فليس بصريح] [لجواز إرادته أن للغريم} المضمون عنه {تحت يده مالا} في الأول {أو أنه قادر على تخليصه} في الثاني {أو أن عليه السعي، أو المساعدة، ونحوه} مما يحتمل وجوهاً أخرى غير إنشاء الضمان.

{وقيل: إن عليّ ضماناً، لاقتضاء عليّ الالتزام} لا الإخبار {ومثله في ذمتي وهو متجه، أما ضمانه عليّ فكافٍ، لانتفاء الاحتمال مع تصريحه بالمال} فيرتفع احتمال إرادة الكفالة [فيقبل المستحق] {وهو المضمون له} بقوله: قبلت ورضيت ونحوهما مما يدل على الرضا الذي هو شرط في صحة الضمان. بلا خلاف معتد به أجده فيه، بل في محكي التحرير والغنية الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح عبد الله بن سنان

عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت)^(١) ونحوه غيره.

[وقيل] والقائل الفخر وتبعه الأردبيلي [يكفي رضاه] وهو المضمون له {بالضمان وإن لم يصرح بالقبول؛ لأن حقه يتحول من ذمة إلى أخرى، والناس يختلفون في حسن المعاملة، وسهولة القضاء، فلا بد من رضاه به} فلو لم يعتبر لزوم الضرر والغرر، بل عرفت الدليل الصالح على اعتباره {ولكن لا يعتبر القبول، للأصل} وهو عدم الاعتبار {لأنه وفاء دين} وهو جائز من كل من يقوم به، وفي الجواهر: عليه الإجماع بقسميه. مؤيداً بواقعة ضمان أمير المؤمنين عليه السلام وغيره عن الميت {والأقوى الأول؛ لأنه عقد لازم فلا بد له من إيجاب وقبول لفظيين صريحين متطابقين عربيين، فعلى ما اختاره من اشتراطه يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة} ومن جملتها اتصال القبول بالإيجاب وغيره من الشرائط، ولكن قد تقدم أن الأقوى الاكتفاء بكل ما يدل على القبول، حتى الفعل، بدلالة العرف.

{وعلى القول الآخر} وهو الاكتفاء بالرضا [فلا يشترط فورية القبول] {للأصل} وهو عدم اشتراطها {وحصول الغرض} بدونها وهو الضمان ولو بعد حين {وقيل} والقائل الشيخ {لا يشترط رضاه مطلقاً لا لفظاً، ولا نية} لما روي في خبر أبي سعيد الخدري المتقدم {من ضمان علي عليه السلام دين الميت الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله من الصلاة عليه لمكان دينه} لكنه كما ترى! مخالف للإجماع مع ضعف سند الرواية، بل ودلائلها، لاحتمال وجود الدائن مع الحاضرين، أو لقبوله صلى الله عليه وآله عنه؛ لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم، ومخالفتها لمفهوم صحيح عبد الله بن سنان المتقدم.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٤) الدين والقرض، ح ١.

[ولا عبرة] برضا [الغريم] {وهو المضمون عنه} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر {لما ذكرناه من أنه وفاء عنه، وهو غير متوقف على إذنه} معتضداً بخبر أبي سعيد المتقدم [نعم لا يرجع عليه مع عدم إذنه] {في الضمان وإن أذن له في الأداء؛ لأنه متبرع} فلا رجوع له على من تبرع عنه {والضمان هو الناقل للمال من الذمة} ومع عدم الإذن فيه فلا ضمان ولا انتقال إلى ذمة المضمون عنه [ولو أذن له] {في الضمان} [رجع عليه بأقل الأمرين مما أذاه ومن الحق] {فإن أدى أزيد منه كان متبرعاً بالزائد، وإن أدى أقل لم يرجع لغيره، سواء أسقط الزائد عنه بصلح أم إبراء} بلا خلاف في شيء من ذلك عندنا ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، لعدم الحق له في ذمته، ولصحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه، قال: ليس له إلا الذي صالح عليه)^(١) {ولو وهبه} المضمون له {بعدما أدى الجميع البعض، أو الجميع جاز رجوعه به} لثبوته في ذمته بالأداء {ولو أدى عرضاً رجع بأقل الأمرين: من قيمته ومن الحق} لعين ما قلناه في الأداء {سواء رضي المضمون له به عن الحق من غير عقد، أو بصلح} أما إذا تعاقد معه على ما في ذمة المضمون عنه أو صالحه بثوب - مثلاً - وكانت قيمة الثوب مئة والحق مئتان فيقوى الرجوع عليه بها؛ لأنها ثبتت له في ذمته.

[ويشترط فيه] {أي في الضامن} [الملاءة] {بأن يكون مالكاً لما يوفي به الحق المضمون، فاضلاً عن المستثنيات في وفاء الدين} [أو علم المستحق بإعساره] {حين الضمان} والرضا به، فعن ظاهر الغنية الإجماع، وعن السرائر نسبته إلى أصحابنا،

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٦) الضمان، ح ١.

وعن جامع المقاصد: أن هذا الحكم موضع وفاق، ولذيل موثق الحسن بن الجهم قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام - إلى أن قال - : قلت: فما تقول في الصبي لأمه أن تحلل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه، قلت: فإن لم يكن لها؟ قال: لا... الحديث)^(١) {فلو لم يعلم به حتى ضمن تخير المضمون له في الفسخ} كما أرسله في الجواهر إرسال المسلّمات، ويظهر منه عدم الخلاف فيه؛ لأن اليسار سيكون كالشرط الضمني في العقد، فإذا ظهر عدمه تخير {وإنما تعتبر الملاءة في الابتداء، لا الاستدامة، فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن له الفسخ} لأصالة اللزوم في العقد {لتحقق الشرط حالته، وكما لا يقدر تجدد إعساره فكذا تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر} كموته أو فراره أو نحوهما؛ لأن الضمان لازم، لحصول شرطه في وقته.

[ويجوز الضمان حالاً، ومؤجلاً، عن حالٍ ومؤجل] أما جوازه مؤجلاً لحالٍ أو مؤجل {سواء تساوى المؤجلان في الأجل أم تفاوتتا} فـ{للأصل} وهو الجواز في الجميع ما لم يثبت المانع، وفي الشرائع: والضمان المؤجل جائز إجماعاً. وأما جوازه حالاً لحالٍ أو مؤجل ففيه خلاف، حيث إن المحكي عن الشيخين في المقنعة والنهاية عدم الجواز، وظاهرهما اعتبار الأجل في الضمان على نحو اعتباره في السلم، لكن الأظهر الجواز وفاقاً لأكثر الأصحاب بما فيهم الشيخ في المبسوط، بل في الجواهر: في المؤجل حينئذٍ جائز إجماعاً، سواء كان الدين حالاً أم مؤجلاً، وسواء اتفقا في الأجل أم اختلفا؛ لأنه تأجيل دين، لا تعليق للضمان إلى أجل.

{ثم إن كان الدين حالاً رجع مع الأداء مطلقاً} سواء كان الدين حالاً أم مؤجلاً، بلا خلاف ولا إشكال؛ لأن رجوع الضامن على المضمون عنه لا يصح إلاّ

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٤) الضمان، ح ١.

بعد اشتغال ذمته للضامن بالمال، ولا تشتغل إلاّ بأداء الضامن للدين {وإن كان مؤجلاً فلا رجوع عليه إلاّ بعد حلوله وأدائه مطلقاً} سواء أداه حالاً أم مؤجلاً. بلا خلاف فيه عندنا ولا إشكال، كذا في الجواهر، والحلول بالنسبة إلى الضامن إنما هو تبرع له من قبل المضمون له، فلا يسري إلى المضمون عنه.

[والمال المضمون ما جاز أخذ الرهن عليه] {وهو المال الثابت في الذمة} ومرجعه إلى ما في القواعد: من أن شرطه المالية، والثبوت في الذمة {وإن كان متزلزلاً} كالثمن في مدة الخيار، والمهر قبل الدخول. فإن على الأول الإجماع المعلوم والمحكي في ظاهر الغنية وغيرها، وفيها وفي غيرها الإجماع صريحاً على الثاني، كذا في الجواهر [و] عليه [لو ضمن للمشتري عهدة الثمن] {أي دركه على تقدير الاحتياج إلى رده} [لزمه] {ضمانه} {في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس} لأنه مال ثابت في الذمة {كلاستحقاق للمبيع المعين ولم يحز المالك البيع، أو أجازاه ولم يحز قبض البائع الثمن، ومثله تبين خلل في البيع اقتضى فسادَه من رأس لتخلف شرط} أي وصف موجب لبطلان البيع، كجهالة المبيع، أو الثمن {أو اقتران شرط فاسد} يوجب بطلان البيع، لا مطلقاً على الأجود. بلا خلاف أجده فيه في الأول، بل في محكي التذكرة ومجمع البرهان: نسبته إلى إطباق الناس عليه في جميع الأمصار، كما في الجواهر. وفي المسالك: ظاهرهم الإطباق عليه. كما أن صريح غير واحد عدم الفرق بين الأول والثاني، بل هو من معقد ما سمعته من المسالك، وعن جامع المقاصد: إطباق الناس على ضمان العهدة {لا ما تجدد فيه البطلان كالفسخ بالتقاييل، و} خيار {المجلس، والحيوان، والشرط، وتلف المبيع قبل القبض، لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه حين الضمان على تقدير طروء الانفساخ} لما هو المعلوم من اعتبار ثبوت الحق وقت

الضمان في صحته من غير فرق بين ضمان العهدة وغيره {بخلاف الباطل من أصله، ولو في نفس الأمر} مع صحته ظاهراً، كما تقدم الاستدلال عليه.

[ولو ضمن له] {أي للمشتري ضامن عن البائع} [درك ما يحدثه] {المشتري في الأرض} {من بناء أو غرس} [على تقدير ظهورها مستحقة لغير البائع وقلعه لهما، أو أخذه أجرة الأرض} {فالأقوى جوازه] وهو ما يعبر عنه بضمان الدرك {لوجود سبب الضمان حالة العقد، وهو كون الأرض مستحقة للغير} كما تقدم في ضمان العهدة {وقيل} والقائل المحقق في الشرائع وغيره، بل نسبه بعضهم إلى المشهور {لا يصح الضمان هنا؛ لأنه ضمان ما لم يجب، لعدم استحقاق المشتري الأرض على البائع حينئذٍ، وإنما استحقه بعد القلع، وقيل} وهذا القيل تتميم للقول السابق {إنما يصح هذا الضمان من البائع؛ لأنه ثابت عليه بنفس العقد وإن لم يضمن فيكون ضمانه تأكيداً، وهو ضعيف؛ لأنه لا يلزم من ضمانه - لكونه بائعاً مسلطاً على الانتفاع مجاناً - ضمانه بعقده مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان}.

{وتظهر الفائدة} في ضمان البائع مع أنه ثابت له بأصل العقد {فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع، فيبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما، ونظير ضمان غير البائع درك الغرس ضمانه عهدة المبيع لو ظهر معيباً، فيطالب المشتري بالأرض؛ لأنه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان} كما عن العلامة في القواعد {ووجه العدم هنا} كما هو مذهب العلامة في التحرير، وغيره {أن الاستحقاق له إنما حصل بعد العلم بالعيب واختيار أخذ الأرض، والموجود من العيب حالة العقد ما كان يلزمه تعين الأرض، بل التخيير بينه وبين الرد، فلم يتعين الأرض إلا بعد الضمان، والحق أنه أحد الفردين الثابتين تخيراً حالة البيع، فيوصف بالثبوت قبل اختياره كأفراد الواجب المخير}.

{ولو أنكر المستحق القبض} {من الضامن} {فشهد عليه الغريم} {وهو المضمون عنه} {قبل} {لأنه إن كان آمراً بالضمان فشهادته عليه شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع عليه، وشهادة لغيره فتسمع، وإن كان الضامن متبرعاً عنه فهو أجنبي، فلا مانع من قبولها، لبراءته من الدين أدى أم لم يؤدي} لأنها لا تجر نفعاً له في كلتا الحالتين {لكن إنما تقبل} {مع عدم التهمة} وعليه يحمل ما عن الفخر من أن شهادة المضمون عنه للضامن ترد إجماعاً. وتحقق {بأن تفيده الشهادة فائدة زائدة على ما يغرمه للضامن ثانياً لو لم يثبت الأداء فترد، وللتهمة صور}:

{منها: أن يكون الضامن معسراً ولم يعلم المضمون له بإعساره، فإن له الفسخ حيث لا يثبت الأداء، ويرجع على المضمون عنه، فيدفع بشهادته عود الحق إلى ذمته}.

{ومنها: أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس، وللمضمون عنه عليه دين، فإنه يوفر بشهادته مال المفلس، فيزداد ما يضرب به، ولا فرق في هاتين بين كون الضامن متبرعاً، وبسؤال؛ لأن فسخ الضامن} في الصورة الأولى {يوجب العود على المديون على التقديرين} تبرع الضامن، أو سؤاله {ومع الإفلاس ظاهر}.

{وجعل بعضهم من صور التهمة: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق، فيكون رجوعه على تقدير كونه بسؤال إنما هو بالمدفوع} الذي قد صالح عليه {فتجر شهادة المضمون عنه تهمة تخفيف الدين عنه} لسقوط الزائد عنه {وفيه نظر؛ لأنه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك} أي بما دفع {فلا يرجع به وإن لم يثبت} المضمون عنه {فتندفع التهمة، وتقبل الشهادة كما نبه عليه المصنف بقوله} {ومع عدم قبول قوله} {للتهمة، أو لعدم العدالة} {لو غرم الضامن رجوع} {على المضمون عنه} {في موضع الرجوع} {وهو ما لو كان ضامناً بإذنه بما أذاه}

الضامن باعترافه [أولاً] {لتصادقهما على كونه هو المستحق في ذمة المضمون عنه، واعترافه بأن المضمون له ظالم بالأخذ ثانياً، هذا مع مساواة الأول للحق، أو قصوره، وإلا رجع عليه بأقل الأمرين منه ومن الحق؛ لأنه لا يستحق الرجوع بالزائد عليه} حيث إنه إن كان هو ما غرمه أولاً فلا اعترافه بعدم استحقاق ما سواه، وإن كان ما دفعه أخيراً فلعدم ثبوت غيره، وإن كان هو الحق؛ فلأن الرجوع إنما هو في الأقل منه ومن المدفوع {ومثله ما لو صدقه على الدفع وإن لم يشهد، ويمكن دخوله في عدم قبول قوله} لأنها قضية سالبة تصدق تارة بانتفاء المحمول بأن يكون له قول وهو الشهادة ولم تقبل، وأخرى بأن لا يكون هنالك قبول قول، لعدم القول.

[ولو لم يصدقه على الدفع] {الذي ادعاه} [رجع عليه بالأقل] {مما ادعى أدائه أولاً وأدائه أخيراً} كما عن المحقق {لأن الأقل إن كان هو الأول فهو يعترف بأنه لا يستحق سواه، وأن المضمون له ظلمه في الثاني، وإن كان الثاني فلم يثبت ظاهراً سواه} في ظاهر الشرع {وعلى ما بيناه} في عدم المساواة للحق {يرجع بالأقل منهما ومن الحق} لما تقدم.

كتاب الحوالة

[كتاب الحوالة]

وهي مأخوذة من الحول، وهو التغير، فإنه يغير ما بذمته إلى ذمة المحال عليه، ومشروعيتها ثابتة إجماعاً ونصاً [وهي التعهد بالمال من المشغول بمثله] {للمحيل، هذا هو القدر المتفق عليه في الحوالة، وإلاّ فالأقوى جوازها على البريء} وفاقاً للمشهور، بل عن السرائر الإجماع عليه، كذا في الجواهر، لعموم وجوب الوفاء بالعقود، و{للأصل} وهو عدم الاشتراط {لكنه أشبه بالضمان، لاقتضائه نقل المال من ذمة مشغولة إلى ذمة بريئة، فكأن المحال عليه بقبوله لها ضامن لدين المحتال على المحيل، ولكنها بهذا الشبه لا تخرج عن أصل الحوالة} وهي ليست بيعاً، ولا محمولة عليه عند علمائنا أجمع، كما في محكي التذكرة، وإنما هي أصل برأسه وعقد منفرد كما صرح بذلك جماعة، كما في مفتاح الكرامة {فتلحقها أحكامها} خلافاً للشيخ والقاضي وابن حمزة حيث حكموا بالبطلان، لأصالة عدم ترتب الأثر على الحوالة على البريء، ويشكل: بانقطاع الأصل بالعموم.

[ويشترط فيها رضاء الثلاثة] {أما رضا المحيل والمحتال فموضع وفاق} ففي الجواهر: بلا خلاف أبده، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي منها مستفيض، أو متواتر، وهو الحجة {ولأن من عليه الحق خير في جهات القضاء من ماله، ودينه المحال به من جملتها، والمحتال حقه ثابت في ذمة المحيل فلا يلزمه نقله إلى ذمة أخرى بغير رضاه، وأما المحال عليه فاشترط رضاه هو المشهور} بل في محكي التذكرة نسبته

إلى أصحابنا {ولأنه أحد أركان الحوالة، ولاختلاف الناس في الاقتضاء سهولة وصعوبة. وفيه نظر: لأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة، فلا وجه للافتقار إلى رضا من عليه الحق، كما لو وكله في القبض منه، واختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحق، ومن نصبه {لأن الناس مسلطون على أموالهم} خصوصاً مع اتفاق الحقين جنساً، ووصفاً، فعدم اعتباره أقوى، نعم لو كانا مختلفين، وكان الغرض استيفاء مثل حق المحتال {لا الاستيفاء على أي وجه كان {توجه اعتبار رضا المحال عليه؛ لأن ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة، فلا بد من رضا المتعاضين، ولو رضي المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور أيضاً} لأن المحال قد رضي بأخذ ما على المحال عليه عوضاً عن دينه، فلا مناص من لزوم الدفع إليه أو من نصبه.

{وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حدّ رضاهما؛ لأن الحوالة عقد لازم لا يتم إلا بإيجاب وقبول، فالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال، ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما: من اللفظ العربي، والمطابقة، وغيرهما، وأما رضا المحال عليه فيكفي كيف اتفق متقدماً، ومتأخراً، ومقارناً، ولو جوزنا الحوالة على البريء اعتبر رضاه قطعاً} لأن له أن لا يقبل، حيث لا ملزم له به شرعاً، والحوالة تعهد بالمال فلا بد من رضا المتعهد.

{ويستثنى من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فلا يعتبر رضا المحيل قطعاً؛ لأنه وفاء دينه بغير إذنه، والعبارة عنه حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي. فيقبل فيقومان بركن العقد} وفيه نظر: لعدم إطلاق في نصوص المقام يتناولها، وعموم وجوب الوفاء بالعقود إنما يراد منه العقود المتعارفة كالبيع والإجارة والنكاح وما شاكلها، فلا يشمل

المشكوك كونها منها؛ لأنه من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصدقية من طرف العام، الذي لا إشكال في بطلانه، كما أن اتفاقهم على أن المحيل والمحتال من أركان عقد الحوالة، وأن بإيجاب الأول وقبول الثاني يتم العقد شاهد على خلاف ما ذكره لعدم اختلاف أركانها، ودعوى قيام المحال عليه مقام المحيل مصادرة.

{وحيث تتم الحوالة تلزم} [فيتحول فيها المال] {من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه} {كالضمان} {عندنا} قيد للضمان {ويبرأ المحيل من حق المحتال بمجرد ما وإن لم يبرئه المحتال، لدلالة التحول في المشهور} الذي هو بمعنى النقل، ولصحيح أبي أيوب (أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبداً، إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك)^(١) ونحوه غيره، خلافاً للشيخ وأبي علي والتقي والقاضي وغيرهم، حيث اعتبروا براءة المحتال، وإلا لم يبرأ، استناداً إلى صحيح زرارة عن أحدهما عليه السلام (في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول له الذي احتال: برئت من مالي عليك، فقال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يرجع على الذي أحاله)^(٢) لقصوره عن معارضة ما تقدمه؛ لكثرت واعتضاده بالشهرة؛ ولأن الحوالة وإن كانت عقداً برأسه إلا أنها بحكم الاستيفاء والاعتياض، مضافاً لموافقتها لكثير من المخالفين.

[ولا يجب على المحتال قبولها على الميء] بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر {لأن الواجب أداء الدين، والحوالة ليست أداءً وإنما هي نقل له من ذمة إلى أخرى فلا يجب قبولها عندنا، وما ورد من الأمر بقبولها على الميء}

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) الضمان، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) الضمان، ح ٢.

فيما أرسل عن النبي ﷺ (مطل الغني ظلم وإذا أحيل أحدكم على ملي فليحتل)^(١) {على تقدير صحته محمول على الاستحباب} أو الإرشاد، لعدم الشاهد له من النصوص من طرفنا، والجابر له من شهرة أو عمل.

[ولو ظهر إعساره] {حال الحوالة بعدها} [فسخ المحتال] {إن شاء} بلا خلاف أجده فيه، كما عن الغنية الاعتراف به، بل في محكي التذكرة نسبته إلى علمائنا، والسرائر إلى أصحابنا، بل عن الخلاف الإجماع عليه، كذا في الجواهر، وخبر منصور بن حازم المتقدم وغيره {سواء شرط يساره أم لا، وسواء تجدد له اليسار قبل الفسخ أم لا وإن زال الضرر، عملاً بالاستصحاب} حيث ثبت له الفسخ عند العلم بإعساره، فلو زال يشك في صحته فيستصحب {ولو انعكس: بأن كان موسراً حالتها فتجدد إعساره فلا خيار، لوجود الشرط} الملزم حال الحوالة، ولدلالة النصوص السابقة عليه.

[ويصح ترامي الحوالة] {بأن يحيل المحال عليه المحتال على آخر، ثم يحيل الآخر محتاله على ثالث، وهكذا} بلا خلاف ولا إشكال عندنا، كما عن غير واحد، لوجود المقتضي وهو اجتماع شرائط صحته، وانتفاء المانع {ويبرأ المحال عليه في كل مرتبة كالأول} ضرورة كونه بالحوالة قد برئت ذمته حينئذ، فيكون أدأؤه كأداء الأجنبي الذي تقدم مدركه [ودورها] {بأن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الأول} إن كان مشغول الذمة له بذلك، أو هو بريء بناءً على صحتها عليه، بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر، لاجتماع شرائط الصحة، فتندرج تحت عموم

﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ {وفي الصورتين} الترامي، والدور فإن {المحتال متحد، وإنما تعدد المحال عليه} وكذا المحيل.

[وكذا الضمان] {يصح تراميه: بأن يضمن الضامن آخر، ثم يضمن للآخر ثالث، وهكذا، ودوره: بأن يضمن المضمون عنه الضامن في بعض المراتب} لأن الضمان ناقل للحق المضمون من ذمة إلى أخرى عندنا {ومنع الشيخ} في المبسوط {لاستلزامه جعل الفرع أصلاً، ولعدم الفائدة، ويضعف: بأن الاختلاف فيهما} بكون الفرع أصلاً، أو العكس {غير مانع} من الصحة؛ لأنه اعتبار محض {وقد تظهر الفائدة في ضمان الحال مؤجلاً، وبالعكس، وفي الضمان بإذنه وعدمه، فكل ضامن يرجع مع الإذن على مضمونه، لا على الأصل، وإنما يرجع عليه الضامن الأول إن ضمنه بإذنه، وأما الكفالة فيصح تراميها، دون دورها؛ لأن حضور المكفول الأول يبطل ما تأخر عنها} لحصول الغرض بحضوره، والفرض أنه حضور يمكن فيه تسلمه، وهي إنما تعلقت بإحضاره هكذا.

[وكذا] {تصح} [الحوالة بغير جنس الحق] {الذي للمحتال على المحيل} كما عن موقع من المبسوط والتذكرة والتحرير والتنقيح وإيضاح النافع وجامع المقاصد وغيرها {بأن يكون له عليه دراهم فيحيله على آخر بدنانير، سواء جعلنا الحوالة استيفاءً أم اعتياضاً؛ لأن إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضي، وكذا المعاوضة على الدراهم بالدنانير، ولو انعكس} والعكس باعتبار أن المسألة الأولى أن يحيله بغير حقه، وهنا الحوالة بحقه، فإن حقه في الأولى دراهم وأحاله بدنانير وهنا عليه دراهم وأحال بها على من للمحيل عليه دنانير فهو عكس الأولى {فأحاله بحقه على من عليه مخالف صح أيضاً بناء على اشتراط رضا المحال عليه، سواء جعلناها استيفاءً أم اعتياضاً بتقريب التقرير} المتقدم في الصورة الأولى.

{ولا يعتبر التقابض في المجلس حيث تكون صرفاً؛ لأن المعاوضة على هذا الوجه ليست بيعاً، ولو لم يعتبر رضا المحال عليه صحّ الأول} وهو الحكم الذي ذكرناه في المسألة الأولى؛ لأنه لما كان المحال عليه مشغول الذمة للمحيل بدنانير، ورضي بها المحتال، فإذا لم يعتبر رضا المحال عليه صح، لعدم المانع فيه {دون الثاني} وهو العكس، لاختلاف الحقين {إذ لا يجب على المدينون الأداء من غير جنس ما عليه، وخالف الشيخ} في أول الباب من المبسوط {وجماعة} وهم: القاضي وابنا زهرة وحمزة {فيهما} أي في المسألة السابقة، وعكسها {فاشترطوا تساوي المال المحال به وعليه جنساً ووصفاً، استناداً إلى أن الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم مثلاً وله على المحال عليه دنانير كيف يصير حق المحتال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك؟!، لأننا إن جعلناها استيفاءً كان المحتال بمنزلة من استوفى دينه، وأقرضه المحال عليه وحقه الدراهم، لا الدنانير، وإن كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل} عنده {من جنس مالٍ، أو زيادة قدر، أو صفة، وإنما هي معاوضة إرفاق، ومسامحة للحاجة} ولم تكن هنالك معاوضة حقيقية، ولا عقداً قد أمرنا بالوفاء به؛ لأن المقصود بالعقود في الآية هي العقود المعلومه حين الشريع، كالبيع والحوالة والنكاح وغيرها، لا ما اشتبه حاله في دخوله في أي منها {فاعتبر فيها التجانس والتساوي، وجوابه يظهر مما ذكرناه} فبناءً على اشتراط رضا المحال، يجوز دفع مثل ما عليه، ومع عدمه تصح بناءً على صحة الحوالة على البريء. وفيه نظر: من عدم إفادة التراضي - بعد فرض عدم اقتضاء مشروعية الحوالة - ذلك، لعدم الدليل، وأنها عقد مستقل، وإن ثبت له بعض أحكام عقد الحوالة وهو الوفاء، وبعض أحكام المعاوضة وهو الاستبدال، وذلك لا يقتضي ترتيب جميع أحكام الحوالة،

ومع ذلك فلا مانع من أن تكون عقداً بنفسها وإن خرجت عن حقيقة الحوالة المصطلحة، ومن ثم تقع تحت عموم وجوب الوفاء بالعقود.

[وكذا] {تصح} [الحوالة بدين عليه لواحد على دين للمحيل على اثنين متكافلين] {أي قد ضمن كل منهما ما في ذمة صاحبه دفعة واحدة، أو متلاحقين مع إرادة الثاني ضمان ما في ذمة الأول في الأصل، لا مطلقاً} ولو بالضمان {لثلاثين المالا في ذمة الثاني} المعلوم البطلان، لزيادته عن الحق {ووجه جواز الحوالة عليهما ظاهر، لوجود المقتضي لذلك} وهو ثبوت المال في ذمة المحال عليه، ورضا المحيل، والمحال عليه، والمحتمل {ولانتفاء المانع؛ إذ ليس إلا كونهما متكافلين وذلك لا يصلح مانعاً} لأن التكافل كذلك يبقى الحال على ما هو عليه قبله {ونبه بذلك على خلاف الشيخ حيث منع منه، محتجاً باستلزامها زيادة الارتفاق، وهو ممتنع في الحوالة، لوجوب موافقة الحق المحال به للمحال عليه من غير زيادة ولا نقصان قدرراً ووصفاً} وزيادة الارتفاق زيادة في الوصف حيث جاز له الرجوع على كل واحد من المتكافلين، وهو غير جائز {وهذا التعليل إنما يتوجه على مذهب من يجعل الضمان ضمّ ذمة إلى ذمة} كما هو مذهب العامة {فيتخير حينئذ في مطالبة كل منهما} أي الضامن، والمضمون عنه {بمجموع الحق، أما على مذهب أصحابنا من أنه ناقل للمال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلا ارتفاق، بل غايته انتقال ما على كلٍ منهما إلى ذمة صاحبه فيبقى الأمر كما كان} من أن عليهما معاً أداء مجموع الدين {ومع تسليمه لا يصلح للمانعة؛ لأن مطلق الارتفاق بها غير مانع إجماعاً، كما لو أحاله على أملي منه وأحسن وفاءً}.

{ولو أدى المحال عليه فطلب الرجوع} {بما أداه على المحيل} {لإنكاره الدين} [وزعمه أن الحوالة على البريء بناء على جواز الحوالة عليه] {وادعاه المحيل، تعارض الأصل} {وهو براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل} {والظاهر} {وهو كونه مشغول الذمة؛ إذ الظاهر أنه لولا اشتغال ذمته لما أحيل عليه} ويشكل: بأن الحوالة أعم، بناءً على جوازها على المحيل، فلا ظاهر، ولا تعارض بينه وبين الأصل، ومنه تعرف ما في قوله [والأول] {وهو الأصل} [أرجح] {من الثاني حيث يتعارضان غالباً، وإنما يتخلف في مواضع نادرة} لأدلة خاصة [فيحلف] {المحال عليه على أنه بريء من دين المحيل} بناءً على أن المنكر من وافق قوله الأصل، فمع ترجيحه عند التعارض صار موافقاً له [ويرجع] {عليه بما غرم} {سواء كان} {العقد الواقع بينهما} [بلفظ الحوالة، أو الضمان] {لأن الحوالة على البريء أشبه بالضمان فتصح بلفظه، وأيضاً فهو يطلق على ما يشملهما بالمعنى الأعم، فيصح التعبير به عنها، ويحتل الفرق بين الصيغتين فيقبل مع التعبير بالضمان} لوقوعه بإذن المضمون عنه؛ إذ الفرض أن الإيجاب منه {دون الحوالة عملاً بالظاهر} منها وهو شغل الذمة، وقد عرفت ما فيه.

{ولو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه بمثل الحق تعارض أصل الصحة} {في العقد الموافق لقول المحيل} {والبراءة} {الموافق لقول المحال عليه} {فيتساقطان، ويبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل بإذنه فيرجع عليه، ولا يمنع وقوع الإذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها، لانفاقهما على الإذن وإنما اختلفا في أمر آخر} وهو الدين {فإذا لم يثبت} لتساقط الأصلين {يبقى ما اتفقا عليه من الإذن في الوفاء المقتضي للرجوع، ويحتمل} بعيداً {عدم الرجوع ترجيحاً للصحة المستلزمة لشغل الذمة}.

كتاب الكفالة

[كتاب الكفالة]

ولا ريب في أنها من العقود الصحيحة، بل في محكي التذكرة أنها كذلك عند عامة أهل العلم، ولكنها مكروهة، للنهي عنها في كثير من النصوص كصحيح حفص بن البختري قال: (أبطأت عن الحج فقال لي أبو عبد الله عليه السلام: ما أبطأ بك عن الحج؟ فقلت: جعلت فداك تكفلت برجل فخفر بي، فقال: ما لك وللكفالات! أما علمت أنها أهلكت القرون الأول... الحديث)^(١) [وهي] بحسب اللغة تعم التكفل بالمال والنفس، وشرعاً: عقد شرع والغرض منه [التعهد بالنفس] {أي التزام إحضار المكفول متى طلبه المكفول له، وشرطها: رضا الكفيل والمكفول له} بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه، كذا في الجواهر، مضافاً إلى أن من المعلوم عدم الالتزام بحق من دون رضا طرفيه {دون المكفول} كما هو المشهور، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا {لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق، ولو بالدعوى بنفسه أو وكيله، والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يأمره به} والوكيل لا يشترط في وكالته رضا الموكل عليه {ويفتقر إلى إيجاب وقبول بين الأولين صادرين على الوجه المعتبر في العقد اللازم} إجماعاً.

[وتصح حالة ومؤجلة] {أما الثاني فموضع وفاق، وأما الأول فأصح القولين؛ لأن الحضور حق شرعي لا ينافيه الحلول} كما هو المشهور بين الأصحاب، بل عن

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٧) الضمان، ح ١.

السرائر: أنه حق اليقين {وقيل} والقائل الشيخان في المقنعة والنهاية، وابن حمزة وسلار، وعن القاضي في أحد قوليه، والآبي {لا تصح إلا مؤجلة} ولم يعرف لهم دليل مخرج عن إطلاق الأدلة المقتضي لعدم الاشتراط سوى ما قيل: من أنه لا بد فيها من فائدة، فإذا كانت حالة لا فائدة فيها. ويشكل: بأنه يكفي فيها فائدة أن للمكفول له أن يطلب المكفول من الكافل حين وقوع الكفالة من غير انتظار [إلى أجل معلوم] {لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الآجال المشترطة} بلا خلاف نجده بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، وللجهالة الموجبة للغرر المنهي عنه بناء على شموله للمقام، كما هو الأظهر.

[ويبرأ الكفيل بتسليمه] {تسليماً} [تاماً] بحيث يتمكن المستحق منه {بأن لا يكون هناك مانع من تسلمه كمتغلب، أو حبس ظالم، وكونه في مكان لا يتمكن من وضع يده عليه، لقوة المكفول، وضعف المكفول له، وفي المكان المعين إن بيناه في العقد، وبلد العقد مع الإطلاق} [عند الأجل] {أي بعده إن كانت مؤجلة} [أو في الحلول] {متى شاء إن كانت حالة ونحو ذلك، فإذا سلمه كذلك برىء} الكفيل مما عليه من حق الكفالة، بلا خلاف ولا إشكال، لحصول الغرض منها، وهو إحضار المكفول وقد حصل {فإن امتنع} المكفول له من تسلمه {سلمه إلى الحاكم} لأنه ولي الممتنع، وهو كما ترى! لحصول الغرض منها وهو الإحضار {وبرىء أيضاً، فإن لم يمكن أشهد عدلين بإحضاره إلى المكفول له، وامتناعه من قبضه} وهذا كالسابق، اللهم إلا أن يقال: إن اعتباره إرشاد لإرادة إثبات الحضور لو أنكر، كما هو غير بعيد {وكذا يبرأ بتسليم المكفول نفسه تاماً، وإن لم يكن من الكفيل على الأقوى} لحصول الغرض منها {وبتسليم غيره له كذلك} تاماً، لعدم خصوصية تسليم الكفيل له، خلافاً للعلامة في التذكرة حيث اشترطه، وضعفه ظاهر.

[ولو امتنع] {الكفيل من تسليمه ألزمه الحاكم به} تحصيلاً لحق ثابت إقامة للعدل، وإيصلاً للحق إلى أهله {فإن أبى} الكفيل [فللمستحق طلب حبسه] {من الحاكم} [حتى يحضره] اتفاقاً، ولموثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد تكفل بنفس رجل فحبسه، وقال: اطلب صاحبك) ^(١) ونحوه غيره [أو يؤدي ما عليه] {إن أمكن أدائه عنه كالدين} والتخير بينهما مذهب الشيخ في النهاية وابن إدريس والمحقق والعلامة في التحرير والإرشاد، لمسل الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام (الكفالة خسارة، غرامة، ندامة) ^(٢) ونحوه غيره، وفيها إشعار بالزام الكفيل بدفع ما على المكفول المستفاد من الخسارة {فلو لم يمكن - كالقصاص، والزوجية، والدعوى بعقوبة توجب حداً أو تعزيراً - ألزم بإحضاره حتماً مع الإمكان} قولاً واحداً {وله عقوبته عليه كما في كل ممتنع من أداء الحق مع قدرته عليه، فإن لم يمكن الإحضار، وكان له بدل كالدية في القتل وإن كان عمداً، أو مهر مثل الزوجة وجب عليه البدل} دفعاً لضرر التخليد في الحبس على الكفيل فينقله الحاكم إليه أو إلى ما يقتضي ارتفاعه، كما قد يشعر به فحوى ما في إطلاق القاتل، كما سيأتي {وقيل} والقائل العلامة في التذكرة وغيره {يتعين إلزامه بإحضاره إذا طلبه المستحق مطلقاً} وإن كان الحق مما يمكن أدائه {لعدم انحصار الأغراض في أداء الحق، وهو قوي} لضعف مستند التخيير المتقدم.

{ثم على تقدير كون الحق مالاً وأداه الكفيل، فإن كان أداه بإذنه رجع عليه} بلا إشكال، ككل من أدى حقاً بإذن من عليه {وكذا إن أدى بغير إذنه مع كفالته بإذنه،

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٩) الضمان، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٧) الضمان، ح ٢.

وتعذر إحضاره، وإلا فلا رجوع، والفرق بين الكفالة والضمان - في رجوع من أدى بالإذن هنا وإن كفل بغير الإذن، بخلاف الضمان - : أن الكفالة لم تتعلق بالمال بالذات، وحكم الكفيل بالنسبة إليه حكم الأجنبي فإذا أداه بإذن المديون فله الرجوع، بخلاف الضامن، لانتقال المال إلى ذمته بالضمان، فلا ينفعه بعده الإذن في الأداء؛ لأنه كإذن البريء للمديون في أداء دينه، وأما إذنه في الكفالة إذا تعذر إحضاره، واستثاناه في الأداء فذلك {الأداء بدون الإذن فيه مع الإذن في الكفالة يستلزم الرجوع؛ لأنه {من لوازم الكفالة، والإذن فيها إذن في لوازمها} ومنها جواز الرجوع بما أداه ولو لم يأذن له به.

[ولو علق الكفالة] {بشرط متوقع، أو صفة مترقبة} [بطلت] {الكفالة} [وكذا الضمان والحوالة] {كغيرها من العقود اللازمة} بلا خلاف ولا إشكال؛ لأن كل عقد لازم لو علق على شرط غير معلوم الحصول فيبطل، لا اعتبار القصد فيه، ومع التعليق كذلك لا يتم القصد، والعقود بالقصود {نعم إن قال: إن لم أحضره إلى كذا كان عليّ كذا، صحت الكفالة أبداً} لأن الظاهر من قوله: إن لم أحضره، أنه تكفل بإحضاره فتصح حينئذٍ [ولا يلزمه المال المشروط] عند حلول الأجل للتعليق، بل يلزمه إحضار المكفول [ولو قال: عليّ كذا إن لم أحضره، لزمه ما شرطه من المال إن لم يحضره] عند حلول الأجل {على المشهور} بل في المذهب: إن المسألة إجماعية، وفي جامع المقاصد: إن هذا مروى من طريق الأصحاب، وقد أطبقوا على العمل به، بل فيه ومحكي الحواشي وغاية المرام للمصنف: أن الفارق بين المسألتين الإجماع والنص {ومستند الحكمين رواية داود بن الحصين عن أبي العباس البقباق عن الصادق عليه السلام} قال: (سألته عن الرجل يكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا

درهماً، قال: إن جاء به إلى أجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه أبداً إلا أن يبدأ بالدراهم، فإن بدأ بالدراهم فهو لها ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله^(١) ونحوه موثق أبان عن أبي العباس* {وفي الفرق بين الصيغتين من حيث التركيب العربي نظر} وجهه أنه ليس إلا تقديم الشرط وتأخير لفظاً، وهو فرق غير فارق فإنه إن تأخر لفظاً فهو متقدم معنى {ولكن المصنف والجماعة} الذين منهم الشيخ في النهاية، والحلي والمحقق والعلامة وغيرهم {عملوا بمضمون الرواية جامدين على النص مع ضعف سنده} عند المصنف نفسه وغيره، وإن كان من الموثق {وربما تكلف متكلف} كالحلي في السرائر، وغيره {بما لا يضمن ولا يغني من جوع، وإن أردت تحقيق الحال فراجع ما حررناه في ذلك بشرح الشرائع} وهو المسالك {وغيره} والحق معه، لا لضعف السند، فإنه وإن لم يكن من الصحيح فهو من الموثق، الذي هو حجة على التحقيق، بل لمخالفته لقواعد المذهب وأصوله؛ لأنه تضمن التعليق وهو مبطل لعقد الكفالة إجماعاً، واستفادة من مثل (إن لم أحضره) عقد الكفالة، والضمان لقوله عنه: (إلا أن يبدأ بالدراهم).

[وتحصل الكفالة] {أي حكم الكفالة} [بإطلاق الغريم من المستحق] أو من يقوم مقامه [قهراً] {فيلزمه إحضاره، أو أداء ما عليه إن أمكن} كالدين، كما صرح به غير واحد، بل في الرياض نفى الخلاف فيه، بل عن الصيمري الإجماع عليه، كذا في الجواهر، لقاعدتي (نفي الضرر) و(على اليد) بناءً على شمولهما للمقام، كما هو غير بعيد {وعلى ما اخترناه} من التخيير بين إحضاره،

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) الضمان، ح ٢.

★ الوسائل، ج ١٨، باب (١٠) الضمان، ح ١.

وأداء ما عليه {مع تعذر إحضاره، لكن هنا حيث يؤخذ منه المال لا رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه؛ إذ لم يحصل من الإطلاق ما يقتضي الرجوع} كما صرح به غير واحد، لأصالة عدم الاستحقاق، بخلاف الكفالة مع الإذن في الدفع {فلو كان} {الغريم} المطلق [قاتلاً] {عمداً كان أم شبهه} [لزمه إحضاره، أو الدية] مع تعذره ولو بموت. بلا خلاف أجده فيه، بل عن الصيمري الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً، فرفع إلى الوالي، فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء، قال: أرى أن يحبس الذي خلص القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل، قيل: فإن مات القاتل وهم في السجن؟ قال: وإن مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً إلى أولياء المقتول)^(١) {ولا يقتص منه في العمد؛ لأنه لا يجب على غير المباشر، ثم إن استمر القاتل هارباً ذهب المال على المخلص، وإن تمكن الولي منه في العمد وجب عليه ردّ الدية إلى الغارم وإن لم يقتص من القاتل؛ لأنها وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت، وعدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق} لا إلى تقصير المطلق {ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله وتعذر استيفاء الحق من قصاص، أو مال، وأخذ الحق من الكفيل كان له الرجوع على الذي خلصه} لكونه السبب في تغريمه {كتخليصه من يد المستحق} حيث له الرجوع على من خلصه، بلا خلاف ولا إشكال.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٥) الضمان، ح ١.

[ولو غاب المكفول] {غيبه يعرف موضعه} [أنظر] {الكفيل بعد مطالبة المكفول بإحضاره} [وبعد الحلول] {إن كانت مؤجلة} [بمقدار الذهاب إليه والإياب] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل عن التذكرة: عليه عامة أهل العلم، كذا في الجواهر. لتوقف الإحضار على ذلك ضرورة، وإلا كان تكليفاً بغير المقدور {فإن مضت} المدة {ولم يحضره حبس وألزم ما تقدم} من دفع الحق مع إمكانه {ولو لم يعرف موضعه لم يكلف إحضاره، لعدم إمكانه ولا شيء عليه} فيما لو كان الحق لا يمكن أدائه، أما إذا أمكن وجب عليه، ومنه تعرف التأمل في قوله {لأنه لم يكفل المال ولم يقصر في الإحضار} لأن مقتضى الكفالة أنه لو لم يتمكن من إحضاره وجب أداء ما عليه من الحق إن أمكن.

[وينصرف الإطلاق إلى التسليم في موضع العقد] كما عن غير واحد، وفي الجواهر: بل لا أحد فيه خلافاً {لأنه المفهوم} والمنصرف {عند الإطلاق}. ويشكل لو كانا في برية، أو بلد غربة قصدهما مفارقتها سريعاً، لكنهم لم يذكروا هنا خلافاً كـ {ما ذكره في {السلم، والإشكال يندفع بالتعيين} من قبل المتعاقدين [ولو عين غيره] {أي غير موضع العقد} [لزم] {ما شرط} بلا خلاف ولا إشكال، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) {وحيث يعين، أو يطلق ويحضره في غير ما عين شرعاً لا يجب تسلمه وإن انتفى الضرر} لعدم كونه تسليماً تاماً، خلافاً للشيخ والقاضي حيث اشترطا وجوب التسلم مع انتفاء الضرر والكلفة، وضعفه ظاهر.

[ولو قال الكفيل: لا حق لك] {على المكفول حالة الكفالة فلا يلزمه إحضاره، فالقول قول المكفول له} بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر {لرجوع الدعوى إلى صحة الكفالة وفسادها} لأن الاعتراف من الكفيل بالكفالة يستدعي ثبوت حق، فيكون هو مدعي الفساد، والمكفول له مدعي الصحة {فيقدم قول مدعي الصحة}

لأصالتها [وحلف المستحق] {وهو المكفول له، ولزمه إحضاره، فإن تعذر} لعدم العلم بمكانه ونحوه {لم يثبت الحق بحلفه السابق؛ لأنه لإثبات حق يصحح الكفالة، ويكفي فيه توجه الدعوى، نعم لو أقام بينة بالحق وأثبتته عند الحاكم ألزمه به كما مرّ في كتاب القضاء وغيره {ولا يرجع به على المكفول، لاعترافه} بعدم كونه كفيلاً شرعاً، و{براءة ذمته، وزعمه أنه مظلوم}.

[وكذا] يقدم قول المكفول له {لو قال الكفيل للمكفول له} {أبرأته} {من الحق، أو أوفاه} فيكون منكراً، وعليه اليمين، لموافقة قوله {لأصالة بقاءه} في ذمته {ثم إن حلف المكفول له على بقاء الحق برىء من دعوى الكفيل} في إبرائه. ووفائه {ولزمه إحضاره، فإن جاء بالمكفول فادعى البراءة أيضاً لم يكتف باليمين التي حلفها للكفيل؛ لأنها كانت لإثبات الكفالة، وهذه دعوى أخرى وإن لزمته تلك} اليمين للكفيل {بالعرض} {فلو لم يحلف} المكفول له {وردّ اليمين عليه} {أي على الكفيل} {فحلف برىء من الكفالة، والمال بحاله} {لا يبرأ المكفول منه، لاختلاف الدعويين كما مرّ؛ ولأنه لا يبرأ بيمين غيره، نعم لو حلف المكفول اليمين المردودة} على الكفيل في الدعوى الأولى {على البراءة برئاً معاً، لسقوط الكفالة بسقوط الحق كما لو أداه، وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف برئاً معاً}.

[ولو تكفل اثنان بواحد كفى تسليم أحدهما] {إياه تاماً} ففي الشرائع: كان حسناً، وفي التذكرة وغيرها: أنه الأقرب {لحصول الغرض، كما لو سلم نفسه، أو سلمه أجنبي} لأن المقصود تسلمه وقد حصل {وهل يشترط تسليمه عنه وعن شريكه أم يكفي الإطلاق؟ قولان: أجودهما الثاني} لأن المقصود من كفالتها محض الإحضار ظاهراً {وهو الذي يقتضيه إطلاق العبارة، وكذا القول في تسليم نفسه، وتسليم الأجنبي له، وقيل} والقائل الشيخ وابن حمزة والقاضي {لا يبرأ مطلقاً} حتى

لو سلمه عن نفسه وعن شريكه، أو أطلق {لتغاير الحقين، وضعفه ظاهر} لحصول الغرض بذلك مطلقاً {وتظهر الفائدة لو هرب بعد تسليم الأول} فعلى الأول لا يرجع المكفول له على الكفيل الثاني، وعلى الثاني له الرجوع.

[ولو تكفل بواحد لاثنتين فلا بد من تسليمه إليهما معاً] من غير خلاف ولا إشكال {لأن العقد الواحد هنا بمنزلة عقدين، كما لو تكفل لكل واحد على انفراده، أو ضمن دينين لشخصين، فأدى دين أحدهما، فإنه لا يبرأ من دين الآخر، بخلاف} الفرض {السابق فإن الغرض في كفالتها للواحد إحضاره وقد حصل}.

[ويصح التعبير] {في عقد الكفالة} [بالبدن، والرأس، والوجه] لأنه قد يعبر بذلك عن الجملة عرفاً. بلا خلاف أجده إلا من ثاني المحققين والشهيدتين، كذا في الجواهر {فيقول: كفلت لك بدن فلان، أو رأسه، أو وجهه؛ لأنه يعبر بذلك عن الجملة} عرفاً {بل عن الذات} غير الملاحظ فيها الجملة؛ لأن الكفالة للذات بالأصل {وألحق} العلامة في التذكرة والتحرير {به الكبد، والقلب، وغيرهما من الأجزاء التي لا تبقى الحياة بدونها، والجزء الشائع فيه كثلثه، وربعه استناداً إلى أنه لا يمكن إحضار المكفول إلا بإحضاره أجمع. وفي غير البدن نظر: أما الوجه والرأس فإنهما وإن أطلقا على الجملة لكن يطلقان على أنفسهما إطلاقاً شائعاً متعارفاً إن لم يكن أشهر من إطلاقهما على الجملة، وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحح - مع الشك في حصوله، وأصالة البراءة من مقتضى العقد - غير جيد، نعم لو صرح بإرادة الجملة من الجزأ اتجهت الصحة كإرادة أحد معنيي المشترك، كما أنه لو قصد الجزء بعينه فكقصد الجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه} فلا وجه لتخصيصه بما ذكر في المتن، بل يعم كل ما لا تبقى الحياة بدونه.

{وأما ما لا تبقى الحياة بدونه مع عدم} صدق {إطلاق اسم الجملة عليه حقيقة فغايته أن إطلاقه عليها مجاز، وهو غير كافٍ في إثبات الأحكام الشرعية} وفيه نظر واضح؛ إذ ليس كل جزء يصح إطلاق اسمه على الكل مجازاً كما حقق في محله، وذلك هو المقتضي للفرق بين الأجزاء الثلاثة الأول وبين الآخرين، لا كون الأول حقيقة والآخرين مجازاً، وأي مانع من استعمال المجاز في مثله مع القرينة {ويلزم مثله في كل جزء من البدن} تتمتع بدونه الحياة {فالمنع في الجميع أوجه، أو إلحاق الرأس والوجه مع قص الجملة بها} إلا أن يقال: إن المراد بالاكْتفاء في موضوع الكفالة الذي هو المجموع ملاحظته ولو بعنوان المقدمة بما هو المذكور في عقدها ولا يبعد الاكتفاء به لإطلاق الأدلة ولعدم اشتراط نحو ذلك في متعلق العقد [دون اليد والرجل] كما هو المحكي عن الشيخ في المبسوط، والمحقق ومن تأخر عنه {وإن قصدتها مجازاً؛ لأن المطلوب شرعاً كفالة المجموع باللفظ الصريح الصحيح كغيره من العقود اللازمة} وقد تقدم عدم تمامية دليله {والتعليل - بعدم إمكان إحضار الجزء المكفول بدون الجملة فكان في قوة كفالة الجملة - ضعيف؛ لأن المطلوب لما كان كفالة المجموع لم يكن البعض كافياً في صحته، وإن توقف إحضاره عليه؛ لأن الكلام ليس في مجرد الإحضار، بل على وجه الكفالة الصحيحة، وهو منتفٍ} ولعل الوجه في فرق الأصحاب بينه وبين الأول هو صحة التعبير بالأول عن الجملة، فيكفي أصل الصحة حينئذٍ في الحكم بإرادتها، وعدم صحته في الآخرين.

[ولو مات المكفول] {قبل إحضاره} [بطلت] الكفالة [لفوات متعلقها] {وهو النفس} على المشهور، كما عن التنقيح، بل في الرياض: نفي الخلاف فيه، بل في محكي التذكرة: بطلت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا، بل عن الغنية

الإجماع عليه، كما في الجواهر {وفوات الغرض لو أريد البدن، ويمكن الفرق بين التعبير بكفلت فلاناً} بأن متعلق الكفالة النفس وقد فات بالموت؛ ولأن المتبادر من الكفالة إنما هو الإحضار حال الحياة فيحمل الإطلاق هنا عليه {وكفلت بدنه فيجب إحضاره مع طلبه في الثاني، دون الأول، بناء على ما اختاره المحققون من أن الإنسان ليس هو الهيكل المحسوس، ويضعف: بأن مثل ذلك منزل على المتعارف لا على المحقق عند الأقل، فلا يجب على التقديرين} سواء قال: كفلت بدنه أم نفسه [إلاّ في الشهادة على عينه] {ليحكم عليه} [بإتلافه، أو المعاملة] {له إذا كان قد شهد عليه من لا يعرف نسبه، بل شهد على صورته فيجب إحضاره ميتاً حيث يمكن الشهادة عليه بأن لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف، ولا فرق حينئذٍ بين كونه قد دفن وعدمه؛ لأن ذلك مستثنى من تحريم نبشه} أما مع موت الكفيل فلا إشكال في بطلان الكفالة، بخلاف موت المكفول له فإن الحق ينتقل إلى الوارث، لعموم أدلة الإرث، واستصحاب بقاء الحق.

كتاب الصلح

[كتاب الصلح]

وقد دلّ على مشروعيته الكتاب الكريم في قوله ﷺ: ﴿وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُورًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(١) ومن السنة المتواترة صحيح حفص بن البختري عن أبي عبد الله ﷺ قال: (الصلح جائز بين المسلمين)^(٢) ونحوه غيره، وقد قام عليه إجماع المسلمين، وقد عرفه بعضهم: بأنه عقد شرع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين، ويشكل: أن ذلك فيه من الحِكم غير المطردة التي لا تقتضي تخصيصاً، أو تقييداً لعموم الأدلة وإطلاقاتها [وهو جائز مع الإقرار والإنكار] {عندنا} ولعمومات الأدلة، خلافاً لبعض العامة حيث لم يجوزوه مع الإنكار؛ لأنه معاوضة على ما لم يثبت. وضعفه ظاهر، لعدم المانع منه شرعاً، بل إطلاق الأدلة يقتضيه {مع سبق نزاع ولا معه} خلافاً لبعض العامة أيضاً حيث اشترط سبق الخصومة. وضعفه يظهر مما سبق {ثم إن كان المدعي محققاً استباح ما دفع إليه المنكر صلحاً، وإلاّ فهو حرام باطناً، عيناً كان أم ديناً، حتى لو صالح على العين بما ل فهي حرام بأجمعها، ولا يستثنى له منها بمقدار ما دفع من العوض، لفساد المعاوضة في نفس الأمر} فيكون أكلاً للمال بالباطل، ففي صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله ﷺ (إذا كان للرجل على الرجل دين فمطله

(١) سورة النساء، آية (١٢٨).

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) الصلح، ح ١.

حتى مات، ثم صالح ورثته على شيء فالذي أخذه الورثة لهم، وما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة ... الحديث^(١) {نعم لو استندت الدعوى إلى قرينة كما لو وجد بخط مورثه أن له حقاً على أحد فأنكر، وصالحه على إسقاطها بهال} إلا أن يقال: بعدم الصحة؛ لأنها غير متصورة بعد القطع ببطلان أحدهما سواء كان المدعي أم المنكر، والمفروض كفايته في الفساد في نفس الأمر، فكيف يجامع الصحة ظاهراً؟! لكن يقال: إن مبنى شرعية الصلح على ذلك. وعليه {فالمتجه صحة الصلح، ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة؛ لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطه} فيحل ما دفعه المتخلص منها باعتبار مشروعية اليمين له بالصلح.

[إلا ما أحل حراماً، أو حرم حلالاً] {كذا ورد في الحديث النبوي} الذي أرسله الصدوق قال: (قال رسول الله ﷺ: البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً)^(٢) {وفسر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر، أو استباحة بضع لا سبب لاستباحته غيره، أو ليشرب الخمر ونحوه، وتحريم الحلال: بأن لا يظاً أحدهما حليلته، أو لا ينتفع بهاله ونحوه} مما علم عدم جواز الصلح على اجتنابه {والصلح على مثل هذه باطل باطناً وظاهراً} فيكون الاستثناء حينئذٍ منقطعاً {وفسر بصلح المنكر على بعض المدعى، أو منفعتة، أو بدله مع كون أحدهما عالماً ببطلان الدعوى، لكنه هنا صحيح ظاهراً} لاشتباه المحق بالكاذب {وإن فسد باطناً} لعدم استحقاقه واقعاً {وهو صالح

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٥) الصلح، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (٣) الصلح، ح ٢.

للأمرين معاً؛ لأنه محلل للحرام بالنسبة إلى الكاذب، ومحرم للحلال بالنسبة إلى المحق.

{وحيث كان عقداً جائزاً في الجملة} لجوازه فيما لا يحرم حلالاً ولا يحل حراماً
[فيلزم بالإيجاب والقبول الصادرين من الكامل] {بالبلوغ والرشد} [الجائز التصرف]
{برفع الحجر} بلا خلاف، كذا في الجواهر، ولعموم قوله عز وجل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
ولقوله عليه السلام في الصحيح المتقدم: (الصلح جائز بين المسلمين) ونحوه غيره {وتصح
وظيفة كل من الإيجاب والقبول من كلٍ منهما بلفظ: صاغت وقبلت} ونحوهما مما
يدل على مقصودهما {و} لكن {تفريع اللزوم على ما تقدم} من الجواز في الجملة
{غير حسن؛ لأنه أعم منه، ولو عطفه بالواو} المفيدة للاستئناف في قوله: (فيلزم)
{كان أوضح، ويمكن التفاته إلى أنه عقد والأصل في العقود اللزوم، إلا ما أخرجه
الدليل، للأمر بالوفاء بها في الآية المقتضي له}.

[وهو أصل في نفسه] {على أصح القولين وأشهرهما} بل عن السرائر والتذكرة
الإجماع عليه، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يكون عليه الشيء
فيصالح، فقال: إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا بأس)^(١) ونحوه غيره مما ظاهره
كونه عقداً مستقلاً، مضافاً {لأصالة عدم الفرعية، لا} أنه {فرع البيع، والهبة،
والإجارة، والعارية، والإبراء كما ذهب إليه الشيخ فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل العين
بعوض معلوم، وفرع الإجارة إذا وقع على منفعة معلومة بعوض معلوم، وفرع العارية
إذا تضمن إباحة منفعة بغير عوض، وفرع الهبة إذا تضمن ملك العين بغير عوض،

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٥) الصلح، ح ٣.

وفرع الإبراء} وهو صلح الخطيئة {إذا تضمن إسقاط دين، استناداً إلى إفادته فائدتها حيث يقع على ذلك الوجه فيلحقه حكمه فألحق به، وفيه: أن إفادة عقد فائدة آخر لا يقتضي الاتحاد} في الحكم مع دلالة الدليل على استقلاليتها بنفسه {كما لا تقتضي الهبة بعوض معين فائدة البيع} لوضوح بطلانه، فإن الأحكام الشرعية تتبع عناوينها، فكل حكم ثبت لموضوع خاص منها لا يثبت لغيره من تلك الحيثية.

[ولا يكون طلبه إقراراً] {لصحته مع الإقرار والإنكار} عندنا، كما تقدم {ونبه به على خلاف بعض العامة} وهو الشافعي {الذاهب إلى عدم صحته مع الإنكار، حيث فرع عليه أن طلبه إقرار؛ لأن إطلاقه ينصرف إلى الصحيح، وإنما يصح مع الإقرار، فيكون مستلزماً له}.

[ولو اصطاح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال والباقي للآخر ربح، أو خسر، صحّ عند انقضاء الشركة] {وإرادة فسخها، لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة، والخسران على من هو عليه بمنزلة الإبراء} بلا خلاف في الجملة، كذا في الجواهر، ولعموم جواز الصلح، وخصوص صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه وكان من المال دين وعليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى، فقال: لا بأس إذا اشترطا، فإذا كان شرط يخالف كتاب الله فهو ردّ إلى كتاب الله عز وجل)^(١) ونحوه غيره.

[ولو شرطاً بقاءهما على ذلك] {بحيث يكون ما يتجدد من الربح والخسران لأحدهما، دون الآخر} [ففيه نظر] {من مخالفته لوضع الشركة؛ حيث إنها تقتضي

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٤) الصلح، ح ١.

كونهما على حسب رأس المال، ومن إطلاق الرواية {الصحيحة المتقدمة} بجوازه بعد ظهور الربح من غير تقييد بإرادة القسمة صريحاً فيجوز مع ظهوره، أو ظهور الخسارة مطلقاً} سواء أراد الفسخ أم لا {ويمكن أن يكون نظره في جواز الشرط مطلقاً وإن كان في ابتداء الشركة، كما ذهب إليه الشيخ وجماعة زاعمين أن إطلاق الرواية يدل عليه، ولعموم: (المسلمون عند شروطهم) والأقوى المنع} مطلقاً سواء في ابتداء الشركة أم في أثنائها {وهو مختاره في الدروس} حيث قال: لو اصطلح الشريكان عند إرادة الفسخ على أن يأخذ أحدهما رأس ماله والآخر الباقي ربح أو توى جاز للرواية الصحيحة، ولو جعل ذلك في ابتداء الشركة فالأقرب المنع، لمنافاته موضوعها، والرواية لم تدل عليه. حيث استفاد إطلاق المنع من التعليل.

[ويصح الصلح على كل من العين، والمنفعة بمثله، وجنسه، ومخالفه] {لأنه بإفادته فائدة البيع} وهي النقل {صحّ على العين، وبإفادته فائدة الإجارة صحّ على المنفعة، والحكم في المائل، والمجانس، والمخالف فرع ذلك} فكما يصح في الأولين يصح في الآخر {والأصل} وهو الصحة في العقود {والعموم} المستفاد من قوله عليه السلام: (الصلح جائز بين المسلمين) {يقضيان صحة الجميع، بل ما هو أعم منها، كالصلح على حق الشفعة، والخيار، وأولوية التحجير، والسوق، والمسجد بعين، ومنفعة، وحق آخر} كالصلح على كل واحد من الحقوق بحق آخر منها أو غيرها، وقوله {للعوم} لإخراج مشاركة الأصل فيما بعد قوله: (بل) لعدم الشك في الصحة مع القطع بدلالة العموم.

[ولو ظهر استحقاق العوض المعين] {من أحد الجانبين} [بطل الصلح] {كالبيع} بلا خلاف ولا إشكال، ضرورة أنها من أركان عقد هذا الصلح الذي وقعا فيه، وما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد، والعقود بالقصود {ولو كان مطلقاً}

غير معين، وهو ما كان في الذمة {رجع ببذله} لعدم بطلان الصلح حينئذٍ {ولو ظهر في المعين عيب فله الفسخ} لقاعدة نفي الضرر {وفي تحييره بينه وبين الأرض وجه قوي} لأنه كالبيع، ويشكل: بأنه قياس واضح، لاختصاص التخيير بالبيع الذي لا يدخل الصلح فيه عندنا {ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار كالبيع} كما صرح به غير واحد {وجه قوي، دفعاً للضرر المنفي الذي يثبت بمثله الخيار في البيع} وغيره كتخلف الوصف، وعدم الوفاء بالشرط، واشتراط الخيار ونحو ذلك، بخلاف ما اختص دليله في البيع كخيار المجلس، والحيوان ونحوهما، بناء على عدم فرعية الصلح للبيع، كما هو الأقوى.

[ولا يعتبر في الصلح على النقدين القبض في المجلس] كما هو المشهور {لاختصاص الصرف بالبيع، وأصاله الصلح} عندنا {ويجيء على قول الشيخ اعتباره} لحكمه بفرعه عليه، كما مرَّ {وأما من حيث الربا لو كانا من جنس واحد فإن الأقوى ثبوته فيه، بل في كل معاوضة، لإطلاق التحريم في الآية} الشريفة في قوله ﷺ: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(١) {والخبر} ولعله موثق سعد بن طريف عن أبي جعفر عليه السلام قال: (أخبث المكاسب كسب الربا)^(٢) ونحوه غيره.

[ولو أئلف عليه ثوباً يساوي درهمين فصالح على أكثر، أو أقل فالمشهور الصحة] {لأن مورد الصلح الثوب لا الدرهمان، وهذا إنما يتم على القول بضمان القيمي بمثله، ليكون الثابت في الذمة ثوباً فيكون هو متعلق الصلح، أما على القول الأصح} الذي اختاره المصنفان والمحقق الثاني {من ضمانه بقيمته فاللزام لذمته إنما هو الدرهمان، فلا

(١) سورة البقرة، آية (٢٧٥).

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١) الربا، ح ٢.

يصح الصلح عليهما بزيادة ولا نقصان مع اتفاق الجنس { بناء على ما هو المشهور من عدم اختصاص الربا بالبيع، بل يعم كل معاملة {ولو قلنا باختصاص الربا بالبيع توجه الجواز أيضاً، لكن المجوز لا يقول به} لأن مذهب المشهور هو ضمان القيمي بقيمته، فعلى ما علله يلزم القول بعدم الجواز، لكن الظاهر أن مذهب المشهور لم يبتن على ما ذكره، بل لأن الثابت في القيمي في الذمة هو نفسه، كما هو مقتضى قوله ﷺ: (على اليد ما أخذت) وإن كان الواجب دفع القيمة عنه عوضاً شرعياً، لعدم إمكان أداء نفسه لعدم وجود مثل له، فالصلح حينئذٍ إذا وقع يقع عن الثوب لا عن قيمته، فيصح تعليل المشهور بكون مورد الصلح هو الثوب، لا الدرهمين.

[ولو صالح منكر الدار على سكنى المدعي سنة فيها صحّ] بلا خلاف ولا إشكال عندنا، كذا في الجواهر. ولعموم (الصلح جائز بين المسلمين) و{للأصل} وهو أصل الصحة في العقود {ويكون هنا مفيداً فائدة العارية} {ولو أقر بها ثم صالحه على سكنى المقر صحّ} {أيضاً} بناء على عدم اعتبار العوض في صحته على الأقوى، ولجوازه مع الإقرار، كما تقدم [و لا رجوع] {في الصورتين لما تقدم من أنه عقد لازم، وليس فرعاً على غيره} فيندرج تحت عموم: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وغيره من أدلة اللزوم [وعلى القول] المنسوب للشيخ [بفرعيته على العارية، له الرجوع] {في الصورتين؛ لأن متعلقه المنفعة بغير عوض فيهما، والعين الخارجة من يد المقر ليست عوضاً عن المنفعة الراجعة إليه، لثبوتها للمقر له بالإقرار قبل أن يقع الصلح، فلا يكون في مقابلة المنفعة عوض، فيكون عارية يلزمها حكمها من جواز الرجوع فيه عند القائل بها} وقد تقدم ضعفه.

[ولمّا كان الصلح مشروعاً لقطع التجاذب والتنازع] {بين المتخاصمين بحسب أصله، وإن صار بعد ذلك أصلاً مستقلاً بنفسه لا يتوقف على سبق خصومة} {ذكر فيه أحكام من التنازع} {بحسب ما اعتاده المصنفون} {ولنشر} {في هذا المختصر} {إلى بعضها في مسائل}:

[الأولى: لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما، وادعى الآخر أحدهما] {خاصة} {فللثاني نصف درهم} {لإعترافه باختصاص غريمه بأحدهما، ووقوع النزاع في الآخر مع تساويهما فيه يداً} {فكل منهما مدعٍ ومنكرٍ} {فيقسم بينهما بعد حلف كلٍ منهما لصاحبه على استحقاق النصف، ومن نكل منهما قضي به للآخر} {لسقوط حقه بالنكول} {ولو نكلا معاً، أو حلفا قسم بينهما نصفين} {لثبوتيهما شرعاً} {وللأول الباقي} [قال المصنف في الدروس: ويشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعاً فإنه تقوى القسمة نصفين، ويحلف الثاني} نظراً إلى أن النصف في الحقيقة بيد الأول، والثاني بيد الثاني فمدعي التمام خارج بالنسبة إلى الثاني فيتوجه اليمين عليه} {للأول، وكذا في كل مشاعٍ. وذكر فيها أن الأصحاب لم يذكروا هنا يميناً، وذكروا المسألة في باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهرياً، وجاز أن يكون اختياريّاً، فإن امتنعاً فاليمين. وما حكيناه نحن من اليمين ذكره في التذكرة أيضاً فلعل المصنف يريد أن الكثير لم يذكره} والأصل في هذه المسألة صحيح عبد الله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لي، وقال الآخر: هما بيني وبينك، فقال: أما الذي قال: هما بيني وبينك، فقد أقر بأن أحد

الدرهمين ليس له وأنه لصاحبه، ويقسم الآخر بينهما^(١) وظاهره أن الحكم كذلك من غير يمين، وأنه لا فرق بين كون الدعوى بالنصف على الإشاعة أو بواحد منها على التعيين، بل لعله في الأول أظهر، وما حكاه الشارح عن التذكرة من لزوم اليمين عليهما يشكل: بعدم تمامية إحلاف كل منهما في صورة الدعوى على الإشاعة، لاختصاص الحلف حينئذٍ بالثاني، والبيئة بالأول كما مرّ، وعلى ذلك يستحق بعد الحلف تمام الدرهم، لا النصف كما لا يخفى، ويشكل أيضاً ما في التذكرة والدروس: بوجوب الخروج عن مقتضى القاعدة، وتخصيصها بالنص الصحيح المعتضد بفتوى الأكثر، بل ذلك كله كالاجتهد في مقابلة النص الظاهر في عدم اليمين، والصريح في فرض موضوع المسألة في الإشاعة، وأن الحكم بالنصف نصاً وفتوى، لقطع الخصومة بينهما بعد تساويهما من كل وجه، وسقوط اقتضاء يد كل منهما.

[وكذا لو أودعه رجل درهمين، وآخر درهما وامتزجا لا بتفريط] من الودعي [وتلف أحدهما] فإنه يختص ذو الدرهمين بواحد، ويقسم الآخر بينهما، هذا هو المشهور بين الأصحاب، ورواه السكوني عن الصادق عليه الصلاة والسلام { (في رجل استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها، قال: يعطي صاحب الدينارين ديناراً، ويقسم الآخر بينهما نصفين)^(٢) وهو من الموثق المنجبر بالشهرة، ومنه تعرف التأمل في قوله {ويشكل هنا - مع ضعف المستند - بأن التالف لا يحتمل كونه لهما، بل من أحدهما خاصة، لا امتناع الإشاعة هنا فكيف يقسم الدرهم بينهما؟!}

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (٩) الصلح، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١٢) الصلح، ح ١.

مع أنه مختص بأحدهما قطعاً} وعليه فينشأ علم تفصيلي بكون النصف المدفوع لأحدهما ليس له {والذي يقتضيه النظر، وتشهد له الأصول الشرعية القول بالقرعة في أحد الدرهمين} لأنها لكل أمر مشكل وهذا منها، ويشكل: بورود النص المنجر بالشهرة والفتوى المنزل على الصلح القهري، ولعله يشهد لذلك ذكر الأصحاب هذه المسائل في باب الصلح {ومال إليه المصنف في الدروس، لكنه لم يجسر على مخالفة الأصحاب} وهو في محله بعد انجبار السند، والمخالفة لقواعدهم، والحكم بعملهم.

{والقول في اليمين كما مرّ من عدم تعرض الأصحاب له، وربما امتنع هنا إذا لم يعلم الحالف عين حقه} لعدم جواز الحلف إلاّ مع العلم {واحترز بالتلف لا عن تفريط عمّا لو كان بتفريط فإنّ الودعي يضمن التالف} لتفريطه {فيضم إليهما ويقتسمانها من غير كسر، وقد يقع مع ذلك التعاسر على العين فتتجه القرعة} حينئذٍ بلا إشكال؛ لأن تعيين عين مال كل منهما مشكل، وهي لكل أمر مشكل {ولو كان بدل الدراهم مالاّ متمزج أجزاؤه بحيث لا تتميز وهو متساويها كالحنطة والشعير، وكان لأحدهما قفيزان - مثلاً - وللآخر قفيز، وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط فالتالف على نسبة المالين} لأنه بامتزاجها أصبحت مشتركة بينهما قهراً {وكذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلاث، وللآخر ثلاثا قفيز} وهو على القاعدة في تلف المال من الشريكين {والفرق: أن الذاهب هنا عليهما معاً} لكونه مشتركاً بينهما {بخلاف الدراهم؛ لأنه مختص بأحدهما قطعاً}.

[الثانية: يجوز جعل السقي بالماء عوضاً للصلح] {بأن يكون مورده أمراً آخر من عين، أو منفعة} [و] {كذا يجوز كونه} [مورداً له] {وعوضه أمراً آخر كذلك} من عين، أو منفعة {وكذا لو كان أحدهما عوضاً، والآخر مورداً} بأن يصلحه على سقي زرع مقابل سقي زرع له، لعموم جواز الصلح {كل ذلك مع ضبطه بمدة معلومة،

ولو تعلق بسقي شيء مضبوط دائماً أو بالسقي بالماء أجمع دائماً وإن جهل المسقى لم تبعد الصحة} لقبول الصلح من الجهالة والغرر ما لا يقبله غيره على ما اشتهر، بل لا جهالة هنا، للاكتفاء بمثله بالمشاهدة عرفاً، وهي رافعة للجهالة {وخالف الشيخ في الجميع محتجاً بجهالة الماء، مع أنه جَوَزَ بيع ماء العين والبئر، وبيع جزء مشاع منه، وجعله عوضاً للصلح} مكتفياً بمشاهدتها، وليكن المورد منها {ويمكن تخصيصه المنع هنا بغير المضبوط كما اتفق مطلقاً} من غير تقييد بالضبط {في عبارة كثير}.

[وكذا] {يصح الصلح} [على إجراء الماء على سطحه، أو ساحته] {جاعلاً له عوضاً ومورداً} [بعد العلم بالموضع الذي يجري منه الماء] {بأن يقدر مجراه طولاً وعرضاً، لترفع الجهالة عن المحل المصالح عليه، ولا يعتبر تعيين العمق؛ لأن من ملك شيئاً ملك قراره مطلقاً} سواء كان أرضاً أم مجرى ماء {لكن ينبغي مشاهدة الماء، أو وصفه، لاختلاف الحال بقلته، وكثرته} لاحتمال الضرر في كثرته أو العكس {ولو كان ماء مطر اختلف أيضاً بكبر ما يقع عليه وصغره، فمعرفته تحصل بمعرفة محله} لكن تقدم أن الصلح قابل للجهالة والغرر في ما لم يقبله غيره من العقود على الأشهر الأظهر {ولو سقط السطح بعد الصلح واحتاجت الساقية إلى إصلاح فعلى مالكيها} وجوباً {لتوقف الحق عليه، وليس على المصالح مساعدته} كما هو المشهور بين الأصحاب؛ لأن من له الغنم فعليه الغرم؛ لأنه ماله، ولا يجب على غيره إصلاحه.

[الثالثة: لو تنازع صاحب السفلى والعلو في جدار البيت حلف صاحب السفلى] في المشهور، كذا في المسالك {لأن جدران البيت كالجزم منه، فيحكم بها لصاحب الجملة} لأنه صاحب يد فيحلف؛ ولأنه منكر لما يدعيه صاحب العلو {وقيل}

والقائل ابن الجنيد {تكون بينهما؛ لأن حاجتهما إليه واحدة} فيكون كل منهما صاحب يدٍ، وعليه فكل منهما مدع ومنكر، فيتخالفان {والأشهر الأول}.

[و] {لو تنازعا} [في جدران الغرفة يحلف صاحبها] لما ذكرناه من الجزئية فالقول قوله؛ لأنه صاحب يد {ولا إشكال هنا؛ لأن صاحب البيت لا تعلق له به، إلا كونه موضوعاً على ملكه، وذلك لا يقتضي الملكية مع معارضة اليد} التي هي لصاحب الغرفة حتى على مذهب ابن الجنيد [وكذا] {يقدم قول صاحب الغرفة لو تنازعا} [في سقفها] {الذي هو فوقها، لاختصاص صاحبها بالانتفاع به كالجدار} فيكون هو صاحب اليد {وأولى} لأن صاحب البيت ربما يبني جداراً حول بيته، بخلاف السقف الذي لا بد له من جدران يقوم عليها [ولو تنازعا في سقف البيت] {المتوسط بينهما الحامل للغرفة} {أقرع بينهما} كما نسب إلى الشيخ واستحسنه في الشرائع {لاستوائهما في الحاجة إليه، والانتفاع به، والقرعة لكل أمر مشتبه، ويشكل: بأن مورد القرعة المحل الذي لا يحتمل اشتراكه بين المتنازعين، بل هو حق لأحدهما مشتبه، وهنا ليس كذلك؛ لأنه كما يجوز كونه لأحدهما، يجوز كونه لهما معاً، لاستوائهما فيه؛ لأنه سقف لصاحب البيت، وأرض لصاحب الغرفة، فكان كالجزء من كل منهما} فيكون كل منهما صاحب يدٍ، وهذا الاستدلال يشترك فيه القولان {وفي الدروس قوى اشتراكهما فيه مع حلفهما، أو نكولهما، وإلا اختص بالحالف لما ذكر من الوجه} من كون حاجتهما إليه واحدة، فيداهما جميعاً عليه.

{وقيل} والقائل ابنا الجنيد وإدريس، ورجحه العلامة في كثير من كتبه، واختاره في جامع المقاصد {يقضى به لصاحب الغرفة؛ لأنها لا تتحقق بدونه لكونه أرضها، والبيت يتحقق بدون السقف، وهما متصادقان على أن هنا غرفة، فلا بد من تحققها؛ ولأن تصرفه فيه أغلب من تصرف الآخر. وليس ببعيد} ويشكل الأول: بأن

البيت الذي فوقه غرفة لا يتحقق إلا مع السقف، وهما متصادقان على أن هنا بيتاً فوقه غرفة، فهما فيه سواء، وأما الثاني: بمنع الأغلبية، بل هما فيه سواء، وعليه فالأقوى القول بالتحالف، كما نسب إلى الشيخ في المبسوط وقواه المصنف في الدروس {وموضع الخلاف في السقف الذي يمكن إحداثه بعد بناء البيت، أما ما لا يمكن كالأنج الذي لا يعقل إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل، لاحتياجه إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملاً للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والجدران، فهو لصاحب السفلى} لأنه صاحب يد فيكون منكراً لموافقته للظاهر، فيقدم قوله {بيمينه، لدلالة ذلك على جزئيته منه} بلا خلاف معتد به، كما عن غير واحد.

[الرابعة: إذا تنازع صاحب غرف الخان، وصاحب بيوته في المسلك] والمراد به هنا مجموع الصحن بدليل قوله {حلف صاحب الغرف في قدر ما يسلكه، وحلف الآخر على الزائد} لأن النزاع لو وقع على مسلك في الجملة، أو معين لا يزيد عن القدر المحتاج إليه في السلوك {لم يكن على الآخر حلف} فيما زاد {لعدم منازعته له في الزائد، ووجه الحكم للأعلى بقدر المسلك: كونه من ضرورة الانتفاع بالغرف، وله عليه يد في جملة الصحن، وأما الزائد عنه فاختصاصه بصاحب البيوت أقوى؛ لأنه دار لبيوته فيقدم قول كل منهما فيما يظهر اختصاصه به، وفي الدروس رجح كون المسلك بينهما، واختصاص الأسفل بالباقي. وعليه جماعة} بل هو المشهور {لأن صاحب السفلى يشاركه في التصرف فيه، وينفرد بالباقي، فيكون قدر المسلك بينهما، واحتمل} المصنف فيه {الاشتراك في العرصة أجمع؛ لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستو، ولا يمنع من وضع شيء فيها، ولا من الجلوس قليلاً فله يد على الجميع في

الجملة كالأسفل} ويشكل: بأن مثل هذا التسامح المعتاد لا يقتضي اليد على تمام العرصه ولو في الجملة، كما هو المرتكز عرفاً.

{ثم إن كان المرقى في صدر الصحن تشاركاً في الممر إليه} لاشتراكهما في التصرف والحاجة، كما هو المشهور {أو اختص به الأعلى} لحاجته إليه دون صاحب السفلى {وإن كان المرقى في دهليزه خارجاً} من الصحن {لم يشارك الأسفل في شيء من الصحن؛ إذ لا يد له على شيء منها، ولو كان المرقى في ظهره اختص صاحب السفلى بالصحن والدهليز أجمع} لاختصاصه بالتصرف بهما، وظهور كونها داراً لبيوته.

[و] {لو تنازعا} [في الدرجة يحلف العلوي] {لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك} فيكون هو صاحب اليد {وإن كانت موضوعة في أرض صاحب السفلى، وكما يحكم بها للأعلى يحكم بمحلها} مع التنازع، لما ذكر في التعليل في الدرجة [وفي الخزانة تحتها يقرع بينهما] {لاستوائهما فيها بكونها متصلة بملك الأسفل، بل من جملة بيوته، وكونها هواء لملك الأعلى} الذي هو إلى عنان السماء {وهو كالقرار} الذي هو إلى تخوم الأرض {فيقرع، ويشكل: بما مرّ في السقف، ويقوى استوائهما فيها مع حلف كل لصاحبه} لأن كلا منهما صاحب يد {وهو اختياره في الدروس، ولا عبرة بوضع الأسفل آلاته تحتها} من كرسي وميزان ونحوهما، لعدم استلزامه كونه صاحب يد {ويشكل أيضاً: الحكم في الدرجة مع اختلافهما في الخزانة؛ لأنه إذا قضي بالخزانة لهما} كما عن جمع {أو حكم بها للأسفل بوجه} وهو القرعة كما هو مذهب المصنف {تكون الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل لعين ما ذكر} ويشكل: بأن الدرجة لا تكون إلاّ لحاجة صاحب العلو، بخلاف السقف فإن حاجتهما إليه واحدة {خصوصاً مع الحكم بها للأسفل وحده فينبغي حينئذ أن يجري

فيها الخلاف السابق ومرجحه، ولو قضينا بالسقف للأعلى زال الإشكال هنا { حيث تكون الدرجة لصاحب العلو باتفاقهم { وإنما يأتي على مذهب المصنف هنا { حيث حكم بالقرعة { وفي الدروس { حيث قوى اشتراكهما مع حلفهما أو نكولهما وإلاّ اختص بالحالف { فإنه لا يجمع العلوي بها مطلقاً { بل في صورة القرعة لو خرج السهم باسمه، وفي الحكم بالاشتراك حكم باشتراكهما بالدرجة أيضاً، فالحكم باختصاص العلوي بها مطلقاً محل إشكال.

[الخامسة: لو تنازع راكب الدابة، وقابض لجامها] {فيها} [حلف الراكب] وفاقاً للشيخ في المبسوط وجماعة {لقوة يده} عرفاً {وشدة تصرفه} ظاهراً {بالنسبة إلى القابض. وقيل} والقائل الشيخ في الخلاف، وابن إدريس وجمع {يستويان في الدعوى، لاشتراكهما في اليد، وقوتها لا مدخل له في الترجيح، ولهذا لم تؤثر في ثوب بيد أحدهما أكثره كما سيأتي، وما مع الراكب من زيادة نوع التصرف لم يثبت شرعاً كونه مرجحاً، وتعريف المدعي والمنكر منطبق عليهما وهو قوي} لكنه يشكل: بما ذكر من ظهور العرف في كون يد الاختصاص له مع ملاحظة نظائره باعتراف الكل، كتنازع لابس الثوب وممسكه، ومن له حمل على الدابة مع من في يده زمامها وغيرهما، ومنه تعرف التأمل في قوله {فيحلف كل منهما لصاحبه إن لم تكن بينة، وأما اللجام فيقضى به لمن هو في يده، والسرّج لراكبه} وما ذلك إلاّ لقوة يد كل منهما على الآخر.

[ولو تنازعا ثوباً في يد أحدهما أكثره فهما سواء، لاشتراكهما] {في اليد ولا ترجيح لقوتها، والتصرف هنا وإن اختلف كثرة وقلة لكنه من وادٍ واحد} عرفاً {بخلاف الركوب، وقبض اللجام} ولكن قد عرفت ما فيه {نعم لو كان أحدهما ممسكاً له،

والآخر لابساً فكمسألة الراكب والقابض، لزيادة تصرف اللابس على اليد المشتركة { بحسب الظاهر.

[وكذا] {لو تنازعا} {في العبد وعليه ثياب لأحدهما} {ويدهما} {عليه} {فلا يرجح صاحب الثياب، كما يرجح الراكب بزيادة ذلك على يده؛ إذ لا دخل للباس في الملك، بخلاف الركوب، فإنه قد يلبسها بغير إذن مالكةا، أو بقوله، أو بالعارية} فتكون دلالة أعم {ولا يرد مثله في الركوب؛ لأن الراكب ذو يد} على الركوب وقويت بالركوب {بخلاف العبد} اللابس للثياب {فإن اليد للمدعي} للعبد {لأله، ويتفرع عليه ما لو كان لأحدهما عليه يد، وللآخر ثياب خاصة، فالعبرة بصاحب اليد} كما أنه لو لم يكن لأحدهما يد خاصة عليه إلا الثياب لأحدهما فيكون بينهما، لما عرفت من عدم كون لبس الثياب يداً لصاحبها.

[ويرجح صاحب الحمل في دعوى البهيمه الحاملة] ضرورة ظهور وجود الحمل عليها في يد الاستقلال بها {وإن كان للآخر عليها يد أيضاً بقبض زمام، ونحوه، لدلالة الحمل على كمال استيلاء مالكة عليها فيرجح} ولهذا لم يذكر فيها خلافاً {وفي الدروس سوى بين الراكب، ولابس الثوب، وذو الحمل في الحكم، وهو حسن} وقد عرفت ما في الأولين منها [و] {كذا يرجح} [صاحب البيت في] {دعوى} [الغرفة] {الكائنة} [عليه وإن كان بابها مفتوحاً] {إلى} غرفة {المدعي الآخر؛ لأنها موضوعة في ملكه، وهو هواء بيته، ومجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد} عرفاً {هذا إذا لم يكن من إليه الباب متصرفاً فيها بسكنى وغيرها، وإلا قدم} قوله {لأن يده عليها بالذات} فعلاً {لاقتضاء التصرف له، ويد مالك الهواء بالتبعية، والذاتية أقوى} لأنها أولى عرفاً {مع احتمال التساوي، لثبوت اليد من الجانبين في الجملة، وعدم تأثير قوة اليد} لكنه مشكل مع فرض التصرف من صاحب الباب المستلزم لقوة يده عرفاً.

[السادسة: لو تداعيا جداراً غير متصل ببناء أحدهما، أو متصلاً ببنائهما معاً] {اتصال ترصيف وهو: تداخل الأحجار ونحوها على وجه يبعد كونه محدثاً بعد وضع الحائط المتصل به} {فإن حلفاً، أو نكلاً فهو لهما} لعدم المرجح لأحدهما على الآخر [وإلا] {فإن حلف أحدهما، ونكل الآخر} {فهو للحالف} إن قضينا بالنكول، وإلا حلف وصار الجميع له [ولو اتصل بأحدهما خاصة] وكان اتصاله اتصال ترصيف [حلف] لأنه منكر لكونه صاحب يد {وقضى له به، ومثله ما لو كان لأحدهما عليه قبة، أو غرفة، أو سترة، لصيرورته بجميع ذلك ذا يد فعلية اليمين مع فقد البينة} للآخر، وهو الخارج [وكذا لو كان] {لأحدهما خاصة} {عليه جذع} {فإنه يقضى له بيمينه} لأنه تصرف دال على الاختصاص على وجه لا يعارضه التسامح بين الجيران {أو} كان {لهما} معاً {فـ} يقضى به {لهما} لعدم الترجيح {ولو اتصل} الحائط {بأحدهما وكان للآخر عليه جذع تساويا على الأقوى} لتساوي مقتضى تصرفهما بدلالة على يد كلٍ منهما، لعدم ما يقتضي الاختصاص، فيتحالفان، خلافاً للشيخ حيث حكم بكون وضع الجذع لا يفيد اليد للتسامح به عادة بين الجيران {وكذا لو كان لأحدهما واحدة من المرجحات} السالفة {ومع الآخر الباقية؛ إذ لا أثر لزيادة} التصرف في {اليد كما سلف}.

[أما الخوارج] وهي كل ما خرج عن وجه الحائط {من أحد الجانبين أو منهما من نقش، أو وتد أو رفٍ ونحوها} [والروازن] ومثلها الدواخل {كالطاقات} والروازن النافذة [فلا ترجيح بها] لعدم دلالتها عادة على الاختصاص بحيث تقطع يد الاشتراك {لإمكان إحداثها من جهة راصفها من غير شعور الآخر} [إلا معاهد القمط] {بالكسر وهو الحبل الذي يشد به الخصر، وبالضم جمع قماط وهي شداد الخصر من ليف وخوص وغيرهما فإنه يقضى بها فيرجح من إليه معاهد القمط لو

تنازعا} [في الخص] {بالضم وهو البيت الذي يعمل من القصب، ونحوه على المشهور بين الأصحاب} بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا، لصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن خص بين دارين؟ فزعم أن علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذي من قبله وجه القمط)^(١) ونحوه غيره {ومنهم} كالمحقق في النافع، وغيره {من جعل حكم الخص كالجدار بين الملكين، وهو الموافق للأصل} في مثل المقام مع عدم كون من إليه القمط موجباً للاختصاص، ويشكل: بأنه موجب لطرح النص الصحيح المعتضد بالشهرة بين الأصحاب بلا ملزم، ولعله لم يطلع عليه. نعم قد يقال: إنه لا يتعدى منها إلى سائر المرجحات، بل يقتصر عليها في الخص، وأما غيره فلا بد من الترجيح بالأمانة العرفية في رفع يد الاشتراك.

(١) الوسائل، ج ١٨، باب (١٤) الصلح، ح ١.

كتاب الشركة

[كتاب الشركة]

{بفتح الشين فكسر الراء، وحكي فيها كسر الشين وسكون الراء} وهي لغةٌ وعرفاً: الاختلاط والامتزاج شيوعاً بحيث لا يتميز، والتقييد به لإخراج اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد المركب من أجزاء كالدار مثلاً إذا كان حائطها لشخص، وأرضها لآخر فإنه لا شركة، لعدم الشيع، وتحقيق الامتياز. وشرعاً: عقد شرع ثمرته جواز تصرف الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيع فيه، وهو بهذا المعنى يحكم عليه بالصحة والبطالان.

[وسببها قد يكون إرثاً] {لعين، أو منفعة، أو حق، بأن يرثا مالا، أو منفعة دار استأجرها مورثهم، أو حق شفعة، وخيار} [وعقداً] {بأن يشتريا داراً بعقد واحد، أو يشتري كل واحد منهما جزءاً مشاعاً منها ولو على التعاقب، أو يستأجراها، أو يشتريا بخيار لهما} [وحيازة] {لبعض المباحات} [دفعه] {بأن يشتركا في نصب حباله، ورمي سهم مثبت فيشتركان في ملك الصيد، فلو حاز كل واحد شيئاً من المباح منفرداً عن صاحبه اختص كلُّ بما حازه إن لم يكن عمل كل واحد بنية الوكالة عن صاحبه في تملك نصف ما يحوزه، وإلا اشتركا، سواء كانت الحيازة دفعة واحدة أم دفعات متعددة أيضاً على الأقوى} ويشكل: بأن الأصل عدم دخوله في ملك الغير حتى مع النية، لعدم ثبوت قبول مثله النيابة فضلاً عما إذا لم ينو، وحينئذ لا وجه لها إلا على شركة الأبدان المعلوم بطلانها عندنا إلا من الإسكافي {فالحيازة قد توجب الاشتراك مع

التعاقب} كما لو نوى كل واحد نيابة عن صاحبه {وقد لا توجهه في الدفعة} مع عدم نية النيابة.

[ومزجاً] {لأحد ماليتها بالآخر بحيث} [لا يتميز] {كلٌ منهما عن الآخر بأن يكونا متفقين جنساً ووصفاً، فلو امتزجا بحيث يمكن التمييز وإن عسر كالخنطة بالشعر، أو الحمراء من الخنطة بغيرها، أو الكبيرة الحب بالصغيرة، ونحو ذلك فلا اشتراك، ولا فرق هنا بين وقوعها اختياراً، أو اتفاقاً} مقصوداً به الشركة أم لا، لتحقيق مفهوم الشركة فتترتب عليه أحكامها الشرعية. بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر.

[والشركة قد تكون عيناً] {أي في العين كما لو اتفق الاشتراك بأحد الوجوه السابقة في شيء من أعيان الأموال} {ومنفعة} {كالاشتراك في منفعة دار استأجرها، أو عبد أوصي لهما بخدمته} {وحقاً كشفعة، وخيار، ورهن، وهذه الثلاثة تجري في} السببين {الأولين} من أسباب الشركة الأربعة المتقدمة {وأما الأخيران} وهما: الامتزاج والحيازة {فلا يتحققان إلا في العين، ويمكن فرض الامتزاج في المنفعة بأن يستأجر كل منهما دراهم للترتين بها - حيث نجوزه - متميزة، ثم امتزجت بحيث لا تتميز}.

[والمعتبر] {من الشركة عندنا} [شركة العنان] {بكسر العين، وهي: شركة الأموال} بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه أيضاً على الصحة فيها، كذا في الجواهر {نسبت إلى العنان، وهو: سير اللجام الذي يمسك به الدابة، لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ، والتصرف، واستحقاق الربح على قدر رأس المال، كاستواء طرفي العنان، أو تساوي الفارسين فيه إذا تساويا في السير، أو لأن كل واحد

منهما يمنع الآخر من التصرف حيث يشاء كما يمنع العنان الدابة، أو لأن الأخذ بعنانها يحبس إحدى يديه عليه ويطلق الأخرى كالشريك يحبس يده عن التصرف في المشترك مع انطلاق يده في سائر ماله. وقيل: من عنّ إذا ظهر، لظهور مال كل من الشريكين لصاحبه؛ ولأنها أظهر أنواع الشركة} وقد قام الإجماع على صحتها {وقيل} والقائل الزخشي {من المعانة وهي المعاوضة، لمعاوضة كل منهما بما أخرجه الآخر} وهو كما ترى! تطويل بلا طائل، لعدم الثمرة المهمة في اختلاف المنشأ.

و [لا] تصح [شركة الأعمال] أو الأبدان {بأن يتعاقدا على أن يعمل كل منهما بنفسه ويشارك في الحاصل، سواء اتفق عملهما قدراً ونوعاً أم اختلف فيها أو في أحدهما، وسواء عملا في مال مملوك أم في تحصيل مباح} بلا خلاف معتد به أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، والأصل عدم الشركة، وكذا العمل في مال الغير، وهو الموجب لتخصيص عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ والمحكي عن المقدس الأردبيلي: لا يظهر دليل على عدم الجواز إلا الإجماع. وتراضيهما بما لم يثبت شرعيته غير مجد في المقام، بل في كل مقام {لأن كل واحد منهما متميز ببدنه وعمله فيختص بفوائده، كما لو اشتركا في مالين وهما متميزان} فلا شركة مشروعة حينئذٍ.

[ولا] تصح {شركة} [المفاوضة] {وهي أن يشترك شخصان فصاعداً بعقد لفظي على أن يكون بينهما ما يكتسبان، ويربحان، ويلتزمان من غرم ويحصل لهما من غنم، فيلتزم كل منهما للآخر مثل ما يلتزمه من أرش جنائية، وضمان غصب، وقيمة متلف، وغرام ضمان وكفالة، ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث، أو يجده من ركاز، ولقطة، ويكتسبه في تجارة، ونحو ذلك} لعدم الدليل عليها عندنا، بل الإجماع بقسميه على فسادها مطلقاً، كما في الجواهر {ولا يستثنيان من ذلك إلا قوت اليوم، وثياب

البدن، وجارية يتسرى بها، فإن الآخر لا يشاركه فيها، وكذا يستثنى في هذه الشركة من الغرم الجناية على الحر، وبذل الخلع {من الزوجة {والصداق إذا لزم أحدهما} وهذه الاستثناءات إنما ذكرها بعض العامة الذي حكم بالصحة في مثل هذه الشركة، ولكنها فاسدة عندنا مطلقاً.

[و] لا تصح {شركة} [الوجوه] {وهي أن يشترك اثنان وجهان لا مال لهما بعقد لفظي لبيتاعا في الذمة، على أن ما يتناعه كل منهما يكون بينهما، فيبيعان ويؤديان الأثمان، وما فضل فهو بينهما، أو أن يتناح وجه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل} لا وجهة ولا نباهة {على أن يكون الربح بينهما، أو أن يشترك وجه لا مال له، وخامل ذو مال؛ ليكون العمل من الوجه والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجه، والربح بينهما، أو أن يبيع الوجه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعضه له، وهذه الثلاثة بمعانيها عندنا باطلة} بالإجماع، وخلاف ابن الجنيدي في الأولى غير قاصح فيه، لتقدمه عليه، ولحوقه به.

[و] {المشتركان شركة العنان} [يتساويان في الربح والخسران مع تساوي المالين، ولو اختلفا] {في مقدار المال} [اختلف] {الربح بحسبه. والضابط: أن الربح بينهما على نسبة المال متساوياً ومتفاوتاً} بلا خلاف في شيء في ذلك مع اتفاقهما في العمل أو اختلافهما فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، وللنصوص المستفيضة كصحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن الرجل يشارك في السلعة؟ قال: إن ربح فله، وإن وضع فعليه)^(١) ونحوه غيره {فلو عبر به} كأن

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١) الشركة، ح ١.

يقول: والربح بينهما على نسبة المال {لكان أخصر وأدل على المقصود؛ إذ لا يلزم من اختلاف الربح مع اختلاف المالين كونها على النسبة}.

[ولو شرطاً غيرهما] {أي غير التساوي في الربح على تقدير تساوي المالين بأن شرطاً فيه تفاوتاً حيثئذٍ، أو غير اختلاف استحقاقهما في الربح مع اختلاف المالين كمية} [فالأظهر البطلان] {أي بطلان الشرط، ويتبعه بطلان الشركة بمعنى الإذن في التصرف} لا بمعنى كون الربح بينهما {فإن عملاً كذلك} مع بطلان الشرط والشركة {فالربح تابع للمال وإن خالف الشرط، ويكون لكل منهما أجرة عمله بعد وضع ما قابل عمله في ماله، ووجه البطلان بهذا الشرط: أن الزيادة الحاصلة في الربح لأحدهما ليس في مقابلها عوض، ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة لتضم إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملكها عقد هبة، والأسباب المثمرة للملك معدودة، وليس هذا أحدها} ولا هو إباحة للزيادة؛ إذ المشروط تملكها بحيث يستحقها المشروط له، فيكون اشتراطها اشتراطاً لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك {ففيطل الشرط ويتبعه العقد المتضمن للإذن في التصرف، لعدم تراضيهما إلا على ذلك التقدير ولم يحصل} وفاقاً للشيخ وابني إدريس وزهرة والقاضي والمحقق وجماعة، ولا يكون مشمولاً، لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و(المؤمنون عند شروطهم) خصوصاً مع كون عقد الشركة من العقود الجائزة المنافي لوجوب اللزوم المستفاد من الآية {وينبغي تقييده بعدم زيادة عمل ممن شرطت له الزيادة، وإلا اتجه الجواز} بلا خلاف فيه بينهم على ما اعترف به جماعة، بل ولا في جوازه مع العمل منها أيضاً، كذا في الجواهر. ولأنها أصبحت في مقابل الزيادة {وقيل} والقائل المرتضى والعلامة ووالده وولده {يجوز مطلقاً} العقد والشرط {لعموم} (الأمر بالوفاء بالعقود)

و(المؤمنون عند شروطهم) وأصالة الإباحة، وبناء الشركة على الإرفاق، ومنه موضع النزاع} وقد ظهر لك ضعفه مما تقدم.

[وليس لأحد الشركاء التصرف] بأي سبب حصلت الشركة، اختياراً كانت أم اتفاقاً {في المال المشترك} [إلا بإذن الجميع] {لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلاً وشرعاً} [ويقتصر من التصرف على المأذون] فيه فإن أطلق له في الإذن جاز له التصرف مطلقاً فيما لم يكن فيه مفسدة على الشريكين ببيع وشراء مساومة، ومرايحة، وتولية، ومواضعة، وقبض وإقباض، وحوالة واحتيال، ورد بالعيب ونحو ذلك، فإن قيد وجب عليه الالتزام بما قيد به [فإن تعدى] {المأذون} [ضمن] لو تلف بما لم يؤذن له فيه أو في غيره، مما تضمن به الأمانة مع التعدي أو التفريط فيها، كما هو ظاهر.

{واعلم أن الشركة كما تطلق على اجتماع حقوق الملاك في المال الواحد على أحد الوجوه السابقة} من إرث، أو حيازة، أو مزج {كذلك تطلق على العقد المثمر جواز تصرف الملاك في المال المشترك، وبهذا المعنى اندرجت الشركة في قسم العقود، وقبلت الحكم بالصحة والفساد، لا بالمعنى الأول} الذي لا يقبلها، كما هو واضح {والمصنف أشار إلى المعنى الأول بما افتتح به من الأقسام، وإلى الثاني بالإذن} الحاصل جوازه بالإذن {المبحوث عنه هنا}.

[ولكل] {من الشركاء} [المطالبة بالقسمة عرضاً] {بالسكون، وهو ما عدا النقيدين} [كان المال، أو نقداً] لأنها غير لازمة على وجه يجب استدامتها، لقاعدة السلطنة [والشريك أمين] إجماعاً {على ما تحت يده من المال المشترك المأذون له في وضع يده عليه} فهو كالوكيل [لا يضمن إلا بتعدي] {وهو فعل ما لا يجوز فعله في

المال} [أو تفريط] {وهو التقصير في حفظه، وما يتم به صلاحه} ومن المعلوم أنه كذلك فتوى ونصاً [ويقبل يمينه في التلف] [لو ادعاه] مطلقاً {بتفريط وغيره} لأنه أمين فهو مصدق، غايته أنه مع التفريط يضمن القيمة أو المثل [وإن كان السبب ظاهراً] {كالخرق، والغرق، وإنما خصه، لإمكان إقامة البينة عليه فربما احتل عدم قبول قوله فيه، كما ذهب إليه بعض العامة} وهو الشافعي، فلذا أوجب عليه البينة في الأول {أما دعوى تلفه بأمر خفي كالسرقة فمقبول إجماعاً} من جميع المسلمين.

[ويكره مشاركة الذمي وإبضاعه] {وهو أن يدفع إليه مالاً يتجر فيه والربح لصاحب المال خاصة} [وإيداعه] بل مطلق الكافر على المشهور، بل عن الغنية نفي الخلاف فيه، لموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام كره مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي إلا أن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم)^(١) بل قيل: للأولوية {لقول الصادق عليه السلام:} في صحيح ابن رثاب^(٢) {لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي ولا يبضعه بضاعة ولا يودعه ودعة ولا يصفاه المودة} ونحوه غيره.

[ولو باع الشريكان سلعة صفقة وقبض أحدهما من ثمنها شيئاً] ولو نوى أنه له [شاركه الآخر] {فيه على المشهور، وبه أخبار كثيرة} منها موثق عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن رجلين بينهما مال منه دين، ومنه عين، فاقتسما العين والدين، فتوى الذي كان لأحدهما من الدين أو بعضه، وخرج الذي للآخر أيرد

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٢) الشركة، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٢) الشركة، ح ١.

على صاحبه؟ قال: نعم، ما يذهب بهاله^(١) ونحوه غيره {ولأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما، فكل ما حصل منه بينهما كذلك} كما في كل دين مشترك بين اثنين فصاعداً؛ لأن كل جزء منه مشاع بينهما {وقيل} والقائل ابن إدريس {لا يشارك} إن قبض عن نفسه {لجواز أن يبرىء الغريم من حقه، ويصالحه عليه من غير أن يسري إلى الآخر، فكذا الاستيفاء} ويشكل: بأنه خروج عن محل الكلام؛ لأنه فيما تقتضيه الشركة، لا لأمر آخر كالصلح، والإبراء، والضمان، والحوالة وغيرها كما سيأتي {ولأن متعلق الشركة هو العين وقد ذهبت} ويشكل: بأنه انتقل إلى الثمن وبقي على الإشاعة بينهما {و} لأن {العوض أمر كلي لا يتعين إلا بقبض المالك، أو وكيله، ولم يتحقق هنا بالنسبة إلى الآخر؛ لأنه قبضه لنفسه} كما هو المفروض. ويشكل: بأنه مبني على ملك الشريك لما قبضه الآخر قهراً، وابن إدريس لا يلتزم به، بل يشترطه بالإجازة.

{وعلى المشهور لا يتعين على الشريك غير القابض مشاركته، بل يتخير بينهما، وبين مطالبة الغريم بحقه، ويكون قدر حصة الشريك في يد القابض كقبض الفضولي، إن أجازه ملكه ويتبعه النماء، وإن رده ملكه القابض، ويكون مضموناً عليه على التقديرين} أي الإجازة والرد. ويشكل: بأن المتجه مع الرد كون المقبوض باقياً على ملك الدافع؛ لأن القابض ليس له إلا نصف المال المشاع بينه وبين شريكه، ومع فرض عدم إجازة الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركة، ونية الدافع أنه مقدار حصة القابض لا تجدي في ذلك وإن وافقتها نية القابض، بل حتى لو رضي الشريك بكون ذلك حصة للقابض وما في ذمة الغريم حصة له لم تنفع، لعدم صحة

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٦) الشركة، ح ٢.

مثل هذه القسمة؛ لأنها قسمة للدين وهي باطلة {ولو أراد الاختصاص بالمقبوض بغير إشكال فليبع حقه للمديون على وجه يسلم من الربا بثمن معين فيختص به، وأولى منه الصلح عليه} لما تقدم من الخلاف في بيع الدين على بعض الوجوه {أو يبرئه من حقه} تخلصاً من الربا {ويستوهب عوضه، أو يحيل به على المديون، أو يضمه له ضامن، وموضع الخلاف مع حلول الحقين فلو كان أحدهما مؤجلاً لم يشارك فيما قبضه الآخر قبل حلول الأجل} بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنه قبض حصته؛ لأن حصة الآخر مؤجلة بحسب الفرض.

{واحترز ببيعها صفقة عما لو باع كل واحد نصيبه بعقد وإن كان} البيع {لواحد} لا إشكال هنا، لعدم كون المقبوض مشتركاً، ولازمه فض الشركة بينه وبين شريكه الأول {كما لا فرق في الصفقة بين كون المشتري واحداً، ومتعددًا؛ لأن الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك} لا العقد على المال الخاص ولو في ضمن الشركة {وفي حكم الصفقة ما اتحد سبب شركته كالميراث، والإتلاف، والاقتراض من المشترك} لأن المقبوض في هذه الصور مال مشترك، فقبضه بنية أنه له لا يعينه له، كما تقدم في المال المشترك في العقد.

[لو ادعى المشتري من المشتركين] {المأذونين} [شراء شيء لنفسه، أو لهما حلف] بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر {وقبل بيمينته؛ لأن مرجع ذلك إلى قصده وهو أعلم به، والاشتراك لا يعين التصرف بدون القصد، وإنما لزمه الحلف - مع أن القصد من الأمور الباطنة التي لا تعلم إلا من قبله - لإمكان الاطلاع عليه بإقراره} فلذا احتاج إلى اليمين؛ لأنه من المعلوم أنه لا يتوجه إلا مع عجز الطرف الآخر عن البيئة مع إمكانها في نفسها، والواقع عدم الإمكان.

كتاب المضاربة

[كتاب المضاربة]

[وهي أن يدفع مالاً إلى غيره ليعمل فيه بحصة معينة من ربحه] {مأخوذة من الضرب في الأرض} كما هو المشهور، كذا في المستمسك {لأن العامل يضرب فيها للسعي على التجارة، وابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكأن الضرب مسبب عنها، فتحققت المفاعلة بذلك} وقد أشار بذلك إلى ما ظاهره المفروغية عنه عند جمع من الأصحاب من أن هيئة المفاعلة تقتضي الاشتراك، وهو مما لا أساس له، كما يظهر من ملاحظة موارد الاستعمال كالمطالعة، والمتابعة ونحوهما مما لا مشاركة فيه، نعم الذي يقتضي المشاركة التفاعل في الجملة مثل التضارب ونحوه، وأما المفاعلة فإنها تقتضي السعي إلى الفعل، فإذا قلت: قتلْتُ فقد أخبرت عن وقوع القتل، وإذا قلت: قاتلت فقد أخبرت بالسعي إلى القتل، فقد يقع وقد لا يقع، ولا تقتضي المشاركة، نعم ربما تكون المادة مقتضية للمشاركة، لكنها حينئذٍ ليست من مفاد الهيئة، ولأجل ذلك لا حاجة إلى بيان وجه المشاركة {أو من ضرب كل منهما بسهم} كما عن التذكرة {أو لما فيه من الضرب في المال وتقليبه} كما عن التذكرة وغيرها، وعليه فلا مشاركة؛ لأن الفاعل لذلك هو العامل لا غير.

{وأهل الحجاز يسمونه قراضاً من القرض، وهو القطع، كأن صاحب المال اقتطع منه قطعة وسلمها إلى العامل، أو اقتطع له قطعة من الربح في مقابلة عمله، أو من المقارضة وهي المساواة، ومنه (قارض الناس ما قارضوك فإن تركتهم لم يتركوك)

ووجه التساوي - هنا - أن المال من جهة، والعمل من أخرى، والربح في مقابلهما فقد تساويا في قوام العقد، أو {تساويا في {أصل استحقاق الربح وإن اختلفا في كميته} وعن محكي التذكرة: أن من دفع إلى غيره مالا ليتجر به، فلا يخلو إما أن يشترط كون الربح بينهما، أو لأحدهما، أو لا يشترط شيئا، فإن شرطا بينهما فهو قراض - مضاربة - وإن شرطاه للعامل فهو قرض، وإن شرطاه للمالك فهو بضاعة، وإن لم يشترط شيئا فذلك - بضاعة - فيكون الربح للمالك تبعاً للمال، إلا أن للعامل أجرة المثل.

[وهي جائزة من الطرفين] بلا خلاف، كما في المسالك، وفي الجواهر: الإجماع بقسميه عليه، وهو الحجة في الخروج عن قاعدة اللزوم {سواء نض المال} بأن كان دراهم أو دنانير {أم كان به عروض} وهو المتاع {يجوز لكل منهما فسخها} لأنها وكالة ابتداءً، وتصبح شركة عند ظهور الربح، وكلاهما جائز {ومن لوازم جوازها منهما وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه} بلا خلاف يعرف فيه بيننا {وفي اشتراط وقوع قبوله لفظياً، أو جوازه بالفعل قولان، لا يخلو ثانيهما من قوة} وفاقاً للتذكرة وجامع المقاصد، بل عن الرياض نسبته إلى عدم الخلاف، لما دلّ على صحة المعاطاة، وكونها عقداً فعلياً لا قولياً، والعقد لا يتوقف على الإنشاء باللفظ فقط، وعن العلامة في جملة من مصنفاته: اعتبار اللفظ في الإيجاب فقط، وجواز القبول باللفظ والفعل. ويشكل: بأن التفريق بينهما بلا دليل.

[ولا يصح اشتراط اللزوم، أو الأجل فيها] {بمعنى أنه لا يجب الوفاء بالشرط، ولا تصير لازمة بذلك، ولا في الأجل، بل يجوز فسخها فيه} بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر {عملاً بالأصل} في المضاربة، وهو الجواز [ولكن] {اشتراط الأجل} [يثمر المنع من التصرف بعد الأجل إلا بإذن جديد] {لأن التصرف تابع للإذن، ولا

إذن بعده، وكذا لو أجل بعض التصرفات كالبيع، أو الشراء خاصة، أو نوعاً خاصاً كالبيع بغير خيار {ويفهم من تشريكه بين اشتراط اللزوم والأجل، تساويهما في الصحة، وعدم لزوم الشرط، والمشهور أن اشتراط اللزوم} باطل و{مبطل؛ لأنه منافٍ لمقتضى العقد} لتعذر القصد إلى المتنافيين فيكون العقد غير مقصود (والعقود بالقصود).

{فإذا فسد الشرط تبعه العقد} بالفساد {بخلاف شرط الأجل، فإن مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاص، وهو غير منافٍ} لعدم توقفه عليه {ويمكن أن يريد المصنف ذلك، وإنما شَرَك بينهما في عدم صحة الشرط مطلقاً} في اللزوم أو الأجل {وإن اختلفا في أمر آخر} وهو بطلان العقد مع بطلان الشرط، دون بطلانه مع بطلان اشتراط الأجل.

[ويقتصر العامل من التصرف على ما أذن المالك له] {من نوع التجارة، ومكانها، وزمانها، ومن يشتري منه، ويبيع عليه، وغير ذلك} قال في المسالك: لا خلاف عندنا في جواز هذه الشروط ولزومها، لعدم جواز التصرف في مال امرئ إلا بإذنه {فإن خالف ما عين له ضمن المال} لو تلف، بلا خلاف، كذا في المستمسك، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال (في الرجل يعطي المال فيقول له: ائت أرض كذا وكذا، ولا تجاوزها واشتر منها، قال: فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه، وإن ربح فهو بينهما)^(١) ونحوه غيره {لكن لو ربح كان بينهما بمقتضى الشرط، للأخبار الصحيحة} كذيل الصحيح المتقدم، وكذا

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١) المضاربة، ح ٢.

صحيحه الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط عليه، قال: هو ضامن والربح بينهما)^(١) {ولولاها لكان التصرف باطلاً} لخروجه عما أذن له فيه، فيكون الربح بأجمعه لصاحب المال، والعامل لا يستحق ربحاً؛ لأنها ليست مضاربة، لعدم الإذن، ولا أجرة المثل؛ لأنه عمل تبرعاً، اللهم إلا أن يقال: إنه لم يقصد التبرع، عمل برجاء المشاركة في الربح، وحينئذ يكون ضامناً {أو موقوفاً على الإجازة} إن قلنا بحرمة التكليفية فقط، فيكون التصرف صحيحاً لكنه فضولي يتوقف على الإجازة.

[ولو أطلق له] {الإذن} [تصرف بالاسترباح] [في كل ما يظن فيه حصول الربح من غير أن يتقيد بنوع، أو زمان، أو مكان، ويتولى أيضاً بالإطلاق ما يتولى المالك في التجارة بنفسه من عرض القماش على المشتري، ونشره، وطيه، وإحرازه، وبيعه، وقبض ثمنه] لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه، ولأصل الجواز {ولا أجرة له على مثل ذلك، حملاً للإطلاق على المتعارف، وله الاستئجار على ما جرت العادة به كالدلالة، ووزن الأمتعة الثقيلة التي لم تجر عاداته بمباشرة مثلها} كما يقوى أن يأخذ الأجرة المسماة لو قام بها هو، بل أولى لو كانت أقل منها.

[وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال] كما هو المشهور، بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا. وعن محكي الخلاف: أن عليه إجماع الفرقة وأخبارهم، كصحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام (قال في المضارب: ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، وإذا قدم بلده فما أنفق فهو من نصيبه)^(٢) ونحوه غيره {والمراد بالنفقة: ما

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١) المضاربة، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٦) المضاربة، ح ١.

يحتاج فيه إليه من مأكول، وملبوس، ومشروب، ومركوب، وآلات ذلك، وأجرة المسكن، ونحوها، ويراعي فيها ما يليق بحاله عادة مقتصدًا كما هو منصرف إطلاق النصوص المتقدمة {فإن أسرف حسب عليه} لتجاوزه ما أذن له فيه فيكون ضامنًا له {وإن قتر لم يحسب له} كما هو صريح غير واحد؛ لأن المأذون فيه ما أنفقه بالفعل كما يقتضيه المرتكز عرفاً، لا مقدار النفقة وإن لم يصرفها {وإذا عاد من السفر فما بقي من أعيانها ولو من الزاد يجب رده إلى التجارة، أو تركه إلى أن يسافر إن كان مما يعود إليه قبل فسادها}.

{ولو شرط عدمها لزم} لأنه شرط سائع فيشملة عموم (المؤمنون عند شروطهم) {ولو أذن له بعده فهو تبرع محض} يجوز له الرجوع فيه {ولو شرطها} المالك من مال المضاربة {فهو تأكيد} لأن عقدها يقتضي ذلك مع الإطلاق، كما تضمنته النصوص {ويشترط حينئذ تعيينها؛ لئلا يتجهل الشرط} فيترتب عليه النزاع بدعوى عدم وحدة قصدهما {بخلاف ما ثبت بأصل الشرع} فإنه ينصرف إلى المتعارف {ولا يعتبر في ثبوتها حصول ربح، بل ينفق ولو من الأصل إن لم يربح} بلا خلاف ولا إشكال بيننا فيه {وإلا كانت منه} إذ لا يتحقق الربح إلا بعد استثناء النفقات بما فيها نفقة العامل في سفره.

[ومؤونة المرض في السفر على العامل] بدعوى أنها لم تتعلق بالتجارة، لكنها مدفوعة: بأن السفر كان لها، فإذا كانت من نفقاته كانت من رأس المال، كغيرها من النفقات {وكذا} مؤونة {سفر لم يؤذن فيه} لأنه ممنوع منه، وحينئذ فإن تجاوز لا يستحق عليه مؤونة، لاختصاص الدليل بالمأذون فيه {وإن استحق الحصة} لو ربح فيه؛ لأن عمله محترم، وهو داخل في مضمون الاتفاق {والمراد بالسفر: العرفي} وإن

لم يبلغ المسافة، لإطلاق الأدلة {لا الشرعي، وهو ما اشتمل على المسافة فينفق} من أصل المال {وإن كان قصيراً أو أتم الصلاة} بقصد الإقامة أو غيره من موجبات التمام {إلا أن يخرج عن اسم المسافر، أو يزيد عما تحتاج التجارة إليه فينفق من ماله} لأن السفر حينئذ لم يكن لمصلحة المال، فيكون خارجاً، لانصراف الأدلة {إلا أن يصدق الوصف، واحتراز بكمال النفقة عن القدر الزائد عن نفقة الحضر، فقد قيل} والقائل الشيخ في المبسوط على تقدير القول بالإنفاق {إنه لا ينفق فيه سواه} وضعفه ظاهر، لمخالفته لإطلاق الأدلة {ونبه بأصل المال على أنه لا يشترط فيه حصول ربح، كما مر}.

[وليشتر نقداً] مع الإطلاق، لا نسيئة لما فيه من التغيرير بالمال، كما عن جمع من الأصحاب [بنقد البلد] لانصراف الإطلاق إليه [بثمن المثل فما دون] مراعاة للمصلحة، وهو الذي يقتضيه الإطلاق، لا بأزيد منه، لما فيه من تضييع المال، إلا إذا اقتضت المصلحة ذلك فلا بأس به؛ إذ من المعلوم الإذن مع المصلحة، كما هو المعروف بين الأصحاب {فلو اشترى نسيئة، أو بغير نقد البلد، أو بأزيد من ثمن المثل كان فضولياً، فإن أجازه المالك صح} البيع ويكون الربح مشتركاً {وإلا بطل، لما في النسيئة من احتمال الضرر بتلف رأس المال فتبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك} فلو ربح المتاع الذي تعلق ثمنه في ذمته فهو له، لعدم صدق المضاربة عليه، بل إنما تصدق لو كانت للمال الذي تحت يد العامل {وقد لا يقدر عليه} ولازمه عدم الإذن فيه {أو لا يكون له غرض في غير ما دفع} فيستكشف عدم الإذن في غيره {وحملاً} للشرط {في الأخيرين} وهما البيع بنقد البلد، وثن المثل {على المتعارف، وما فيه الغبطة كالوكيل} لأن المقصود من مثل هذه العقود هو الاسترباح.

[ولبيع كذلك] {بنقد البلد نقداً} [بثمن المثل فما فوق] {لما في النسيئة من التغرير بهال المالك، وحماً للإطلاق على المتعارف، وهو نقد البلد كالوكالة} في انصراف مطلقها إلى ذلك {وقيل: يجوز بغيره وبالعرض مع كونه مظنة الربح؛ لأن الغرض الأقصى منها ذلك، بخلاف الوكالة} المقيدة بالغبطة {وفيه قوة} عملاً بإطلاق الإذن {ولو أذن المالك في شيء من ذلك خصوصاً، أو عموماً، كتصرف برأيك، أو كيف شئت جاز بالعرض قطعاً} للتصريح بعموم الإذن {أم النقد} في قبال النسيئة {وثمن المثل فلا يخالفهما إلا مع التصريح} بإجازتهما؛ لأنه منصرف الإطلاق، كما في الشرائع وغيرها، لعدم المصلحة، أما إذا كان فيهما مصلحة فالأقوى جوازه مطلقاً، عملاً بإطلاق الإذن {نعم يستثنى من ثمن المثل نقصان يتسامح به عادة} كما هو المتسالم عليه بينهم.

[وليشتر بعين المال] {لا بالذمة} كما صرح بذلك جملة من الأصحاب، كذا في الحدائق. وعلل: بأن المقصود من مثل هذا العقد أن يكون ربح المال بينهما، والحاصل للشراء في الذمة ليس ربح عين المال، مع ما في الشراء كذلك من احتمال الضرر على المالك، كما ذكره الشارح في بطلان الشراء نسيئة. ويشكل: بأن العمل بالقدر المتيقن إنما يكون مع عدم الإطلاق، أما معه فالعمل به متعين، فإذا كان الشراء بالذمة مشمولاً للشراء بالمال فقد صدق أن الربح للمال [إلا مع الإذن في الذمة] {ولو بالإجازة، فإن اشترى فيها بدونه ولم يذكر المالك لفظاً ولا نيةً، وقع له} لكون عوضه منه، وهو ما في ذمته، فعليه خسارته وله ربحه {ولو ذكره لفظاً فهو فضولي} يقف على الإجازة {ونية خاصة يقع للعامل ظاهراً} استناداً إلى أصالة الصحة؛ لأنه إذا كان لغيره بطل، لعدم الإذن وإذا كان له صحَّ {وموقوفاً باطناً، فيجب التخلص من حقِّ البائع} بمقاصة ونحوها.

[ولو تجاوز ما حدّ له المالك] {من الزمان والمكان والصنف} [ضمن] ما يتلف [والربح على الشرط] {كما مرّ} مع مدركه، مضافاً إلى خصوص صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: (سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة، وينهى أن يخرج به فخرج، قال عليه السلام: يضمن المال، والربح بينهما)^(١) ونحوه غيره {أما لو تجاوز بالعين، والمثل، والنقد وقف على الإجازة} لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، فلو أجاز صحّ {فإن لم يحز بطل} لعدم الإذن، والقول بالصحة مخالف لقاعدة السلطنة.

[وإنما تجوز] {المضاربة} [بالدراهم والدنانير] {إجماعاً} وفي الجواهر: بقسميه {وليس ثمة علة مقنعة غيره} والظاهر أن مقصوده أنها إن وقعت بالنقدين فهي مضاربة، وإلاّ فليست بمضاربة؛ لأنها ليست كذلك عرفاً، والأصل عدم ترتب أحكام المضاربة عليها، لا عدم الصحة مطلقاً، لاندراجها تحت عمومات ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و﴿تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ لأنها معاوضة حاوية لشرائط الصحة وإن لم تسم مضاربة، وعليه {فلا يصح} عقد المضاربة {بالعروض، ولا الفلوس، ولا الدين وغيرها} كالذهب والفضة غير المسكوكين بسكة المعاملة، والإشكال عليها بكونها ليست مضاربة قطعاً، لانتهاء الشرط وهو كونها من غير النقدين، ولا شركة، لعدم الامتزاج، ولا إجارة، لعدم معلومية الأجرة، فليس هي إلاّ معاملة باطلة. مدفوع بعدم الدليل على انحصار العقد الصحيح في أحد الأقسام المتقدمة، بل عموم (أوفوا) ونحوه يقتضي عدم الانحصار، وحمله على المتعارف لا يقتضي عدم الشمول؛ لأنه من المتعارف، وعليه فتصح وإن لم تكن مضاربة {ولا فرق بين المعين

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١) المضاربة، ح ١.

والمشاع} من التقدين؛ لأن المشاع معين في نفسه وجامع لباقي الشرائط فتصح المضاربة فيه.

[ويلزم الحصة بالشرط] بلا خلاف، كما عن التذكرة. وفي المستمسك: بل ظاهره أنه لا خلاف بين المسلمين {دون الأجرة؛ لأنها معاملة صحيحة، فيلزم مقتضاها، وهو ما شرط للعامل من الحصة، وفي قولٍ نادرٍ للمفيد والشيخ في النهاية، والقاضي والتقي} أن اللازم أجرة المثل، وأن المعاملة فاسدة، لجهالة العوض، والنصوص الصحيحة {كصحيح أبي بصير - يعني المرادي - قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول للرجل: أبتاع لك متاعاً والربح بيني وبينك؟ قال: لا بأس)^(١) ونحوه غيره، دالة {على صحتها، بل إجماع المسلمين يدفعه} فما ذكره اجتهد في مقابلة النص والإجماع، وهو غير مسموع.

[والعامل أمين] كما هو صريح جمع من الأصحاب. وفي المستمسك: بل لا خلاف فيه ولا إشكال، بل في الجواهر: أنه إجماعي، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألته عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً)^(٢) ونحوه غيره، فـ [لا يضمن إلا بتعدٍ أو تفريط] كما تقدم الكلام فيه في بعض الموارد السابقة {ومعها يبقى العقد} صحيحاً {ويستحق ما شرط وإن ضمن المال} المتعدى عليه، أو المفطر به، لعدم استلزامها بطلانه، بلا خلاف ولا إشكال.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٣) المضاربة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٣) المضاربة، ح ٣.

[ولو فسخ المالك للعامل أجره مثله إلى ذلك الوقت] {الذي فسخ فيه} [إن لم يكن] {ظهر} [ربح] كما في الشرائع والنافع والإرشاد وغيرها، وعلله في المسالك: بأن عمله محترم صدر بإذن المالك، لا على وجه التبرع، بل في مقابلة الحصة وقد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح فيستحق أجره المثل {وإلا فله حصة من الربح} بلا خلاف ولا إشكال في الجملة {وربما يشكل الحكم بالأجرة على تقدير عدم الربح: بأن مقتضى العقد استحقاق الحصة إن حصلت لا غيرها، وتسلبت المالك على الفسخ من مقتضياتها، فلا شيء له سوى ما عين} له من الحصة، لأصالة براءة المالك من غيره، واحترام مال المسلم لا يلزم منه الضمان، بل يلزمه حرمة التصرف فيه فقط، وكذا التوقيت، حيث لا دليل على سببته للضمان خصوصاً إذا كان بحكم الشارع، لكن الأقوى ما سبق.

{ولو كان المال عروضاً عند الفسخ، فإن كان به ربح للعامل يبيعه إن لم يدفع المالك إليه حقه} ويشكل: بأنه بعد الفسخ يصبح العامل شريكاً في الربح، ولا يجوز التصرف بالمال المشترك إلا بإذن الشريك، ومع عدمه - كما هو المفروض - فيلزم عليه رفع أمره إلى الحاكم ليجبره على دفع حقه إليه {وإلا} {يكن فيه ربح} {لم يجز إلا} بإذن المالك وإن رجا الربح حيث لا يكون بالفعل {لعدم صدقه عرفاً} {ولو طلب المالك إنضاؤه ففي إجبار العامل عليه قولان: أجودهما عدم} لأصل البراءة من وجوبه، وإمكان وصول المالك إلى حقه بالقسمة، ولا يكلف العامل الإجابة إلى بيع ماله بعد فسخ المعاملة؛ لأنه لا يزيد على الشريك المعلوم عدم تكليفه بالبيع {ولو انفسخ العقد من غير المالك إما بعارض} كجنون، أو موت {يفسد العقد الجائز، أو من قبل العامل فلا أجر له، بل الحصة إن ظهر ربح} كما هو المتفق عليه

بينهما {وقيل} والقائل العلامة في التذكرة {له الأجرة أيضاً} لكنه ضعيف، لمخالفته لما اتفقا عليه.

[والقول قول العامل في قدر رأس المال] {لأنه منكر للزائد، والأصل} وهو البراءة من الزيادة {معه} [و] {في} [قدر الربح] {لأنه أمين} بحكم الشرع، فيكون منكراً {فيقبل قوله فيه} بلا خلاف ولا إشكال.

[وينبغي أن يكون رأس المال معلوماً عند العقد] قدراً ووصفاً، على المشهور، بل ظاهر التذكرة: أنه لا خلاف فيه بيننا، وحكي عن الشيخ في الخلاف، كذا في المستمسك {لترفع الجهالة عنه} وإطلاق المضاربة قاصر عن إثبات الصحة في المجهول، والأصل عدم ترتب الأثر مع الشك، وهو يقتضي البطلان {ولا يكتفى بمشاهدته} وإن زال بها معظم الغرر، كما هو المشهور شهرة عظيمة {وقيل: تكفي المشاهدة. وهو ظاهر اختياره هنا} باعتبار فرض التنازع، وإلا فمع التعيين لا تنازع، ويشكل: بأنهم بأجمعهم قد فرضوا التنازع مع ذهاب المشهور إلى التعيين {وهو مذهب الشيخ} في المبسوط {والعلامة في المختلف، لزوال معظم الغرر بالمشاهدة، وللأصل} وهو عدم التعيين {وقوله سَلَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ: (المؤمنون عند شروطهم)} ويشكل: بأن زوال معظم الغرر لا ينفع مع بقاءه، بناءً على النهي عنه مطلقاً، كما هو المشهور، والأصل مقطوع بالإجماع {فإن قلنا به واختلفا في قدره فالقول قول العامل، كما تقدم، للأصل} وهو عدم الزيادة {والأقوى المنع} في كفاية المشاهدة.

[وليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك، كمن ينعتق عليه] {أي على المالك؛ لأنه تخسير محض، والغرض من هذه المعاملة الاسترباح} فتبطل المضاربة بالنسبة إلى العامل، كما صرح به غير واحد {فإن اشتراه بدون إذنه كان فضولياً مع

علمه بالنسب} لمن يشتريه كأحد الأبوين {والحكم} بأنه ينعق عليه قهراً، فإن أجاز المالك صح الشراء والعق بلا إشكال، لعموم الأدلة {أما مع جهله بهما، أو بأحدهما ففي صحته وعقته عن المالك، أو إلحاقه بالعالم وجهان: مأخذهما انصراف الإذن إلى ما يمكن بيعه والاسترباح به فلا يدخل هذا فيه مطلقاً} مع جهله بهما أو بأحدهما {ومن كون الشرط بحسب الظاهر، لاستحالة توجه الخطاب إلى الغافل، كما لو اشترى معيماً لا يعلم بعيه فتلف به} والأقوى الأول؛ لأن شراء المعيب مأذون فيه؛ لأنه يمكن أن يكون مورداً للغبطة والفائدة كالصحيح، وطروء التخلف لا يضر في الإذن كطروئه في الصحيح، بخلاف ما نحن فيه، فإنه غير مأذون فيه بحسب الانصراف [و] {كذا} [لا] يصح أن [يشترى من رب المال شيئاً] كما هو المشهور {لأن المال له، ولا يشتري مال الإنسان بماله}.

[ولو أذن في شراء أبيه] {وغيره ممن ينعق عليه} [صح وانعق] {كما لو اشتراه بنفسه أو وكيله} بلا خلاف ولا إشكال، لعموم الأدلة {وبطلت المضاربة في ثمنه} كما هو صريح غير واحد {لأنه بمنزلة التالف وصار الباقي رأس المال إن كان} وإلاّ بطلت من أصلها؛ لأنها خلاف وضعها، وخروج عن عنوانها، حيث إنها مبنية على طلب الربح المفروض عدمه، بل هو خسران محض [وللعامل الأجرة] كما عن العلامة وغيره {سواء ظهر فيه ربح أم لا، أما مع عدمه فظاهر} كما علله فيما تقدم {إلاّ على الاحتمال السابق فيما لو فسخ المالك بنفسه} الذي أشكل فيه استحقاقه الأجرة {وأما مع ظهوره فلبطلان المضاربة بهذا الشراء، لعدم كونه من متعلق الإذن؛ لأن متعلقه ما فيه ربح ولو بالظنة، وهو منفي هنا، لكونه مستعقب للعق، فإذا صرف الثمن فيه بطلت} وضمن المالك أجرة المثل؛ لأن العامل عمل عملاً للمالك مع عدم نية التبرع به، وقد فاتت حصة العامل بسبب إذن المالك فاستحق عليه الأجرة.

{ويحتمل ثبوت الحصة إن قلنا بملكها بالظهور لتحقيقه} كما هو المشهور، بل في المسالك: لا يكاد يتحقق فيه مخالف، ولا نقل في كتاب الخلاف عن أحد من أصحابنا خلافه، ولصحيح محمد بن قيس قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل دفع ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم، فقال: يقوم فإذا زاد درهماً واحداً أعتق واستسعي في مال الرجل)^(١) {ولا يقدر عتقه القهري، لصدوره بإذن المالك، كما لو استرد طائفة من المال بعد ظهوره، فيسري {العتق} على العامل {فيضمن حصته} مع يسار المالك إن قلنا بالسراية في العتق القهري {مطلقاً وإن كان سببه غير مقدور} أو مع اختيار الشريك السبب}.

[ولو اشترى] {العامل} {أبا نفسه} {وغيره ممن يعتق عليه} {صح} قبل ظهور الربح أو مع عدمه، بلا إشكال، كذا في المستمسك، بل في جامع المقاصد: قطعاً، لعدم المانع {إذ لا ضرر على المالك} فيكون مشمولاً لعموم الأدلة مع عدم المخصص [فإن ظهر فيه ربح] {حال الشراء، أو بعده} {انعتق نصيبه} {أي نصيب العامل} بناء على القول الأقوى بملكه بمجرد ظهور الربح، فعن ظاهر التذكرة: أنه إجماعي. وفي الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به غير واحد، بل عن الغنية والسرائر الإجماع عليه {لاختياره السبب المفضي إليه كما لو اشتراه بهاله} [ويسعى المعتق] {وهو الأب} [في الباقي] {وإن كان الولد موسراً، لصحيحة محمد بن أبي عمير} عن محمد بن قيس {عن الصادق عليه السلام} المتقدمة {الحاكمة من غير استفصال} بين اليسار والإعسار.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٨) المضاربة، ح ١.

{وقيل: يسري على العامل مع يساره، لاختياره السبب وهو موجب لها، كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وحملت الرواية على إعساره جمعاً بين الأدلة} وهو الصحيح المتقدم وغيره، وما دلّ على ضمان المعتق مع يساره، لكن عموم ذلك للمقام محل تأمل، بل منع، لاختصاص ذلك بما إذا أعتقه، فلا يشمل ما إذا اشتراه فاعتق، وعليه فلا موجب لتقييد الصحيح المذكور.

{وربما فُرق} كما عن العلامة في القواعد {بين ظهور الربح حالة الشراء، وتجده فيسري في الأول} لأن شراؤه باختياره وهو تمام السبب {دون الثاني} لأن الربح إذا تجدد بعد الشراء لا يكون الشراء تمام السبب، حتى يصدق أنه اختاره، الموجب للسراية لعدم الاختيار في جزئه. ويشكل: بأنه يكفي في الاختيار الاختيار في بعض المقدمات، ومنه تعرف التأمل في قوله {ويمكن حمل الرواية عليه} إذ لا شاهد له وتقييد إطلاقها به {وفي وجه ثالث: بطلان البيع؛ لأنه مناف لمقصود القراض؛ إذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل التقلب للاسترباح، والشراء المتعقب للعتق ينافيه، والوسط قوي لولا معارضة إطلاق النص الصحيح} كما تقدم التنبيه عليه.

كتاب الودیعة

[كتاب الوديعة]

واحدة الودائع، وعن الصحاح: قال الكسائي: يقال: أودعته مالا أي دفعته إليه يكون وديعة عنده. وهي مأخوذة من: ودع يدع إذا سكن واستقر [و] شرعاً [هي استنابة في الحفظ] كما عن غير واحد {أي استنابة فيه بالذات، فلا يرد مثل الوكالة في بيع شيء أو شرائه مع إثبات اليد عليه، فإنها تستلزم الاستنابة فيه إلا أنها بالعرض، والقصد بالذات} في الوكالة {الإذن فيما وكل فيه} وبهذا افتقرت عن الوديعة {ثم الاستنابة إنما تكون من المودّع، والوديعة لا تتم إلا بالمتعاقدين، فلا تكون الوديعة هي الاستنابة، بل هي قبولها، وإن اكتفينا بالقبول الفعلي، وكأن التعريف لما كان لعقدها كما علم من مذهب المصنف} في كتاب البيع من أنه يريد بهذه الألفاظ نفس العقود، لا ما يترتب عليها {وكان المعتبر منه الإيجاب تسامح في إطلاقها عليه، أو لأن} المراد من {الاستنابة} الاستنابة الشرعية التامة التي {تستلزم قبولها، فإنها لو تجردت عنه لم تؤثر} آثارها وأحكامها الشرعية.

[وتفتقر إلى إيجاب وقبول] {كغيرها من العقود} بل علم مما تقدم أن ما هو كالمعاطاة فيها محتاج إلى معنى الإيجاب والقبول المقصود منها الإنشاء من الطرفين، لربط رضا كل منهما وقصده بالآخر، فضلاً عن العقد [ولا حصر في الألفاظ الدالة عليها] بلا خلاف ولا إشكال {كما هو شأن العقود الجائزة من الطرفين، فيكفي كل لفظ} وإن كان مجازاً {دَلَّ عليها، بل التلويح والإشارة المفهمة لمعناها اختياراً} من غير

اضطرار إلى ذلك من خرس ونحوه [ويكفي في القبول الفعل] وظاهرهم الاكتفاء به في تحقق العقد {لأن الغرض منه الرضا بها، وربما كان الفعل - وهو قبضها - أقوى من القول باعتبار دخولها في ضمانه} مع التفريط والتعدي، فيشملة عموم (على اليد) {والتزامه بحفظها بواسطة القبض وإن لم يحصل الإيجاب فيه أولى} للتعليل المتقدم {إلا أن فيه خروجاً عن باب العقود التي لا تتم بصيغة} واحدة {من الطرفين، ومن ثم قيل: إنها إذن مجرد، لا عقد، وكيف كان لا يجب مقارنة القبول للإيجاب قولياً كان أو فعلياً} بلا خلاف يظهر، كما في الرياض.

[ولو طرحها عنده] {ولم يحصل منه ما يدل على الرضا} ولو بقرينة حال {ولا قبضها} الودعي بعنوان الوديعة [أو أكرهه على قبضها لم تصر وديعة] {لانتفاء القبول الشرعي فيهما} المعتبر في تحققها، فلو تركها كذلك وذهب لم يكن عليه ضمان، لأصالة البراءة منه {وأما الإيجاب فقد يحصل بالطرح بأن يضم إليه قولاً، أو ما في حكمه} كالإشارة {يفيده، وقد لا يحصل بأن يقتصر على مجرد الطرح، وفي الثاني لا تصير وديعة وإن قبل قولاً أو فعلاً} فلا يتحقق عقد الوديعة بلا خلاف معتد به، لعدم تحقق إيجابها مطلقاً المتوقف عليه تأثير القبول {لكن في الثاني يجب عليه الحفظ لليد، لا للوديعة، وفي الأول يتم} العقد {بالقبول بهما} أي بالقول أو الفعل {فيجب عليه الحفظ} لاقتضاء العقد ذلك.

{وحيث لا يجب لعدم القبول، قد يجب لأمر آخر، كما لو غاب المالك وتركها وخيف عليها الذهاب، فيجب من باب المعاونة على البر كفاية، لكن لا ضمان بتركه} لو تركه، بل الإثم فقط، لتركه ما وجب عليه {وأما مع الإكراه} [فلا يجب حفظها مطلقاً] قبض أو لم يقبض [بل يجوز تركها وإن قبضها به في حضور المالك وغيبته] لعدم تحقق القبول الشرعي، لحديث الرفع {إلا أن يكون المكره مضطراً إلى الإيداع

فيجب إعاقته عليه} من باب المعاونة على البر والتقوى {كالسابق، فقوله: فلا يجب حفظها مطلقاً في الثاني} وهو صورة الإكراه {من حيث الوديعة، ومع عدم القبول، أو القبض في الأول} وهو مجرد الطرح {على ما فصل}.

[ولو قبل] {الوديعة قولاً، أو فعلاً} [وجب] {عليه} [الحفظ] بلا خلاف أجده، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، كذا في الجواهر، ولكونه مقدمة لوجوب أداء الأمانة لقوله ﷺ: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ ^(١) وردها إلى صاحبها لقوله ﷺ: (رد الوديعة إلى من ائتمنك، ولا تحن من خانك) ^(٢) وهو مستلزم للحفظ، مضافاً إلى ما في عدمه من الخيانة المحرمة كتاباً، وسنةً، وإجماعاً من المسلمين، وعقلاً {مادام مستودعاً، وكذا بعده} كأن يفسخ عقدها وهي عنده {إلى أن يؤدي إلى المالك أو ما في حكمه، وبذلك يظهر عدم المنافاة بين وجوب الحفظ وعدم وجوب البقاء على الوديعة من حيث إنها عقد جائز} لأن كلاً منهما مقتضى سبب خاص به.

[ولا ضمان عليه] {لو تلفت، أو عابت} اتفاقاً، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله ﷺ قال: (صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان... الحديث) ^(٣) ونحوه غيره [إلا بالتعدي] {فيها بأن ركب الدابة، أو لبس الثوب، أو فتح الكيس المختوم، أو المشدود} [أو التفريط] {بأن قصر في الحفظ عادة} بلا خلاف ولا إشكال، ولمكاتبة محمد بن الحسن إلى أبي محمد ﷺ (رجل دفع إلى رجل وديعة، فوضعها في منزل جاره

(١) سورة النساء، آية (٥٨).

(٢) مستدرک الوسائل، باب (١) كتاب الوديعة، ح ١٢.

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (٤) الوديعة، ح ١.

فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه؟ فوقع عاشق: هو ضامن لها إن شاء الله^(١) [فلو أخذت منه قهراً فلا ضمان] {إن لم يكن سبياً في الأخذ القهري} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر. أضف إليه أصل البراءة من الضمان، ولقاعدة الائتمان المعلومة من الكتاب الكريم والسنة والإجماع والعقل وهي عدم استتباعها للضمان في الحالات المذكورة، وأما إذا كان هو السبب فيه {بأن سعى بها إلى الظالم، أو أظهرها فوصل إليه خبرها مع مظنته} أي الأخذ قهراً توجه الضمان؛ لأنها من الخيانة والتفريط {ولا فرق بين أخذ القاهر لها بيده، وأمره له بدفعها كرهاً} على الأشهر الأظهر {لانتفاء التفريط فيها} لأصالة براءة ذمة الأمين، خصوصاً الودعي، مع الشك في تحقق سبب الضمان {فينحصر الرجوع على الظالم فيها على الأقوى} وفاقاً للمشهور {وقيل} والقائل أبو الصلاح وأبو المكارم والعلامة في التذكرة والتحرير {له الرجوع على المستودع في الثاني} وهو حال أمره بالدفع فدفعها؛ لأنه باشر تسليم مال الغير بيده فيشملة عموم (على اليد) {وإن استقر الضمان على الظالم} لكنه كما ترى! منافٍ لإطلاق ما دلّ على عدم ضمانه لإكراهه؛ لأنه محسن ولم يفرط، وهو حاكم على قاعدة (على اليد).

[ولو تمكن] {المستودع} [من الدفع] {عنها بالوسائل الموجبة لسلامتها} كإخفائها، أو التورية في إنكارها [وجب] بلا خلاف أجده فيه؛ لأنه مقدمة للحفظ المأمور به على الإطلاق، كذا في الجواهر [ما لم يؤد إلى تحمل الضرر الكثير، كالجرح، وأخذ المال] {فيجوز تسليمها حينئذٍ} لأنه من الضرر المنفي، والجرح المرفوع، ودفع ضرر بالضرر وهو لا يصح {وإن قدر على تحمله، والمرجع في الكثرة والقلة إلى حال

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٥) الودعة، ح ١.

المكره، فقد تعد الكلمة اليسيرة من الأذى كثيراً في حقه، لكونه جليلاً لا يليق بحاله ذلك، ومنه لا يعتد بمثله { فيجب عليه تحمله، لعدم صدق الضرر والخرج معه } وأما أخذ المال فإن كان مال المستودع لم يجب بذله مطلقاً { سواء استوعب الوديعة أم لا، قلّ أم كثر، لعدم ما يدل على وجوب الحفظ مطلقاً، ومن جميع الجهات، والأمر بأداء الأمانة ظاهره عدم الخيانة، كما لا يخفى على من لاحظ نصوصه } وإن كان من الوديعة فإن لم يستوعبها وجب { مقدمة } الدفع عنها ببعضها ما أمكن { كما لو كانت متعددة وأمكن دفع قسم وإبقاء الآخر } فلو ترك مع القدرة على سلامة البعض فأخذ الجميع ضمن ما يمكن سلامته { لأنه من التفريط الموجب للضمان بلا إشكال } وإن لم يمكن إلاّ بأخذها أجمع فلا تقصير { لنفي العسر والخرج والضرر، فلا ضمان حينئذٍ } ولو أمكن الدفع عنها بشيء من ماله لا يستوعب قيمتها جاز { بلا إشكال، ورجع مع نيته } وعدم إمكان الاستئذان من المالك، لكونه ولياً بالنسبة إلى ذلك { ولو أمكن حفظها عنه بالاستتار منه وجب { لوجوب الحفظ } فيضمن بتركه { لأنه تفريط موجب للضمان بلا إشكال.

[نعم يجب عليه اليمين لو قنع بها الظالم] دفعاً لأعظم الضررين بالأخف على الأظهر، ولو أمكنه التورية [ف] يجب عليه أن [يؤري] { بما يخرج عنه الكذب: بأن يحلف أنه ما استودع من فلان، ويخصه بوقت، أو جنس، أو مكان، أو نحوها، مغاير لما استودع، وإنما تجب التورية عليه مع علمه بها { لأن الله عز وجل لا يكلف نفساً إلاّ ما آتاها } وإلاّ سقطت { وجاز الكذب { لأنه كذب مستثنى للضرورة } اتفاقاً فتوى ونصاً، كذا في الرياض { ترجيحاً لأخف القبيحين حيث تعارضاً } لأن الكذب في مثله وإن كان قبيحاً لكن ضياع مال المسلم أشد قبحاً.

[وتبطل] {الوديعة} [بموت كل منهما] {المودع والمستودع، كغيرها من العقود الجائزة} {وجنونه، وإغمائه} {وإن قصر وقتها} إجماعاً؛ ولأنه بالموت ينتقل المال عن المودع إلى الوارث، ولا عقد معه، فلا يجوز بقاءه وديعة، وبالجنون والإغماء تنتقل ولاية التصرف إلى وليه، ولا عقد معه من قبل الودعي [فتبقى] {في يد المستودع على تقدير عروض ذلك للمودع، أو يد وارثه، أو وليه، أو يده بعد صحته على تقدير عروضه له} {أمانة شرعية} {أي مأذوناً في حفظها من قبل الشارع} حسبة بلا خلاف ولا إشكال {لا المالك، لبطان إذنه بذلك} أي الموت، أو الجنون، أو الإغماء {ومن حكم الأمانة الشرعية وجوب المبادرة إلى ردها} فوراً إلى مالکها أو وليه على قول، وعلى آخر الاكتفاء بإعلامه فوراً على وجه لو لم يبادر لا لعذر شرعي ضمن {وإن لم يطلبها المالك} بل ولو لم يقبلها، لكن لا ضمان، لما عرفت من انفساخ عقد الوديعة حينئذٍ.

[ولا يقبل قول الودعي] {وغيره ممن هي في يده} {في ردها} لأن الأصل عدم الرد، ولا ينقطع [إلا بينة] {بخلاف الأمانة المستندة إلى المالك، فإنه لا يجب ردها بدون الطلب، أو ما في حكمه كاتقضاء المدة المأذون فيها، وقد يقبل قوله في ردها} وإن كان مدعياً بكل وجه للإجماع على قبول دعوى الرد ممن قبل الأمانة لمجرد الإحسان للمالك {كالوديعة، وقد لا يقبل، كما إذا قبضها لمصلحته كالعارية، والمضاربة} بسبب التهمة، واستصحاب بقائها عنده {ومن الأمانة الشرعية ما بطل من الأمانة المالكية كالشركة، والمضاربة بموت، ونحوه، وما تطيره الرياح إلى دار الغير من الأمتعة، وما ينزع من الغاصب بطريق الحسبة، وما يؤخذ من الصبي والمجنون من مال الغير وإن كان كسباً من قمار كالجوز والبيض، وما يؤخذ من مالها وديعة عند خوف تلفه

بأيديهما، وما يتسلمه منهما نسياناً، وما يوجد فيها يشتري من الأمتعة كالصندوق من مال لا يدخل في المبيع، واللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك، وضابطه: ما أذن في الاستيلاء عليه شرعاً {ولم يأذن به المالك} ففي مثل هذه الأحوال يجب على القابض ردها مع علمه بأصحابها، وإلا فيلزمه الطلب مقدمة للردّ.

[ولو عين] {المودع} [موضِعاً للحفظ اقتصر] {المستودع} [عليه] {فلا يجوز نقلها إلى غيره وإن كان أحفظ} لحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه {عملاً} بمقتضى التعيين، ولاختلاف الأغراض في ذلك، وقيل {والقائل المحقق في الشرائع، وغيره} {يجوز إلى الأحفظ، لدلالته عليه بطريق أولى. وهو ممنوع} لما ذكره من اختلاف الأغراض {وجوز آخرون} منهم ابن إدريس والمحقق، والعلامة في بعض كتبه، وغيرهم {التخطي إلى المساوي. وهو قياس باطل} إلا إذا فهم من الودعي إرادة المثال فيما عين ولو بقرينة ظهور أن غرضه الاحتفاظ لا غير {وحيثئذ فيضمن بنقلها عن المعين مطلقاً} سواء كان للأحرز أم للمساوي؛ لأن يده عادية فيشملة عموم (على اليد) [إلا أن يخاف تلفها فيه] علماً أو ظناً معتدّاً به [فينقلها عنه] وجوباً، لوجوب الحفظ عليه {إلى الأحفظ أو المساوي مع الإمكان، فإن تعذر فالأدون} [ولا ضمان] {حيثئذ} حتى لو تلفت. بلا خلاف ظاهر، بل ولا إشكال؛ لأنه محسن و﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ {للإذن فيه شرعاً، وإنما جاز المساوي هنا} مع خوف التلف {للسقوط حكم المعين بتعذره، فينتقل إلى ما في حكمه، وهو المساوي، أو ما فوقه، ويمكن شمول كلامه للأدون عند الخوف وإن وجد المساوي} لإطلاقة وجوب النقل {كما يشمل المنع من الأعلى عند عدمه، ويشمل أيضاً فيها} المساوي والأعلى {ما لو نهاه عن غير المعين وعدمه} بإطلاقه وجوب الالتزام بما عين {وهو كذلك} لتحقيق التعدي في هذه الموارد.

[ويحفظ] {الوديعة} [بما جرت العادة به] {في مكان الوديعة وزمانها؛ لأن الشارع لم يحد لها حداً، فيرجع إلى العادة} بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنها استنابة في الحفظ على وجه لا يعد الودعي مضيعاً أو مفرطاً أو خائناً أو مهملاً أو متعدياً [كالثوب، والنقد في الصندوق] {المقفل، أو الموضوع في بيت محرز عن الغير} بقفل أو حارس ونحوهما [والدابة في الأسطبل] {المضبوط بالغلق} [والشاة في المراح] {كذلك، أو المحفوظ بنظر المستودع، وهذه الثلاثة مما جرت العادة بكونها حرزاً لما ذكر، وقد يفتقر إلى أمر آخر} ككون الصندوق - مثلاً - موضوعاً في محل، أو بيت يؤمن سرقة عادة ونحوه {أو يقوم غيرها مقامها عادة} كما لو حفظت الشاة في الدار.

{ولا فرق في وجوب الحرز على المستودع بين من يملكه، وغيره، وبين من يعلم أنه لا حرز له، وغيره} لأن العلم بالعدم لا يقتضي الإذن له في الوضع في غير حرزها عادة، بل عليه تحصيله لها مقدمة للحفظ الواجب عليه [ولو استودع من طفل، أو مجنون ضمن] {لأنهما ليسا أهلاً للإذن} لاشتراط الكمال في طرفي عقد الوديعة كغيرها من العقود. بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر {فيكون وضع يده على مالها بغير إذن شرعي فيضمن} لعموم (على اليد) {إلا أن يخاف تلفها في أيديهما فيقبضها بنية الحسبة، فالأقوى عدم الضمان، لكن يجب مراجعة الولي ما أمكن} لحرمة التصرف في مال المولى عليه إلا للضرورة، ومع إمكان الاستئذان فلا ضرورة {ولا فرق بين كون المال لهما، أو لغيرهما، وإن ادعى إذنه لهما في الإيداع} لسلب عبارتهما شرعاً [و] {حيث يقبض الوديعة منهما مع جوازه، أو لا معه} [يبرأ بالرد إلى وليهما] {الخاص، أو العام مع تعذره} لأنه أدى ما وجب عليه أدائه {لا إليهما} لسفاهتهما والحجر عليهما المستلزمان للمنع من دفع حتى مالهما إليهما كما دل عليه الكتاب، والسنة المستفيضة.

[ويجب إعادة الوديعة على المودع] {مع المطالبة} بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولقوله ع: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾^(١) ولصحيح الحسين بن أبي العلاء عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إن الله عز وجل لم يبعث نبياً إلا بصدق الحديث، وأداء الأمانة إلى البر والفاجر)^(٢) ونحوه غيره وهو متواتر {في أول وقت الإمكان} ولعل الوجه فيه مع عدم اقتضاء الأمر الفور هو وجوب الاقتصار في وضع اليد على مال الغير على القدر المتحقق معه إذنه، ومطالبة الرد تقتضي انقطاعه، فلا يجوز له التصرف زيادة على ما يتحقق به الرد، كما في الرياض {بمعنى رفع يده عنها، والتخلية بين المالك وبينها، فلو كانت في صندوق مقفل فَفَتَحَهُ عليه، أو بيت محرز فكذلك، لا نقلها إلى المالك زيادة على ذلك} لأصالة عدم وجوبه {والعذر الشرعي كإكمال الصلاة وإن كانت نفلاً على الأقوى} لأن إطلاق الأمر بالتأدية يرجع فيه إلى المتعارف في رد الودائع، فلا يجب عليه شدة الإسراع بركض ونحوه وإن اقترحه المالك، ولعله لذا ونحوه يراد بالفورية العرفية، لا العقلية {ما لم يتضرر المالك بالتأخير} بالضرر المرفوع {والعادي كانتظار انقطاع المطر ونحوه كالعقلي، وفي إكمال الطعام والحمام وجهان} من أنهما لا ينافيان الفورية عرفاً فيلحقان بالعذر العادي، ومن أنهما داخلان تحت عموم عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير إذنه، فيلزمه عدم جواز إكمالهما، أجودهما الأول.

{والمعتبر في السعي القصد} عرفاً وشرعاً؛ لأنه منصرف إطلاق الأدلة {وإن قدر على الزيادة، والحكم ثابت كذلك} في وجوب رد الوديعة [وإن كان] {المودع}

(١) سورة النساء، أية (٥٨).

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٢) الوديعة، ح ٧.

[كافراً] {مباح المال كالحربي} على المشهور شهرة عظيمة، خلافاً لأبي الصلاح الحلبي حيث أوجب فيه الرد إلى سلطان الإسلام. وقد رمي بالشذوذ من جمع من الأصحاب {للأمر بأداء الأمانة إلى أهلها من غير قيد} في الكتاب الكريم، كما تقدم {وروى الفضيل عن الرضا عليه الصلاة والسلام قال: (سألت عن رجل استودع رجلاً من مواليك مالا له قيمة، والرجل من العرب يقدر أن لا يعطيه شيئاً، والمودع رجل خارجي شيطان، فلم أدع شيئاً، فقال ﷺ: قل له: يرد عليه فإنه ائتمنه عليه بأمانة الله ... الحديث)^(١) وعن {الحسين الشيباني عن أبي عبد الله {الصادق عليه الصلاة والسلام} قال: (قلت له: رجل من مواليك يستحل مال بني أمية ودماءهم، وإنه وقع لهم عنده وديعة، فقال: {أدوا الأمانة إلى أهلها، وإن كانوا مجوساً^(٢) ونحوهما غيرهما، وهو مستفيض.

[ويضمن لو أهمل] {الرد} [بعد المطالبة] {وإمكان الرد على الوجه السابق؛ لأنه من أسباب التقصير} والتفريط الموجبة للضمان نصاً وفتوى {ولو كان التأخير لعذر وجب في أول أوقات إمكانه} اقتصاراً في عموم (على اليد) على المتيقن [أو أودعها لغيره] {ولو لزوجته، أو ثقة} [من غير ضرورة] {إلى الإيداع} وهو موضع وفاق؛ ولأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، كما في المسالك {فلو اضطر إليه بان خاف عليها من حرق، أو سرق، أو نهب لو بقيت في يده وتعذر ردها إلى المالك، والحاكم، أودعها العدل} وهو كما ترى! لعدم كونه إيداعاً عرفاً مع فرض عدم إذن المالك له، ورخصة الشارع له فيه لا تصيره وديعة عرفاً، فهو مخاطب بحفظها من جهتين:

(١) تهذيب الأحكام، باب (١٦) الوديعة، ح ٨.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٢) الوديعة، ح ٥.

إحداهما كونه وديعة، والأخرى كونه مالاً محترماً، ومع فرض الضرورة يتعين ملاحظة الجهة الثانية فيودعها لذلك، وليست هذه وديعة اصطلاحاً؛ إذ هي استنابة من المالك في الحفظ.

{وفي حكم إيداعها اختياراً إشراك الغير في اليد ولو زوجة وولداً، ووضعها في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظها في سائر الأوقات} [أو سافر بها كذلك] {أي من غير ضرورة إلى استصحابها في السفر بأن أمكنه عند إرادة السفر إيصالها إلى المالك، أو وكله عاماً، أو خاصاً، أو إيداعها العدل} لحفظها {فترك وأخذها معه فيضمن} بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر، وعن محكي التذكرة: لو سافر بها مع القدرة على صاحبها، أو وكيله، أو الحاكم، أو الأمين ضمن عند علمائنا أجمع. لعدم تناول إطلاق العقد السفر الذي هو نوع تغير بها، وهو من التعدي الموجب للضمان {أما مع الضرورة بأن تعذر جميع ما تقدم وخاف عليها في البلد} فسافر بها لحفظها {أو اضطر إلى السفر، فلا ضمان، بل قد يجب؛ لأنه من ضروب الحفظ، والمعتبر في تعذر التوصل إلى المالك ومن بحكمه المشقة الكثيرة عرفاً} لما في إلزامه بتحمل ما يزيد عن ذلك من الحرج والضرر المنفيين {وفي السفر العرفي} وإن لم يبلغ المسافة الشرعية أيضاً {فما قصر عنه كالتردد إلى حدود البلد وقرى لا يطلق الذهاب إليها السفر يجوز فيه مصاحبته مع أمن الطريق} لشمول إطلاق الإذن له في مثل هذه الأحوال {ولا يجوز إيداعها في مثله مع إمكان استصحابها} لعدم وقوعه تحت إطلاق الإذن {واستثنى منه ما لو أودعه مسافراً، أو كان المستودع منتجعاً فإنه يسافر بها من غير ضمان، لقدوم المالك عليه} حيث أودعه ماله على تلك الحال، وليس على المستودع ترك السفر لأجلها، فكان هذا في معنى الإذن في السفر بها بدلالة القرائن الحالية.

[أو طرحها في موضع تتعفن فيه] فيضمن لذلك؛ لأنه من التفريط في الحفظ الموجب له {وإن كان حرزاً لمثلها، لما عرفت من أن الحرز مشروط بأمور آخر هذا منها، وفي حكم العفن الموضع المفسد كالندى للكتب، وضابطه ما لا يصلح بتلك الوديعة عرفاً بحسب مدة إقامتها فيه} [أو ترك سقي الدابة، أو علفها ما لا تصبر عليه عادة] {ومثلها المملوك} فلو ماتا والحال هذه يكون ضامناً لهما؛ لأنه من التفريط الموجب له {والمعتبر السقي والعلف بحسب المعتاد لأمثالها، فالنقصان عنه تفريط، وهو المعبر عنه بعدم صبرها عليه، فيضمنها حينئذٍ وإن ماتت بغيره، ولا فرق في ذلك بين أن يأمره بهما، ويطلق، وينهاه، لوجوب حفظ المال عن التلف، هذا هو الذي يقتضيه إطلاق العبارة، وهو أحد القولين في المسألة، والأقوى أنه مع النهي لا يضمن بالترك؛ لأن حفظ المال إنما يجب {بالذات} على مالكة لا على غيره، نعم يجب في الحيوان مطلقاً سواء مع النهي أم لا {لأنه ذو روح، لكن لا يضمن بتركه} بل يأثم خاصة {كغيره} من شجر ونحوه، لقدوم المالك عليه بنهيه عنه.

{واعلم أن مستودع الحيوان إن أمره المالك بالإنفاق أنفق ورجع عليه بما غرم، وإن أطلق توصل إلى استئذانه، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو وأشهد عليه ورجع به} لاستلزام عدمه الضرر المنفي مع أنه محسن و﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ لكن لم يظهر وجه لزوم الإشهاد؛ إذ ليس عليه دليل ظاهر، إلا أن يقال: إن ذكره له إرشاداً لدفع المنازعة، لا اعتباراً واشتراطاً {ولو تعذر الإشهاد اقتصر على نية الرجوع إن أراد، وقبل قوله فيها وفي القدر بالمعروف، وكذا القول مع نهى المالك عنه} لأن نهيه لا أثر له فيما هو واجب عليه {وفي حكم النفقة ما يفتقر إليه من الدواء وغيره، وفي حكم الحيوان الشجر المفتقر إلى الحرث والسقي وغيرهما} لتوقف الحفظ عليه.

[أو ترك نشر الثوب] {الذي يفسده طول مكثه، كالصوف، والإبريسم} {للريح} {حتى لو لم يندفع بنشره وجب لبسه بمقدار ما يندفع به الضرر عنه، وكذا عرضه على البرد، ومثله توقف نقل الدابة إلى الحرز، أو العلف، أو السقي، أو على الركوب، والكتاب على تقلبيه، والنظر فيه فيجب ذلك كله} مقدمة لحفظه {ويحرم بدونه} لأنه تفريط في مال يجب حفظه شرعاً [أو انتفع بها] {لا لذلك} وهو حفظها ودفع فسادها بالنشر، أو اللبس، أو نحوهما [أو مزجها] {بها، أو بهال غيره بحيث لا يتميز، سواء مزجها بأجود أم بأدون، بل لو مزج إحدى الوديعتين بالأخرى ضمنهما معاً وإن كانا لواحد، ومثله لو خلطها بهال مالكة غير مودَّع عنده} بلا خلاف أجده، كذا في الجواهر {للتعدي في الجميع} فيضمنه بالتصرف غير المأذون فيه، ومنه يعلم أن سببه العدوان، لا الشركة.

[وليرد] {الوديعة حيث يؤمر به، أو يريده هو} {إلى المالك، أو وكيله} {المتناول وكالته مثل ذلك، مخيراً فيها} بلا خلاف ولا إشكال، لجواز عقد الوديعة [فإن تعذر] {المالك، أو وكيله} {فالحاكم} {الشرعي} {عند الضرورة إلى ردها} {لا بدونها} {ولو دفعها كذلك ضمن؛ لأن المالك لم يرض بيد غيره، وفي المسالك: هكذا ذكره الأصحاب ولم نعلم فيه خلافاً} {لأن الحاكم لا ولاية له على من له وكيل، والودعي بمنزلته، وإنما جاز الدفع إليه عند الضرورة دفعاً للخرج والإضرار، وتنزيلاً له حينئذٍ منزلة من لا وكيل له} {لأنه ولي الغائب، ومنصوب للمصالح العامة للمسلمين وهذه منها.

{وتتحقق الضرورة بالعجز عن الحفظ، وعروض خوف يفتقر معه إلى التستر المنافي لرعايتها، أو الخوف على أخذ المتغلب لها تبعاً لماله، أو استقلالاً، أو الخوف عليها

من السرقة، أو الحرق، أو النهب، ونحو ذلك} وهل يجب قبولها؟ قيل: لا، لأصل العدم، وقيل: نعم؛ لأنه ولي من لا ولي له ولنصبه للمصالح وهذه منها. وهو الأجود {فإن تعذر الحاكم حينئذٍ أودعها الثقة} فلو تلفت لم يضمن، لعدم صدق التعدي أو التفريط في المقام الذي هو أحد أفراد وجوب الحفظ، والدفع إلى العدل لقيامه مقام الحاكم في الحسبة، وهو محسن ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ {ولو دفعها إلى الحاكم مع القدرة على المالك ضمن، كما يضمن لو دفعها إلى الثقة مع القدرة على الحاكم أو المالك} لتسالم كلماتهم على هذا الترتيب، ويعرف دليله مما تقدم.

[ولو أنكروا الوديعة حلف] بلا خلاف ولا إشكال، لعموم (البينة على المدعي واليمين على المنكر) و{لأصالة البراءة} من العين، وكذا لو اعترف ولم ينكر لكنه ادعى الرد، أو التلف مع عدم البينة، على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، كذا في الجواهر. سواء أسنده إلى سبب أم لا، وسواء كان ظاهراً كالغرق والحرق أم لا كالسرقة، ففي التذكرة: نسبته إلى علمائنا، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان)^(١) ونحوه غيره [ولو أقام {المالك} بها بينة قبل حلفه ضمن] حتى لو ادعى بعد ذلك لإثبات تلفه أو رده لا يقبل قوله فيها حتى مع اليمين {لأنه متعدي بجحوده لها} فصار خائناً، وقد حصل منه إنكاره سبب اشتغال ذمته بالضمنان فيضمن [إلا أن يكون جوابه: لا تستحق عندي شيئاً وشبهه] {كقوله: ليس عندي وديعة يلزمي ردها ولا عوضها فلا يضمن بالإنكار} حتى لو أقام المالك بها بينة قبل حلفه حينئذٍ {بل يكون كمدعي التلف يقبل قوله بيمينه أيضاً} كما تقدم {لإمكان تلفها بغير تفريط فلا تكون مستحقة عنده،

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٤) الوديعة، ح ١.

ولا یناقض قوله البینة، ولو أظهر لإنكاره الأول} للودیعة {تأویلاً كقوله: لیس لك عندي وديعة يلزمني ردها، أو ضمانها، ونحو ذلك فالأقوى القبول أيضاً، واختاره المصنف في بعض تحقیقاته} لعدم التناقض بین كلامیه، لكنه كما ترى! خروج عن محل الكلام.

[والقول قول الودعي في القيمة لو فرط] {لأصالة عدم الزيادة عما يعترف به، وقيل} والقائل الشيخ القول {قول المالك، لخروجه بالتفريط عن الأمانة} مؤيداً بمرسل الصدوق قال: (سئل الصادق عليه السلام عن المودع إذا كان غير ثقة هل يقبل قوله؟ قال: نعم ولا يمين عليه)^(١) {ويضعف} الأول {بأنه لیس مأخذ القبول} بل المأخذ الموافق لأصول المذهب هو أصالة عدم الزيادة، والثاني بضعف السند أولاً، وعدم الدلالة ثانياً؛ لأن الظاهر قبول قوله في عدم التفريط أو التعدي، لا مطلقاً.

[وإذا مات المودع سلمها] {المستودع} [إلى وارثه] {إن اتحد} مع كماله [أو إلى من يقوم مقامه] {من وكيل، وولي، فإن تعذر سلمها إلى الجميع إن اتفقوا في الأهلية، وإلاّ فإلى الأهل، وولي الناقص} بلا خلاف يعرف، بل ولا إشكال [ولو سلمها إلى البعض] {من دون إذن الباقي} [ضمن للباقي] {بنسبة حصتهم} بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر {لتعديده فيها بتسليمها إلى غير المالك، وتجب المبادرة إلى ردها إليهم حينئذٍ} لأنها أصبحت أمانة شرعية {كما سلف، سواء علم الوارث بها أم لا}.

[ولا يبرأ] {المستودع} من الضمان [بإعادتها إلى الحرز لو تعدى] {فأخرجها منه} [أو فرط] {بتركه غير مقفل، ثم قفله، ونحوه؛ لأنه صار بمنزلة الغاصب فيستصحب حكم الضمان إلى أن يحصل من المالك ما يقتضي زواله برده عليه، ثم يجدد له الودیعة،

(١) الوسائل، ج١٩، باب (٤) الودیعة، ح٧.

أو يجدد له الاستئمان بغير ردّ، كأن يقول له: أودعتكها، أو استأمتك عليها، ونحوه على الأقوى؛ لأنه إنما كان بحق المالك وقد رضي بسقوطه بإحداثه ما يقتضي الأمانة {وقيل} والقائل الأكثر {لا يعود لذلك كما لا يزول الضمان عن الغاصب بإيداعه أو يبرؤه من الضمان على قول قوي} لاستصحاب حكم الضمان، وعدم صيرورته وديعة جديدة بذلك؛ إذ مع التفريط السابق لم ينفسخ عقد وديعته، ولم يرتفع الإذن في حفظها، وإنما صارت وديعة مضمونة، ومنه تعرف قوة الثاني.

[ويقبل قوله يمينه في الرد] {وإن كان مدعياً بكل وجه على المشهور؛ لأنه محسن} وليس عليه سبيل {وقابض لمحض مصلحة المالك، والأصل براءة ذمته، هذا إذا ادعى ردها على من أئتمنه، أما لو ادعاه على غيره كوارثه، فكغيره من الأئناء} لا يقبل قوله، ويكلف بالبينه بلا خلاف فيه، كذا عن سيد الرياض {لأصالة عدمه، وهو لم يأتمنه فلا يكلف تصديقه، ودعوى ردها على الوكيل كدعواه على الموكل؛ لأن يده كيده} فتسمع مع يمينه بلا خلاف ظاهر، بل ولا إشكال.

كتاب العارية

[كتاب العارية]

{بتشديد الباء} كما عن الصحاح وغيره {وتخفف} كما عن الخطائي {نسبة إلى العار؛ لأن طلبها عار، أو إلى العارة مصدر ثان لأعرته إعاره، كالجابة للإجابة، أو من عار {الفرس} إذا جاء وذهب لتحويلها من يد إلى أخرى، أو من التعاور وهو التداول، وهي من العقود الجائزة} بلا خلاف معتد به أجده، بل لعل الإجماع بقسميه عليه من غير فرق بين الموقت وغيره، خلافاً للمحكي عن ابن الجنيّد من الحكم باللزوم من طرف المعير في إعاره الأرض القراح مدة للغرس أو البناء، ولا ريب في ضعفه، كذا في الجواهر، وهو {يُشمر جواز التصرف في العين بالانتفاع مع بقاء الأصل غالباً} احترازاً عن المنحة كما سيأتي [ولا حصر أيضاً] {أي عوداً إلى ما ذكر في الوديعة} [في ألفاظها] {إيجاباً وقبولاً، بل كل ما دلّ} من الألفاظ {على الإذن من طرف المعير فهو إيجاب، ويكفي الفعل في القبول} كما عن كثير من الأصحاب، كما في المسالك؛ لأن المقصود منه هو الرضا {بل لو استفيد رضاه من غير الألفاظ كالكتابة، والإشارة ولو مع القدرة على النطق كفى} لكفاية الفعل معها فكذا كل ما يفيد فائدته.

{ومثله ما لو دفع إليه ثوباً حيث وجده عارياً، أو محتاجاً إلى لبسه، أو فرش لضيّفه فراشاً، أو ألقى إليه وسادة} فنام عليها {أو مخدة} فاتكأ عليها {واكتفى في التذكرة بحسن الظن بالصدّيق في جواز الانتفاع بمتاعه، وينبغي تقييده بكون منفعتة مما يتناوله الإذن الوارد في الآية} وهي قوله ﷺ: «أَوْ صَدِيقُكُمْ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا

جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا»^(١) {بجواز الأكل من بيته بمفهوم الموافقة} حيث يكون ضرره أقل منه {وتعديه إلى من تناولته من الأرحام، لا مطلق حسن الظن} المتناول للمساوي، والأكثر ضرراً {لعدم الدليل؛ إذ المساوي قياس، والأضعف} عن مدلول الآية الشريفة وهو الأكثر ضرراً {ممتنع بطريق أولى} كما هو واضح.

[ويشترط كون المعير كاملاً جائز التصرف] بلا خلاف ولا إشكال غيره من العقود [ويجوز إعارة الصبي بإذن الولي] {لمال نفسه} مع المصلحة {ووليّه} كما عن جمع من الأساطين، بل أرسله بعضهم إرسال المسلمات، للسيرة القطعية المعتضدة بكلمات الأصحاب {لأن المعتبر إذن الولي، وهو كافٍ في تحقق هذا العقد} فمرجع ذلك إلى كون الصبي حيتئذ كالألة، والإيجاب والإنشاء بفعل الولي الذي هو الإذن بإرسال الصبي ونحوه {هذا إذا علم المستعير بإذن الولي، وإلا لم يقبل قول الصبي في حقه} لسلب عبارته شرعاً في حق نفسه، فضلاً عن غيره {إلا أن يضم إليه قرائن تفيد الظن المتأخّر للعلم به، كما إذا طلبها من الولي فجاء بها الصبي وأخبر أنه أرسله بها ونحو ذلك، كما يقبل قوله في الهدية، والإذن في دخول الدار بالقرائن، ولا بد من إذن الولي في إعارة ماله من وجود المصلحة بها: بأن تكون يد المستعير أحفظ من يد الولي في ذلك الوقت، أو لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن منفعة ماله، أو تكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها الإهمال ونحو ذلك}.

[و] يشترط [كون العين مما يصح الانتفاع بها مع بقاء عينها] منفعة معتداً بها عند العقلاء، كما نفي الخلاف في ذلك، بل ادعي الإجماع عليه، كذا في الجواهر، وهو منصرف إطلاق كثير من النصوص، كصحيح عبد الله بن سنان قال: (سألت

(١) سورة النور، آية (٦١).

أبا عبد الله عليه السلام عن العارية، فقال: لا غرم على مستعير عارية إذا هلك، إذا كان مأموناً^(١) ونحوه غيره {فلا يصح إعارة ما لا يتم الانتفاع به إلاّ بذهاب عينه كالأطعمة} ففي الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك، نعم {يستثنى من ذلك المنحة، وهي الشاة للحلب} إجماعاً، كما عن التذكرة وغيرها، و{للنص} المروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: (العارية مردودة، والمنحة مردودة، والدين يقضى، والزعيم غارم)^(٢) لكنه مع ضعفه سنداً لا يدل إلاّ على مشروعية المنحة، التي يمكن استفادتها من السيرة القطعية، مع الإجماع المذكور، ولا يقتضي ذلك كونها عارية، بل لعلها سنخ من الإباحة، بل هو ظاهر النص المتقدم، وعليه فالحجة فيها الإجماع {وفي تعديده إلى غيرها من الحيوان المتخذ للحلب وجهان} من عدم الخصوصية للشاة {ومن الاختصار فيما خالف الأصل على موضع اليقين، وهو أجود}.

[وللمالك الرجوع فيها متى شاء] بلا خلاف ولا إشكال، لتقومه بالإذن المقتضي للإباحة {لاقتضاء جواز العقد ذلك} [إلا في الإعارة للدفن] {أي دفن الميت المسلم ومن بحكمه، فلا يجوز فيه} [بعد الطم] وهو موضع وفاق، كذا في المسالك {لتحريم نبشه، وهتك حرمة إلى أن تدرس عظامه} بالنسبة لتلك الأرض على وجه لا ينافي احترامه، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر {ولو رجع قبله جاز وإن كان الميت قد وضع على الأقوى} كما هو صريح جمع من الأصحاب، لعدم صدق النباش والهتك حينئذٍ {للأصل} وهو استصحاب الجواز، أو الرجوع في العارية مع عدم المانع {فمؤونة الحفر لازمة لولي الميت، لقدمه على

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١) العارية، ح ٣.

(٢) مستدرک الوسائل، باب (٤) الدين والقرض، ح ٤.

ذلك {المعلوم جواز الرجوع فيه} إلا أن يتعذر عليه غيره مما لا يزيد عوضه عنه، فيقوى كونه من مال الميت، لعدم التقصير {من الولي} ولا يلزم طمّ، للإذن فيه {من قبل المالك وإقدامه على ذلك}.

{ويستثنى آخرا أيضاً: أحدهما إذا حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يستدرك، كما لو أعاره لوحاً رقع به سفينته ولجّ في البحر، فلا رجوع للمعير إلى أن يمكنه الخروج إلى الشاطئ} لما فيه من تلف النفوس والمال من الضرر المنفي {أو} إمكان {إصلاحها مع نزعها من غير ضرر} لقاعدة السلطنة {ولو رجع قبل دخول السفينة، أو بعد إخراجها فلا إشكال في الجواز، مع احتمال الجواز مطلقاً} حتى في الصورة الأولى، وتظهر الفائدة في وجوب المبادرة بالرد بعد زوال الضرر من غير مطالبة جديدة، كما تقدم في الاستعمال للرهن {وإن وجب الصبر بقبضه إلى أن يزول الضرر. والثاني الاستعارة للرهن بعد وقوعه، وقد تقدم} في كتاب الرهن مع دليله.

[وهي أمانة] {في يد المستعير} [لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، إلا ما استثنى] بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان. وقال: ليس على مستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن)^(١) ونحوه غيره، أو اشتراط الضمان في الوديعة، إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، ولصحيح أبي بصير - يعني المرادي - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سمعتة يقول: بعث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى صفوان بن أمية فاستعار منه

سبعين درعاً بأطرافها* فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال النبي ﷺ: بل عارية مضمونة^(١) ونحوه غيره.

[وإذا استعار أرضاً] {صالحة للزراع، والغرس، والبناء عادة} [غرس، أو زرع، أو بنى] [خيراً فيها مع الإطلاق] بلا خلاف، للإطلاق {أو التصريح بالتعميم، وله الجمع بينها بحسب الإمكان؛ لأن ذلك كله انتفاع بتلك العين يدخل في الإطلاق، أو التعميم، ومثله ما لو استعار دابة صالحة للركوب والحمل} [ولو عين جهة لم يتجاوزها] [ولو إلى المساوي والأدون عملاً بمقتضى التعيين، واقتصاراً] فيما خالف الأصل، وهو حرمة التصرف في مال الغير {على المأذون} فيه {وقيل} والقائل العلامة في التذكرة والتحرير {يجوز التخطي إلى المساوي والأقل ضرراً، وهو ضعيف} لأنه عدوان محض {ودخول الأدون بطريق أولى} كما عن الشيخ وابني زهرة وإدريس {ممنوع، لاختلاف الغرض في ذلك، نعم لو علم انتفاء الغرض بالمعين اتجه جواز التخطي إلى الأقل، أما المساوي فلا مطلقاً} علم أم لم يعلم بانتفاء الغرض؛ لأن القول بالجواز فيه مستند إلى القياس. وهو كما ترى! لأنه مع العلم بانتفاء الغرض في المعين سيكون التعيين من سنخ المثال، وهو لا يصلح للتخصيص {كما أنه مع النهي عن التخطي يحرم مطلقاً} حتى للأدون، بلا خلاف ولا إشكال؛ لصراحة النهي عنه، فيثبت الإذن على المعين فقط.

{وحيث يتعين المعين فتعدى إلى غيره ضمن الأرض، ولزمه الأجرة بمجموع ما فعل} للتعدي الموجب للضمان؛ إذ لا تنافي بين العارية والضمان بسببه {من غير أن

★ الطراق: ككتاب، ما يعرض ثم يجعل خوذة، كذا في القاموس.

(١) الوسائل، ج١٩، باب (١) العارية، ح ٤.

يسقط منها ما قابل المأذون على الأقوى} خلافاً للعلامة حيث فصل بين التخطي مع النهي وبينه مع الإطلاق، فحكم بضمأن المجموع مع النهي، وإسقاط التفاوت مع الإطلاق، ويشكل ما ذكره {لكونه تصرفاً بغير إذن المالك فيوجب الأجرة} كاملة للمجموع {والقدر المأذون فيه لم يفعله، فلا معنى لإسقاط قدره، نعم لو كان المأذون فيه داخلاً في ضمن النهي عنه، كما لو أذن له في تحميل الدابة قدراً معيناً فتجاوزته، أو في ركوبها بنفسه فأردف غيره، تعين إسقاط القدر المأذون؛ لأنه بعض ما استوفى من المنفعة وإن ضمن الدابة أجمع} لأن يده عادية.

[ويجوز له بيع غروسه، وأبنيته ولو على غير المالك] {على المشهور} وفي الجواهر: لا خلاف ولا إشكال {لأنه مالك غير ممنوع من التصرف فيه فيبيعه من شاء، وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط {لا يجوز بيعه على غير المعير، لعدم استقرار ملكه برجوع المعير} في العارية بالبيع؛ لأنه فسخ، ومع احتمال القلع يكون الغرس والبناء في معرض التلف، لعدم ماليتة {وهو} كما ترى! لأن احتمال القلع {غير مانع من البيع، كما يباع المشرف على التلف، ومستحق القتل قصاصاً} مع أنها في معرض التلف، والانتفاع ممكن باستئذان المعير أو الاستئجار منه.

{ثم إن كان المشتري جاهلاً بحاله فله الفسخ للعيب} لظهور المبيع غير مستحق البقاء؛ لأنه في ملك الغير، لقاعدة الضرر {لا إن كان عالماً} لإقدامه على ذلك {بل ينزل منزلة المستعير} فيكون الغرس والبناء له، والاختيار بيد المالك {ولو اتفقا على بيع ملكهما معاً بثمن واحد صح} بلا خلاف ولا إشكال، لكونهما ملكاً لهما {ووزع الثمن عليهما، فيقسط على أرض مشغولة به على وجه الإعارة} بناءً على عدم جواز القلع قبل وقت الحصاد {مستحق القلع بالأرث} بناءً على أن للمستعير مطالبة المالك بالأرث على تقدير القلع، للنقص الحاصل بسببه {أو الإبقاء بالأجرة}

بناءً على عدم دفع الأرض من المالك {أو التملك بالقيمة مع التراضي، وعلى ما فيها مستحق للقلع على أحد الوجوه} أما الأرض أو هو مع الأجرة {فلكل قسط ما يملكه}.

[ولو نقصت] {العين المعارة} [بالاستعمال لم يضمن] {المستعير النقص، لاستناد التلف إلى فعل مأذون فيه ولو من جهة الإطلاق} وعدم اشتراط الضمان بالنقص، ولصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا غرم على مستعير عارية إذا هلك إذا كان مأموناً)^(١) {وتقييده بالنقص قد يفهم أنها لو تلفت به ضمنها، وهو أحد القولين في المسألة، لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفاً وإن دخل في الإطلاق} للانصراف؛ فإنه ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص، وكذا لا منافاة بين كون الاستعمال مأذوناً فيه وضمان النقص، لكنه كما ترى! اجتهد في مقابلة النص {فيضمنها آخر حالات التقويم} وهو حين تلفها {وقيل} والقائل أبو الصلاح {لا يضمن أيضاً كالنقص لما ذكر من الوجه} وهو دخوله في الإطلاق {وهو الوجه} بلا إشكال مع عدم تحقق تناول الإذن، أما مع تحققه فالأول أظهر، كما يظهر من التعليل ارتكازاً، ولا يستند إلى خبر وهب عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن علياً عليه السلام كان يقول: من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن... الحديث)^(٢) لأنه مؤول ظاهر في غير محل الفرض الذي هو النقصان الناشئ من نفس الاستعمال، كانمحاق الثوب ونحوه، لا اتفاق تلف بعض أجزائه بحرق ونحوه.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١) العارية، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (١) العارية، ح ١١.

[ويضمن العارية باشتراك الضمان] إجماعاً، كما عن غير واحد، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: (إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه إلا أن يكون اشترط عليه)^(١) ونحوه غيره {عملاً بالشرط المأمور بالكون معه، سواء شرط ضمان العين أم الأجزاء أو هما، فيتبع شرطه} لإطلاق (المؤمنون عند شروطهم).

[وبكونها ذهباً، أو فضة] وإن لم يشترط {سواء كانا دنانير ودراهم أم لا على أصح القولين} بلا خلاف أجده في الدراهم والدنانير منهما، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولصحيح عبد الله بن سنان قال: (قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تضمن العارية إلا أن يكون اشترط فيها ضمان، إلا الدنانير فإنها مضمونة وإن لم يشترط فيها ضماناً)^(٢) ونحوه غيره، وأما في غيرهما من المصوغ وغيره فهو مذهب الأكثر، بل المشهور، لصحيح زرارة قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: العارية مضمونة؟ فقال: جميع ما استعترته فتوى فلا يلزمك تواه، إلا الذهب والفضة فإنها يلزمان، إلا أن تشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، والذهب والفضة لازم لك وإن لم يشترط عليك)^(٣) ونحوه غيره، وهو مستفيض {لأن فيه جمعاً بين النصوص المختلفة} كما عرفت بعضها، فإن التزم بالأول منها لزم طرح الثانية، وإن التزمنا بالثانية لم يلزم الطرح، لدخولها فيها، وهو الأقوى.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١) العارية، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٣) العارية، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (٣) العارية، ح ٢.

{وقيل} والقائل العلامة، وتبعه ولده والقطيفي، والكفاية والرياض على ما حكى عن بعضها {يختص بالنقدين استناداً إلى الجمع} بين النصوص {أيضاً} بدعوى كون التعارض بينهما تعارض العموم من وجه، فيصح تخصيص كل منهما بالآخر، وتخصيصهما بالدنانير والدرهم أخص فيقدم، ويشكل: بأنها داخلان في الذهب والفضة وليس بينهما عموم من وجه {وإلى الحكمة الباعثة على الحكم، وهي: ضعف المنفعة المطلوبة منهما بدون الإنفاق، فكانت عاريتهما موجبة بالذات لما يوجب التلف، فيضمنان بهما، ويضعف: بأن الشرط الانتفاع بهما مع بقائهما، وضعف المنفعة حينئذٍ لا مدخل له في اختلاف الحكم، وتقدير منفعة الإنفاق حكم بغير الواقع} لأنه بقاء العين في العارية، فتقدير الإنفاق حكم بغير الواقع.

[ولو ادعى المستعير التلف حلف] لأنه المنكر بموافقته لظاهر الشرع {لأنه أمين فيقبل قوله فيه} وإن كان بحسب ظاهر كلامه أنه مدع؛ لأنه يدعي التلف {كغيره} ممن كانت يده بإذن المالك كالودعي {سواء ادعاه بأمر ظاهر أم خفي، ولإمكان صدقه، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس} وهو ضرر مرفوع بقاعدة نفيه.

[ولو ادعى الرد حلف المالك] {لأصالة عدمه} فيكون قوله موافقاً للأصل، فيكون منكراً واليمين عليه {وقد قبضه لمصلحة نفسه، فلا يقبل قوله فيه، بخلاف الودعي، ومعنى عدم قبول قوله فيه: الحكم بضمانه للمثل، أو القيمة، حيث يتعذر العين، لا الحكم بالعين مطلقاً} تعذر الرد أم لا {لما تقدم في دعوى التلف} من لزوم تخليده في الحبس لو كلف إحضار العين مطلقاً.

[وللمستعير الاستغلال بالشجر] {الذي غرسه في الأرض المعارة للغرس، وإن استلزم التصرف في الأرض بغير الغرس} لأن ذلك ونحوه من توابع مثل هذه العارية، وأن له الانتفاع المعتاد؛ لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه، وهذا منها {لقضاء العادة به، كما يجوز له الدخول لسقيه، وحرثه، وحراسته، وغيرها} باستلزام الإذن في الشيء الإذن في لوازمه {وليس له الدخول لغير غرض يتعلق بالشجر، كالتفرج} لأنه ليس من لوازم الإعارة، وعدم دخوله في إذن العارية [وكذا] {يجوز} {للمعير} {الاستغلال بالشجر المذكور وإن كان ملكاً لغيره؛ لأنه جالس في ملكه، كما لو جلس في غيره من أملاكه فاتفق له التظلل بشجر غيره، أو في المباح كذلك، وكذا يجوز له الانتفاع بكل ما لا يستلزم التصرف في الشجر} كالتنزه والتفرج ونحوهما، بلا خلاف ولا إشكال، لقاعدة السلطنة وغيرها.

[ولا يجوز] {للمستعير} {إعارة العين المستعارة} ولا إجارتها، بل هي أولى منها ضرورة اقتضاء عقد العارية الإباحة لخصوص المستعير، لا تمليكه إياها، اللهم [إلا] بإذن المالك} {لأن الإعارة إنما تناولت الإذن له خاصة، نعم يجوز له استيفاء المنفعة بنفسه، ووكله، لكن لا يعد ذلك إعارة، لعود المنفعة إليه، لا إلى الوكيل، وحيث يعير يضمن العين والمنفعة} بتعديه المقتضي لذلك {ويرجع المالك على من شاء منهما، فإن رجع على المستعير الأول لم يرجع على الثاني الجاهل، إلا أن تكون العارية مضمونة} كعارية الذهب والفضة {فيرجع عليه ببدل العين خاصة} ولا يرجع الأول على الثاني ببدل المنفعة - التي هي أجرة المثل - لتسليطه هو عليها {ولو كان} المستعير الثاني {عالمًا استقر الضمان عليه كالغاصب، وإن رجع على الثاني رجع على الأول بما لا

يرجع عليه به لو رجع عليه { في صورة جهله {لغروره} ورجوع المغرور على من غره ضروري.

[ولو شرط سقوط الضمان في الذهب والفضة] {صحّ عملاً بالشرط} السائع، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) ولصحيح زرارة المتقدم الصريح في صحة الشرط [ولو شرط سقوطه مع التعدي والتفريط احتمل الجواز] {لأنه في قوة الإذن له في الإلتلاف فلا يستعقب الضمان} [كما لو أمره بإلقاء متاعه في البحر] {ويحتمل عدم صحة الشرط؛ لأنهما من أسباب الضمان، فلا يعقل إسقاطه قبل وقوعه؛ لأنه كالبراءة مما لم يجب، والأول أقوى} لأن كونه كالإذن أظهر من كونه كالبراءة مما لم يجب، ولو تمّ هذا التعليل هنا لثم في الذهب والفضة، فلا يحكم بصحة الشرط فيهما، ولما حكم المشهور بصحته فصح هنا أيضاً.

[ولو قال الراكب: أعرتنيها، وقال المالك: آجرتكها، حلف الراكب] كما هو المحكي عن الشيخ وابن زهرة وغيرهما {لاتفاقهما على أن تلف المنافع وقع على ملك المعير، وإنما يختلفان في الأجرة، والأصل براءة ذمته منها} السائلة عن معارضة الإقرار بالاستيفاء بعد أن اتفقا على كونه بالإذن التي تقع على وجوه، فهو أعم من الاستحقاق، وعليه فليس المالك حينئذٍ إلّا مدعيّاً صرفاً [وقيل] والقائل ابن إدريس، وكذا حكى عن إجارة المهذب، بل قيل: إنه المشهور {يحلف} [المالك] على عدم العارية التي ادعاها الراكب، فإذا حلف سقطت دعوى الراكب {لأن المنافع أموال كالأعيان، فهي بالأصالة لمالك العين فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل، وأصالة براءة ذمته إنما تصح من خصوص ما ادعاه المالك} وهو خصوص أجرة المسمى {لا من مطلق الحق بعد استيفائه منفعة ملك غيره} [وهو

أقوى] لأصالة احترام مال المسلم، بمعنى الحكم بضمانه على من هو عنده حتى يثبت ما يقتضي عدمه من عارية، وإباحة مجانية، ضرورة أن طيب نفسه شرط في حلّ ماله، والشك فيه شك في الشرط، وهو موافق لعموم (من أتلف) و(على اليد) وغيرهما، وعليه بني تقديم قول مدعي القرض على مدعي الوديعة في موثق إسحاق بن عمار قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندي وديعة، وقال الآخر: إنما كانت لي عليك قرضاً، فقال: المال لازم له، إلا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة)^(١).

{ولكن لا يقبل قوله فيما يدعيه من الأجرة؛ لأنه فيها مدع، كما أن الراكب بالنسبة إلى العارية مدع، بل يحلف} المالك {على نفي العارية} كما تقدم [ويثبت له أجرة المثل] دون المسمى {لثبوت أن الراكب تصرف في ملك غيره بغير تبرع منه} [إلا أن تزيد] {أجرة المثل} [على ما ادعاه] {المالك} [من المسمى] {فيثبت المسمى، لاعترافه بعدم استحقاقه سواه، ويشكل: بأن المالك يدعي الزائد من الأجرة على تقدير زيادة ما يدعيه عن أجرة المثل، والراكب ينفيه، فلا بد من وجه شرعي يقتضي نفيه، وحلفه على نفي الإعارة لم يدل على نفي الإجارة، كما لم يدل على إثباتها، وإثبات أقل الأمرين} من الأجرتين المثل والمسمى {باليمين مسلم، لكن يبقى النزاع في الزائد على تقديره، ولا يندفع إلا بحلف الراكب على نفي الإجارة، أو نكوله فيحلف المالك عليها، ويأخذ الزيادة، فالأقوى حينئذٍ إنها يتحالفان؛ لأن كلاً منهما مدع ومدعى عليه، فيحلف المالك على نفي الإعارة، والراكب على نفي الإجارة، ويثبت أقل الأمرين، لانتفاء الزائد على المسمى بيمين المستعير، والزائد من أجرة المثل باعتراف المالك، وهذا

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٧) الوديعة، ح ١.

هو الذي اختاره المصنف في بعض تحقیقاته، هذا إذا وقع الاختلاف بعد انقضاء مدة لها أجره عادة، أو ما يدعي كونها مدة الإجارة، أما قبله فالقول قول الراكب في نفي الإجارة} بلا خلاف ولا إشكال؛ لأن المالك يدعي عقداً والآخر ينكره، والفرض عدم دعوى من المالك في استيفاء منفعة، فليس حينئذٍ إلاّ دعواه أن له أجره عليه، والراكب ينكره، والأصل براءة ذمته {ويسترد العين} لبطلان الإجارة بيمين الراكب، وبطلان العارية لدعوى المالك للإجارة.

كتاب المزارعة

[كتاب المزارعة]

[وهي] {لغة: مفاعلة من الزرع، وهي تقتضي وقوعه منها معاً، لكنها في الشرع صارت} [معاملة] بمنزلة الجنس الشامل للإجارة والمساقاة وغيرهما [على الأرض بحصة من حاصلها إلى أجل معلوم] وهذا بمنزلة الفصل {ونسب الفعل إليهما بفعل أحدهما مع طلب الآخر} وهو صاحب الأرض {فكأنه لذلك فاعل} أي مزارع {كالمضاربة، وخرج بالمعاملة على الأرض المساقاة، فإنها بالذات على الأصول، وبالحصة إجارة الأرض للزراعة، أو الأعم، إذ لا تصح بحصة من الحاصل} لجهالته {وقيد الأجل لبيان الواقع} بأنه شرط فيها {أو تخصيص للصحيحة} منها، لإخراج الفاسدة {أو استطراداً لبعض الشرائط التي يحصل بها الكشف عن الماهية، وإن لم يكن ذكرها من وظائف التعريف} لخروجها عن الماهية، ولا ريب في مشروعية هذا العقد عندنا وعند أكثر علماء الإسلام، كذا في الجواهر، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - (أنه سئل عن مزارعة أهل الخراج بالربع والنصف والثلث، قال: نعم لا بأس به، قد قبل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خير أعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخبر، والخبر هو النصف)^(١) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٨) المزارعة والمساقاة، ح ٨.

[وعبارتها: زارعتك، أو عاملتك، أو سلمتها إليك، وشبهه] {كقبلتك هذه الأرض، ونحوه من صيغ الماضي الدالة على إنشاء العقد صريحاً، والمشهور جوازها بصيغة: أزرع هذه الأرض، استناداً إلى رواية} أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر، وثلثاً للبقر، فقال: لا ينبغي أن يسمى بذراً ولا بقرأً، ولكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك ولك منها كذا وكذا نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، ولا يسمى بذراً ولا بقرأً، فإنها يحرم الكلام)^(١) وليس فيها صيغة الأمر، وكذا رواية النظر بن سويد - مع أنها عن عبد الله بن سنان وليست عن الصادق عليه السلام - ولو فرض أنها تضمنتا صيغة الأمر لكنها من المزارع وليس من صاحب الأرض، فكان الأولى الاستدلال عليه بصحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (سألت عن رجل يعطي الرجل أرضه وفيها ماء أو نخل أو فاكهة، ويقول: اسق هذا الماء واعمره ولك نصف ما أخرج، قال: لا بأس)^(٢) وبضميمة عدم الخصوصية في المساقاة فيجري في المزارعة، وعلى كلٍ فهي {قاصرة الدلالة عن إخراج هذا العقد اللازم عن نظائره} لأن الأمر لا يصلح للإنشاء، بل غايته إما حمله على الكلام قبل إنشاء العقد، أو حمله على الجعالة {فالمنع أوجه} إلا أن يقال: إن الأمر بالزرع ليس إيجاباً ولا قبولاً، لعدم صدوره في مقام الإنشاء، فإنه أمر بالزرع وطلب له من دون إنشاء للمزارعة، فالحكم بصحته مع ذلك ليس لأنه إيجاب وقبول، بل لأنه إعمال لسلطنة المالك [فيقبل] {الزارع} [لفظاً] {على الأقوى كغيره} من العقود اللازمة،

(١) الوسائل، ج٩، باب (٨) المزارعة والمساقاة، ح ١٠.

(٢) الوسائل، ج٩، باب (٩) المزارعة والمساقاة، ح ٢.

لكن عمومات الصحة، ومطلقاتها تقتضي عدم التخصيص والتقييد باللفظ، كما تقدم نظيره في كتاب البيع.

[وعقدها لازم] بلا خلاف، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر {لعموم الأمر بالوفاء، إلّا ما أخرجه الدليل، وليس هذا منه إجماعاً} [ويصح التقايل فيه] لإطلاق أدلتها كقوله عليه السلام: (من أقال أخاه المسلم صفقة كرهها أقال الله عثرته يوم القيامة)^(١) {لأنه معاوضة محضة فيقبلها كالبيع} [ولا تبطل بموت أحدهما] ففي جامع المقاصد: لا نعرف خلافاً في أن المزارعة لا تبطل بموت أحد المتعاقدين {لأن ذلك من مقتضى اللزوم، ثم إن كان الميث العامل قام وارثه مقامه في العمل، وإلّا استأجر الحاكم عليه من ماله، أو على ما يخرج من حصته، وإن كان المالك بقيت بحالها، وعلى العامل القيام بتمام العمل، واستثنى من الأول ما لو شرط عليه العمل بنفسه فمات قبله} ويلزم تخصيصه بما إذا كان الشرط راجعاً إلى تقييد العمل بعمل العامل مباشرة: بأن كان موضوع المزارعة الأرض ومنفعة العامل نفسه، وبطلانه حينئذٍ ظاهر، لفوات الموضوع الموجب لفوات الحكم {ويشكل: لو مات بعده خصوصاً بعد ظهور الثمرة وقبل تمام العمل؛ لأنه ملك الحصة} ويضعف: بأن الملك وإن حصل لكنه مترلزل إلى حصول تمام العمل عملاً بمقتضى العقد الخاص.

[ولا بد من كون النماء مشاعاً] {بينهما} [تساوياً فيه، أو تفاضلاً] بلا خلاف ظاهر، كذا في المستمسك. وعن مجمع البرهان: كأنه إجماع، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا تقبل الأرض بحنطة مساة، ولكن بالنصف والثلث

(١) تلخيص الحبير، ابن حجر، ج ٣، ص ٥٧.

والربع والخمس لا بأس به^(١) ونحوه غيره {فلو شرط لأحدهما شيء معين وإن كان البذر، وللآخر الباقي، أو لهما بطل، سواء كان الغالب أن يخرج منها ما يزيد على المشروط، وعدمه} لعدم تحقق الإشاعة في جميع النماء، الذي هو المشهور، والظاهر من النصوص، ولإمكان عدم حصول ما شرط، وقد ذهب الشيخ وابنا البراج وإدريس والعلامة في المختلف إلى جواز استثناء حصة بقدر البذر على أن يكون الباقي على نحو الإشاعة، لظهور النصوص في صحة المزارعة بالحصة المشاعة كالثلث والرابع، وهي حاصلة هنا، ويشكل: بأن الظاهر من النصوص المتقدمة الإشاعة في مجموع الحاصل.

[ولو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه مضافاً إلى الحصة] {من ذهب، أو فضة، أو غيرهما} [صح] {على المشهور} بل حكي عدم الخلاف فيه عن غير واحد {ويكون قراره مشروطاً بالسلامة، كاستثناء أرتال معلومة من الثمرة في البيع، ولو تلف البعض سقط من الشرط بحسابه؛ لأنه كالشريك، وإن كانت حصته معينة، مع احتمال أن لا يسقط شيء بذلك، عملاً بإطلاق الشرط} وعمومه وهو شامل لتلف الحاصل، أو بعضه، أو عدمه، وهو أجود.

[ولو مضت المدة والزرع باقٍ فعلى العامل الأجرة] {لما بقي من المدة} [وللمالك قلعه] كما عن جمع من الأساطين، بل هو المشهور {إذ لا حق للزارع بعدها، فيتخير المالك بين القلع والإبقاء بالأجرة إن رضي العامل بها، وإلاّ قلع} الزرع بلا أرس، لقاعدة السلطنة {ولا أجرة للمالك على ما مضى من المدة لو لم ينتفع بالملقوع؛ لأن

(١) الوسائل، ج١٩، باب (٨) المزارعة والمساقاة، ح٣.

مقتضى العقد قصر الحق على الحصة، مع احتمال وجوبها على الزارع لو كان التأخير بتفريطه، لتضييعه منفعة الأرض بتأخيرها {ويشكل: بإمكان كون تفريطه برجاء بلوغ الزرع معه، أو رضا المالك بإبقائه، أو نحو ذلك من الوجوه التي لا يكون فيها الإقدام على الضرر {ولا فرق في كون المقلوع بينهما وبين كون البذر من مالك الأرض، أو الزارع} للإطلاق {وهل يستحق المالك قلعه بالأرث، أو مجاناً قولان؟ وظاهر العبارة ككثير} من عبارات الأصحاب عدمه، بل هو المشهور، وعن العلامة الأول جمعاً بين الحقين {وعلى القول به فطريقة معرفته: أن يقوم الزرع قائماً بالأجرة إلى أن حصاده ومقلوعاً فتفاوت ما بينهما هو الأرث.

[ولابد من إمكان الانتفاع بالأرض] {في الزراعة المقصودة منها، أو في نوع منها مع الإطلاق} {بأن يكون لها ماء من نهر، أو بئر، أو مصنع، أو تسقيها الغيوت غالباً} {أو الزيادة} الموثوق بها غالباً {كالنيل، والضابط: إمكان الانتفاع بزرعها المقصود عادة. فإن لم يمكن بطلت المزارعة وإن رضي العامل {إجماعاً؛ ولأن عدم الانتفاع ينافي مقتضى العقد؛ ولأن امتناع الموضوع يوجب امتناع المضمون، ولكونها سفهاً في نظر العقلاء.

[ولو انقطع] {الماء} {في جميع المدة} {مع كونه معتاداً لها قبل ذلك} [انفسخت] {المزارعة} كما صرح به غير واحد، كذا في المستمسك. ولما سبق في الشرط المتقدم [وفي الأثناء يتخير العامل] {لطرء العيب، ولا يبطل العقد، لسبق الحكم بصحته فيستصحب، والضرر يندفع بالخيار} [فإن فسخ فعليه] {من الأجرة} [بنسبة ما سلف] {من المدة، لانتفاعه بأرض الغير بعوض لم يسلم له، وزواله باختياره الفسخ. ويشكل: بأن فسخه لعدم إمكان الإكمال} لا للإضرار بغيره {وعمله الماضي مشروط

بالحصة لا بالأجرة، فإذا فاتت بالانقطاع ينبغي أن لا يلزمه شيء آخر، نعم لو كان قد استأجرها للزراعة توجه ذلك { بناء على اقتضائه الانفساخ من الأصل: بمعنى بطلان الإجارة من أول الأمر، لكون المنفعة في يده مضمونة؛ لأن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

[وإذا أطلق المزارعة زرع] {العامل} [ما شاء] من أنواع الزرع الذي يشمل الإطلاق، سواء المعهود المتعارف إن كان أم عدمه، كما هو المشهور {إن كان البذر منه، كما هو الغالب، أو بذل المالك ما شاء إن شرط عليه، وإنما تخير مع الإطلاق، لدلالة المطلق على الماهية من حيث هي، وكل فرد من أفراد الزرع يصلح أن يوجد المطلق في ضمنه، وأولى منه لو عمم الإذن} لأن دلالة العموم بالوضع، فهو من سنخ المقتضي {لدلالته على كل فرد فرد، وربما فرق بين الإطلاق، والتعميم} كما عن المحقق الثاني {بناء على أن الإطلاق إنما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الأفراد، ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأقوى} والأشد ضرراً {بخلاف التعميم، وما ذكرناه يظهر ضعفه}.

[ولو عين] {شيئاً من الزرع} [لم يتجاوز ما عين] {له، سواء كان العين شخصياً كهذا الحب، أم صنفياً كالحنطة الفلانية، أم نوعياً} كالحنطة مقابل الرز مثلاً {أم غيره} لعموم الوفاء بالشرط، والعقد، و{لاختلاف الأغراض باختلافه، فيتعين ما تعلق به}.

[فلو] {خالف و} [زرع الأضر، قيل] والقائل المحقق والعلامة وغيرهما [يتخير المالك بين الفسخ] بالخيار الحاصل له بعدم الوفاء بالشرط كالبيع [فله أجرة المثل] {عما زرعه} [وبين الإبقاء، فله المسمى مع الأرض] للنقص الحاصل في الأرض

بسبب زرع الأضر {ووجه التخيير: أن مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفى بزيادة في ضمن زرع الأضر، فيتخير بين الفسخ لذلك فيأخذ الأجرة لما زرع، لوقوعه أجمع بغير إذنه؛ لأنه غير المعقود عليه، وبين أخذ المسمى في مقابلة مقدار المنفعة المعينة مع أخذ الأرض في مقابلة الزائد الموجب للضرر، ويشكل: بأن الحصة المسماة إنما وقعت في مقابلة الزرع المعين ولم يحصل، والذي زرع لم يتناوله العقد، ولا الإذن} فما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع {فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة، ومن ثم نسه إلى القيل تنبيهها على تمريره، والأقوى وجوب أجرة المثل خاصة}.

[ولو كان] {المزروع} [أقل ضرراً] {من المعين} [جاز] كما هو مذهب الأكثر، لفهوم الموافقة {فيستحق ما سماه من الحصة، ولا أرش} لعدم زيادة الضرر {ولا خيار، لعدم الضرر. ويشكل: بأنه غير معقود عليه أيضاً، فكيف يستحق فيه شيئاً، مع أنه نماء بذر العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه؟! والأقوى ثبوت أجرة المثل أيضاً كالسابق}.

[ويجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب، ومن الآخر البذر والعمل والعوامل] {وهذا هو الأصل في المزارعة، ويجوز جعل اثنين من أحدهما، والباقي من الآخر، وكذا واحد وبعض الآخر، ويتشعب من الأركان الأربعة صور كثيرة لا حصر لها بحسب شرط بعضها من أحدهما، والباقي من الآخر} [وكل واحدة من الصور الممكنة جائزة] {متى كان من أحدهما بعضها، ولو جزءاً من الأربعة، ومن الآخر الباقي مع ضبط ما على كل واحد} بلا خلاف أجده في شيء منها عندنا، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه، كذا في الجواهر. نظراً إلى عموم وإطلاق المزارعة الشاملين لجميع الصور، بلا إشكال ظاهر.

[ولو اختلفا في المدة حلف منكر الزيادة] {لأصالة عدمها، فإن بقي الزرع بعد ما ثبت منها} بحكم الحاكم {فكما سبق} من ثبوت أجرة المثل [و] {ولو اختلفا} [في الحصة] {حلف} [صاحب البذر] وإن كان هو مدعي الزيادة {لأن النماء تابع له، فيقدم قول مالكة في حصة الآخر، لأصالة عدم خروج ما زاد عن ملكه، وعدم استحقاق الآخر له، واتفاقهما على عقد تضمن حصة إنما نقل عنه في أصل الحصة، لا في الحصة المعينة، فيبقى حكم إنكار الزائد بحاله لم يخرج عن الأصل} بلا خلاف أجده في شيء من الحكمين، كذا في الجواهر؛ لأن مدعي الزيادة لو ترك لترك، فيكون مدعيها بهذا المعنى.

[ولو أقاما بينة قدمت بينة الآخر] {في المسألتين، وهو العامل في الأولى؛ لأن مالك الأرض يدعي تقليل المدة، فيكون القول قوله، والبينة بينة غريمه العامل، ومن ليس له بذر في الثانية من العامل، ومالك الأرض؛ لأنه الخارج بالنظر إلى الباذر} لأنه صاحب يد، فيكون داخلاً {حيث قدم قوله مع عدم البينة} [وقيل: يقرع] {لأنها لكل أمر مشكل. ويشكل: بأنه لا إشكال هنا} ليتم موضوع القرعة {فإن من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه، فالقول بتقديم بينة المدعي فيها أقوى} لعموم (البينة على المدعي واليمين على من أنكر).

[وللمزارع أن يزارع غيره، أو يشارك غيره] بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل عن ظاهر الغنية الإجماع عليه، كذا في الجواهر {لأنه يملك منفعة الأرض بالعقد اللازم فيجوز نقلها، ومشاركة غيره عليها؛ لأن الناس مسلطون على أموالهم، نعم لا يجوز له تسليم الأرض إلا بإذن مالكةا} لأنه قد أذن للأول أن يضع يده على الأرض ليستوفي منفعتها، وإذنه بالتسليم للعين لا يقتضي له الإذن في التسليم للغير، ولكن الظاهر جوازه، كما في موثق سماعة - في حديث - قال: (سألته عن المزارعة، قلت:

الرجل يبذر في الأرض مئة جريب أو أقل أو أكثر طعاماً أو غيره، فيأتيه رجل فيقول: خذ مني نصف ثمن هذا البذر الذي زرعت في الأرض، ونصف نفقتك عليّ، وأشركني فيه، قال: لا بأس، قلت: وإن كان الذي يبذر فيه لم يشتره بثمن وإنما هو شيء كان عنده، قال: فليقومه قيمة كما يباع يومئذٍ، ثم ليأخذ نصف الثمن ونصف النفقة ويشاركه^(١).

{وربما اشترط كون البذر منه، ليكون تملك الحصة منوطاً به} لأن الأصل أن لا يسلب على البذر إلا المالك أو من أذن له {وبه يفرق بينه وبين عامل المساقاة حيث لم يجوز له أن يساقى غيره} لأنه لا يملك منها سوى الحصة من الثمرة بعد ظهورها، والأصل فيها للمالك وهو فيها كالبذر في المزارعة، فيعامل عليه من يملكه وهو للعامل مقصور بالعرض كالأرض للمزارع. لكن عدم اشتراط كون البذر منه هو الأشهر بين الطائفة، بل عليه الإجماع في ظاهر الغنية، كما في الرياض {وهو يتم في مزارعة غيره، لا في مشاركته} فإنه في الأول تسليط للغير على البذر، فلا يصح إلا من ماله، وأما في الثاني فليس فيه تسليط عليه، فيصح.

{ويمكن الفرق بينهما: بأن عمل الأصول في المساقاة مقصود بالذات - كالثمره - فلا يتسلط عليه من لا يسلطه المالك، بخلاف الأرض في المزارعة، فإن الغرض فيها ليس إلا الحصة فلمالكها} وإن لم يكن البذر منه {أن ينقلها إلى من شاء} سواء بالمزارعة أم المشاركة مع تسليم الأرض مطلقاً [إلا أن يشترط عليه المالك الزرع بنفسه] فلا يجوز له إدخال غيره مطلقاً سواء المزارعة أم المشاركة أم غيرهما {عملاً بمقتضى الشرط} لعموم (المؤمنون عند شروطهم).

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٣) المزارعة والمساقاة، ح ١.

[والخراج على المالك] على المشهور شهرة عظيمة {لأنه موضوع على الأرض ابتداءً، لا على الزرع} ولخبر سعيد الكندي قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني آجرت قوماً أرضاً فزاد السلطان عليهم، قال: أعطهم فضل ما بينهما، قلت: أنا لم أظلمهم ولم أزد عليهم، قال: إنما زادوا على أرضك)^(١) [إلا مع الشرط] {فيتبع شرطه في جميعه، وبعضه، مع العلم بقدره، أو شرط قدر معين منه} لعموم (المؤمنون عند شروطهم) ولصحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل تكون له الأرض عليها خراج معلوم، وربما زاد وربما نقص، فيدفعها إلى رجل على أن يكفيه خراجها ويعطيه مئتي درهم في السنة، قال: لا بأس)^(٢) {ولو شرط الخراج على العامل فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الأرض؛ لأن الشرط لم يتناولها} كما في خبر سعيد المتقدم.

[وإذا بطلت المزارعة فالحاصل لصاحب البذر] لأن الحاصل نماؤه [وعليه الأجرة] {للباقى، فإن كان البذر من صاحب الأرض، فعليه أجرة مثل العامل والعوامل} لاحترام عمل المسلم من غير خلاف ولا إشكال {ولو كان من الزارع فعليه لصاحب الأرض أجرة مثلها، ولما شرط عليه من الآخرين} وهما العامل والعوامل {ولو كان البذر منهما فالحاصل بينهما، ولكل منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصه من الأرض، وباقى الأعمال} بلا خلاف في شيء من ذلك، كما اعترف به في الرياض، كذا في الجواهر. ولقاعدة (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده).

(١) الوسائل، ج٩، باب (١٦) المزارعة والمساقاة، ح ١٠.

(٢) الوسائل، ج٩، باب (١٧) المزارعة والمساقاة، ح ١.

[ويجوز لصاحب الأرض الخرص على الزارع] {بأن يقدر ما يخصه من الحصة تخميناً} بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك، لموثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام قال: (سألته عن الرجل يمضي فأخرص عليه في النخل؟ قال نعم، قلت: أرايت إن كان أفضل مما يخرص عليه الخارص، أيجزيه ذلك؟ قال: نعم) ^(١) ونحوه غيره {ويقبله به بحب ولو منه بما خرصه به} [مع الرضا] بلا خلاف يعرف، لموثق عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن الرجل يزرع له الزعفران، فيضمن له الحراث على أن يدفع إليه من كل أربعين مناً زعفران رطب مناً، ويصالحه على اليابس، واليابس إذا جفف ينقص ثلاثة أرباع، ويبقى رבעه وقد جرب، قال: لا يصلح، قلت: وإن كان عليه أمين يحفظ لم يستطع حفظه؛ لأنه يعالج بالليل ولا يطاق حفظه؟ قال: يقبله الأرض أولاً على أن له في أربعين مناً مناً) ^(٢) ونحوه غيره.

{وهذه معاملة خاصة مستثناة من المحاقلة إن كانت بيعاً، أو صلحاً} [فيستقر] {ما اتفقا عليه} [بالسلامة] أي بشرطها، كما هو المشهور [فلو تلف الزرع] {أجمع من قبل الله تعالى} [فلا شيء] {على الزارع، ولو تلف البعض سقط منه بالنسبة، ولو أتلفه متلف ضامن لم تتغير المعاملة} قولاً واحداً، كما عن سيد الرياض {وطالب المتقبل المتلف بالعوض} لعموم قاعدة (الضمان على من أتلّف) {ولو زاد فالزائد للمتقبل} لأنه بالقبالة أصبح ماله {ولو نقص بسبب الخرص لم يسقط بسببه شيء} اتفاقاً {هذا

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٤) المزارعة والمساواة، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (١٤) المزارعة والمساواة، ح ٢.

إذا وقعت المعاملة بالتقيل { فتصبح عقداً مستقلاً } ولو وقعت بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه، مع احتمال كونه كذلك { أي بالتقيل } ولو وقع بلفظ الصلح، فالظاهر أنه كالبيع وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع اليقين، وقد تقدم الكلام على هذه القبالة في البيع { فراجع }.

كتاب المساقاة

[كتاب المساقاة]

[وهي] {لغة: مفاعلة من السقي، واشتق منه، دون باقي أفعالها} كتلقيح وتهذيب الأشجار {لأنه انفعها، وأظهرها في أصل الشرعية، وهو نخل الحجاز الذي يسقى من الآبار مع كثرة مؤونته، وشرعاً} [معاملة على الأصول بحصة من ثمرها] ولا إشكال في مشروعيتها، بل في الجواهر: جائزة بالإجماع من علمائنا وأكثر العامة، ولصحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (سألت عن رجل يعطي الرجل أرضه وفيها ماء أو نخل أو فاكهة، ويقول: اسق هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج، قال: لا بأس^(١)) ونحوه غيره {فخرج بالأصول المزارعة} لأنها على الأرض أولاً وبالذات {والحصة الإجارة المتعلقة بها فإنها لا تقع بالحصة} لعدم العلم بقدرها {والمراد بالثمرة معناها المتعارف، لتردده في المعاملة على ما يقصد ورقه} كالحناء {وورده، ولو لوحظ إدخاله أريد بالثمرة نماء الشجر، ليدخل فيه الورق والورد، ولم يقيد الأصول بكونها ثابتة، كما فعل غيره} وقيل: هم الأكثر {لأن ذلك شرط لها، وذكره في التعريف غير لازم، أو معيب} إن جعل جزءاً منه {ومن قيده به جعله وصفاً للشجرة مخصصاً لموضع البحث، لا شرطاً} لتجنب هذا الإشكال.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٩) المزارعة والمساقاة، ح ٢.

[وهي لازمة من الطرفين] لأنها عقد واقع تحت عموم قوله عز وجل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فيلزم فيه ما يلزم فيها {لا تنفسخ إلا بالتقاييل} [وإيجابها ساقيتك، أو عاملتك، أو سلمت إليك، أو ما أشبهه] {من الألفاظ الدالة على إنشاء هذا العقد صريحاً، كقبلتك عمل كذا} كما هو مقتضى عمومات الصحة وإطلاقاتها {وعقدت معك عقد المساقاة ونحوه من الألفاظ الواقعة بلفظ الماضي، وزاد في التذكرة: تعهد نخلي أو اعمل فيه، وإخراج هذا العقد عن نظائره من العقود اللازمة بوقوعه بصيغة الأمر من غير نص مخصص مشكل} ويضعف: بوجود النص، وهو صحيح يعقوب بن شعيب المتقدم في كتاب المزارعة، ومنه تعرف التأمل في قوله {وقد نوقش في أمر المزارعة مع النص عليه، فكيف هذا؟!}.

[والقبول الرضا به] مطلقاً {وظاهره الاكتفاء بالقبول الفعلي، كما مر في المزارعة؛ إذ الرضا يحصل بدون القول} لدلالته على الالتزام النفسي المقوم بالقبول كاللفظ، فيندرج تحت عموم صحة العقود {والأجود الاختصار على اللفظ الدال عليه؛ لأن الرضا أمر باطني لا يعلم إلا بالقول الكاشف عنه، وهو السر في اعتبار الألفاظ الصريحة الدالة على الرضا بالعقود، مع أن المعتبر هو الرضا، لكنه أمر باطني لا يعلم إلا به، ويمكن أن يريد هنا ذلك} بناء على أن المراد بظن القبول هو الرضا الباطني الذي يكشف عنه اللفظ.

[وتصح] {المساقاة} [إذا بقي للعامل عمل تزيد به الثمرة] {سواء} [ظهرت] [قبل العقد] {أو لا} على المشهور، كما في الحقائق، لأن الغرض منها تحصيل الثمر، وفي المقام يبقى شيء من عمل العامل يستزاد به، ولأن العقد هنا أبعد عن الغرر، للوثوق بالثمر، فيكون العقد أولى مما لو كانت الثمرة معدومة، والتي صح العقد عليها نصاً وفتوى {والمراد بما فيه مستزاد الثمرة نحو الحرث، والسقي، ورفع أغصان

الكرم على الخشب، وتأبير ثمرة النخل، واحترز به عن نحو الجذاذ، والحفظ، والنقل، وقطع الحطب الذي يعمل به الدبس من الأعمال التي لا يستزاد بها الثمرة، فإن المساقاة لا تصح بها إجماعاً، نعم تصح الإجارة حينئذٍ على بقية الأعمال بجزء من الثمرة، والجعالة، والصلح} بلا إشكال، لعموم أدلتها السالمة عما يصلح للمعارضة.

[ولابد] {في صحة المساقاة} [من كون الشجر] {المساقى عليه} {نابتاً} {بالنون، أو بالثاء المثلثة} قال في جامع المقاصد: لا شك في عدم صحة المساقاة على ما ليس بمغروس، ولم ينقل في ذلك خلاف إلا لأحمد؛ ولأن أدلة المساقاة من النصوص والفتاوى مختص بالثابت ولا يشمل المقلوع. وهو مقتضى الاقتصار في المعاملة المخالفة للأصول، لجهالة المحصول على موضع الوفاق {ويخرج على الأول المساقاة على الودّي} وهو الفسيل {غير المغروس، أو المغروس الذي لم يعلق بالأرض، والمغارسة} وهي: أن يدفع الأرض إلى من يغرسها على أن يكون الغرس بينهما {وبالثاني ذلك، وما لا يبقى غالباً كالخضروات، ويمكن خروجها بالشجر} لأنه لا يشملها عرفاً {فيتحد المعنيان} ولذا عبر جمع بالأول، وآخر بالثاني، مع ظهور أن مرادهم واحد [يتنفع بثمرته مع بقاء عينه] {بقاء يزيد عن سنة غالباً} كما هو المشهور، ولصحيح يعقوب المتقدم، وقد اقتصر فيه على الشجر، وقد عرفت أن غيره مخالف للأصول فيلزم الاقتصار على مورد النص.

{واحترز به عن نحو البطيخ والباذنجان والقطن وقصب السكر، فإنها ليست كذلك وإن تعددت اللقطات مع بقاء عينه ذلك الوقت، وبقي القطن أزيد من سنة؛ لأنه خلاف الغالب} {وفيما له ورق} {لا يقصد من عمله بالذات إلا ورقه} {كالحناء، نظر} [من أنه في معنى الثمرة فيكون مقصود المساقاة حاصلًا به، ومن أن هذه المعاملة على خلاف الأصل، لاشتغالها على جهالة العوض فيقتصر بها على موضع الوفاق،

ومثله ما يقصد ورده، وأما التوت فمنه ما يقصد ورقه وحكمه كالحناء، ومنه ما يقصد ثمره ولا شبهة في إلحاقه بغيره من شجر الثمر، والقول في الجواز بالجميع متجه { ففي القواعد: إنه أقرب. وفي غيرها: أنه غير بعيد، بل الظاهر أنه المشهور، كما في المستمسك؛ لأن الظاهر أن بساتين خبير ما كانت خالية مما لا ثمر فيه كفحل النخل والتوت، وعدم وجود مثلهما في زمانهم - على تقدير التسليم - لا يدل على العدم، كما في كثير من الفواكه التي لم تكن فيه مع جواز المساقاة فيها إجماعاً.

[ويشترط تعيين المدة] {بما لا يحتمل الزيادة والنقصان} كقدوم الحاج ونحوه، وقد نسب في المسالك إلى المشهور مستدلاً عليه بقوله: وقوفاً فيما خالف الأصل، واحتمل الغرر والجهالة، على موضع اليقين. ويشكل: بأنه داخل في إطلاق صحيح ابن شبيب الآتي، لعدم المانع من وجوب الوفاء به دائماً مادام الموضوع متحققاً، فيندرج تحت إطلاق صحيح يعقوب بن شبيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألت عن الرجل - إلى أن قال - وكذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خبير حين أتوه فأعطاهم إياها على أن يعمروها ولهم النصف مما أخرجت) ^(١) حيث لم يقيد بمدة معينة {ولا حد له في جانب الزيادة} ولكنه قال في المسالك: فلا تجوز المساقاة دائماً، فإنه يبطل العقد قولاً واحداً؛ لأن عقد المساقاة لازم ولا معنى لوجوب الوفاء به دائماً. وقد تقدم ما فيه {وفي جانب النقصان أن يغلب فيها حصول الثمرة} وفيه تأمل ظاهر، لجواز عدم احتياج الشجر إلى السقي في جميع المدة إلى زمن البلوغ، فتكون المعاملة على سقيه بمقدار الحاجة، وتنتهي قبل البلوغ.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٠) المزارعة والمساقاة، ح ٢.

[ويلزم العامل مع الإطلاق] {أي إطلاق المساقاة، بأن قال: ساقيتك على البستان الفلاني سنة بنصف حاصله. فقبل} [كل عمل يتكرر كل سنة] {مما فيه صلاح الثمرة أو زيادتها} كما هو المعروف بين المتأخرين {كالحرث، والحفر حيث يحتاج إليه، وما يتوقف عليه من الآلات، والعوامل، وتهذيب الجريد بقطع ما يحتاج إلى قطع منه، ومثله أغصان الشجر المضر بقاؤها بالثمرة، أو الأصل} [ومنه زيادة الكرم] {والسقي، ومقدماته المتكررة كالدلو، والرشا، وإصلاح طريق الماء، واستقاؤه، وإدارة الدولاب، وفتح رأس الساقية، وسدها عند الفراغ، وتعديل الثمرة بإزالة ما يضرها من الأغصان والورق ليصل إليها الهواء، وما يحتاج إليه من الشمس، وليتيسر قطعها عند الإدراك، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صوناً لها عن الشمس المضرة بها، ورفعها عن الأرض حيث تضرها، ولقاطها بمجرى العادة بحسب نوعها، فما يؤخذ للزبيب يقطع في الوقت الصالح له، وما يعمل دبساً فكذا، وهكذا، وإصلاح موضع التشميس، ونقل الثمرة إليه، وتقليبها، ووضعه على الوجه المعتبر، وغير ذلك من الأعمال}.

[ولو شرط بعضه على المالك صحّ] {بعد أن يكون مضبوطاً} لعموم (المؤمنون عند شروطهم) [لا جميعه] لمنافاته لمقتضى العقد {لأن الحصة لا يستحقها العامل إلا بالعمل، فلا بد أن يبقى عليه منه شيء فيه مستزاد الثمرة وإن قلّ} خلافاً لبعض العامة حيث اشترط الأكثر.

[وتعيين الحصة] في مقابل الترديد؛ إذ المردد لا يصلح أن يكون موضوعاً لحكم من الأحكام؛ إذ لا وجود له في الخارج، كالخط والنصيب، فلا تصح المساقاة لو كان التقدير بها إجماعاً، كذا في شرح القواعد [بالجزء المشاع] {كالنصف والثلث} كما ادعى غير واحد نفي الخلاف فيه، بل في المستمسك: وقد ذكره الجماعة رحمهم الله مرسلين له إرسال المسلمات. ويقتضيه الاختصار على ظاهر النصوص [لا المعين]

{كمئة رطل والباقي للآخر أو بينهما} فإنه ربما لا يحصل إلا ذلك فلا يكون للآخر شيء [ويجوز اختلاف الحصة في الأنواع] {كالنصف من العنب، والثلث من الرطب، أو النوع الفلاني} [إذا علمها] {أي الأنواع} كأن علما أن موضع النخل خمسون ذراعاً، وموضع العنب ثلاثون ذراعاً وهكذا {حذراً من وقوع أقل الجزأين لأكثر الجنسین مع الجهل بهما فيحصل الغرر} المنهي عنه الموجب لبطلان المعاملة، ويشكل عليه بما تقدم، وهو أنه ربما لا يحصل ذلك.

[ويكره أن يشترط رب المال على العامل] {مع الحصة} {ذهباً، أو فضة} كما اعترف به غير واحد، كذا في المستمسك. وفي مفتاح الكرامة: لا دليل لهم على الكراهة إلا الإجماع. والظاهر الجواز بلا كراهة، لعموم صحة الشرط فيلزم العمل على طبقه، وفي المسالك: إن العامة أطبقوا على منعه وأبطلوا به المساقاة. لكنه خلاف إطلاق أدلة الصحة عامها، وخاصها.

{ولا يكره غيرهما، للأصل} وهو الجواز، كما عرفت فيها [فلو شرط] {أحدهما} [وجب] {ما شرطه} لعموم (المؤمنون عند شروطهم) [بشرط سلامة الثمرة] كما هو المشهور {فلو تلفت أجمع، أو لم يخرج لم يلزم؛ لأنه أكل مال بالباطل، فإن العامل لم يحصل له عوض ما عمل، فكيف يخسر مع عمله الفاتئ شيئاً آخر؟!} فإن مبنى المساقاة على المعاوضة، فإذا تلفت الثمرة بطلت من رأس، فيبطل الشرط معها، وفي مفتاح الكرامة: دعوى ظهور الإجماع على السقوط {ولو تلف البعض فالأقوى عدم سقوط شيء} لأنه بوجوده قد حصل العوض فلا موجب للبطلان {عملاً بالشرط، كما لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض الثمرة} لأن عليه جميع ما التزم بالشرط.

[وكلما فسد العقد فالثمرة للمالك] {لأنها تابعة لأصلها} [وعليه أجره مثل العامل] كما هو المشهور شهرة عظيمة بينهم، كذا في المستمسك {لأنه لم يتبرع بعمله، ولم يحصل له العوض المشروط فيرجع إلى الأجرة} ولكن هذا لا يقتضي بمفرده الرجوع على المالك إلاً بضميمة كون الضمان بالاستيفاء، وقد استوفى المالك جهده فلزم عليه الضمان {هذا إذا لم يكن عالماً بالفساد} إذ لو كان عالماً كان متبرعاً بالعمل؛ لأنه بذل عمله في مقابلة ما يعلم بأنه لا يحصل {ولم يكن الفساد بشرط عدم الحصة للعامل، وإلاً فلا شيء له، لدخوله على ذلك} وإن كان جاهلاً.

[ولو شرط عقد مساقاة في عقد مساقاة فالأقرب الصحة] {لوجود المقتضي، وانتفاء المانع، أما الأول: فهو اشتراط عقد سائع في عقد سائع لازم، فدخل في عموم (المؤمنون عند شروطهم) وأما الثاني؛ فلأن المانع لا يتخيل إلاً كونه لم يرض أن يعطيه من هذه الحصة إلاً بأن يرضى منه من الآخر بالحصة الأخرى} في المساقاة الثانية {ومثل هذا لا يصلح للمنع كغيره من الشروط السائغة الواقعة في العقود، والقول بالمنع للشيخ استناداً إلى وجه ضعيف} لما أرسله في التهذيب بقوله: (نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن بيعين في بيع)^(١) {يظهر ضعفه مما ذكر في وجه الصحة} من أنه شرط سائع في عقد سائع، وللفرق بين البيع والمساقاة.

[ولو تنازعا في خيانة العامل حلف العامل] اتفاقاً {لأنه أمين فيقبل قوله بيمينه في عدمها، ولأصالة عدمها} وهي الخيانة، فيكون منكراً وعليه اليمين.

[وليس للعامل أن يساقي غيره] كما هو المشهور المعروف، كذا في المستمسك {لأن في المساقاة تسليطاً على أصول الغير وعملها، والناس يختلفون في ذلك اختلافاً

(١) التهذيب، ج٧، ص(٢٣٠)، باب (٢١) من الزيادات، ح ٢٥.

كثيراً، فليس لمن رضي المالك بعمله، وأمانته أن يولي من لم يرضه المالك له، بخلاف المزارعة { فإنها جائزة، ولعله ظاهر المحكي عن الإسكافي وغيره } فإن عمل الأرض من غير مقصود، وحصة المالك محفوظة على التقديرين { عمل العامل بنفسه وغيره } وأما الفرق بأن النماء تابع للأصل، وهو من مالك الأصول في المساقاة، ومن الزارع في المزارعة، فلذلك الأصل تسليط من شاء دون غيره، فإنما يتم مع كون البذر من العامل، والمسألة مفروضة في كلامهم أعم منه، ومع ذلك فإن العقد اللازم يوجب الحصة المخصوصة لكل منهما، فله نقلها إلى من شاء، وإن لم يكن البذر منه، وكونها غير موجودة حين المزارعة الثانية غير مانع؛ لأن المعاملة ليست على نفس الحصة، بل على الأرض، والعمل، والعوامل، والبذر بالحصة، فمن استحق بالعقد اللازم شيئاً تسلط على نقله مع انتفاء المانع { كما هو أوضح من أن يستدل عليه.

[والخراج على المالك] بلا إشكال ولا خلاف، كما هو المصرح به في كلماتهم { لأنه موضوع على الأرض والشجر، فيكون على مالكهما } [إلا مع الشرط] { بأن يكون على العامل أو بعضه، فيصح مع ضبط المشروط } لأنه شرط سائع، فيندرج تحت عموم (المؤمنون عند شروطهم) [وتملك الفائدة بظهور الثمرة] من دون توقف على بدو الصلاح إجماعاً، كما عن التذكرة { عملاً بالشرط، فإن العقد اقتضى أن تكون بينهما، فمتى تحققت ملكت كذلك }.

[وتجب الزكاة على كل من بلغ نصيبه النصاب] { من المالك والعامل، لوجود شرط الوجوب وهو تعلق الوجوب بها على ملكه } كما تقدم في كتاب الزكاة [ولو كانت المساقاة بعد تعلق الزكاة وجوزناها] { بأن بقي من العمل ما فيه مستزاد الثمرة حيث جوزناها مع ذلك } [فالزكاة على المالك] { لتعلق الوجوب بها على ملكه } وهو الشرط في وجوب الزكاة، وعليه فلا زكاة على العامل حينئذٍ، لعدم تحقق شرطها

عليه [وأثبت السيد] {أبو المكارم} [حمزة بن زهرة الزكاة على المالك في المزارعة والمساقاة، دون العامل] {مطلقاً} سواء كانت المساقاة قبل ظهور الثمرة أم بعدها {محتجاً بأن حصته كالأجرة، وهو ضعيف؛ لأن الأجرة إذا كانت ثمرة، أو زرعاً قبل تعلق الوجوب وجبت الزكاة على الأجير، كما لو ملكها كذلك بأي وجه كان؛ كالشراء أو الإرث ونحوهما} وإن أراد كالأجرة بعد ذلك فليس محل النزاع، إلا أن يذهب إلى أن الحصة لا يملكها العامل بالظهور، بل بعد بدو الصلاح، وتعلق الزكاة، لكنه خلاف الإجماع، ومعه لا يتم التعليل {بنفي الزكاة عن العامل {بالأجرة، بل بتأخر ملكه عن الوجوب}.

[والمغارسة باطلة] كما هو المصرح به في كلام جمع، لكونها على خلاف القاعدة، فأصالة عدم ترتب الأثر موجب لبطلانها، وفي الجواهر: إن عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ موقوف لا يصلح لإثبات ما لم يثبت مشروعيته من العقود، بل في المسالك: المغارسة باطلة عندنا وعند أكثر العامة. وهو في محله، كما عن غير واحد - إن لم يثبت الإجماع، ودعوى انصراف العمومات إلى المتعارف مع أنها ممنوعة - لا تجدي في البطلان؛ لأن المغارسة من المتعارف أيضاً، ولعل مراد جمع من القائلين بالبطلان أنها مساقاة باطلة، فلا تجري عليها أحكامها {وهي أن يدفع أرضاً إلى غيره ليغرسها على أن الغرس بينهما} [ولصاحب الأرض قلعه، وله الأجرة] {عن الأرض} [لطول بقائه] {فيها} [ولو نقص بالقلع ضمن أرضه] لأنه صدر بالإذن، وليس بعرق ظالم {وهو تفاوت ما بين قيمته مقلوعاً، وباقياً في الأرض بالأجرة، ولو كان الغرس من مالك الأرض، وقد شرط على العامل غرسه وعمله بالحصة فهو للمالك} لعدم ما يوجب خروجه عن ملكه، لبطلان هذا العقد {وعليه أجرة الغارس، وما عمل فيه من الأعمال} لأن عمل المسلم محترم، فهو مضمون بالاستيفاء.

[و] {على تقدير كونه من العامل} {لو طلب كل منهما ما لصاحبه} {فطلب الغارس الأرض بالأجرة على أن يبقى الغرس فيها، أو أن تكون ملكه} {بعوض} {أو طلب صاحب الأرض الغرس بقيمته} {لم يجب على الآخر إجابته} {لأن كلا منهما مسلط على ماله} فلا يجبر على نقله بأي ناقل إجماعاً {وحيث يقلعه الغارس يجب عليه طمّ الحفر، وأرش الأرض لو نقصت به، وقلع العروق المتخلفة عن المقلوع في الأرض، ولم يفرق المصنف - كالأكثر - في إطلاق كلامه بين العالم بالفساد والجاهل في استحقاق الأرض، وثبوت أجرته، لو كان الغرس لمالك الأرض، وليس ببعيد الفرق {بينهما} {لتبرع العامل بالعمل} فلا يستحق أجرة {ووضعه الغرس بغير حق} فلا يستحق الأرض، بخلاف الجاهل حيث لم يتبرع لجهله، ولم يضع غرسه بغير حق على اعتقاده، فيستحق الأجرة والأرّش لو قُلِعَ غرسُه {وبه فارق المستعير للغرس؛ لأنه موضوع بحق وإذن صحيحة شرعاً، بخلاف هذا الغرس} الذي هو للعامل العالم بطلان المغارسة.

[ولو اختلفا في الحصة حلف المالك] {لأن النماء تابع للأصل} في الملكية فقول المالك موافق لهذا الأصل، والعامل يدعي الزيادة {فيرجع إلى مالكة في مقدار ما أخرجته منه عن ملكه، مع أصالة بقاء غيره، و{أصالة} عدم انتقاله، و{أصالة عدم} ملك الغير له} {وفي المدة يحلف المنكر} بحسب ظاهر قوله {لأصالة عدم ما يدعيه الآخر من الزيادة. تم الجزء الأول من الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ويتلوه في الجزء الثاني كتاب الإجارة على يد مصنفها العبد الفقير إلى الله تعالى زين الدين علي بن أحمد الشامي العاملي عامله الله بلطفه، وعفى عنه وعنهم وعن جميع المؤمنين بمنه وكرمه إنه أكرم الكرمين}.

كتاب الإجارة

[كتاب الإجارة]

[وهي العقد على تملك المنفعة المعلومه بعوض معلوم] {فالعقد بمنزلة الجنس يشمل سائر العقود، وخرج بتعلقه بالمنفعة البيع والصلح المتعلق بالأعيان، وبالعوض الوصية بالمنفعة} لأنها بلا عوض {وبالمعلوم إصداقها؛ إذ ليس في مقابلها عوض معلوم وإنما هو البضع، ولكن ينتقض في طرده بالصلح على المنفعة بعوض معلوم فإنه ليس إجارة بناء على جعله أصلاً} قائماً برأسه، كما هو الأشهر، بل المشهور، وهو الأقوى، خلافاً للشيخ حيث جعله فرعاً لما يفيد فائدته، وكذا يشكل: بأنها قد لا تقتضي تملك المنفعة كما في استئجار ولي الزكاة، أو الوقف داراً فإن منفعة الدار ليست مملوكة وإنما هي صدقة يتعين صرفها في مصرف الزكاة أو الوقف.

[وإيجابها، أجرتك، وأكريتك] وكل لفظ يدل على المعنى المذكور، وقبولها: قبلت ورضيت واستأجرت ونحوها، واشترط العربية والماضوية يظهر مما تقدم في عقد البيع [أو ملكتك منفعتها سنة] {قيد التملك بالمنفعة، ليحترز به عما لو عبر بلفظ الإيجار والإكراء فإنه لا يصح تعلقه إلاً بالعين، فلو أوردتها على المنفعة فقال: أجرتك منفعة هذه الدار - مثلاً - لم يصح} لأنه يفيد تملك منفعة ما يتعلق به، ومتعلقه المنفعة يفيد تملك منفعة المنفعة، وهو باطل لا منفعة للمنفعة {بخلاف التملك؛ لأنه يفيد نقل ما يتعلق به، فإن ورد على الأعيان أفاد ملكها، وليس ذلك مورد الإجارة؛ لأن

العين تبقى على ملك المؤجر فيتعين فيه إضافته إلى المنفعة، ليفيد نقلها إلى المستأجر حيث يعبر بالتمليك}.

[ولو] {عبر بالبيع و} [نوى بالبيع الإجارة، فإن أوردته على العين] {فقال: بعتك هذه الدار شهراً - مثلاً - بكذا} [بطل] {لإفادته نقل العين وهو منافٍ للإجارة} ونسبه في التذكرة إلى علمائنا. ولعدم صحة المجاز في العقود اللازمة، لاشتراط استعمال الألفاظ الدالة على المقصود صريحاً، قطعاً للتنازع [وإن قال: بعتك سكنها سنة - مثلاً - ففي الصحة وجهان] {مأخذهما: أن البيع موضوع لنقل الأعيان، والمنافع تابعة لها، فلا يثمر الملك لو تجوز به في نقل المنافع منفردة وإن نوى به الإجارة، وأنه يفيد نقل المنفعة أيضاً في الجملة - ولو بالتبع - فيقوم مقام الإجارة مع قصدتها، والأصح المنع} فعن ظاهر التذكرة: أنه إجماعي. ولأن في هذا التجوز خروجاً عن مقتضى العقود اللازمة.

[وهي لازمة من الطرفين] اتفاقاً؛ لأنها عقد، فتشمله عمومات الزوم، ولصحيح علي بن يقطين قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتكاري من الرجل البيت أو السفينة سنة أو أكثر من ذلك أو أقل، قال: الكراء لازم له إلى الوقت الذي تكاري إليه ... الحديث)^(١) وهي {لا تبطل إلا بالتقاييل} لعموم أدلة استحبابه، كما تقدم في البيع {أو بأحد الأسباب المقتضية للفسخ، وسيأتي بعضها} [ولو تعقبها البيع لم تبطل] بلا خلاف ولا إشكال، لمكاتبة أبي همام - الصحيحة - (أنه كتب إلى أبي الحسن عليه السلام في رجل استأجر ضيعة من رجل فباع المؤجر تلك الضيعة بحضرة المستأجر ولم ينكر المستأجر البيع، وكان حاضراً له شاهداً فمات

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٧) الإجارة، ح ١.

المشتري وله ورثة، هل يرجع ذلك الشيء في ميراث الميت، أو يثبت في يد المستأجر إلى أن تنقضي إجارته؟ فكتب الإمام: يثبت في يد المستأجر إلى أن تنقضي إجارته^(١) ونحوه غيره، و{لعدم المنافاة، فإن الإجارة تتعلق بالمنافع، والبيع بالعين، وإن تبعها المنافع حيث يمكن} كما لو كانت غير مسلوقة المنفعة [سواء كان المشتري هو المستأجر، أو غيره] {فإن كان هو المستأجر لم تبطل الإجارة على الأقوى} كما هو المشهور، خلافاً لما نسبته العلامة للشيخ من انفساخها بالبيع؛ لأن أثر الإجارة الانتفاع بهال الغير، وهذا لا يبقى بعد البيع، ولأنه يلزم اجتماع سببين على مسبب واحد، وهو ملك المنفعة بالبيع تبعاً، وبالإجارة أصالة. ويشكل: بأن العين تستتبع المنافع في النقل والانتقال ما لم يسبق تملكها بسبب آخر، وعليه فلم تجتمع الأسباب على مسبب واحد {بل يجتمع عليه الأجرة} عوض المنفعة {والثمن} عوض العين {وإن كان غيره وهو عالم بها صبر إلى انقضاء المدة، ولم يمنع ذلك} وهو كونها مسلوقة المنفعة {من تعجيل الثمن} كما هو مقتضى إطلاق العقد.

{وإن كان جاهلاً بها تخير بين فسخ البيع} كما هو صريح جمع، بل عن الغنية الإجماع عليه {وإمضائه مجاناً} من غير استحقاق أرش {مسلوب المنفعة إلى انقضاء المدة، ثم لو تجدد فسخ الإجارة عادت المنفعة إلى البائع لا إلى المشتري} لأنه اشتراها مسلوقة المنفعة [وعذر المستأجر لا يبطلها] {وإن بلغ حداً يتعذر الانتفاع بها} لأن المنفعة ما زالت باقية وإنما المانع من جهته، فيستصحب لزوم الإجارة [كما لو استأجر حانوتاً فسرق متاعه] {ولا يقدر على إبداله؛ لأن العين تامة صالحة للانتفاع بها فيستصحب اللزوم} {وأما لو عمّ العذر كالثلج المانع من قطع الطريق} {الذي استأجر

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٤) الإجارة، ح ١.

الدابة لسلوكه مثلاً} [فالأقرب جواز الفسخ لكل منهما، لتعذر استيفاء المنفعة] {المقصودة حساً، فلو لم يجبر بالخيار لزم الضرر المنفي، ومثله ما لو عرض مانع شرعي كخوف الطريق، لتحريم السفر حينئذٍ، أو استئجار امرأة لكنس المسجد فحاضت والزمان معين ينقضي مدة العذر، ويحتمل} قوياً {انفساخ العقد في ذلك كله} لعدم المنفعة التي هي شرط صحة الإجارة، مع أن حقيقة الإجارة المعاوضة على المنفعة، ولا مجال لتحقيقها مع عدم المنفعة خارجاً، بلا فرق بين كون المانع شرعياً أو عقلياً {تنزيلاً للتعذر منزلة تلف العين} المعلوم بطلان الإجارة معه.

[ولا تبطل] {الإجارة} [بالموت] خلافاً لما ادعى شهرته بين كثير من المتقدمين كالشيخين وسلاار وبني زهرة وحمزة والبراج وسعيد، ووفقاً لما هو الأشهر بين المتأخرين، بل هو المشهور بينهم، بل في المسالك نسبته إليهم أجمع، بل نسب إلى جمع من القدماء كالإسكافي والتقي، وفي السرائر نسبته إلى أكثر المحصلين {كما يقتضيه لزوم العقد، سواء في ذلك موت المؤجر والمستأجر} لإطلاق ما دلّ على اللزوم، كصحيح علي بن يقطين المتقدم، ولاستصحاب بقائها [إلا أن تكون العين موقوفة] {على المؤجر وعلى من بعده من البطون فيؤجرها مدة ويتفق موته قبل انقضائها فتبطل، لانتقال الحق إلى غيره، وليس له التصرف فيها إلا زمن استحقاقه} للزوم رضا المالك الجديد {ولهذا لا يملك نقلها، ولا إتلافها، نعم لو كان ناظراً وأجرها لمصلحة البطون لم تبطل بموته} لأن نظره على الجميع فهو قائم مقامهم {لكن الصحة حينئذٍ ليست من حيث إنه موقوف عليه، بل من حيث إنه ناظر} ولذا لو وجد البطن الثاني معه كان حق النظر إليه {ومثله الموصى له بمنفعتها مدة حياته فيؤجرها كذلك} مدة

حياته، فيموت قبل انقضاء مدة الإجارة {ولو شرط على المستأجر المنفعة بنفسه بطلت بموته أيضاً} كما هو مقتضى الشرط.

[وكل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح إعارته، وإجارته] بلا خلاف أجده فيه نقلاً وتحصيلاً، بل إجماعاً كذلك، كذا في الجواهر {وينعكس في الإجارة كلياً} فكل ما لا يمكن الانتفاع به إلاّ بذهاب عينه فلا تصح إجارته {دون الإعارة، لجواز إعارة المنحة، مع أن المقصود منها وهو اللبن لا تبقى عينه، ولا تصح إجارته لذلك} [منفرداً] {كان ما يؤجر} [أو مشاعاً] كإجارة نصف الدار المشتركة، لوجود المقتضي وهو عموم وجوب الوفاء بالعقود، وخصوص إطلاقات الإجارة {إذ لا مانع من المشاع باعتبار عدم القسمة، لإمكان استيفاء المنفعة بموافقة الشريك، ولا فرق بين أن يؤجره من شريكه وغيره عندنا} خلافاً لبعض العامة، ولا يسلم العين المشتركة إلاّ بإذن الشريك، ولو رفض رفع أمره إلى الحاكم الشرعي، ومع علمه بالحال فلا خيار له، أما مع عدمه فله الخيار لتعييه بالشركة.

[ولا يضمن المستأجر العين] فتكون أمانة لغةً وعرفاً، كما في كل أمانة، لأصالة عدم الضمان المستفادة من النصوص، وفي الجواهر: الإجماع بقسميه عليه، وبه يخرج عن عموم (على اليد) [إلا بالتعدي] {فيها} [أو التفريط] {لأنها مقبوضة بإذن المالك لحق القابض} ولصحيح الحلبي قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تكارى دابة إلى مكان معلوم فنفتت الدابة، قال: إن كان جاز الشرط فهو ضامن، وإن دخل وادياً لم يوثقها فهو ضامن، وإن سقطت في بئر فهو ضامن؛ لأنه لم يستوثق منها)^(١) ونحوه غيره {ولا فرق في ذلك بين مدة الإجارة وبعدها، قبل طلب المالك وبعده، إذا

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٧) الإجارة، ح ٣.

لم يؤخر مع طلبها اختياراً كما هو المشهور، لبقائها أمانة وهي تقتضي عدم الضمان، خلافاً للشيخ وابن الجنيدي حيث حكما بالضمان، بدعوى: أن العين المؤجرة بعد انقضاء المدة أمانة شرعية، لا مالكية. وهي كما ترى! لأنها قد قبضت بإذن المالك فتكون أمانة مالكية، لا شرعية، ولذا لا يجب ردها فوراً، كما هو المشهور.

[ولو شرط] {في عقد الإجارة} {ضمانها بدونها فسد العقد} {بفساد الشرط من حيث مخالفته للمشروع} كما هو المشهور، لما دلّ على عدم ضمان الأمين، فيكون شرط الضمان مخالفاً للكتاب في قوله ﷺ: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^(١) {ومقتضى الإجارة} لعدم الضمان عند عدم التعدي والتفريط، ولما دلّ على عدم ضمان المستأجر كما تقدم، وعليه فلا يكون الشرط سائغاً، ليقع تحت عموم: (المؤمنون عند شروطهم) ومع فساد الشرط يفسد العقد - كما عليه المصنفان وإن كان خلاف التحقيق - حيث لا تراضي في العقد مع عدم صحة الشرط، وقد ذهب جمع إلى الصحة منهم سيد الرياض، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) مؤيداً بإطباقهم على جواز اشتراط الضمان في العارية مع عدم الضمان فيها.

[ويجوز اشتراط الخيار لهما أو لأحدهما] {مدة مضبوطة} بلا خلاف ولا إشكال، كما في الجواهر {لعموم} (المؤمنون عند شروطهم) ولا فرق بين المعينة {شخصياً، كأن يستأجر العبد المعين المعلوم} {والمطلقة} وهي ما كان موردها الذمة كأن يستأجر بعمل مطلق لبناء حائط - مثلاً - {عندنا} خلافاً لبعض العامة، حيث صححه في الأخيرة دون الأولى بلا مدرك صالح للتقيد [نعم ليس للوكيل والوصي فعل ذلك]

{وهو اشتراط الخيار للمستأجر أو للأعم بحيث يفسخ إذا أراد} أما الوكيل؛ فلأن مقتضى الوكالة إجراء عقد الإجارة اللازم، فليس له التصرف في غيره [إلا مع الإذن] وأما الوصي فلأن فعله منوط بالمصلحة، ولذا قال: [أو ظهور الغبطة] {في الفسخ، فيفسخ حيث يشترطها لنفسه} خاصة أو مع المستأجر {لا بدون الإذن في الوكيل، ولا الغبطة في الوصي، لعدم اقتضاء إطلاق التوكيل فيها إضافة الخيار المقتضي للتسلط على إبطالها، وكذا الوصاية، فإن فعل الوصي منوط بالمصلحة} إجماعاً، كما عن غير واحد.

[ولابد من كمال المتعاقدين] بالبلوغ والعقل لسلب عبارتيهما شرعاً بالإجماع، ولحديث (رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق)^(١) والاختيار لسلب عبارة المكره وبطلان عقده إجماعاً، ولحديث الرفع [وجواز تصرفهما] وعدم حجرهما لسفه أو فلس، فإن عقدهما باطل؛ لأنه تصرف مالي، وهما ممنوعان منه إجماعاً {فلا تصح إجارة الصبي وإن كان مميزاً أو أذن له الولي} على الأقوى؛ لأن إذنه لا تصير الناقص كاملاً، ولإباء حديث رفع القلم المتقدم عن التخصيص {ولا المجنون مطلقاً} إدوارياً كان أم مطبقاً، لإطلاق حديث رفع القلم {ولا المحجور} لسفه، لمنعه من التصرف بنفسه {بدون إذن الولي} نعم مع الإذن له جاز تصرفه بلا خلاف، كما عن غير واحد {أو من في حكمه} كالمفلس ونحوه.

[وكون المنفعة] {المقصودة من العين} [والأجرة معلومتين] في قبال جهالتهما مطلقاً {ويتحقق العلم بالمنفعة بمشاهدة العين المستأجرة التي هي متعلق المنفعة} كما هو المحكي عن السيد والشيخ والمحقق وجماعة من المتأخرين، لخبر أبي الربيع

(١) الوسائل، ج١، باب (٤) مقدمة العبادات، ح ١١.

الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبلها، فأى وجوه القباله أحل؟ قال: يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسماة ... الحديث) ^(١) {أو وصفها بما يرفع الجهالة} الموجبة للغرر المستلزم للبطلان {وتعيين المنفعة إن كانت متعددة في العين ولم يرد الجميع} منها، وإلا فلا، لتعينها {وفي الأجرة بكيلها، أو وزنها، أو عدها إن كانت مما يعتبر} العلم {بها في البيع، أو مشاهدتها إن لم تكن كذلك} مكيلة أو موزونة أو معدودة، لكفاية المشاهدة في رفع الجهل بها.

[والأقرب أنه لا تكفي المشاهدة في الأجرة عن اعتبارها] {بأحد لأمر الثلاثة إن كانت مما يعتبر بها؛ لأن الإجارة معاوضة لازمة مبنية على المغابنة، فلا بد فيها من انتفاء الغرر عن العوضين} خلافاً للسيد، والشيخ في المبسوط مستدلاً بأصالة الصحة في العقد، وانتفاء الغرر بالمشاهدة {أما لو كانت الأجرة مما يكفي في بيعها المشاهدة كالعقار كفت فيها هنا قطعاً، وهو خارج بقريضة الاعتبار} في كفاية المشاهدة في المبيع.

[وتملك] {الأجرة} [بالعقد] {لاقتضاء صحة المعاوضة انتقال كل من العوضين إلى الآخر} بمجرد العقد {لكن لا يجب تسليمها قبل العمل} لما تقدم في البيع من لزوم تقديم المثلن فيه؛ لأن الثمن عوضه وتابع له، فيتأخر عنه، ويعضده صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (في الجمل والأجير، قال: لا يحف عرقه حتى تعطيه أجرته) ^(٢) ونحوه غيره {وإنما تظهر الفائدة في ثبوت أصل الملك} على القول به، الذي تقدم أنه مما لا خلاف فيه {فيتبعها النماء متصلاً ومنفصلاً}.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٨) المزارعة، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٤) الإجارة، ح ١.

[ويجب تسليمها بتسليم العين] {المؤجرة} مع الإطلاق، أو اشتراط التعجيل الذي هو كالشرط المؤكد لدفعها في أول أوقات الوجوب، وهو وقت تمام العمل، وتسليم العين على حسب غيرها من عقود المعاوضة [وإن كانت على عمل فبعده] {لا قبل ذلك، حتى لو كان المستأجر وصياً، أو وكيلاً لم يجوز له التسليم قبله} لأنها اقتضيا إيقاع عقد الإجارة، ويلزمه دفع الأجرة بعد العمل، وبعد تسليم العين المؤجرة {إلا مع الإذن صريحاً، أو شاهد الحال} وإلا كان ضامناً {ولو فرض توقف الفعل على الأجرة كالحج وامتنع المستأجر من التسليم تسلط الأجير على الفسخ} وقد يشكل: بأنه هو الذي أقدم على الإجارة التي تقتضي ذلك.

[ولو ظهر فيها] {أي في الأجرة} [عيب فللأجير الفسخ] اتفاقاً، لخيار العيب الثابت في نظائره [أو الأرض مع التعيين] {للأجرة في متن العقد، لاقتضاء الإطلاق السليم، وتعيينه مانع من البذل - كالبيع - فيجبر العيب بالخيار} بلا خلاف ولا إشكال بناء على عدم اختصاص حكم العيب بالبيع، كما هو الأجود [ومع عدمه] {أي عدم التعيين} [يطالب بالبذل] {لعدم تعيين المعيب أجرة، فإن أجيب إليه، وإلا جاز له الفسخ} لأن إلزامه به ضرر منفي {والرضا بالمعيب فيطالب بالأرض، لتعيين المدفوع عوضاً بتعذر غيره} كما هو المصرح به في كلام جمع، بل في مفتاح الكرامة وغيره: لا أجد فيه خلافاً [وقيل: له الفسخ] {في المطلقة مطلقاً} سواء كانت الأجرة معينة أم لا، ظهر فيها عيب أم لا، تعذر البذل أم لا [وهو قريب إن تعذر الإبدال] {كما ذكرناه، لا مع بدله، لعدم انحصار حقه في المعيب}.

[ولو جعل أجرتين على تقديرين: كنقل المتاع في يوم بعينه بأجرة، وفي] {يوم} [آخر بـ] {أجرة} [أخرى، أو] {جعل أجرتين} [إحداهما في الخياطة الرومية وهي التي

بدرزين، والأخرى على] {الخيطة} {الفارسية وهي التي بواحد فالأقرب الصحة} كما هو مذهب الشيخ في المبسوط، والعلامة في التذكرة، لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ولإطلاق أدلة الإجارة {لأن كلاً من الفعلين معلوم، وأجرته معلومة، والواقع لا يخلو منهما، ولأصالة الجواز} والمنع منه يحتاج إلى دليل، وهو مفقود {ويشكل} كما عن ابن إدريس والعلامة في المختلف وولده والكركي {بمنع معلوميته} ومنع معلومية الأجرة {إذ ليس المستأجر عليه المجموع، ولا كل واحد، وإلا لوجبا، فيكون واحداً غير معين} لعدم الوساطة بينهما بالضرورة، لا أنه ليس المراد واحداً بعينه {وذلك غرر مبطل لها كالبيع بثمانين على تقديرين} حالاً، ومؤجلاً، من غير تعيين أحدهما {ولو تحمل مثل هذا الغرر لزم مثله في البيع بثمانين} وللزم صحته مع إجماعهم على عدم الصحة، لتردده بينهما {لاشتراكهما في العقد اللازم المشتمل على المعاوضة} المعتبر فيها عدم الغرر {نعم لو وقع ذلك جعالة توجهت الصحة، لاحتمالها من الجهالة ما لا تحتمله الإجارة} خلافاً للعلامة في المختلف حيث حكم ببطلانها، لتطرق الجهالة في الجعل، وضعفه ظاهر، لإجماعهم على صحتها لو قال: من رد علي عبدي فله نصفه، وكلاهما مجهولان.

[ولو شرط عدم الأجرة على التقدير الآخر لم يصح في مسألة النقل] {في اليومين} وفاقاً للمشهور نقلاً وتحصيلاً، كذا في الجواهر. لكونه شرطاً منافياً لمقتضى الإجارة؛ حيث إن مرجعه إلى استحقاق ذلك العمل عليه بعقد الإجارة بلا أجرة، وفساده موجب لفساد العقد على الأصح، لصحيح الحلبي الآتي الذي تضمن قوله عليه السلام: (شرط هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه) {وتثبت أجرة المثل على المشهور} لصحيح محمد بن مسلم قال: (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إني كنت عند قاضي من قضاة

المدينة وأتاه رجلان فقال أحدهما: إني اكرتيت من هذا دابة ليبلغني عليها من كذا وكذا، إلى كذا وكذا، بكذا وكذا، فلم يبلغني الموضع، فقال القاضي لصاحب الدابة: بلغته الموضع؟ فقال: لا، قد أعيت دابتي فلم تبلغ، فقال له القاضي: ليس لك كراء إذا لم تبلغه إلى الموضع الذي اكرتت دابتك إليه. قال: فدعوتها إليّ، فقلت للذي اكرتاه: ليس لك يا عبد الله أن تذهب بكراء دابة الرجل كله، وقلت للآخر: يا عبد الله ليس لك أن تأخذ كراء دابتك كله، ولكن انظر قدر ما بقي من الموضع وقدر ما أركبته فاصطلحا عليه، ففعلاً^(١) ولقاعدة (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) {ومستند الحكمين خبران، أحدهما صحيح} وهو المتقدم {وليس بصريح في المطلوب} لأنه لم يشترط عليه العدم من أول الأمر {والآخر ضعيف} بمنصور بن يونس على رأي العلامة {أو موثق} كما عن النجاشي، عن محمد الحلبي قال: (كنت قاعداً إلى قاضي وعنده أبو جعفر عليه السلام جالس فجاءه رجلان فقال أحدهما: إني تكرتيت إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعاً إلى بعض المعادن فاشترطت عليه أن يدخلني المعدن يوم كذا وكذا؛ لأنها سوق أخاف أن يفوتني، فإن احتبست عن ذلك حططت من الكراء لكل يوم احتبسته كذا وكذا، وأنه حبسني عن ذلك اليوم كذا وكذا يوماً. فقال القاضي: هذا شرط فاسد، وفه كراه. فلما قام الرجل أقبل إليّ أبو جعفر عليه السلام فقال: شرطه هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه^(٢) {فالرجوع فيهما إلى الأصول الشرعية أولى} بأن يحكم بأجرة المثل على التقديرين - إن جعلنا كلا القسمين من موارد الإجارة - وإلاّ ففي الأول بأجرة المثل على التقديرين أيضاً، وفي الثاني بها على التقدير الأول، دون الثاني.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٢) الإجارة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (١٣) الإجارة، ح ٢.

{وللمصنف في الحكم الثاني بحث نبه عليه بقوله} {وفي ذلك نظر؛ لأن قضية كل إجارة المنع من نقيضها} {فيمكن أن يجعل مورد الإجارة هنا القسم الذي فرض فيه أجره، والتعرض للقسم الآخر الخالي عنها تعرضاً في العقد لحكم يقتضيه، فإن قضية الإجارة بالأجرة المخصوصة في الزمن المعين - حيث يطلق - عدم استحقاق شيء لو لم ينقل أو نقل في غيره} {لأن ما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد [فيكون]} {على تقدير اشتراط عدم الأجرة لو نقله في غير المعين} {قد شرط قضية العقد فلم تبطل [الإجارة]} {في مسألة النقل، أو في غيرها} {بما شاركها في هذا المعنى، وهو اشتراط عدم الأجرة على تقدير مخالفة مقتضى الإجارة الخاصة} {غاية ما في الباب أنه إذا أخلّ بالمشروط} {وهو نقله في اليوم المعين} {يكون البطلان منسوباً إلى الآخر} {حيث فوت الزمان المعين ولم يفعل فيه ما شرط عليه فلا يستحق شيئاً؛ لأنه لم يفعل ما استأجر عليه} {ولا يكون} {البطلان} {حاصلاً من جهة العقد} {فلا وجه للحكم ببطلان الإجارة على هذا التقدير} {أي شرط عدم الأجرة على التقدير الآخر} {وإثبات أجره المثل، بل اللازم عدم ثبوت شيء وإن نقل المتاع إلى المكان المعين في غير الزمان؛ لأنه فعل ما لم يؤمر به، ولا استأجر عليه}.

{وهذا النظر مما لم يتعرض له أحد من الأصحاب، ولا ذكره المصنف في غير هذا الكتاب، وهو نظر موجه، إلا أنه لا يتم إلا إذا فرض كون مورد الإجارة هو الفعل في الزمن المعين} {على نحو وحدة المطلوب} {وما خرج عنه خارج عنها، وظاهر الرواية، وكلام الأصحاب أن مورد الإجارة كلا القسمين} {الأول: هو الفعل في الزمان المعين، والثاني: هو الفعل في الزمان الآخر} {ومن ثم حكموا بصحتها مع إثبات الأجرة على التقديرين، نظراً إلى حصول المقتضي، وهو الإجارة المعينة المشتملة على

الأجرة المعينة وإن تعددت، واختلفت، لانحصارها وتعيينها كما تقدم، وبطلانها على التقدير الآخر؛ وهو عدم الأجرة إن لم يأت بالمنفعة في الزمن المعين.

{ولو فرض كون مورد الإجارة هو القسم الأول خاصة، وهو النقل في الزمن المعين، لكان الحكم بالبطلان على تقدير فرض أجرة مع نقله في غيره أولى؛ لأنه خلاف قضية الإجارة، وخلاف ما تعلقت به، فكان أولى بثبوت أجرة المثل؛ لأنه بعد بطلان الإجارة يبطل المسمى، فتثبت أجرة المثل {وجعل القسمين متعلقها على تقدير ذكر الأجرة، والأول خاصة على تقدير عدمه في الثاني - مع كونه خلاف الظاهر - موجب لاختلاف الفرض بغير دليل، ويمكن الفرق} بين المسألتين {بكون تعيين الأجرة على التقديرين قرينة جعلهما مورد الإجارة حيث أتى بلازمها وهو الأجرة فيها، وإسقاطها في التقدير الآخر قرينة عدم جعله مورداً من حيث نفي اللازم الدال على نفي الملزوم، وحينئذٍ فنزيله على شرط قضية العقد أولى من جعله أجنياً مفسداً للعقد، بتخلله بين الإيجاب والقبول} لأن الأصل في العقود الصحة، فحمل التقدير الثاني على كونه شرطاً، مع الاحتفاظ بصحة العقد، أولى من جعله مورداً للإجارة ومبطلاً لها.

[ولابد] {في صحة الإجارة على وجه اللزوم} محتزراً عن الفضولي، فإنها صحيحة لكن لا على نحو اللزوم، لتوقفها على الإجازة [في كون المنفعة مملوكة له] {أي للمؤجر} بلا خلاف ولا إشكال؛ لأن الصحة بدون الملك وإذن المالك خلاف قاعدة السلطنة [أو لمولاه] {وهو من يدخل تحت ولايته بينة، أو وصاية، أو حكم} من الحاكم الشرعي، بلا خلاف في ذلك أيضاً [سواء كانت مملوكة له بالأصالة] {كما لو استأجر العين فملك منفعتها بالأصالة، لا بالتبعية للعين، ثم آجرها، أو أوصي له بها} {أو بالتبعية} [للملكه للعين].

[وللمستأجر أن يؤجر العين التي استأجرها] بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، ولعمومات الوفاء بالعقود، ومنها الإجارة، ولقاعدة السلطنة، ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يستأجر الدار ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها، قال: لا يصلح ذلك، إلا أن يحدث فيها شيئاً)^(١) ونحوه غيره مما يستفاد منه ملك المنفعة والتصرف فيها تصرف الملاك، لكن بشرط أن يحدث فيها شيئاً [إلا مع شرط] {المؤجر الأول عليه} [استيفاء المنفعة بنفسه] [فلا يصح له حينئذ أن يؤجر] إجماعاً، كما عن الغنية، وعملاً بمقتضى الشرط {إلا أن يشترط المستأجر الأول على الثاني استيفاء المنفعة له بنفسه، فيصح أن يؤجر أيضاً، لعدم منافاتها لشرط المؤجر الأول، فإن استيفاء المنفعة بنفسه أعم من استيفائها لنفسه} وغيره من غير إشكال واضح.

{وعلى تقدير جواز إيجاره لغيره هل يتوقف تسليم العين على إذن مالِكها؟ قيل} والقائل الشيخ في النهاية، وابن إدريس والعلامة في القواعد، والمحقق الثاني {نعم؛ إذ لا يلزم من استحقاقه استيفاء المنفعة، والإذن له في التسلم جواز تسليمها لغيره فيضمن لو سلمها بغير إذن. وقيل} والقائل المصنفان وسيد الرياض، وجمع من الأصحاب {يجوز تسليمها من غير ضمان؛ لأن القبض من ضرورات الإجارة للعين، وقد حكم بجوازها، والإذن في الشيء إذن في لوازمه، وهذا الذي رجحه المصنف في بعض حواشيه، وفيه قوة، ويؤيده} بل تدل عليها، لصراحته فيها {صحيحة علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام في عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم إلى الغير} قال: (سألت عن رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فنفقت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٢) الإجارة، ح ٤.

غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء^(١) {وغيرها أولى} لأنها بحاجة إلى عناية ومحافظة أكثر من مثل الثوب والعقار ونحوهما.

[ولو آجر الفضولي فالأقرب الوقوف على الإجازة] {كما يقف غيرها من العقود، وخصها بالخلاف، لعدم النص فيها بخصوصه بخلاف البيع؛ فإن قصة عروة البارقي مع النبي ﷺ في شرائه الشاة تدل على جواز بيع الفضولي وشرائه، فقد يقال: باختصاص الجواز بمورد النص، والأشهر} بل المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، كذا في الجواهر {توقفه على الإجازة مطلقاً} في البيع وغيره من العقود، خلافاً للحلي والفخر، فمنعاه إلا في النكاح، لورود النصوص فيه، وضعفه ظاهر؛ لأن المورد لا يخصص الوارد.

[ولابد من كونها] {أي المنفعة} [معلومة إما بزمان] {فيما لا يمكن ضبطه إلا به} [كالسكنى] {والإرضاع} بلا خلاف أجده فيه، بل حكي عن المخالفين - الذين اكتفوا بالمشاهدة بالبيع - أنهم وافقوا هنا على اشتراط العلم بقدر المنفعة، كذا في الجواهر. والعمدة فيه الإجماع المذكور، لا الغرر، كما عن بعضهم [وإما به، أو بالمسافة] {فيما يمكن ضبطه بهما} [كالركوب] {فإنه يمكن ضبطه بالزمان كركوب شهر، وبالمسافة كالركوب إلى البلد المعين} [وإما به، أو بالعمل] {كاستئجار آدمي لعمل} [كالخياطة] {فإنه يمكن ضبطه بالزمان كخياطة شهر، وبالعمل كخياطة هذا الثوب} بلا تقييد بالزمان، لانصراف الإطلاق إلى التعجيل، ولا حاجة إلى ذكر مدة، كما نص عليه جمع، لارتفاع الجهالة - الموجبة للغرر - بذلك.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٦) الإجارة، ح ١.

{ولو جمع بين المدة والعمل} {كخياطة هذا الثوب في هذا اليوم} {فالأقرب
البطالان إن قصد التطبيق} {بين العمل والزمان، بحيث يتبدىء بابتدائه وينتهي
بانتهاؤه؛ لأن ذلك مما لا يتفق غالباً، بل يمكن انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل
وبالعكس} فلا يعلم الأجير بإمكان التتابع ليسلم له ما وقع عليه العقد، فيلزم
الغرر {فإن أمر بالإكمال} المعين {في الأول} وهو انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل
{لزم العمل في غير المدة المشروطة، وإلا كان تاركاً للعمل الذي وقع عليه العقد، وإن
أمر في الثاني بالعمل إلى أن تنتهي المدة لزم الزيادة على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل
كان تاركاً للعمل في المدة المشروطة} وهذه اللوازم بأجمعها باطلة، لأنها مخالفة لمقتضى
عقد الإجارة، خلافاً للعلامة في المختلف حيث اختار الصحة محتجاً: بأن الغرض
إنما يتعلق في ذلك غالباً بفراغ العمل، ولا ثمرة مهمة في تطبيقه على الزمان،
والفراغ أمر ممكن لا غرر فيه. وما ذكره إنما يتم لو لم يقصد المطابقة، لكنه خارج عن
موضع النزاع.

{ولو قصد مجرد وقوع الفعل في ذلك الزمان} بأن كان ظرفاً وإن لم يحصل
التطبيق {صحّ مع إمكان وقوعه فيه} عادة أو عرفاً، بلا إشكال، لارتفاع الجهالة
الموجبة للغرر {ثم إن وقع فيه ملك الأجرة، لحصول الغرض} المستأجر عليه {وإن
خرجت المدة قبله، فإن كان قبل الشروع فيه بطلت} الإجارة بلا خلاف ولا إشكال،
لوقوعها على منفعة في زمن معين وقد مضى، فارتفع موضوع الإجارة {وإن
خرجت في أثناءه استحق المسمى لما فعل} بنسبته إلى جميع العمل، فإن كان نصفاً
استحق النصف، وهكذا {وفي بطلانها في الباقي، أو تخيير المستأجر بين الفسخ في
الباقي، أو الإجازة فيكمل خارجه ويستحق المسمى} الذي ذكر في العقد {وجهان}
من عدم وقوع العمل في تمام المدة المعينة، فيحتمل البطلان، ومن أنه يمكن أن

يتعلق غرضه بها في الوقت المعين، فله الفسخ، ومن وقوع عقد الإجارة مقيداً، ومع عدم تحقق العقد، فلا تبطل الإجارة، فله إمضاؤها، وإكمال الباقي بالمسمى للمجموع {وقيل: يستحق مع الفسخ أجره مثل ما عمل، لا المسمى} لأن الفسخ مبطل للإجارة، ومعه فلا مسمى في قبال المجموع، فيستحق أجره المثل لما أنجز {والأوسط أوسط} لأن الإجارة وقعت صحيحة، ومتعلقها باقٍ في الجملة، نظير الفضولي، فلا وجه للبطلان.

[ولا يعمل الأجير الخاص] وهو الذي يستأجره للعمل بنفسه مدة معينة حقيقة، أو حكماً، كما إذا استأجر لعمل معين، أول زمانه اليوم المعين، بحيث لا يتوانى فيه بعده {لغير المستأجر} {إلا بإذنه، لانحصار منفعته فيه بالنسبة إلى الوقت الذي جرت عاداته بالعمل فيه كالنهار} لانصراف الإجارة إليه مع الإطلاق {أما غيره كالليل فيجوز العمل فيه لغيره إذا لم يؤد إلى ضعف في العمل المستأجر عليه} بلا خلاف ولا إشكال، لعدم المنافاة.

{وفي جواز عمله لغيره في المعين عملاً لا يتنافى حقه، كإيقاع عقد في حال اشتغاله بحقه وجهان: من التصرف في حق الغير} فلا يجوز، ويشكل: بأن ملك الغير ليس إلا خصوص العمل المختص بالزمن المعين، وقد حصل من دون أن يدخل فيه التصرف في الآخر {و} من {شهادة الحال} فيجوز، وهو أجود {ومثله} في جريان الوجهين {عمل مملوك غيره كذلك} في المعين {وفي اعتبار هذا الانحصار سمي خاصاً؛ إذ لا يمكنه أن يشرك غير من استأجره في العمل في الزمان المعهود، فإن عمل بغيره في الوقت المختص، فلا يخلو إما أن يكون بعقد إجارة، أو جعالة، أو تبرعاً، ففي الأول يتخير المستأجر الأول {بين فسخ عقد نفسه، لفوات المنافع التي وقع عليها

العقد أو بعدها، وبين إبقائه، فإن اختار الفسخ وكان ذلك قبل أن يعمل الأجير شيئاً، فلا شيء { للأجير } عليه، وإن كان بعده، تبعضت الإجارة ولزمه من المسمى بالنسبة { لأن الأجرة موزعة على جميع العمل، فما حصل منه استحق الأجير بنسبته } وإن بقي على الإجارة تخير في فسخ العقد الطاريء، وإجازته؛ إذ المنفعة له، فالعاقد عليها فضولي، فإن فسخته رجع إلى أجرة المثل عن المدة الفائتة؛ لأنها قيمة العمل المستحق له بعقد الإجارة وقد أتلف عليه، ويتخير في الرجوع بها على الأجير؛ لأنه المباشر للإتلاف، أو المستأجر؛ لأنه المستوفي، وإن أجازته ثبت له المسمى فيه، فإن كان قبل قبض الأجير له، فالمطالب به المستأجر { الثاني } لأن الأجير هنا بمنزلة فضولي باع ملك غيره فأجاز المالك، فإن الفضولي لا يطالب بالثمن { بل المطالب به المشتري } وإن كان بعد القبض، وكانت الأجرة معينة، فالمطالب بها من هي في يده { وهو الأجير، لقاعدة (على اليد) } وإن كانت مطلقة، فإن أجاز القبض أيضاً، فالمطالب الأجير، وإلا { ييجز التسليم والقبض فالمطالب { المستأجر } الثاني } ثم المستأجر يرجع على الأجير بما قبض مع جهله { سواء أتلف ما قبضه أم لا؛ لأنه مغرور، والمغرور يرجع على من غره { أو مع علمه، وبقاء العين } أما مع التلف فلا رجوع؛ لأن المستأجر الثاني يعلم بفضولية الأجير، وقد سلطه على إتلاف العوض.

{ وإن كان عمله بجعالة تخير مع عدم فسخ إجارته بين إجازته فيأخذ المسمى { لعين ما تقدم } ووعده، فيرجع بأجرة المثل { عن هذا العمل؛ لأنه عمل للثالث كما في الإجارة } وإن عمل تبرعاً وكان العمل مما له أجرة في العادة تخير مع عدم فسخته عقده بين مطالبة من شاء منها بأجرة المثل { لعين ما ذكر في الإجارة } وإلا { يكن للعمل أجرة { فلا شيء } له لعدم تفويته عليه شيئاً بحسب الفرض { وفي معناه } حكماً { عمله لنفسه } فيأتي فيه التفصيل السابق { ولو حاز شيئاً من المباحات بنية التملك

ملكه، وكان حكم الزمان المصروف في ذلك ما ذكرناه { من ثبوت أجرة المثل، لإتلافه على المستأجر.

[ويجوز للمطلق] {وهو الذي يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين المدة، كتحصيل الخياطة يوماً، أو عن المدة مع تعيين المباشرة، كأن يخطط له ثوباً بنفسه من غير تعرض إلى وقت، أو مجرد عنهما، كخياطة ثوب مجرد عن تعيين الزمان، وسمي مطلقاً، لعدم انحصار منفعته في شخص معين؛ فمن ثم جاز له أن يعمل لنفسه وغيره، وتسميته بذلك {أي مطلقاً} {أولى من تسميته مشتركاً، كما صنع غيره؛ لأنه في مقابله المقيد وهو الخاص، ويبين هذا الخاص باعتباره الثلاثة؛ إذ الأول مطلق بالنسبة إلى المباشر، والثاني {مطلق} بالنسبة إلى المدة، والثالث {مطلق} فيهما معاً، وللمصنف قول: بأن الإطلاق {بالنسبة إلى المدة} {في كل الإجازات يقتضي التعجيل، وأنه يجب المبادرة إلى ذلك الفعل} بدعوى أن الأمر بالوفاء بالعقد يقتضي الفورية، ويشكل: بعدم دلالة عليها، كما هو التحقيق {فإن كان مجرداً عن المدة خاصة فبنفسه، وإلا} كان مجرداً عن المباشرة {تخير بينه وبين غيره، وحينئذٍ لو اقتضى الإطلاق التعجيل} فيقع التنافي بينه وبين عمل آخر في صورة المباشرة، وفرع عليه: عدم صحة الإجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع تعيين المباشرة، كما منع الأجير الخاص، ويرشد إليه ما تقدم في الحج: من عدم صحة الإجارة الثانية مع اتحاد زمان الإيقاع نصاً {بأن استأجره كل منهما على أن يحج عن أبيه في هذه السنة} {أو حكماً} كما هو مقتضى الانصراف إلى سنة العقد مع الإطلاق {كما لو أطلق فيهما، أو عين في إحديهما بالسنة الأولى، وأطلق في الأخرى، وما ذكره أحوط} للمنافاة المدعاة {ولكن لا دليل عليه، إن لم نقل باقتضاء مطلق الأمر الفور} كما هو التحقيق عند المحصلين، بل حتى لو

قلنا به فلا منافاة؛ لأنه يبتني على اقتضاء الأمر بالشيء النهي عن ضده الخاص، وهو أيضاً خلاف التحقيق، لعدم اقتضائه ذلك.

[وإذا تسلم] {المستأجر} [العين، ومضت مدة يمكن فيها الانتفاع] {بها فيما استأجرها له} {استقرت الأجرة} في ذمة المستأجر {وإن لم يستعملها} بلا خلاف فيه ممن تعرض له، كما في الجواهر، وهو مقتضى عموم لزوم العقد، لعدم الدليل على اعتبار أكثر من ذلك في استقرار العقد ولزومه ولوازمه {وفي حكم التسليم ما لو بذل المؤجر العين فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة، أو مضت مدة يمكنه الاستيفاء، فتستقر الأجرة} وإن لم يستوف المنفعة؛ لأنه لا تقصير من جهة المؤجر، بل هو الذي أقدم على تفويت المنفعة بتركه الانتفاع بالعين، وقد يشهد له خبر إسماعيل بن مسلم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضاً، فقال: آجرنيها بكذا وكذا، إن زرعته أو لم أزرعها أعطك ذلك، فلم يزرع الرجل، فقال: له أن يأخذ بهاله إن شاء ترك، وإن شاء لم يترك)^(١) فتدبر ولاحظ.

[ولابد من كونها] {أي المنفعة} [مباحة] لأن المنفعة المحرمة غير مملوكة شرعاً [فلو استأجره لتعليم كفر، أو غناء] {ونحوه من المعلومات الباطلة} [أو حمل مسكر بطل] {العقد} لأنه من الإعانة على الإثم المحرم، ولخبر تحف العقول عن أبي عبد الله عليه السلام (أما وجوه الحرام من وجوه الإجارة فنظير أن يؤجر الإنسان على حمل ما يحرم عليه أكله أو شربه، أو يؤجر نفسه في صنعة ذلك الشيء أو حفظه أو لبسه، أو يؤجر نفسه في هدم المساجد ضراراً، وقتل النفس بغير حل، أو عمل التصاوير

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٨) الإجارة، ح ١.

والأصنام والمزامير والبرابط والخمر والميتة والدم، أو شيء من وجوه الفساد الذي كان محرماً عليه من غير جهة الإجارة - إلى أن قال - : إلا لمنفعة من استأجرته كالذي يستأجر له الأجير يحمل له الميتة ينحيتها عن أذاه أو أذى غيره وما أشبه ذلك^(١) ونحوه غيره؛ ولأن المحرمات لما كانت مفسدة بنظر الشارع الأقدس، فلا يصح اعتبارها مملوكة، ولذا فالأقوى كفاية اشتراط كونها مملوكة عن هذا الشرط {ويستثنى من حمل المسكر الخمر بقصد الإراقة، أو التخليل، فإن الإجارة لهما جائزة} بلا خلاف ولا إشكال، ولذيل خبر التحف المتقدم.

[وأن يكون مقدوراً على تسليمها] إجماعاً محكياً عن جمع من الأعظم [فلا تصح إجارة الآبق] بلا خلاف ولا إشكال؛ لأن بذل المال في قبال شيء لا يعلم تحصيله سفه ارتكازاً، و{لاشتهاها فيه على الغرر} المبطل لعقد الإجارة [وإن ضم إليه شيئاً] {متمولاً} يصدق عليه المال عرفاً [أمكن الجواز] {كما يجوز في البيع، لا بالقياس} حتى يقال ببطلانه {بل لدخوله في الحكم بطريق أولى، لاحتمالها من الغرر ما لا يحتمله، وبهذا الإمكان أفنى المصنف في بعض فوائده، ووجه المنع فقد النص المجوز هنا} أي في الإجارة {فيقتصر على مورده وهو البيع} فقط، لموثق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري العبد وهو آبق عن أهله، قال: لا يصلح، إلا أن يشتري معه شيئاً آخر ويقول: أشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا وكذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيها اشترى منه)^(٢) ونحوه غيره {ومنع الأولوية} لأن بيع الآبق

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١) الإجارة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٨، باب (١١) عقد البيع وشروطه، ح ٢.

يمكن أن يستفاد منه كعتقه، بخلاف الإجارة، فلا بد من التسليم ليتنفع به، ولم يحرز مناط البيع حتى يثبت في الإجارة بطريق أولى.

{وعلى الجواز، هل يعتبر في الضميمة إمكان إفرادها بالإجارة، أم بالبيع، أم يكفي كل واحد منهما في كل واحد منهما؟ أوجه} بل وجهان فقط {من حصول المعنى في كل منهما، ومن أن الظاهر ضميمة كل شيء إلى جنسه، وقوى المصنف الثاني} لأنه أنسب بالقواعد الشرعية {ولو أجره ممن يقدر على تحصيله صحّ من غير ضميمة، ومثله المغصوب لو أجره الغاصب، أو من يتمكن من قبضه} لارتفاع المانع من عدم إمكان التسليم، وارتفاع الغرر حينئذٍ.

[ولو طرأ المنع] {من الانتفاع بالعين المؤجرة فيما أجزت له} {فإن كان} [المنع] {قبل القبض فله الفسخ} {لأن العين قبل القبض مضمونة على المؤجر، فللمستأجر الفسخ عند تعذرهما، ومطالبة المؤجر بالمسمى، لفوات المنفعة، وله الرضا بها، وانتظار زوال المانع، أو مطالبته بأجرة المثل لو كان غاصباً} لحيلولته عن الانتفاع بها، فيكون ضامناً لأجرة المثل {بل يحتمل مطالبته والمؤجر بها أيضاً، لكون العين مضمونة عليه حتى يقبض} ويشكل: بأن الثابت في ذمة المؤجر هو المسمى على تقدير القبض لو فسخ المستأجر، لا أجرة المثل عند عدم الفسخ؛ لأنه لم يباشر العدوان {ولا يسقط التخير بزوال المانع في أثناء المدة، لأصالة بقائه} من غير قاطع لها.

[وإن كان] {المنع} {بعده} {أي بعد القبض} {فإن كانت تلفاً بطلت} [الإجارة، لتعذر تحصيل المنفعة المستأجر عليها} بزوال موضوعها [وإن كان غصباً لم تبطل] {لاستقرار العقد بالقبض، وبرائة المؤجر والحال أن العين موجودة يمكن تحصيل المنفعة منها، وإنما المانع عارض} [ورجع المستأجر على الغاصب] {بأجرة مثل المنفعة

الفائتة في يده} لقاعدة الضمان {ولا فرق حينئذ بين وقوع الغصب في ابتداء المدة وخلالها، والظاهر عدم الفرق بين كون الغاصب المؤجر وغيره} لعموم أو إطلاق القاعدة المتقدمة.

[ولو ظهر في المنفعة عيب فله الفسخ] {لفوات بعض مآليته بسببه} الموجب للضرر {فيجبر بالخيار؛ ولأن الصبر على العيب ضرر منفي} شرعاً وعقلاً [وفي الأرض] {لو اختار البقاء على الإجارة} [نظر] {من وقوع العقد على هذا المجموع، وهو باقٍ، فأما أن يفسخ، أو يرضى بالجميع، ومن كون الجزء الفائت، أو الوصف مقصوداً للمستأجر ولم يحصل، وهو يستلزم نقص المنفعة التي هي إحدى العوضين فيجبر بالأرض، وهو حسن} تحقيقاً للتقابل بين العوضين {وطريق معرفته: أن ينظر إلى مثل أجرة العين سليمة ومعيبة، ويرجع من المسمى بمثل نسبة المعيبة إلى الصحيحة، وإن اختار الفسخ، وكان قبل مضي شيء من المدة فلا شيء عليه} لعدم استيفائه شيئاً من المنفعة {وإلا فعليه من المسمى بنسبة ما مضى إلى المجموع} لاستيفائه بحسب الفرض.

[ولو طرأ] {العيب} [بعد العقد فكذا] له الفسخ، لنقصان المنفعة، ولزوم الضرر فيجبر به [كانهدم المسكن] {وإن كان بعد استيفاء شيء من المنفعة، ولا يمنع من ذلك كون التصرف مسقطاً للخيار؛ لأن المعتبر منه ما وقع في العوض المعيب الذي تعلقت به المعاوضة، وهو هنا المنفعة، وهي تتجدد شيئاً فشيئاً، وما لم يستوفه منها لا يتحقق فيه التصرف} فليس له فيها الفسخ {وإنما يتخير مع انهدام المسكن إذا أمكن الانتفاع به وإن قلّ، أو أمكن إزالة المانع، وإلا} بأن لم يمكن الانتفاع {بطلت} الإجارة، لتلف موضوعها {ولو أعاده المؤجر بسرعة، بحيث لا يفوت عليه شيء

معتد به، ففي زوال الخيار نظر: من زوال المانع { في المنفعة فلا خيار } {و} من {ثبوت الخيار بالانهدام} من حيث هو، لا بتفريط من المستأجر {فيستصحب} ثبوت الخيار {وهو أقوى} لأنه أوفق بالقواعد الشرعية.

[ويستحب أن يقاطع من يستعمله على الأجرة أولاً] اتفاقاً {للأمر به في بعض الأخبار، فعن الصادق عليه السلام} {في موثق مسعدة} {من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعملن أجيراً حتى يعلمه ما أجره} ^(١) وعن الرضا عليه السلام {في صحيح سليمان بن جعفر جعفر الجعفري} {أنه ضرب غلماناً حين استعملوا رجلاً بغير مقاطعة، وقال عليه السلام: إنه ما من أحد يعمل لك بغير مقاطعة، ثم زدته بذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد نقصت أجرته، وإذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبة عرف ذلك لك، ورأى أنك قد زدته} ^(٢).

[وأن يوفيه] {أجرته} [عقيب فراغه] {من العمل} اتفاقاً {قال الصادق عليه السلام} {في صحيح هشام بن الحكم} {في الجمال والأجير: (لا يحف عرقه حتى تعطيه أجرته)} ^(٣) وعن حنان عن شعيب قال: (تكارينا لأبي عبد الله عليه السلام قوما يعملون في بستان له، وكان أجلبهم إلى العصر، فلما فرغوا، قال لمعتب: أعطهم أجورهم قبل أن يحف عرقهم) ^(٤) {ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٣) الإجارة، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٣) الإجارة، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (٤) الإجارة، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ١٩، باب (٤) الإجارة، ح ٢.

[ويكره أن يُضمَّن] {أي يغرم عوض ما تلف بيده} مطلقاً سواء مع التعدي والتفريط أم لا، كما هو المشهور، وسواء كان حاذقاً أم لا، كان حاضراً أم لا، كما استفاض نقل الإجماع صريحاً وظاهراً عليه في محكي جماعة، كما في المستمسك. ولصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: كل عامل أعطيته أجراً على أن يصلح، فأفسد فهو ضامن)^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض {بناء على ضمان الصانع ما يتلف بيده} كما عن جمع، وحمل على الكراهة، لما ذكر {أو مع قيام البيئة على تفريطه} وهو يقتضي الضمان، فيكره تضمينه أيضاً، لما تقدم {أو مع نكوله عن اليمين حيث يتوجه عليه، لو قضينا بالنكول} لأنه إذا ادعى تلفه ولم يكن له بيئة توجه عليه اليمين، ومع نكوله والقضاء به فيقتضي ضمانه، ولكنه لما تقدم كره تضمينه [إلا مع التهمة] {له بتقصيره} المتعمد {على وجه يوجب الضمان} فلا كراهة حينئذٍ في تضمينه، لصحيح أبي بصير - يعني المرادي - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يضمن الصانع ولا القصاب ولا الحائك، إلا أن يكونوا متهمين ... الحديث)^(٢) ونحوه غيره.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٩) الإجارة، ح ١٩.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٩) الإجارة، ح ١١.

[مسائل]:

الأولى : [من تقبل عملاً فله تقبيله غيره بأقل] {مما تقبله به} [على الأقرب] بلا خلاف ظاهر ولا إشكال {لأصالة الجواز} لا اختصاص أدلة المنع بغيره، والنصوص الخاصة والعامة تقتضي الصحة، كذا في المستمسك. وعن مجمع البرهان أنه لا خلاف فيه، وفي المساوي {وما ورد بالأخبار دالاً على النهي عنه} كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه ويدفعه إلى آخر فيربح فيه، قال: لا، إلا أن يكون قد عمل فيه شيئاً)^(١) ونحوه غيره {يحمل على الكراهة، جمعاً بينها وبين ما يدل على الجواز} ولعله يريد به صحيح أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألت عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه، ويدفعه إلى آخر يربح فيه، قال: لا بأس) كما رواه في السرائر والتذكرة، لكن الموجود في الكافي والتهذيب والوسائل (قال: لا)^(٢) ومنه تعرف التأمل فيما استدل به على الكراهة {هذا إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه، وإلا فلا إشكال في المنع، و{كذا} إذا لم يحدث فيه حدثاً وإن قل} لعموم وجوب الوفاء بالشرط.

[فلو أحدث فيه حدثاً] {فلا بحث في الجواز} مطلقاً ولو بزيادة، مع عدم اشتراط المباشرة {للاتفاق عليه} ولصحيح محمد بن مسلم المتقدم وغيره {وعلى تقدير الجواز، فالمشهور اشتراط إذن المالك في تسليم العين للمتقبل} الثاني {لأنها مال الغير، فلا يصح تسليمه لغيره بغير إذنه، وجواز إجارتها لا ينافيه} إذ ليس من لوازم

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٣) الإجارة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٣) الإجارة، ح ٤.

الإجارة الأولى التسليم {فيستأذن المالك فيه، فإن امتنع رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر، ففي جوازه بغير إذنه، أو تسلطه على الفسخ وجهان} من كونه تصرفاً في مال الغير بغير إذنه، فلا يجوز، ومن كونه ضرراً على المستأجر، فيرفع بجواز الفسخ {وجواز التسليم بغير إذنه مطلقاً} مع الامتناع وعدمه، ومع إمكان الرفع إلى الحاكم وعدمه {خصوصاً إذا كان المتقبل ثقة قوي} لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه، ولصحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال: (سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فنفتت، ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، وإن لم يسم فليس عليه شيء)^(١) هذا مع التلف، أما مع عدمه فجوازه أولى.

[الثانية: لو استأجر عيناً فله إيجارها بأكثر مما استأجرها] {به} لكنه على إطلاقه محل تأمل، بل منع، لصحيح أبي المغرا عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يؤجر الأرض ثم يؤجرها بأكثر مما استأجرها، قال: لا بأس، إن هذا ليس كالحانوت ولا الأجير، إن فضل الحانوت والأجير حرام)^(٢) ونحوه غيره، فيتم ما ذكره في غيرهما {للأصل} وهو أصل الصحة في العقود {وعموم الأمر بالوفاء بالعقود} ولصدر الحديث المتقدم وغيره، كما عن جمع التصريح به [وقيل] والقائل ابن الجنيد [بالمع إلا أن تكون] {إيجارها} [بغير جنس الأجرة، أو يحدث فيها صفة كمال] {استناداً إلى روايتين} وهما صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يستأجر الدار ثم

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٦) الإجارة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٠) الإجارة، ح ٤.

يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به، قال: لا يصلح ذلك إلا أن يحدث فيها شيئاً^(١) وموثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إني لأكره أن استأجر رحي وحدها ثم أوأجرها بأكثر مما استأجرتها به، إلا أن يحدث فيها حدثاً، أو يغرم فيها غرامة)^(٢) {ظاهرتين في الكراهة} لاشتغالهما على (لا يصلح) في الأولى و(لأكره) في الثانية {وإلى استلزامها الربا} كما عن ابن الجنيّد فإذا آجرها بذهب - مثلاً - وقد استأجرها بذهب أو فضة فهما لزم التفاضل الموجب للربا {وهو ضعيف؛ إذ لا معاوضة على الجنس الواحد} في العقد الواحد، بل المعاوضة على ذلك في عقدين.

[الثالثة: إذا فرط في العين] {المستأجرة} [ضمن قيمتها يوم التفريط] {لأنه يوم تعلقها بذمته، كما أن الغاصب يضمن القيمة يوم الغصب، هذا قول الأكثر} لعموم (من أتلف)، ولما تضمنه صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام - إلى أن قال - : (فقلت له: أرايت لو عقد البغل ونفق، أليس كان يلزمني؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته)^(٣) ونحوه غيره [والأقرب] {ضمان قيمتها} [يوم التلف] {لأنه يوم الانتقال إلى القيمة، لا قبله وإن حكم بالضمان؛ لأن المفروض بقاء العين، فلا ينتقل إلى القيمة إلا بعد تلفها} وموضع الخلاف ما إذا كان الاختلاف بتفاوت القيمة {السوقية} {أما لو كان بسبب نقص في العين فلا شبهة في ضمانه} لأن يده عادية، وهي تستلزم الضمان [ولو اختلفا في القيمة، حلف الغارم] {لأصالة عدم الزيادة} في القيمة السوقية {ولأنه منكر} لها، فيكون القول قوله {وقيل} والقائل الشيخ في النهاية

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٢) الإجارة، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٢) الإجارة، ح ٥.

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (١٧) الإجارة، ح ١.

القول {قول المالك إن كان دابة} استناداً إلى ما تضمنه صحيح أبي ولاد الحناط عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز، فقال: عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه، فقلت: من يعرف ذلك؟ قال: أنت وهو، إما أن يحلف هو على القيمة، فيلزمك) ^(١) {وهو ضعيف} لقوة الأصل بعمل الأصحاب، فيرجح عليها، كما عن سيد الرياض.

[الرابعة: مؤونة العبد والدابة على المالك] {لا المستأجر} كما هو مختار جمع من الأساطين، منهم العلامة والمحقق الثاني وغيرهما {لأنها تابعة للملك، وأصالة عدم وجوبها على غير المالك، وقيل} والقائل جمع من الأفاضل، منهم الشيخ والحلي والمحقق والعلامة {على المستأجر مطلقاً} سواء شرط أم لا، بدعوى وجوب حفظ العين التي هي أمانة بيده، والإنفاق عليها مقدمة فتجب {وهو ضعيف} لأن حفظها يجب على المالك، لقاعدة (من له الغنم فعليه الغرم).

{ثم إن كان المالك حاضراً عندها أنفق} عليها وجوباً، لما تقدم {وإلا استأذنه المستأجر في الإنفاق ورجع عليه} {ولو أنفق عليه المستأجر بنية الرجوع} {على المالك} [صحّ مع تعذر إذن المالك، أو الحاكم] {وإن لم يشهد على الإنفاق على الأقوى} لأن الإشهاد إرشاد إلى ثبوت الحق، وهو مما لا دخل له في الرجوع {ولو أهمل مع غيبة المالك ضمن لتفريطه} في وجوب حفظ الحيوان المحترم مطلقاً {إلا أن ينهائ المالك} فلا ضمان حينئذٍ، وإن أمكن القول بالوجوب رعاية لحفظ ذي الروح المحترم شرعاً.

(١) الوسائل، ج٩، باب (١٧) الإجارة، ح ١.

[ولو استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه فنفقته على المستأجر في المشهور] {استناداً إلى رواية سليمان بن سالم} غير المعلوم حاله {عن الرضا عليه السلام} - إلى أن قال - : (وعن رجل استأجر رجلاً بنفقة مسماة، ولم يفسر شيئاً على أن يبعثه إلى أرض أخرى، فما كان من مؤونة الأجير من غسل الثياب والحمام فعلى من؟ قال: على المستأجر)^(١) {ولاستحقاق منافعه المانع من ثبوت النفقة عليه، والأقوى أنه كغيره لا تجب نفقته إلا مع الشرط، وتحمل الرواية مع سلامة سندها} غير المعلوم، خصوصاً مع نقل العلامة عن ابن المنذر عدم الخلاف في كون النفقة على الأجير، وعليه فلا جابر للسند مع هجر ابن إدريس والمحقق الثاني وجمع من الأصحاب لها {عليه} أي على الاشتراط {واستحقاق منافعه لا يمنع من وجوب النفقة في ماله الذي من جملة الأجرة} لأن منفعته للغير مقابل الأجرة فنفقته عليه، لقاعدة (أن من له الغنم فعليه الغرم) {وحيث يشترط فيه، وفي غيره من الحيوان على المستأجر، يعتبر بيان قدرها ووصفها} لئلا يلزم الغرر في الشرط {بخلاف ما لو قيل: بوجوبها عليه ابتداءً، فإنه يكفي القيام بعادة أمثاله} إذ لا يترتب على ذلك جهالة ولا غرر، ولعدم الدليل على الأزيد من المعتاد.

[الخامسة: لا يجوز إسقاط المنفعة المعينة] كاستئجاره هذه الدابة للركوب {أي الإبراء منها، سواء كان بلفظ الإسقاط أم الإبراء أم غيرهما من الألفاظ الدالة عليه؛ لأنه عبارة عن إسقاط ما في الذمة، فلا يتعلق بالأعيان، ولا بالمنافع المتعلقة بها} بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر [ويجوز إسقاط] {المنفعة} [المطلقة] كالسكنى والركوب {المتعلقة بالذمة، وإن لم يستحق المطالبة بها} لعدم حلول وقتها، بلا خلاف

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٠) الإجارة، ح ١.

ولا إشكال، بعد معلومية مشروعية الإبراء، كذا في الجواهر {وكذا الأجرة يصح إسقاطها إن تعلقت بالذمة} لما تقدم {لا إن كانت عينا} لما مرّ أيضاً.

[وإذا تسلم] {أجيراً ليعمل له عملاً} [فتلف لم يضمن] إن كان من غير تعدٍ أو تفريط {صغيراً كان أم كبيراً، حراً كان أم عبداً} ففي المسالك: إنه موضع وفاق منّا ومن العامة {لأنه قبضه لاستيفاء منفعة مستحقة، لا يمكن تحصيلها إلاّ بإثبات اليد عليه، فكان أمانة في يده، ولا فرق بين تلفه مدة الإجارة} لأنه أمانة فلا تضمن {وبعدها} لأن الواجب على المستأجر التخلية بين العين ومالكها {إلاّ أن يحبس مع الطلب بعد انقضاء المدة، فيصير بمنزلة المغصوب} فيضمن إذا كان مملوكاً {وسياقي إن شاء الله} في كتاب الغصب {أن الحرّ البالغ لا يضمن مطلقاً} سواء كان مغصوباً أم لا {وما عليه من الثياب تابع له} والحرّ لا يضمن مطلقاً، لا نفسه ولا ما تحت يده {ولو كان صغيراً، أو عبداً ضمنه} كما سيأتي في كتاب الغصب.

[السادسة: كلما يتوقف عليه توفية المنفعة فعلى المؤجر، كالقرب، والزم، والحزام] {والسرج، والبرذعة، ورفع المحمل، والأحمال، وشدها، وحطها، والقائد، والسائق إن شرط مصاحبته} [والمداد في النسخ] {لتوقف إيفاء المنفعة الواجبة عليه بالعقد اللازم، فيجب من باب المقدمة، والأقوى الرجوع فيه إلى العرف، فإن انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر} وفاقاً للعلامة في التذكرة {لأن الواجب على المؤجر إنما هو العمل؛ لأن ذلك هو المقصود من إجارة العين، أما الأعيان فلا تدخل في مفهوم الإجارة على وجه يجب إذهابها لأجلها، إلاّ في مواضع نادرة تثبت على خلاف الأصل، كالرضاع} الملحوظ فيه اللبن {والاستحمام} الملحوظ فيه الماء {ومثله الخيوط للخياطة، والصبغ للصباغة، والكش للتليح} للنخل، ويشكل: بأن وجوبها ليس

للدخول في مفهوم الإجارة عرفاً، بل لكونها مقدمة لتحصيل الواجب، الذي يجب الوفاء به في الأمر به في قوله عز وجل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾.

[و] {كذا يجب على المؤجر} [المفتاح في الدار] {لأنه تابع للغلق المثبت الذي يدخل في الإجارة، بل هو كالجزة منه، وإن كان منقولاً، ومن شأن المنقول أن لا يدخل في إجارة العقار الثابت، وأما مفتاح القفل فلا يجب تسليمه، كما لا يجب تسليم القفل} الخارجي نفسه {لانتفاء التبعية عرفاً}.

[السابعة: لو اختلفا في عقد الإجارة حلف المنكر] {لها سواء كان هو المالك أم غيره} بلا خلاف ولا إشكال؛ لأنه منكر {لأصالة عدمها، ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رجع كل مالٍ إلى صاحبه} على تقدير كون كل منهما في يد الآخر {وإن كان بعد استيفاء شيء منها، أو الجميع، الذي يزعم من يدعي وقوع الإجارة أنه متعلق العقد، وكان المنكر المالك، فإن أنكر مع ذلك الإذن في التصرف وحلف} دفعاً لاحتمال الإذن في التصرف مجاناً {استحق أجره المثل وإن زادت عن المسمى} لأنه مع الحلف وإنكار الإذن يستحقها، والمسمى الذي بزعم الآخر لم يثبت {ولو كان المتصرف يزعم تعيينها في مال مخصوص وكان من جنس النقد الغالب لزم قبضه عن أجره المثل، فإن ساواها أخذه} بلا إشكال {وإن نقص وجب على المتصرف الإكمال} لقاعدة (على اليد) {وإن زاد صار الباقي مجهول المالك، لزعم المتصرف استحقاق المالك وهو ينكر} أصل الإجارة.

{وإن كان مغيراً له} أي لنقد البلد {ولم يرض المالك به، وجب عليه الدفع من الغالب، وبقي ذلك بأجمعه مجهولاً} لاعتراف المتصرف بأنه للمالك، ولإنكار المالك استحقيقه {ويضمن العين بإنكار الإذن} من المالك، فتكون يده عادية {ولو اعترف

به فلا ضمان} للعين؛ لأنه هو الذي سلطه على ماله، واستحقاق أجره المثل؛ لأن الإذن لم يكن مجاناً.

{وإن كان المنكر المتصرف وحلف وجب عليه أجره المثل} إن لم يدع الإذن في التصرف مجاناً، وإلاّ فله إحلاف المالك بعدم الإذن بغير عنوان الإجارة {فإن كانت أزيد من المسمى بزعم المالك لم يكن له المطالبة به إن كان دفعه، لاعترافه باستحقاق المالك له، ووجب عليه دفعه، وليس للمالك قبضه، لاعترافه بأنه لا يستحق أزيد من المسمى، وإن زاد المسمى عن أجره المثل كان للمنكر المطالبة بالزائد إن كان دفعه، وسقط إن لم يكن، والعين ليست مضمونة عليه، لاعتراف المالك بكونها أمانة بالإجارة}.

[ولو اختلفا في قدر الشيء المستأجر] {بفتح الجيم، وهي العين المستأجرة، بأن قال: آجرتك البيت بمئة، فقال: بل الدار أجمع بها} [حلف النافي] {لأصالة عدم وقوع الإجارة على ما زاد عما اتفقا عليه، وقيل: يتحالفان، وتبطل الإجارة؛ لأن كلاً منهما مدع ومنكر} ويشكل: بأن ضابط التحالف عدم اتفاقهما على شيء من مورد العقد، كأن يقول أحدهما: آجرتك الدار، والآخر يقول: آجرتني الدكان. ومحل الكلام أنهما اتفقا على شيء، واختلفا في الزائد عليه، فيقدم قول المنكر [وفي ردّ العين، حلف المالك] {لأصالة عدمه، والمستأجر قبض لمصلحة نفسه فلا يقبل قوله فيه مع مخالفته للأصل} الذي هو عدم الرد، ولا يقاس على الودعي، لبطلانه مع الفارق؛ لأن قبضه لمصلحة المودع، مع ورود النص بكونه أميناً.

[وفي هلاك المتاع المستأجر عليه] مع عدم التعدي والتفريط [حلف الأجير] كما عن جمع من الأساطين، منهم الشيخ وابن إدريس والعلامة {لأنه أمين} بدلالة

صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن الصباغ والقصار؟ فقال: ليس يضمنان)^(١) ونحوه غيره {ولا يمكن صدقه فيه، فلو لم يقبل قوله فيه} وقبل قول خصمه لكلف بالرد، فلو كان تالفاً استحال عليه الرد، ولو كان كذلك لصار غير مؤدٍ لحقوق الناس، فيجب حبسه؛ ولأنه يستحيل عليه الرد {لزم تخليده في الحبس} وهو مما لا يمكن الالتزام به {ولا فرق بين دعواه تلفه بأمر ظاهر، كالغرق، أو خفي، كالحرق} لإطلاق النصوص، خلافاً لبعض العامة من تكليفه بالبيئة مع الظاهر، وباليمين مع الخفي، وضعفه ظاهر؛ لأنه استحسان محض.

[وفي كيفية الإذن] {في الفعل} [كالقباء، والقميص] {بأن قطعه الخياط قباء، فقال المالك: أمرتك بقطعه قميصاً} [حلف المالك] كما هو المشهور {لأنه منكر لما يدعيه الخياط من التصرف في ماله، والأصل عدم ما يدعيه الخياط من الإذن، ولقبول قول المالك في أصل الإذن، وكذا في صفته} لأن إنكارها كإنكار أصلها {لأن مرجع هذا النزاع إلى الإذن على وجه مخصوص} والأصل عدمه {وقيل} والقائل الشيخ في وكالة المبسوط والخلاف {يحلف الخياط، لدعوى المالك عليه ما يوجب الأرش، والأصل عدمه، وعلى المختار، إذا حلف المالك يثبت على الخياط أرش الثوب ما بين كونه مقطوعاً قميصاً وقباً} لأنه مأذون بقطعه قميصاً، وما زاد عليه فلا إذن فيه {ولا أجره على عمله} لأنه عمل غير مأذون فيه.

{وليس له فقه، ليرفع ما أحدثه من العمل إن كانت الخيوط للمالك} بلا خلاف أجده بين من تعرض له، بل ولا إشكال، كذا في الجواهر، لحرمة التصرف في مال الغير {إذ لا عين له ينزعها، والعمل ليس بعين، وقد صدر عدواناً ظاهراً، ولو كانت

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٩) الإجارة، ح ١٤.

الخيوط للخياط فالأقوى أن له نزعها كالمغصوب { لقاعدة السلطنة، وعدوانيته شرعاً لا تسقط حرمة ماله {ووجه المنع: استلزامه التصرف في مال الغير} بغير إذنه، وهو محرم، لكنه لا يمنع من أخذ ماله {ولو طلب المالك أن يشد في طرف كل خيط منها خيطاً، لتصير خيوطه في موضع خيوط الخياط إذا سلّها، لم تجب إجابته؛ لأنه تصرف في مال الغير يتوقف على إذنه، كما لا يجب عليه القبول لو بذل له المالك قيمة الخيوط} لقاعدة السلطنة، فلا يصح إلزامه بالبيع.

[وفي قدر الأجرة، حلف المستأجر] {لأصالة عدم الزائد} على ما يدعيه المالك {وقيل: يتحالفان، كما لو اختلفا في قدر المستأجر؛ لأن كلاً منهما مدعٍ ومنكر، وهو ضعيف، لاتفاقهما على وقوع العقد، ومقدار العين، والمدة، وإنما تخالفا على القدر الزائد عما يتفقان عليه، فيحلف منكره} فيخرج المورد عن مورد التحالف؛ لأن مورد ما لو لم يتفقا على شيء من الأجرة.

كتاب الوكالة

[كتاب الوكالة]

{بفتح الواو وكسرهما} [وهي] لغة: التفويض، كما عن غير واحد من أهل اللغة، وشرعاً [استنابة في التصرف] مطلقاً، قولاً كان أم فعلاً {بالذات، لئلا يرد الاستنابة في نحو القراض، والمزارعة، والمساقاة} مما لم يكن المقصود منه ذلك {وخرج بقيد الاستنابة، الوصية بالتصرف، فإنها إحداث ولاية، لا استنابة، وبالتصرف الوديعة، فإنها استنابة في الحفظ خاصة} وقد عرفت أكثر من مرة أن المراد من أمثال هذه التعاريف الكشف عن مسمياتها في الجملة، كالتعاريف اللفظية، فلا وجه للإطناب في ذلك طرداً وعكساً. ولا ريب في مشروعيتها، بل لعله من ضرورة الدين، كذا في الجواهر. فلا حاجة إلى الاستدلال عليها بقوله ﷺ: ﴿فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِّنْهُ﴾^(١).

{وتفتقر إلى إيجاب وقبول؛ لأنها من جملة العقود، وإن كانت جائزة} اتفاقاً [وإيجابها، وكلتك، أو استنتك] {وما شاكله من الألفاظ الدالة على الاستنابة في التصرف، وإن لم تكن على نهج الألفاظ المعبرة في العقود} اللازمة من الصراحة والماضوية ونحوهما [أو الاستيجاب] من الوكيل [والإيجاب] من الموكل {كقوله: وكلني في كذا، فيقول: وكلتك} [أو الأمر بالبيع، والشراء] لأنها استنابة وإذن في التصرف {كما دلّ عليه قول النبي ﷺ لعروة البارقي: (اشتر لنا شاة)^(٢)}.

(١) سورة الكهف، آية (١٩).

(٢) سنن الترمذي، ج ٢، ص ٥٥٠، سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٥٦.

[وقبولها قولي] {كقبلت، ورضيت، وما أشبهه} من الألفاظ التي تدل على القبول، وإن لم تكن بالماضي، قولاً واحداً [وفعلي] {كفعله ما أمره بفعله} لأنها تصح معاطاة. بلا خلاف ولا إشكال [ولا يشترط فيه] {أي في القبول} [الفورية] {بل يجوز تراخيه عن الإيجاب وإن طالت المدة} حتى لو تعدت السنة، فعن التذكرة: إنه إجماعي [فإن الغائب يوكل] {والقبول متأخر} لا محالة {وكان جواز توكيل الغائب موضع وفاق، فلذا جعله شاهداً على الجواز، وإلا فهو فرع المدعى} لأن جواز توكيل الغائب مترتب على جواز تراخي القبول، فلو كان متوقفاً على جواز توكيل الغائب، لزم الدور.

[ويشترط فيها التنجيز] بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر؛ ولأن التعليق ينافي الجزم في إرادة المعنى من اللفظ عند الإنشاء، مع أنه يعتبر الجزم الفعلي في العقود ليتحقق الإنشاء {فلو علقت على شرط متوقع، كقدوم المسافر، أو صفة مترتبة، كطلوع الشمس، لم يصح} لمنافاته مقارنة ترتب السبب على المسبب، وللشك في تناول إطلاقات صحة الوكالة لمثل ذلك، فيبقى أصل عدم ترتب الأثر بلا قاطع {وفي صحة التصرف بعد حصول الشرط، أو الصفة بالإذن الضمني قولان: مشؤهما كون الفاسد بمثل ذلك إنما هو العقد، أما الإذن الذي هو مجرد إباحة فلا} يفسد، فيصح التصرف فيه، كما عن العلامة في التذكرة {كما لو شرط عوضاً مجهولاً، فقال: بع كذا على أن لك العشر من ثمنه، فتفسد الوكالة، دون الإذن؛ ولأن الوكالة أخص من مطلق الإذن، وعدم الأخص أعم من عدم الأعم، و{من أن الوكالة ليست أمراً زائداً على الإذن، وما يزيد عنه من مثل الجعل أمر زائد عليه، لصحتها بدونه، فلا يعقل فسادها} المدعى عليها الإجماع، كما عن الرياض {مع

صحته} ولا يخفى قوة الأول؛ لأن اختصاص البطلان حينئذٍ بالآثار المترتبة على الوكالة المفروض فسادها، لا كل أثر، وإن كان مشتركاً بينها وبين الإذن.

[ويصح تعليق التصرف] {مع تنجيز الوكالة} بلا خلاف فيه، بل في التذكرة والمسالك الإجماع عليه، كذا في الجواهر {بأن يقول: وكلتك في كذا، ولا تتصرف إلا بعد شهر} لعموم (المؤمنون عند شروطهم) {لأنه بمعنى اشتراط أمر زائد على أصلها الجامع لشرائطها، التي من جملتها التنجيز، وإن كان في معنى التعليق؛ لأن العقود المتلقاة من الشارع منوطة بضوابط} ومن جملتها التنجيز {فلا تقع} صحيحة، وتبطل {بدونها، وإن أفاد فائدتها}.

[وهي جائزة من الطرفين] {فلكل منهما إبطاها في حضور الآخر وغيبته} بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر. ومدركه في الجملة صحيح معاوية بن وهب وجابر بن يزيد جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: (من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها)^(١) {لكن إن عزل الوكيل نفسه بطلت مطلقاً} ولو مع عدم علم الموكل، اتفاقاً، واختصاص النصوص باشتراط علم الوكيل فقط [ولو عزله الموكل] بحضوره بطلت الوكالة اتفاقاً، أما لو عزله في غيبته [اشتراط علمه] {بالعزل، فلا ينزل بدونه، في أصح الأقوال} كما هو المشهور، ولصحيح هشام بن سالم الآتي.

{والمراد بالعلم هنا بلوغ الخبر بقول من يقبل خبره، وإن كان عدلاً واحداً، لصحيحة هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام} (في رجل وكل آخر على وكالة في أمر من

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١) الوكالة، ح ١.

الأمور، وأشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر فقال: اشهدوا أنني قد عزلت فلاناً عن الوكالة، فقال: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل فيه قبل العزل، فإن الأمر واقع ماضٍ على ما أمضاه الوكيل، كره الموكل أم رضي. قلت: فإن الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل، أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة، فالأمر على ما أمضاه؟ قال: نعم، قلت له: فإن بلغه العزل قبل أن يمضي الأمر ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء؟ قال: نعم، إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماضٍ أبداً، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه، أو يشافه بالعزل عن الوكالة^(١) ونحوه غيره {ولا عبرة بخبر غيره، وإن تعدد} اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع النص {ما لم يحصل به العلم} لذاتية حجتيه {أو الظن المتأخّر له} وهو ما يعبر عنه بالاطمئنان، وحجتيه مسلمة عند العرف [ولا يكفي] {في انعزاله} [الإشهاد] {من الموكل على عزله، على الأقوى} مطلقاً، كما هو المشهور {وللخبر السابق، خلافاً للشيخ وجماعة} وهم القاضي والحلي وابنا حمزة وزهرة، حيث اكتفوا بالإشهاد مع تعذر إعلام الوكيل.

[و] {حيث كانت جائزة} [تبطل بالموت] إجماعاً، ضرورة اقتضاءها نيابة لا تنتقل إلى الوارث [والجنون، والإغماء] {من كل واحد منهما} بلا خلاف أجده فيه، بل في المسالك: هو موضع وفاق، كذا في الجواهر {سواء طال زمان الإغماء أم قصر، وسواء أطبق الجنون أم كان إدواراً، وسواء علم الموكل بعروض المبطل أم لم يعلم} لإطلاق معقد الإجماع [وبالحجر على الموكل فيما وكل فيه] {بالسفه، والفلس؛ لأن منعه من مباشرة الفعل يقتضي منعه من التوكيل فيه، وفي حكم الحجر، طروء الرق على

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٢) الوكالة، ح ١.

الموكل، بأن كان حربياً فاسترق، ولو كان وكيلاً صار بمنزلة توكيل عبد الغير { فلا تصح وكالته إلا بإذن المولى الذي اشتراه صريحاً أو ضمناً، بلا خلاف ولا إشكال.

[ولا تبطل بالنوم ولو تطاول] استصحاباً لصحة العقد، ولعدم معاملة الشارع الأقدس النوم معاملة الجنون ونحوه {لبقاء أهلية التصرف} [ما لم يؤد إلى الإغماء] {فتبطل من حيث الإغماء، لا من حيث النوم، ومثله السكر} الاختياري في عدم إبطاله للوكالة، لعين ما ذكر في النوم {إلا أن يشترط عدالته كوكيل الوكيل، أو {وكيل {الولي} وبطلانها من حيث الفسق حينئذٍ [وتبطل بفعل الموكل ما تعلقت به الوكالة] {كما لو وكله في بيع عبد ثم باعه، وفي حكمه فعله ما ينافيها كعتقه} وكذا تلف ما تعلقت به، وفعل الموكل ما وكل فيه، لانتفاء موضوعها حينئذٍ.

[وإطلاق الوكالة في البيع يقتضي البيع بثمان المثل] لانصرافه إلى ما هو المرتكز عرفاً {إلا بنقصان عنه يتسامح بمثله عادة كدرهم في مئة، وإلا مع وجود باذل لأزيد منه، فلا يجوز الاقتصار عليه، حتى لو باع بخيار لنفسه، فوجد في مدة الخيار باذلاً للزيادة وجب عليه الفسخ إن تناولت وكالته له} كل ذلك مراعاة لمصلحة الموكل {إلا أن يعين له قدرأ فلا يجب تحصيل الزائد، وإن بذل} [حالاً] {فلا يجوز بالمؤجل مطلقاً} وإن زاد على ثمن المثل، للزوم حمل الإطلاق على ما فيه مصلحة الموكل [بنقد البلد] حملاً للإطلاق على المتعارف {فإن اتحد تعين، وإن تعدد باغ بالأغلب، فإن تساوت النقود باع بالأنفع للموكل} إن وجد مراعاة لمصلحة الموكل {فإن تساوت نفعاً تخير} عقلاً، للتساوي في جميع الجهات.

{وكذا} {التوكيل} {في الشراء} {يقتضيه بضمن المثل حالاً بنقد البلد} لعين ما ذكر في البيع {ولو خالف} {ما اقتضاه الإطلاق، أو التنصيص} {ففضولي} لمخالفته مقتضاهما {يتوقف بيعه وشراؤه على إجازة المالك} لعدم إذنه في المخالف.

{وإنما تصح الوكالة فيما لا يتعلق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر بعينه} وإلاً فإن علمنا ثبوت المباشرة بنص معتبر، أو إجماع، أو نحوهما من أصل، أو قاعدة، فلا تصح الوكالة فيه، لمنافاتها لحقيقته، ومع الشك في اشتراط المباشرة في فعل، فالأصل يقتضي صحة الوكالة، وقد استقرت سيرة الأصحاب على طلب الدليل على اعتبار المباشرة، واستدلوا عيه بأصالة عدم اشتراطها {كالعق} {فإن غرضه فيه فك الرقبة، سواء أحدثه المالك أم غيره} {والطلاق} {فإن غرضه منه رفع الزوجية، كذلك ومثله النكاح} {والبيع} {وغيرهما من العقود، والإيقاعات} {لا فيما يتعلق} {غرضه بإيقاعه من مباشر بعينه، ومرجع معرفة غرضه في ذلك وعدمه إلى النقل، ولا قاعدة له لا تنخرم، فقد علم تعلق غرضه بجملة من العبادات؛ لأن الغرض منها امتثال المكلف ما أمر به، وانقياده وتذلل بفعل المأمور به} في حياته وكماله وقدرته عقلاً وشرعاً {ولا يحصل ذلك بدون المباشرة} {كالطهارة} {فليس له الاستنابة فيها أجمع، وإن جاز في غسل الأعضاء ومسحها حيث يعجز عن مباشرتها، مع توليه النية، ومثل هذا لا يعد توكيلاً حقيقياً} لبقاء التكليف بالفعل والعمل {ومن ثم يقع ممن لا يجوز توكيله، كالمجنون، بل استعانة على إيصال المطهر على العضو كيف اتفق} {والصلاة الواجبة في} {حال} {الحياة} {فلا يستتاب فيها مطلقاً} مع العجز وعدمه {إلا ركعتا الطواف، حيث يجوز} مع العجز {استنابة الحي في الحج الواجب} كما تقدم في كتاب الحج {أو

فيهما خاصة على بعض الوجوه} كما لو نسي ركعتي الطواف، فله أن يستنيب ويوكل غيره بإتيانها.

{واحترز بالواجبة عن المندوبة، فيصح الاستنابة فيها في الجملة} كما أرسله غير واحد إرسال المسلمات {كصلاة الطواف المندوب} فتصح النيابة فيه اتفاقاً، فتدخل الصلاة فيه {أو في الحج المندوب} الذي تصح النيابة فيه إجماعاً، فتدخل فيه الصلاة {وإن وجب} بالشروع فيه على النائب، لكنه مندوب بالنسبة إلى المستنيب {وصلاة الزيارة} للمعصومين عليه السلام المعلوم صحة النيابة فيها فتدخل الصلاة {وفي جواز الاستنابة في مطلق النوافل وجه} ولعله لأنه ليس في العبادة إلاّ الفعل بقصد القرية، وأن الشارع الأقدس جعل ذلك سبباً لترتب الثواب عليه، وهو غير مناف للنيابة، فيندرج تحت عمومها المقتضي لمشروعية جعل فعل الغير فعل الإنسان نفسه بالإذن والتوكيل من الطرفين، نعم لا دليل على شرعية النيابة فيها على وجه يسقط خطاب الندب عن الموكل، بل هو باق على نيته له، وإن ترتب ثواب له على فعل الغير بنية النيابة عنه {وبالجملة فضبط متعلق غرض الشارع في العبادات وغيرها يحتاج إلى تفصيل، ومستند نقلي} كما تقدم.

[ولابد من كمال المتعاقدين] {بالبلوغ، والعقل} بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر {فلا يوكل ولا يتوكل الصبي، والمجنون مطلقاً} بلغ عشرًا أم لا، مع إذن الولي أم لا، وسواء كان المجنون مطبقاً أم إدواريّاً، لسلب عبارتهما شرعاً، كما هو المتسالم عليه بين الأصحاب [وجواز تصرف الموكل] إجماعاً {فلا يوكل المحجور عليه فيما ليس له مباشرته} وهو التصرف في أمواله، ولما كان ممنوعاً منه شرعاً، فمع التوكيل فيه أولى {وخص الموكل، لجواز كون المحجور - في الجملة - وكيلًا لغيره فيما حجر عليه فيه من التصرف كالفقه، والمفلس مطلقاً} وإن لم يأذن الولي أو الغرماء،

في حال كون الحق عليه في ماله، وأما التصرف في مال الغير بإذنه لمنفعته فلا حق على المحجور عليه، فيصح توكيله {والعبد بإذن سيده} بلا خلاف ولا إشكال.

[وتجوز الوكالة في الطلاق للحاضر] {في مجلسه} [كالغائب] {على أصح القولين} ففي الشرائع: على الأظهر، وفي الجواهر: الأشهر، بل المشهور، بل عن ابن إدريس نفي الخلاف فيه بين المسلمين، لعموم مشروعية الوكالة، ولإطلاق صحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن رجل جعل أمر امرأته إلى رجل، فقال: اشهدوا أنني قد جعلت أمر فلانة إلى فلان فيطلقها، أيجوز ذلك للرجل، فقال: نعم)^(١) ونحوه غيره {لأن الطلاق قابل للنيابة، وإلا لما صح توكيل الغائب} مع أنه صحيح إجماعاً، كما في الشرائع، بل في الجواهر: أو ضرورة، لوجود المقتضي وعدم المانع {ومنع الشيخ} والقاضي والتقي {من توكيل الحاضر فيه، استناداً إلى رواية ضعيفة السند} عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا تجوز الوكالة في الطلاق)^(٢) لاشتتاله على جعفر بن سماعة، وهو واقفي، وغيره ممن هو مجهول الحال {قاصرة الدلالة} للإجماع على صحته في الغائب، لا سيما مع عدم التعرض في شيء من النصوص لغيبة ولا حضور، فالجمع بينه وبين صحيح الأعرج المتقدم بحمل الأول على الحاضر والثاني على الغائب، جمع تبرعي لا شاهد له.

[ولا يجوز للتوكيل أن يوكل] عن الموكل [إلا مع الإذن صريحاً] بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر؛ لأن توكيله في شيء لا يقتضي الإذن له مطلقاً في كل شيء بما فيه التوكيل عنه {ولو بالتعميم، كاصنع ما شئت} فإنه

(١) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣٩) مقدمات الطلاق وشروطه، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٢، باب (٣٩) مقدمات الطلاق وشروطه، ح ٥.

دال على الإذن في التوكيل عن الموكل وعن نفسه؛ لأنه تسليط على ما تتعلق به المشيئة، الذي يندرج فيه الفرض، فإن لفظ (ما) للعموم الذي لا فرق بينه وبين الخصوص في الاعتبار [أو فحوى، كاتساع متعلقها] {بحيث تدل القرائن على الإذن له فيه، كالزراعة في أماكن متباعدة لا تقوم إلا بمساعد، ومثله عجزه عن مباشرته، وإن لم يكن متسعاً مع علم الموكل به} {وترفع الوكيل عما وكل فيه عادة} {فإن توكيله حينئذ يدل بفحواه على الإذن له فيه، مع علم الموكل بترفعه عن مثله، وإلا لم يجوز؛ لأنه مستفاد من القرائن، ومع جهل الموكل بحاله ينتفي {الإذن، حيث لا قرينة تدل عليه} {وحيث أذن له في التوكيل، فإن صرح له بكون وكيله وكيلاً عنه، أو عن الموكل لزمه حكم من وكله، فينعزل في الأول بانعزاله؛ لأنه فرعه} ولا ريب في انتفاء الفرع بانتفاء أصله {وبعزل كل منهما له، وفي الثاني} وهو حالة كون الثاني وكيلاً عن الموكل {لا ينعزل إلا بعزل الموكل} لأنه حينئذ وكيل، فلا يعزله غيره {وبما أبطل توكيله} من إغفاء أو جنون، أو موت الموكل، أو الوكيل الثاني.

[وإن أطلق] الموكل الأول {ففي كونه وكيلاً عنه، أو عن الموكل} لأن توكيل الأول بالتوكيل هو تصرف بإذن الموكل، فيقع عن الموكل لكون الإذن منه؛ لأنه هو المتبادر؛ ولأن الحق في التصرف إنما هو للموكل، وليس للوكيل إلا النيابة، والنيابة الثانية في التصرف تكون عن الأصيل، لا عن النائب، كما هو ظاهر ابن إدريس والعلامة في التذكرة والقواعد وجامع المقاصد ومجمع البرهان {أو تخير الوكيل في توكيله عن أيهما شاء} لشمول الإطلاق لكلا الصورتين {أو وجه} أو وجهها الأخير، لأن التوكيل المأذون فيه الأول إنما هو تسهياً له، فيكون توكيلاً عنه، كما هو مذهب جمع {وكذا} تأتي الأوجه الثلاثة {مع استفادته من الفحوى} وهو شاهد الحال، ويشكل: بأنه مما لا إطلاق فيه؛ لأنه دليل لبي يقتصر فيه على القدر المتقين، فإن لم

يكن يبقى الإذن مجملاً {إلا أن كونه هنا وكيلًا عن الوكيل أوجه} لما ذكر في الوجه الأخير المتقدم.

[ويستحب] استحباباً إرشادياً بمعنى كونه شرط كمال، كما هو المشهور [أن يكون الوكيل تام البصيرة] {فيما وكل فيه، ليكون ملياً بتحقيق مراد الموكل} [عارفاً باللغة التي يحاور بها] {فيما وكل فيه، ليحصل الغرض من توكيله} على أتم وجه {وقيل} والقائل القاضي والتقي {إن ذلك واجب} بمعنى اعتبار ذلك في صحة الوكالة، لكن ضعفه ظاهر، لإطلاق مشروعية الوكالة {وهو مناسب لمعنى الشرط بالنسبة إلى الأخير} بخلاف الأول، فإنه قد يحصل من غيره.

[ويستحب لذوي المروءات] {وهم أهل الشرف، والرفعة، والمروءة} [التوكل في المنازعات] {ويكره أن يتولوها بأنفسهم، لما يتضمن من الامتهان، والوقوع فيما يكره، روي أن علياً عليه الصلاة والسلام (وكل عقيلًا في خصومة، وقال: إن للخصومة قحماً، وإن الشيطان ليحضرها، وإني لأكره أن أحضرها)^(١) والقحم - بالضم - المهلكة، والمراد هنا أنها تقحم بصاحبها إلى ما لا يريده}.

[ولا تبطل الوكالة بارتداد الوكيل] {من حيث إنه ارتداد} لأنه لا يمنع الوكالة ابتداءً، فكذا استدامة، بل هي أولى، استصحاباً لبقائها {وإن كانت قد تبطل من جهة أخرى في بعض الموارد، ككونه وكيلًا على مسلم، فإنه في ذلك بحكم الكافر} ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(٢) {ولا فرق بين الفطري وغيره} للإطلاق،

(١) المغني لابن قدامة، ج ٥ ص (٦٥).

(٢) سورة النساء، آية (١٤١).

خلافاً للفخر، بدعوى أنه بحكم الميت حيث يجب قتله، وتندفع: بأنه ما لم يقتل فهو صالح للنيابة عن الغير {وإن حكم بطلان تصرفاته لنفسه} لا بالنسبة إلى تصرف غيره [ولا يتوكل المسلم للذمي على المسلم] {على قول الشيخ} والمفيد والديلمي والتقي وابن زهرة الذي رد على الإجماع عليه ودعوى كونه من السبيل المنفي بالآية الشريفة، {والأقوى الجواز على كراهية} كما عليه عامة المتأخرين، للعموم السالم عن المعارض حتى الآية الشريفة؛ لأن له مطالبته بحقوقه، فمطالبته بحق المسلم أولى، و{للأصل} وهو الصحة في العقود [ولا الذمي على المسلم لمسلم، ولا لذمي قطعاً] {فيهما} ففي التذكرة والمنقح وعن ظاهر المذهب والمسالك وغيرهما الإجماع عليه {لاستلزامهما إثبات السبيل للكافر على المسلم المنفي بالآية} [وباقى الصور جائزة] إجماعاً، ولعدم استلزامه السبيل المنفي، وللتعليل المتقدم في القول الأقوى [وهي ثمان] [بإضافة الصور الثلاث المتقدمة إلى باقيةا، وتفصيلها: أن كلاً من الموكل والوكيل والموكل عليه إما مسلم، أو كافر، ومنه تشعب الثمان بضرب قسمي الوكيل في قسمي الموكل، ثم المجتمع في قسمي الموكل عليه، ولا فرق في الكافر بين الذمي وغيره، كما يقتضيه التعليل] في الآية الشريفة؛ لأن الكافر أعم من الذمي.

[ولا يتجاوز الوكيل ما حد له] {في طرفي الزيادة والنقصان} بلا خلاف ولا إشكال، للزوم التقيد بما أذن له فيه مطلقاً، جنساً ونوعاً، قدراً وعيناً، نقداً ونسيئة، مكاناً وزماناً، إلى غير ذلك [إلا أن تشهد العادة بدخوله] {أي دخول ما تجاوز في الإذن} [كالزيادة في ثمن ما وكل في بيعه] {بثمن معين، إن لم يعلم منه الغرض في التخصيص به} [والنقيصة في ثمن ما وكل في شرائه] {بثمن معين، لشهادة الحال غالباً بالرضا بذلك فيهما، لكن قد يتخلف بأن لا يريد الإشطاط في البيع} والشطط: مجاوزة

القدر في كل شيء، كذا في الصحاح {أو غيره من الأغراض} كالإرفاق بالمسلم، أو السهولة في المعاملة، أو نحوهما، فإنه مندوب شرعاً.

[وتثبت الوكالة بعدلين] {كما يثبت بهما غيرهما من الحقوق المالية أو غيرها} في الجملة إجماعاً، وكتاباً، وسنة كما تقدم مفصلاً في كتابي القضاء والشهادات [ولا تقبل فيها شهادة النساء منفردات] {لاختصاصها بما يعسر إطلاع الرجال عليه} كالاستهلال والولادة والعذرة وعيوب النساء، اتفاقاً، ولما تضمنه صحيح عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول - إلى أن قال: - تجوز شهادة النساء وحدهن في كل ما لا يجوز للرجال النظر إليه، وتجوز شهادة القابلة وحدها في المنفوس^(١) ونحوه غيره.

{والوصية} بلا خلاف ولا إشكال، ولصحيح ربعي عن أبي عبد الله عليه السلام (في شهادة امرأة حضرت رجلاً يوصي ليس معها رجل، فقال: يجاز ربع ما أوصى بحسب شهادتها)^(٢) {كما سلف في بابه} من كتابي القضاء والشهادات [ولا منضبات] {إلى الرجال، لاختصاصها - حينئذٍ - بالمال، وما في حكمه} كالجناية الموجبة للدية مثلاً {والوكالة ولاية على التصرف وإن ترتب عليها المال، لكنه غير مقصود} بالذات.

[ولا تثبت بشاهد ويمين] كما هو المشهور، بل في جامع المقاصد والتنقيح نفى الخلاف، بل في التذكرة وجمع البرهان الإجماع عليه {لما ذكر} من اختصاص ذلك بالمال وما في حكمه {إلا أن يشتمل على جهتين} الوكالة والمالية {كما لو ادعى

(١) الوسائل، ج ٢٧، باب (٢٤) الشهادات، ح ١٠.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٢) الوصايا، ح ١.

شخص على آخر وكالة بجعل وأقام شاهداً وامرأتين، أو شاهداً وحلف معه، فالأقوى: ثبوت المال، لا الوكالة، وإن تبعضت الشهادة، كما لو أقام ذلك بالسرقة، يثبت المال لا القطع} كما تقدم في كتاب الشهادات {نعم لو كان ذلك قبل العمل لم يثبت شيء} لبطلان الوكالة بإنكار الموكل، والجعل فرع العمل.

[ولا بتصديق الغريم] {المدعي الوكالة عليها في أخذ حق منه لغيره؛ لأنه تصديق في حق غيره} وهو غير نافذ، لاسيما مع إنكار الموكل [هذا إذا كان الحق الذي يدعي الوكالة فيه عيناً، أما لو كان ديناً، ففي وجوب دفعه إليه قولان: أجودهما ذلك؛ لأنه إقرار في حق نفسه خاصة؛ إذ الحق لا يتعين إلا بقبض مالكه، أو وكيله، فإذا حضر وأنكر بقي دينه في ذمة الغريم فلا ضرر عليه في ذلك، وإنما ألزم الغريم بالدفع، لاعترافه بلزومه له، وبهذا يظهر الفرق بينه وبين العين؛ لأنها حق محض لغيره، وفائتها لا يستدرك] لأنه مع دفعها إلى المدعي لا يمكن دفعها إلى المالك.

{نعم يجوز له تسليمها إليه مع تصديقه له؛ إذ لا منازع له الآن} مع غياب المالك {ويبقى المالك على حجته، فإذا حضر وصدق الوكيل برئ الدافع، وإن كذبه، فالقول قوله} أي قول المالك {مع يمينه، فإن كانت العين موجودة أخذها، وله مطالبة من شاء منها بردها، لترتب أيديها على ماله، وللدافع مطالبة الوكيل بإحضارها لو طوّل به، دون العكس} لأن العين تحت يد المدعي، فلا معنى لإحضار الغريم لها {فإن تعذر ردها، بتلف وغيره، تخير في الرجوع على من شاء منها، فإن رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقاً} سواء كان تلفها بتفريط من المدعي أم لا {لاعترافه ببراءته بدفعها إليه، وإن رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل - مع تلفها في يده بغير تفريط - لأنه بتصديقه له أمين عنده} لاعترافه بوكالته، والوكيل أمين {وإلا رجع عليه} لأن الوكيل ضامن مع التفريط.

{والوكيل أمين لا يضمن إلا بالتفريط، أو التعدي} {وهو موضع وفاق} بل بلا خلاف ولا إشكال بين المسلمين، كما في الجواهر، مضافاً إلى عمومات النصوص في الوديعة، الظاهر منها أن القبض إن كان لمصلحة المقبوض عنه وبإذنه يكون القبض أميناً فيندرج الوكيل تحت تلك العمومات {ويجب عليه تسليم ما في يده إلى الموكل إذا طُلب به} من قبله {سواء في ذلك المال الذي وكل في بيعه وثمرته، والمبيع الذي اشتراه وثمرته قبل الشراء، وغيرها} اتفاقاً؛ لأنه ماله وأراد استرجاعه {ونبه بقوله: إذا طُلب، على أنه لا يجب عليه دفعه إليه قبل طلبه} لأنه مأذون من قبله بالقبض {بل} إنما يجب {معه، ومع إمكان الدفع شرعاً، وعرفاً} بل وعقلاً {كالوديعة} وقد تقدم الكلام فيها، فهما من باب واحد في هذا المقام {فلو أخرج مع الإمكان} {أي إمكان الدفع شرعاً: بأن لا يكون في صلاة واجبة مطلقاً} أداءً كانت أم قضاءً، تضيق وقتها أم لا {ولا مريداً لها مع تضيق وقتها، ونحو ذلك من الواجبات المنافية، أو عرفاً: بأن لا يكون على حاجة يريد قضاءها، ولا في حمام، أو أكل طعام، ونحوها من الأعذار العرفية} لنفي العسر والحرج، وإلا {ضمن، وله أن يمتنع} {من التسليم} {حتى يشهد} {على الموكل} لأصل عدم التسليم، وهو مع الموكل {بقبض حقه حذراً من إنكاره فيضمن له ثانياً، أو يلزمه اليمين} لأنه مع قبول قوله في الرد يحتاج معه إلى اليمين، وهو ضرر مرفوع {وكذا} {حكم} {كل من عليه حق وإن كان وديعة يقبل قوله} {في ردها، لافتقاره إلى اليمين، فله دفعها بالإشهاد، وإن كان صادقاً}.

{ولا فرق في ذلك بين من يكون له على الحق بينة، وغيره، لما ذكرناه من الوجه} وهو الافتقار إلى اليمين ودفعه بالإشهاد {هذا هو أجود الأقوال في المسألة، وفرق بعضهم} وهو الشيخ في المبسوط {بين من يقبل قوله في الرد} كالودعي فلا يجوز له

الامتناع {وغيره} ممن لا يقبل قوله كالمستعير، فله الامتناع حذراً من جحود صاحب الحق {وآخرون} منهم يحيى بن سعيد، كما ونسب إلى بعض الشافعية {بين من عليه بقبض الحق بينة} كالمستعير {وغيره} ممن يقبل قوله بيمينه، كما لو ادعى بأنه لا يستحق عندي شيئاً، فيقبل قوله بيمينه {ودفع ضرر اليمين يدفع ذلك كله، خصوصاً في بعض الناس، فإن ضرر الغرامة عليهم أسهل من اليمين}.

[والوكيل في الوديعة] {لمال شخص عند آخر} [لا يجب عليه الإشهاد] {على المستودع} بلا خلاف فيه، كما في الجواهر؛ لأن عدم الإشهاد عند الإيداع لا يعد تفريطاً [بخلاف الوكيل في قضاء الدين، وتسليم المبيع] {فليس له ذلك} [حتى يشهد] {والفرق أن الوديعة مبنية على الإخفاء، بخلاف غيرها؛ ولأن الإشهاد على الودعي لا يفيد ضمانه، لقبول قوله في الرد} كما تقدم {بخلاف غيره} كالدائن والمشتري، فالإشهاد على الدفع إليهما يدفع الضمان عن المديون والبائع لو لم يعترف الخصم بالقبض [فلو لم يشهد] {على غير الوديعة} {ضمن} [لتفريطه، إذا لم يكن الأداء بحضرة الموكل، وإلا انتفى الضمان} لأنه وكيل بالدفع {لأن التفريط حيثئذ مستند إليه} أي إلى الوكيل.

[ويجوز للوكيل تولي طرفي العقد بإذن الموكل] بناء على جواز اتحاد الموجب والقابل، كما هو المشهور، بل المجمع عليه بين المتأخرين، بل عن التذكرة الإجماع عليه {لانتفاء المانع حيثئذ، ومغايرة الموجب للقابل يكفي فيها الاعتبار} أصالة في القبول ووكالة في الإيجاب، لإطلاق الأدلة وعمومها، وخصوص ما ورد منه في الجد والأب والوصي {ولو أطلق له الإذن ففي جواز توليها لنفسه قولان، منشأهما: دخوله في الإطلاق} لصدق البيع والشراء، فيندرج في الموكل فيه كما هو صريح أبي

صلاح الحلبي أو ظاهره والعلامة في جملة من كتبه وولده وغيرهم {ومن ظاهر الروايات الدالة على المنع} كصحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا قال لك الرجل: اشتر لي، فلا تعطه من عندك، وإن كان الذي عندك خيراً منه)^(١) ونحوه غيره {وهو أولى} كما هو مذهب الشيخ في مبسوطه وخلافه والعلامة في القواعد، ولعل الأقوى الأول، للصدق عرفاً، وإمكان حمل النصوص المانعة - بعد الغض عن ضعف السند - على الكراهة، بشهادة خبر ميسر (قلت له: يجيء الرجل فيقول: تشتري لي، ويكون ما عندي خيراً من متاع السوق، قال: إن أمنت أن لا يتهمك فأعطه من عندك، وإن خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق)^(٢) ونحوه غيره.

{واعلم أن توليه طرفي العقد أعم من كون البيع والشراء لنفسه، وموضع الخلاف مع عدم الإذن توليه لنفسه، أما لغيره بأن يكون وكيلاً لهما فلا إشكال، إلا على القول بمنع كونه موجباً قابلاً} ولكن قد عرفت ضعفه {وذلك لا يفرق فيه بين إذن الموكل وعدمه}.

[ولو اختلفا في أصل الوكالة حلف المنكر] {لأصالة عدمها} المقتضي لوقوعه تحت عموم قوله عليه السلام: (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)^(٣) {سواء كان منكرها الموكل أم الوكيل، وتظهر فائدة إنكار الوكيل فيما لو كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لأمر لا يتلافى حين النزاع} لتوقيته بوقت خاص، أو لتلف العين التي

(١) الوسائل، ج١٧، باب (٥) آداب التجارة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج١٧، باب (٥) آداب التجارة، ح ٤.

(٣) الوسائل، ج٢٧، باب (٢٥) كيفية الحكم، ح ٣.

اشترط الوكالة فيها {فيدعي الموكل حصولها ل يتم له العقد، وينكرها الوكيل ليتزلزل، ويتسلط على الفسخ}.

[ولو اختلفا في الرد حلف الموكل] {لأصالة عدمه} كما تقدم في إنكار أصلها {سواء كانت الوكالة بجعل أم لا} وهو قول مشهور، كما في الشرائع، بل عن غاية المراد: أنه مذهب الشيخ وأتباعه، بل عن ظاهر المذهب البارع أو صريحه الإجماع عليه [وقيل] والقائل ابن إدريس وجماعة من المتأخرين {يحلف} [الوكيل، إلا أن تكون بجعل] {فالموكل، أما الأول} وهو حلف الوكيل {فلأنه أمين، وقد قبض المال لمصلحة المالك، فكان محسناً محضاً، كالودعي، وأما الثاني، فلما مر من أصالة العدم، المقتضي لكونه منكراً} {ولأنه قبض لمصلحة نفسه كعامل القراض، والمستأجر، ويضعف: بأن الأمانة لا تستلزم القبول، كما لا يستلزمه أصل العدم} {في الثاني مع اشتراكها} أي صور النزاع {في الأمانة} فإنه وكيل وهو أمين على الإطلاق {وكذلك الإحسان} لا يستلزم القبول {والسبيل المنفي} في قوله ﷺ: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾^(١) لأنه نكرة في سياق النفي، وهو {مخصوص، فإن اليمين سبيل}.

[ولو] {اختلفا} [في التلف] {أي تلف المال الذي بيد الوكيل، كالعين الموكل في بيعها وشرائها، أو الثمن، أو غيره} {حلف الوكيل} {لأنه أمين، وقد يتعذر إقامة البينة على التلف} غالباً {فاقتنع بقوله، وإن كان مخالفاً للأصل} {لقاعدتي نفي العسر، وأمانة المحسن} {ولا فرق} في ذلك عندنا {بين دعواه التلف بأمر ظاهر وخفي} لإطلاق القواعد المتقدمة.

(١) سورة التوبة، آية (٩١).

[وكذا] {يخلف لو اختلفا} [في التفريط] {والمراد به ما يشمل التعدي، لأنه منكر} واليمين على من أنكر [وكذا] {يخلف} الوكيل {لو اختلفا} [في القيمة] {على تقدير ثبوت الضمان، لأصالة عدم الزائد}.

[ولو زوجه امرأة بدعوى الوكالة] {منه} {فأنكر الزوج} [الوكالة] {حلف} الزوج، لأنه منكر بلا خلاف ولا إشكال {لأصالة عدمها} [وعلى الوكيل نصف المهر] كما عن الشيخ والحلي وابن سعيد والعلامة في التذكرة والفخر وغيرهم، بل عن المسالك وغيرها؛ أنه المشهور {لرواية عمر بن حنظلة عن الصادق عليه السلام} قال: (سألته عن رجل قال لآخر: اخطب لي فلانة فما فعلت من شيء مما قاوت من صداق أو ضمنت من شيء أو شرطت فذلك لي رضا، وهو لازم لي، ولم يشهد على ذلك، فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه، فلما رجع إليه أنكر ذلك كله، قال: يغرم لها نصف الصداق عنه، وذلك أنه هو الذي ضيع حقها ... الحديث)^(١) {ولأنه فسخ قبل الدخول فيجب معه نصف المهر، كالطلاق}.

[ولها التزويج] {بغيره} لقوله عليه السلام في ذيل الحديث المتقدم: (وقد أباح الله عز وجل لها أن تتزوج) و{لبطلان نكاحه بإنكاره الوكالة} [ويجب على الزوج] المنكر للوكالة {فيما بينه وبين الله تعالى} [الطلاق، إن كان وكل] {في التزويج} بلا خلاف أجده فيه، بل في جامع المقاصد: لا ريب فيه، كما في الجواهر، لقوله عليه السلام في الحديث المتقدم: (ولا يحل للأول فيما بينه وبين الله عز وجل إلا أن يطلقها) {لأنها حينئذ زوجته} مع علمه صدق الوكيل {فإنكارها وتعريضها للتزويج بغيره محرم} لقوله عليه السلام في الحديث

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٤) الوكالة، ح ١.

المتقدم: (فإن لم يفعل فهو مأثوم فيما بينه وبين الله عز وجل وكان الحكم الظاهر حكم الإسلام).

{وبسوق نصف المهر إلى الوكيل} {للزومه له بالطلاق، وغرم الوكيل بسببه} {وقيل} والقائل المحقق في الشرائع، ومال إليه جمع منهم العلامة وولده، بل جزم به المحقق الثاني {يطل} {العقد} {ظاهراً، ولا غرم على الوكيل} {لعدم ثبوت عقد، حتى يحكم بالمهر، أو نصفه؛ ولأنه على تقدير ثبوته إنما يلزم الزوج؛ لأنه عوض البضع، والوكيل ليس بزوجة، والحديث ضعيف السند، وإلا لما كان عنه عدول، مع عمل الأكثر بمضمونه، والتعليل بالفسخ فاسد} لأن مثل هذا ليس بفسخ قطعاً {فالقول الأخير قوي} لكنه مخالف للمشهور المستلزم لانجبار سند الحديث المتقدم، وعليه فالأقرب ما عليه المشهور، معتضداً بذييل صحيح أبي عبيدة عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل ... إلى أن قال: فقال بعض من حضر: فإن أمره أن يزوجه امرأة ولم يسم أرضاً ولا قبيلة، ثم جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه، فقال: إن كان للمأمور بينة أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر، وإن لم يكن له بينة كان الصداق على المأمور لأهل المرأة، ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها، ولها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقاً)^(١).

{نعم لو ضمن الوكيل المهر كله، أو نصفه لزمه حسب ما ضمن} لقاعدة الضمان {وإنما يجوز للمرأة التزويج إذا لم تصدق الوكيل عليها} على الوكالة، وعلى العقد عليها {وإلا لم يجوز لها التزويج قبل الطلاق؛ لأنها بزعمها زوجة، بخلاف ما إذا لم تكن عاتمة بالخال} بلا خلاف أجده ولا إشكال؛ لأنها خلية في ظاهر الشرع وإن لم

(١) الوسائل، ج ٢٠، باب (٢٦) النكاح وأولياء العقد، ح ١.

يطلق الزوج كما في ذيل خبر ابن حنظلة المتقدم {ولو امتنع من الطلاق حينئذٍ، لم يجبر عليه، لانتفاء النكاح ظاهراً، وحينئذٍ ففي تسليطها على الفسخ دفعاً للضرر، أو تسلط الحاكم عليه أو على الطلاق} لعموم ولايته {أو بقائها كذلك حتى يطلق، أو يموت، أو وجهه} أو جهها الأول {ولو أوقع الطلاق معلقاً على الشرط، كأن كانت زوجتي فهي طالق صح} لكونه ليس من التعليق في شيء {ولم يكن إقراراً، ولا تعليقاً مانعاً؛ لأنه أمر يعلم حاله، وكذا في نظائره، كقول من يعلم أن اليوم الجمعة: إن كان اليوم الجمعة فقد بعثك كذا، أو غيره من العقود} كما تقدم.

[ولو اختلفا في تصرف الوكيل] {بأن قال: بعث، أو قبضت، أو اشتريت} [حلف] {الوكيل} كما عن غير واحد {لأنه أمين} وقد نهينا عن تخوينه؛ ولأنه محسن، وقد نفى عنه السبيل {وقادر على الإنشاء، والتصرف إليه} لقاعدة من ملك شيئاً ملك الإقرار به، وعليه بنى الأصحاب نفوذ إقرار الصبي فيما له أن يفعله، كالوصية، والعتق، والصدقة، وكذا قبول قول الولي في تصرفه بهال المولى عليه {ومرجع الاختلاف إلى فعله، وهو أعلم به} وكل من كان كذلك يقبل قوله، اتفاقاً.

[وقيل] كما نسب إلى العلامة، لكن لم نتحققه {يحلف} [الموكل] {لأصالة عدم التصرف، وبقاء الملك على مالكه} فيكون قوله موافقاً للأصل، فيصبح منكراً {والأقوى الأول} لما ذكر في مدركه {ولا فرق بين قوله في دعوى التصرف: بعث وقبضت الثمن وتلف في يدي، وغيره} كأن لم يدع التلف {لاشتراك الجميع في المعنى} الموجب لقبول قوله مع يمينه {ودعوى التلف أمر آخر} لا مدخل له في حصول التصرف وعدمه.

[وكذا الخلاف] في تقديم قول أيهما [لو تنازعا في قدر الثمن الذي اشترت به السلعة] {كأن قال الوكيل: اشترته بمئة والحال أنه يساوي مئة، ليتمكن صحة البيع} وإلا لم يكن الشراء صحيحاً، للزوم حمل إطلاق الإذن على ثمن المثل {فقال الموكل: بل بثمانين، فقليل} والقائل الشيخ في المبسوط، وتبعه جمع {لأنه أمين، والاختلاف في فعله} وهو أعلم به {ودلالة الظاهر على كون الشيء إنما يباع بقيمته} فيكون قوله موافقاً للظاهر {وهو الأقوى، وقيل} والقائل العلامة في الإرشاد، وتبعه جمع، القول {قول الموكل، لأصالة براءته من الزائد} لأنه غارم {ولأن في ذلك إثبات حق للبائع عليه} مع إنكاره {فلا يسمع} وضعفه يظهر مما تقدم؛ لأنه أمين فالقول قوله، ومعه فلا معنى لأصالة البراءة من الزائد.

كتاب الشفعة

[كتاب الشفعة]

[وهي] {فعله من قولك: شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعاً به، أي زوجاً كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب شريكه، وأصله التقوية والإعانة، ومنه الشفاعة} لأن فيها تقوية وإعانة {والشفع} فإن الواحد يتقوى بانضمام آخر إليه {وشرعاً} [استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته] {ولا يحتاج إلى قيد الاتحاد، وغيره مما يعتبر في الاستحقاق، لاستلزام الاستحقاق له، وإنما يفتقر إلى ذكرها في الأحكام، ولا يرد النقض في طرده بشراء الشريك حصة شريكه، فإنه بعد البيع يصدق استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته؛ إذ ليس في التعريف أنها مبيعة لغيره أو له، وكما يصدق الاستحقاق بالأخذ يصدق بنفس الملك، ووجه دفعه: أن الاستحقاق المذكور هنا للشريك المقتضي لكونه شريكاً حال شركته، والأمر في البيع ليس كذلك؛ لأنه حال الشركة غير مستحق، وبعد الاستحقاق ليس بشريك؛ إذ المراد بالشريك هنا الشريك بالفعل؛ لأنه المعتبر شرعاً، لا ما كان فيه شريكاً مع ارتفاع الشركة} لأنه مع ارتفاعها لا يصدق عليه الشريك إلاّ بناء على كون المشتق موضوعاً للأعم، وهو خلاف التحقيق {نظراً إلى عدم اشتراط بقاء المعنى المشتق منه} وهو المبدأ {في المشتق}.

{نعم يمكن ورود ذلك مع تعدد الشركاء إذا اشترى أحدهم نصيب بعضهم، مع بقاء الشركة في غير الحصة المبيعة، ولو قيد المبيع بكونه لغير المستحق، أو علق

الاستحقاق بتملك الحصّة، فقال: استحقاق الشريك تملك الحصّة المبّعة إلى آخره، سلم من ذلك؛ لأن استحقاق التملك {بالشفعة} غير استحقاق الملك {بالبّيع، ولا يخفى أن ورود مثل هذه الإشكالات طرداً أو عكساً لو كان المراد به الحد الحقيقي، أما لو كان المراد منها هو التمييز في الجملة - كما ذكرنا غير مرة - فالأمر في مثله سهل.

[ولا تثبت لغير] {الشريك} [الواحد] {على أشهر القولين} بل على المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، كما في الجواهر، بل في الانتصار ومحكي الغنية والسرائر والتنقيح الإجماع عليه، بل في الأول ومحكي الخلاف والمبسوط: أنه من متفرداتنا، وصحيح الأخبار يدل عليه كصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا تكون الشفعة إلاّ لشريكين ما لم يقاسما، فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة)^(١) ونحوه غيره {وذهب بعض الأصحاب} وهما الصدوق وابن الجنيد {إلى ثبوتها مع الكثرة، استناداً إلى روايات} كموثق السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه، عن علي عليه السلام قال: (الشفعة على عدد الرجال)^(٢) ونحوه غيره، وهي {معارضة بأقوى منها} سنداً - كما عرفت - ومعتضة بمخالفتها للعامة.

[وموضعها] {وهو المال الذي ثبت فيه على تقدير بيعه} [ما لا ينقل كالأرض] سواء كانت مسكناً أم عرصة أم بستاناً، إجماعاً، كما في الشرائع، وفي الجواهر: بقسميه، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر، ولخبر عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء وفي الأرضين والمساكن،

(١) الوسائل، ج ٢٥، باب (٧) الشفعة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٥، باب (٧) الشفعة، ح ٥.

وقال: لا ضرر ولا ضرار، وقال: إذا رقت الأرف، وحدت الحدود فلا شفعة^(١) ونحوه غيره [والشجر] {إذا بيع منضمّاً إلى مغرسه} لأن عدم النقل لا يتحقق فيه إلاّ حالته {لا منفرداً، ومثله البناء} بلا خلاف أجده فيه، بل عن المبسوط نفيه، كذا في الجواهر {فلو اشتركت غرفة بين اثنين دون قرارها فلا شفعة فيها، وإن انضمت إلى أرض غيره، كالشجر إذا ضم إلى غير مغرسه} لعدم التبعية للأرض المبيعة الأخرى.

[وفي اشتراط إمكان قسمته قولان] {أجودهما اشتراطه} كما هو المشهور، لموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا شفعة في سفينة، ولا في نهر، ولا في طريق)^(٢) وظاهره أن عدم ثبوتها لعدم إمكان قسمتها، ونحوه غيره {لأصالة عدم ثبوتها في محل النزاع} ومحله ما لا يمكن قسمته، ومع الشك في ثبوتها فيه فالأصل عدمه {وعليه شواهد من الأخبار} المتقدم بعضها {لكن في طريقها ضعف} بحسب مذهبه {ومن لم يشترط} كالمفيد والسيد وبني زهرة وإدريس والبراج {نظر إلى عموم أدلة ثبوتها، مع ضعف المخصص} ولكن لا ضعف، لحجية الموثق - المعتضد بالشهرة - الصالح للتخصيص.

{وعلى الأول، فلا شفعة في الحمام الصغير، والعضائد الضيقة، والنهر والطريق الضيقين، والرحى حيث لا يمكن قسمة أحجارها وبيتها} وفاقاً للشيخ وسلاّر وابن حمزة والعلامة وولده والمقداد والكركي وغيرهم، بل عن التذكرة نسبته إلى أكثر علمائنا، ولموثق السكوني - برواية الصدوق - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قال رسول

(١) الوسائل، ج ٢٥، باب (٥) الشفعة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٥، باب (٨) الشفعة، ح ١.

الله ﷻ: لا شفعة في سفينة ولا في نهر، ولا في طريق، ولا في رحي، ولا في حمام^(١) المحمول على الضيق منها بقرينة فهم أكثر الأصحاب {وفي حكم الضيق} في عدم جواز القسمة {قلة النصيب، بحيث يتضرر صاحب القليل بالقسمة} لعدم الانتفاع به لقلته، أو لنقص قيمته نقصاً فاحشاً موجباً للضرر المرفوع شرعاً.

[ولا تثبت] {الشفعة} [في المقسوم] {بل غير المشترك مطلقاً} سواء لم يشترك أصلاً أم كان وقسم، لأنه بعدها يصدق أنه غير مشترك، فلا تثبت للجار ولو كان شريكاً وقاسم، إجماعاً عندنا عدا ما حكي عن ابن أبي عقيل، كما في الجواهر، ولصحيح عبد الله بن سنان المتقدم وغيره [إلا مع الشركة في المجاز] {وهو الطريق} [والشرب] كالبر والنهر {إذا ضمهما في البيع إلى المقسوم} بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به بعضهم، كذا في الجواهر، بل في الخلاف الإجماع عليه مقتصر على الطريق كالمقنع والمهذب والوسيلة، لصحيح منصور بن حازم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار فيها دور، وطريقهم واحد في عرصة الدار، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة؟ فقال: إن كان باع الدار وحول بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة)^(٢) ونحوه غيره {وهل يشترط قبولها القسمة كالأصل؟ إطلاق العبارة يقتضي عدمه، وفي الدروس اشترطه، والأقوى؛ الاكتفاء بقبول المقسوم القسمة} لإطلاق الصحيح المتقدم، وإطلاق فتاوى الأكثر استناداً إليه {نعم لو يباع منفردين اعتبر قبولها، كالأصل} بلا إشكال ظاهر، بناء على ما عرفته من اعتبار ذلك في المشترك.

(١) الوسائل، ج ٢٥، باب (٨) الشفعة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٥، باب (٤) الشفعة، ح ١.

[ويشترط قدرة الشفيع على الثمن] {وبذله للمشتري} فلا تكفي القدرة عليه، كما هو ظاهر عبارة المصنف {فلا شفعة للعاجز، ولا للممتنع مع قدرته، والمأطل} بلا خلاف يعرف، كما عن غير واحد، ولصحيح علي بن مهزيار، قال: (سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفعة أرض، فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها، أبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة؟ قال: إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام، فإن أتاه المال وإلا فليبع، وبطلت شفعته في الأرض، وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد إلى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة وينصرف، وزيادة ثلاثة أيام إذا قدم، فإن وافاه وإلا فلا شفعة له)^(١) {ويرجع في العجز إلى اعترافه، لا إلى حاله، لإمكان استدانته، ولا يجب على المشتري قبول الضامن، والرهن، والعوض} لأن الناس مسلطون على أموالهم.

[وإسلامه إذا كان المشتري مسلماً] {فلا شفعة لكافر مطلقاً} حريياً كان أم ذمياً {على مسلم} بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، ولموثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (ليس لليهودي والنصراني شفعة، وقال: لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم، وقال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: وصي اليتيم بمنزلة أبيه، يأخذ له بالشفعة إذا كان له رغبة، وقال: للغائب شفعة)^(٢) ونحوه غيره.

[ولو ادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام] {ولو ملفقة} بلا خلاف ولا إشكال، ولحسن ابن مهزيار المتقدم {وفي دخول الليالي وجهان} من إطلاق اليوم على النهار

(١) الوسائل، ج ٢٥، باب (١٠) الشفعة، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ٢٥، باب (٦) الشفعة، ح ١.

والليل معاً، ومن كونه النهار فقط، ولا تخفى قوة الثاني {نعم لو كان الأخذ عشية دخلت الليلة تبعاً، ولا إشكال في دخول الليلتين المتوسطتين كالاعتكاف، ولو ادعى أنه في بلد آخر أجل زماناً يسع ذهابه، وإيابه، وثلاثة} كما هو صريح حسن ابن مهزيار المتقدم [ما لم يتضرر المشتري] {لبعد البلد عادة كالعراق من الشام، وفي العبارة: أن تضرر المشتري يسقط الإمهال ثلاثة مطلقاً} نائياً كان أم لا {والموجود في كلامه في الدروس، وكلام غيره: اعتباره في البلد النائي خاصة} إجماعاً، كما عن الغنية، وبه يقيد إطلاق حسن ابن مهزيار، ونفي الضرر، اقتصاراً على القدر المتيقن منه وهو البعيد.

[وتثبت] {الشفعة} [لللغائب] {وإن طالت غيبته} بلا خلاف ولا إشكال، بل عن الخلاف والتذكرة الإجماع عليه، لإطلاق الأدلة، وخصوص ذيل موثق السكوني المتقدم [إذا قدم] {من سفره} {أخذ} {إن لم يتمكن من الأخذ في الغيبة بنفسه، أو وكيله، ولا عبرة بتمكنه من الإشهاد} فلا يبطل حقه لو لم يشهد على الأخذ، لإطلاق الموثق المتقدم {وفي حكمه المريض، والمحبوس ظلماً، أو بحق يعجز عنه} اتفاقاً، لوحدة المناط {ولو قدر عليه ولم يطالب} بالشفعة {بعد مضي زمان يتمكن من التخلص والمطالبة} لقدرته على الأخذ بها {بطلت}.

[و] {كذا تثبت} [للصبي والمجنون والسفيه] بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، لإطلاق الأدلة، وما تضمنه موثق السكوني المتقدم في قوله: (وصي اليتيم بمنزلة أبيه) [ويتولى الأخذ] {لهم} [الولي مع الغبطة] {في الأخذ كسائر التصرفات} تبعاً للمحقق في الشرائع ومن تأخر عنه، وقد تفسر (الرغبة) الواردة في موثق السكوني المتقدم بها، كما احتمله شيخنا المعظم في

الجواهر، ولكن قد تقدم غير مرة الاكتفاء بتصرفه بعدم المفسدة وإن لم تكن مصلحة، كما هو ظاهر كثير من النصوص* وهو الأجود.

{ولا فرق بين كون الشريك البائع هو الولي وغيره} للإطلاق {وكما يأخذهم، يأخذ منهم لو باع عنهم ما هو بشركته، وكذا يأخذ لأحد الموليين نصيب الآخر لو باعه بشركته} لإطلاق ولايته، مع الغبطة على قول، ومع عدم المفسدة على القول الأرجح [فإن ترك] {في موضع الثبوت} وهو وجود الغبطة [فلهم عند الكمال الأخذ] بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر، لأن التأخير لعذر، وهو الصبا والجنون، وتقصير الولي لا يسقط حقهما الثابت لهما حال القصور، نصاً وفتوى {إلا إن ترك} الأخذ {لعدم المصلحة} بلا خلاف يذكر، كما عن سيد الرياض، لنفوذ تصرفه في تلك الحال على كل حال.

{ولو جهل الحال} في سبب الترك {ففي استحقاقهم الأخذ؛ نظراً إلى وجود السبب} وهو بيع حصة الشريك {فيستصحب أم لا، التفاتاً إلى أنه مقيد بالمصلحة ولم تعلم، وجهان: أوجهها الثاني} حملاً لفعل المسلم على الصحة التي تقتضي أن تركه لمصلحة، فلا يستحقون الأخذ {أما المفلس فتثبت له أيضاً} كالسفيه والصبي والمجنون {لكن لا يجب على الغرماء تمكينه من الثمن} لأنه حقهم فليس له التصرف فيه {فإن بذلوه، أو رضي المشتري بذمته فأخذ} المفلس بالشفعة {تعلق بالشقص حق الغرماء} لأنه مال تجدد بعد الفس في سائرهما {ولا يجب عليه الأخذ ولو طلبوه مطلقاً} مع بذلهم الثمن أم لا، رضي المشتري ببقاء الثمن في ذمته أم لا؛ لأنهم ليس لهم الحق في إجباره على التكسب، كما ليس لهم المنع منه.

★ يراجع بشأنها الوسائل، ج ٢٠، باب (٦، ١١) عقد النكاح، وباب (٢٨) المهور.

[ويستحق] {الأخذ بالشفعة} {بنفس العقد وإن كان فيه خيار} [بناء على انتقال المبيع إلى ملك المشتري به] لتوقف الأخذ بالشفعة على ملك المشتري، وقد ملكه بالعقد {فلو أوقفناه على انقضاء الخيار كالشيخ} في المبسوط، وابني فهد وزهرة في المهذب والغنية {توقف على انقضائه} لأن الملك لم يزل عن البائع [و] {على المشهور} [لا يمنع] {الأخذ} [من التأخير] {لأصالة بقاء الخيار، فإن اختار المشتري أو البائع الفسخ} للبيع أو الشراء، ورجع الملك لصاحبه [بطلت] {الشفعة} لعدم ملك الشقص لغير الشريك، الذي هو مناط الأخذ بها {وإلا} يختار {استقر الأخذ} لوجود المقتضي، وهو انتقال الملك، وعدم المانع، لإطلاق الأدلة.

{وجعل بعض الأصحاب} وهو الشيخ في الخلاف {الأخذ بعد انقضاء الخيار مع حكمه بملكه بالعقد، نظراً إلى عدم الفائدة به قبله؛ إذ ليس له انتزاع العين قبل مضي مدة الخيار، لعدم استقرار ملكه، والظاهر أن ذلك} وهو الأخذ بعد انقضاء الخيار {جائز، لا لازم، بل يجوز قبله وإن منع من العين} لعدم استقرار ملك المشتري للمبيع {والفائدة} على مذهب الشيخ {تظهر في النماء وغيره} كتلفه قبل القبض، وما يحتاجه من المؤونة، فإنها تكون للشفيع في تلك المدة وعليه {واحتمل المصنف في الدروس بطلان خيار المشتري بالأخذ، لانتفاء فائدته؛ إذ الغرض الثمن، وقد حصل من الشفيع، كما لو أراد الرد بالعيب فأخذ الشفيع، ويضعف: بأن الفائدة ليست منحصرة في الثمن، فجاز أن يريد دفع الدرك عنه} وإن كان مستحقاً للغير، ولعدم مدخلية حصول الفائدة وعدمها في ثبوت الحق بعد كونه مقتضى إطلاق الأدلة استصحاب بقاء الخيار.

[وليس للشفيع أخذ البعض، بل يأخذ الجميع أو يدع] كما هو صريح جمع من الأساطين، وفي الجواهر: بل لا أجد فيه خلافاً، ولحسن هارون بن حمزة الغنوي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن الشفعة في الدور، شيء واجب للشريك، ويعرض على الجار، فهو أحق بها من غيره؟ فقال: الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن)^(١) و{ولئلا يتضرر المشتري بتبعض الصفقة؛ ولأن حقه في المجموع من حيث هو مجموع كالحيار} الذي لا يقبل التبعض؛ لأن الأخذ بالشفعة خلاف الأصل إجماعاً، فيقتصر فيه على المتيقن بعد الشك في شمول الإطلاقات والعمومات له، ولو لتسلم الأصحاب عليه {حتى لو قال: أخذت نصفه - مثلاً - بطلت الشفعة، لمنافاته الفورية، حيث تعتبر} كما سيأتي.

[ويأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد] إجماعاً مستفيض النقل في كلام جماعة، كما عن الرياض، ولظاهر حسن الغنوي المتقدم وغيره {أي بمثله} إن كان مثلياً إجماعاً بقسميه، كما في الجواهر. وهو المتيقن من حسن الغنوي المتقدم {لعدم إمكان الأخذ بعينه} لصيرورته ملكاً للمشتري {إلا أن يملكه} بأحد أسبابه {وليس بلازم} بلا خلاف ولا إشكال [ولا يلزمه غيره من دلالة، أو وكالة] {أو أجرة نقد، ووزن، وغيرهما؛ لأنها ليست من الثمن وإن كانت من توابعه} لثبوت حق الأخذ به من قبل الشارع الأقدس، كما هو ظاهر حسن الغنوي المتقدم، ولأصالة عدم وجوب أخذ ما زاد عليه.

(١) الوسائل، ج ٢٥، باب (٢) الشفعة، ح ١.

[ثم إن كان] {الثلث} [مثلياً فعليه مثله] كما تقدم [وإن كان قيمياً] كالدواب والجواهر ونحوهما [فقيمتها] كما عن الشيخين في المقنعة والمبسوط وأبي الصلاح، وابني زهرة وإدريس والأبي والعلامة في جملة من مصنفاته، والمقداد، وأبي العباس، بل في المسالك وغيرها: إنه مذهب الأكثر {وقيل} والقائل الشيخ في الخلاف وابن حمزة، والعلامة في المختلف والكركي والخراساني {لا شفعة هنا، لتعذر الأخذ بالثلث، و} المعبر في الشفعة {عملاً برواية لا تخلو من ضعف} لأنها موثقة عن علي بن رثاب، عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وبز وجوهر، قال: ليس لأحد فيها شفعة)^(١) {وقصور في الدلالة} لعدم العلم بأن المنع سببه قيمة الثلث، أو لتعدد الشركاء أو غير ذلك، وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال {وعلى الأول يعتبر قيمته} [يوم العقد] كما عن الأكثر {لأنه وقت استحقاق الثلث، وحيث لا يمكن الأخذ به، يعتبر قيمته حينئذٍ، وقيل} والقائل فخر المحققين {أعلى القيم من حينه إلى حين دفعها، كالغاصب، وهو ضعيف} لأنه من القياس الباطل، مع كونه قياساً مع الفارق؛ لأن الغاصب متعد.

[وهي على الفور] {في أشهر القولين} وهو قول الشيخ وأتباعه، وقد ادعى عليه الإجماع، اقتصاراً فيما خالف الأصل على محل الوفاق، ولما روي عن النبي صلى الله عليه وآله {أنها كحل العقال^(٢) ولأنها شرعت لدفع الضرر، وربما جاء من التراخي على المشتري ضرر أقوى؛ لأنه إن تصرف بغرس، أو بناء ونحوهما كان معرضاً للنقص} لقلع الشفيع لو أخذ {وإن أهمل انتفت فائدة الملك، وقيل} والقائل بنو بابويه والجنييد والسيد والحلي

(١) الوسائل، ج٢٥، باب (١١) الشفعة، ح ١.

(٢) السنن الكبرى، ج٦، ص (١٧٨).

{على التراخي، استصحاباً لما ثبت} من الأخذ بالبيع، فمع الشك يستصحب بقاؤه {وأصالة عدم الفورية، وهو} أي الاستصحاب {مخرج عن الأصل} الذي هو عدم الشفعة {والرواية عامية} ضعيفة فلا تصلح لقطع الأصل {نعم روى علي بن مهزيار عن الجواد عليه السلام (إنظاره بالثمن ثلاثة أيام)^(١) ، وهو يؤذن بعدم التراخي مطلقاً} مع حضور المشتري وغيابه {ولا قائل بالفرق} فمن جوز التراخي لم يشترطه في الثلاثة الأيام، ومن لم يجزه لا يجيزه فيما بعدها {وهذا أحسن} بل متعين، لقوة مدركه {وعليه} {فإذا علم وأهل} {عالماً مختاراً} [بطلت] الشفعة بلا إشكال {ويعذر جاهل الفورية، كجاهل الشفعة وناسيها} كما صرح بذلك غير واحد، وهو المستفاد من نصوص الغائب الذي هو عذر ولا خصوصية له، فيسرى الحكم لجميع ذوي الأعدار.

{وتقبل دعوى الجهل ممن يمكن في حقه عادة، وكذا يعذر مؤخر الطلب إلى الصبح لو بلغه} وقوع الشراء {ليلاً، وإلى الطهارة والصلاة ولو بالأذان والإقامة، والسنن المعهودة} في سائر الأوقات، كقراءة القرآن، أو الغسل ونحوهما {وانتظار الجماعة لها، والأكل والشرب، والخروج من الحمام بعد قضاء وطره، وتشجيع المسافر، وشهود الجنازة، وقضاء حاجة طالبها، وعيادة المريض، ونحو ذلك} كانتظار الرفقة مع الحاجة، وزوال الحر والبرد المفرطين والمطر {لشهادة العرف به} ارتكازاً {إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده بحيث لا يمنعه من شغله} كما هو أوضح من أن يخفى.

{ولا بد من ثبوت البيع عنده} لتوقف الشفعة على العلم به وما يقوم مقامه شرعاً، ولا تثبت بالبيع واقعاً، لثبوتها للغائب عند حضوره {بشهادة عدلين} لحجية

(١) الوسائل، ج ٢٥، باب (١٠) الشفعة، ح ١.

البينة {أو الشيع} الموجب للظن المتأخم للعلم، وهو حجة عرفاً {فلا عبرة بخبر الفاسق، والمجهول، والصبي، والمرأة مطلقاً} وإن كانت عادلة، لعدم حجية أخبارهم {وفي شهادة العدل الواحد وجه} وجهه، للاكتفاء به عرفاً في أمثال المقام {واكتفى به المصنف في الدروس مع القرينة} الموجبة للاطمئنان بثبوت البيع {نعم لو صدق المخبر كان كذبته في حقه} لصيرورته بذلك عالماً {وكذا لو علم صدقه} بثبوت البيع {بأمر خارج}.

[ولا تسقط الشفعة بالفسخ المتعقب للبيع بتقاييل المتبايعين، كما هو صريح الشيخ وبنوا البراج وحزمة وإدريس والعلامة وولده والكركي وغيرهم، وفي الجواهر: بل لا أجد فيه خلافاً] {أو فسخ بعيب} {أما مع التقاييل فظاهر، لأنه لاحق للعقد، والشفعة تثبت به فتقدم} واستحقاقها حصل به، فيصدق معه أن الشريك قد باع {وأما مع العيب؛ فلأن استحقاق الفسخ به فرع دخول المبيع في ملكه، إذ لا يعقل رد ما كان ملكاً للغير، ودخوله في ملكه إنما يتحقق بوقوع العقد صحيحاً، وفي هذا الوقت تثبت الشفعة فيفترقان} الاستحقاق بالشفعة، والاستحقاق بالفسخ للعيب {ويقدم حق الشفيع، لعموم أدلة الشفعة، واستصحاب الحال} لكنه معارض بعموم أدلة الفسخ بالعيب للمتبايعين، واستصحابه {ولأن فيه جمعاً بين الحقين؛ لأن العيب إن كان في الثمن المعين فالبايع يرجع إلى قيمة الشقص، وإن كان في الشقص فالمشتري يطلب الثمن، وهو حاصل له من الشفيع، بخلاف ما إذا قدمنا البائع في الأول، فإنه يقتضي سقوط حق الشفيع من الشقص عيناً وقيمة} لبطلان حق الشفيع فيهما {وربما فرق بين أخذ الشفيع} فيقدم قوله {قبل الفسخ وبعده، لتساويهما في الثبوت} لأن كلاً منهما قد ثبت بالعقد {فيقدم السابق في الأخذ، ويضعف بما ذكرناه} من تقدم حق الشفيع، لكنه قد يشكل: بما تقدم.

{وقيل} والقائل العلامة في التحرير {بتقديم حق المتبايعين، لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد، والشفعة تثبت بعده، فيكون العيب أسبق، وفيه نظر؛ لأن مجرد وجود العيب غير كافٍ في السببية، بل هو مع العقد} فكل منهما جزء السبب {كما أن الشركة غير كافية في سببية الشفعة، بل هي مع العقد، فهما متساويان من هذا الوجه، وإن كان جانب العيب لا يخلو من قوة} لكونه جزء السبب في ثبوت الخيار، بخلاف الشركة؛ لأنها خارجة عن العقد شرعاً {إلا أنها} أي هذه القوة {لا توجب التقديم} لأنها صورية لا حقيقية {فالعامل على ما اختاره المصنف أولى} لترجيح جانب الشفعة.

{ولو اختار البائع أخذ أرش الثمن المعيب من المشتري رجع المشتري به على الشفيع إن كان أخذ بقيمة المعيب، أو بمعيب مثله} لأن الثمن الذي وقع في العقد على المبيع هو المسمى مع الأرش، لاقتضاء عقد البيع السلامة في العوضين، فيكون وجوب الأرش مقتضى العقد {وإلا} بأن أخذ بالصحيح، أو بقيمته صحيحاً {فلا، ولو ترك البائع الرد والأرش - مع اخذ الشفيع له بقيمة المعيب أو مثله - فلا رجوع له} على الشفيع {بشيء؛ لأنه كإسقاط بعض الثمن، وكذا لو اختار المشتري أخذ أرش الشقص قبل أخذ الشفيع أخذه الشفيع بما بعد الأرش؛ لأنه كجزء من الثمن} وقد أسقط {ولو أخذه بعد أخذ الشفيع رجع الشفيع به، ويفهم من تقييد الفسخ بالعيب، أنه لو كان بغيره بطلت، وقد تقدم ذلك في الفسخ بالخيار} في قول المصنف: فإن اختار المشتري أو البائع الفسخ بطلت {وبقي تجدد الفسخ بذاته، كما لو تلف الثمن المعين قبل القبض، وفي بطلانه به قول} للشيخ في المبسوط والعلامة في التذكرة {من حيث إنه يوجب بطلان العقد} وإذا بطل، بطل الأخذ بالشفعة {وآخر} للعلامة في المختلف وولده والمصنف {بعدمه؛ لأن البطلان من حين التلف، لا من أصله، فلا

يزيل ما سبق من استحقاقها} فيستصحب {وثالث} للعلامة في القواعد {بالفرق بين أخذ الشفيع قبل التلف فتثبت} لسبق حق الشفيع {وبعده فتبطل} لأنه مع بطلان البيع تبطل الشفعة {والأوسط أو وسط}.

[و] {كذا} [لا] {تسقط الشفعة} {بالعقود اللاحقة} {للبيع} {كما لو باع} {المشتري الشقص} {أو وهب، أو وقف} بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل ولا إشكال، كذا في الجواهر {لسبق حق الشفيع على ما تأخر من العقود} {بل للشفيع إبطال ذلك كله} بلا خلاف أجده بيننا، بل ولا إشكال، كذا في الجواهر، ولسبق حقه، بل عن المبسوط: الإجماع على أن له نقض المسجد إن كان بناء مسجداً، وأخذه بالشفعة [و] له {الأخذ بالبيع الأول} {وله أن يميز} {البيع} الأول {ويأخذ بالثاني} ويدفع ما دفع من الثمن {لأن كلاً من البيعين سبب تام في ثبوت الشفعة، والثاني صحيح، وإن توقف على إجازة الشفيع، فالتعيين إلى اختياره، وكذا لو تعددت العقود، فإن أخذ من الأخير صحت العقود السابقة} لأن أخذه المتأخر إجازة للسابق والأسبق، وهكذا {وإن أخذ من الأول بطلت اللاحقة} لعدم صحتها المتوقفة على إجازته {وإن أخذ من المتوسط صح ما قبله، وبطل ما بعده، ولا فرق في بطلان الهبة لو اختاره الشفيع بين اللازمة وغيرها، ولا بين المعوض عنها، وغيرها} ضرورة كونه كغيره من التصرفات التي للشفيع فسخها والأخذ، ولا ممتناع صحة الهبة مع ذلك، كما صرح به غير واحد، بل لا أجد فيه خلافاً بينهم، كذا في الجواهر {فيأخذ الواهب الثمن ويرجع العوض إلى باذله} لبطلان الهبة بالشفعة.

[والشفيع يأخذ من المشتري] {لا من البائع} لأنه المتيقن من أدلة الشفعة، إن لم يكن المنصرف منها إليه، ولما تضمنه حسن الغنوي المتقدم في قوله عليه السلام: (فهو أحق

بها بالثمن) {لأنه المالك الآن} [ودركه] {أي درك الشقص لو ظهر مستحقاً} [عليه]
 {فيرجع عليه بالثمن، وبما اغترمه لو أخذه المالك} بلا خلاف أجده فيه، بل عن
 الغنية والسرائر الإجماع على ذلك، كما في الجواهر {ولا فرق في ذلك بين كونه في يد
 المشتري، ويد البائع، بأن لم يكن أقبضه، لكن هنا لا يكلف المشتري قبضه منه، بل
 يكلف الشفع الأخذ منه، أو الترك؛ لأن الشقص هو حق الشفع، فحيث ما وجده
 أخذه} بلا خلاف ولا إشكال {ويكون قبضه كقبض المشتري، والدرك عليه، على
 التقديرين} تقدير كونه في يده أو يد البائع.

[والشفعة تورث] {عن الشفع كما يورث الخيار، وحد القذف، والقصاص، في
 أصح القولين} كما عن المفيد والسيد وأبي علي والشيخ في بيع الخلاف وابني إدريس
 وسعيد والآبي والمحقق الثاني والمقداد وابن فهد والصيمري وغيرهم، بل ظاهر
 المرتضى وصريح السرائر الإجماع عليه {لعموم أدلة الإرث} كقوله عنه: ﴿لَلرَّجَالِ
 نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ
 مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾^(١) وغيره، ولمرسل المسالك وغيره عنه عليه السلام: (ما ترك
 الميت من حق فهو لوارثه)^(٢) المندرج فيه الحقوق المذكورة.

{وقيل} والقائل الشيخ في النهاية ومحكي الخلاف وابنا البراج وحمزة
 والطبرسي، بل عن المبسوط نسبته إلى الأكثر {لا تورث، استناداً إلى رواية ضعيفة
 السند} بطلحة بن زيد - لأنه بترى - عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام قال: (لا شفعة
 إلا لشريك غير مقاسم، وقال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: لا يشفع في الحدود، وقال: لا

(١) سورة النساء، آية (٧).

(٢) سنن ابن ماجه ٢ : ٩١٤ - ٢٧٣٨ ، مسند أحمد ٢ : ٤٥٣ ، بتفاوت.

تورث الشفعة^(١) وهو - على التحقيق - من الموثق الذي هو حجة، ولكن إعراض مثل من تقدم ذكرهم موجب لوهنه، وعدم صلاحيته لتخصيص العمومات السابقة.

{وعلى المختار فهي} {كالمال} {فتقسم} {بين الورثة} {على نسبة سهامهم، لا على رؤوسهم، فللزوجة مع الولد الثمن} بلا خلاف أجده فيه بيننا، كذا في الجواهر {ولو عفا أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط} كحد القذف {لأن الحق للجميع، فلا يسقط حق واحد بترك غيره} وعن التذكرة: أن حق العافي للمشتري، لأنها لو عفوا معاً لكان الشقص له، فكذا إذا عفا أحدهما يكون نصيبه له، بخلاف حد القذف [فلو عفوا إلا واحداً أخذ الجميع، أو ترك] {حذراً من تبعض الصفقة على المشتري} ولأن الشفعة واحدة {ولا يقدر هنا تكثر المستحق، وإن كانوا شركاء} وقد تقدم اشتراطهم وحدة الشريك {لأن أصل الشريك متحد، والاعتبار بالوحدة عند البيع، لا الأخذ}.

[ويجب تسليم الثمن أولاً جبراً] {لقهر المشتري} لأن هذه معاوضة قهرية أخذ فيها المبيع بغير رضا المشتري فيجبر قهره بتسليم الثمن إليه أولاً [ثم الأخذ] {أي تسليم المبيع، لا الأخذ بالشفعة القولي، فإنه متقدم على تسليم الثمن مراعاة للفورية} [إلا أن يرضى الشفيع بكونه] {أي الثمن} [في ذمته] {فله أن يتسلم المبيع أولاً؛ لأن الحق في ذلك} أي وجوب تسليم الثمن أولاً {للمشتري، فإذا أسقطه برضاه بتأخير الثمن في ذمة الشفيع فله ذلك، والمراد بالشفيع هنا المشتري لما ذكرناه، إما تجوزاً لكونه سبباً في إثبات الشفيع، أو وقع سهواً}.

(١) الوسائل، ج ٢٥، باب (١٢) الشفعة، ح ١.

[ولا يصح] للشريك [الأخذ إلا بعد العلم بقدره، وجنسه] {ووصفه؛ لأنه معاوضة تفتقر إلى العلم بالعوضين} [فلو أخذ قبله لغا، ولو قال: أخذته بمهما كان] {للغرض المنهي عنه، الموجب لبطلان الأخذ} [ولا تبطل بذلك شفעתه] لعدم الموجب له {ويغتفر بعد اجتماعه بالمشتري السؤال عن كمية الثمن، والشقص بعد السلام، والكلام المعتاد} لعدم منافاة جميع ذلك للفورية شرعاً في الأولين، وعرفاً في الأخير.

[ولو انتقل الشقص بهبة، أو صلح، أو صداق فلا شفعة] بلا خلاف معتد به، بل حكى الإجماع عليه جماعة، أو لعله كذلك، كذا في الجواهر، لما تضمنه حسن الغنوي المتقدم: (الشفعة في البيوع) الظاهر في اختصاصه بالبيع، وخصوص صحيح أبي بصير - في الصداق - عن أبي جعفر عليه السلام قال: (سألته عن رجل تزوج امرأة على بيت في دار له، وله في تلك الدار شركاء؟ قال: جائز له ولها، ولا شفعة لأحد الشركاء عليها)^(١) [لما تقدم في تعريفها من اختصاصها بالبيع، وما ذكر ليس بيعاً حتى يصلح بناء على أصالته] على الأقوى [ولو اشتراه بثمن كثير ثم عوضه عنه بيسير، أو أبرأه من الأكثر] {ولو حيلة} وهي جائزة، لأصل الجواز في مثلها {على تركها} أي الشفعة [أخذ الشفع بالجميع] الأصل والزائد عليه {إن شاء؛ لأنه الثمن} من غير خلاف في ذلك، ولما تضمنه حسن الغنوي المتقدم في قوله عليه السلام: (فهو أحق بها من غيره بالثمن) الظاهر منه أنه الثمن المباع به مطلقاً {وبالباقي معاوضة جديدة} على الأول {أو إسقاط لما ثبت} على الثاني بالبيع ولو مع التواطؤ {ومقتضى ذلك أن الثمن الذي وقع عليه العقد لازم للمشتري} يدفعه للبائع {وجائز للبائع أخذه} في الظاهر والباطن {وإن كان بينهما مواطأة على ذلك؛ إذ لا يستحق المشتري أن يأخذ من الشفع

(١) الوسائل، ج ٢٥، باب (١١) الشفعة، ح ٢.

إلا ما ثبت في ذمته، ولا يثبت في ذمته إلا ما يستحق البائع المطالبة به، وقال { العلامة
 {في التحرير: لو خالف أحدهما ما تواطءا عليه فطالب صاحبه بما أظهر له لزمه في
 ظاهر الحكم، ويحرم عليه في الباطن؛ لأن صاحبه إنما رضي بالعقد المتواطئ} ويشكل:
 بأنه لا يطابق ظاهر الأدلة، إذا أقصى ما فيه مخالفة الوعد أو ما يشبهه، ولا إثم فيها
 على الأظهر، فضلاً عن حرمة المال [أو ترك] {الشفيع الأخذ لما يلزمه من الغرم}.

[ولو اختلف الشفيع والمشتري] {في مقدار الثمن} [حلف المشتري] {على
 المشهور} نقلاً وتحصيلاً، بل لا يكاد يوجد فيه خلاف إلا من الإسكافي والشارح في
 المسالك وهنا، بل في الغنية الإجماع عليه، كما في الجواهر {لأنه أعرف بالعقد؛ ولأنه
 المالك فلا يزال ملكه إلا بما يدعيه، ويشكل: بمنع كون حكم المالك كذلك مطلقاً} في
 كل الصور {وقد تقدم قبول قول المنكر في كثير} من الصور، كما لو اختلف المؤجر
 والمستأجر في قدر الأجرة، فيقدم قول منكر الزيادة ولو لم يكن مالكاً، وغير ذلك
 {خصوصاً مع تلف العين، وعموم (اليمين على من أنكر) وارد هنا} لأن النزاع في
 القدر الواجب دفعه عند الأخذ بالشفعة، فالمشتري يدعي الزيادة والشفيع منكر،
 فيندرج تحت عموم (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) {ومن ثم ذهب ابن
 الجنيّد إلى تقديم قول الشفيع؛ لأنه منكر}.

{والاعتذار للأول} وهو تقديم قول المشتري مع يمينه {بأن المشتري لا دعوى
 له على الشفيع، إذ لا يدعي شيئاً في ذمته، ولا تحت يده، إنما الشفيع يدعي استحقاق
 ملكه بالشفعة بالقدر الذي يدعيه، والمشتري ينكره، ولا يلزم من قوله: اشتريته
 بالأكثر، أن يكون مدعياً عليه وإن كان خلاف الأصل} حيث إن مدعي الأكثر يكون
 مدعياً {لأنه لا يدعي استحقاقه إياه عليه، ولا يطلب تغريمه إياه، إنما يتم قبل الأخذ

بالشفعة، أما بعده فالمشتري يدعي الثمن {الأكثر} في ذمة الشفيع، ويأتي فيه جميع ما سبق {من كون الشفيع منكرًا، فيقدم قوله مع يمينه وإن لم يكن مالكاً.

{لا يقال: إنه لا يأخذ حتى يستقر أمر الثمن، لما تقدم من اشتراط العلم بقدره، فما داما متنازعين لا يأخذ، ويتجه الاعتذار} لأن النزاع يكون قبل الأخذ بالشفعة دائماً {لأننا نقول: المعتبر في أخذه علمه بالقدر بحسب ما عنده، لا على وجه يرفع الاختلاف، فإذا زعم العلم بقدره جاز له الأخذ، ووقع النزاع فيه بعد تملكه للشقص، فيكون المشتري هو المدعي} والشفيع هو المنكر فيقدم قوله مع يمينه.

{ويمكن أيضاً أن يملك} الشفيع {الشقص برضاء المشتري قبل دفع الثمن، ثم يقع التنازع بعده، فيصير المشتري مدعياً، وتظهر الفائدة لو أقاما بينة، فالحكم لبينة الشفيع على المشهور} لأن المشتري منكر، فلو قدم بينة مع بينة الشفيع، قدمت بينته؛ لأنه مع تعارض البيّنات تقدم بينة المدعي؛ لأنها وظيفته، والمنكر وظيفته اليمين فقط {وبينة المشتري على الثاني} لأنه مع تعارض البيّنات منهما تقدم بينة المشتري؛ لأنه المدعي حينئذٍ.

[ولو ادعى أن شريكه اشترى بعده] {وأنه يستحق عليه الشفعة، فأنكر الشريك التأخر} [حلف الشريك] بلا خلاف أجده بين من تعرض له، كذا في الجواهر {لأنه منكر، والأصل عدم تحقق الاستحقاق} وعدم تحقق شرط الشفعة [ويكفيه الحلف على نفي الشفعة] {وإن أجاب بنفي التأخر} الذي هو أعم؛ لأن الشراء قد يقع متأخراً، فتسقط الشفعة {لأن الغرض} من إنكار تأخر الشراء {هو الاستحقاق، فيكفي اليمين لنفيه، وربما كان} المنكر {صادقاً في نفي الاستحقاق وإن كان الشراء

متأخراً لسبب من الأسباب المسقطة للشفعة، فلا يكلف الحلف عليه، وقد تقدم مثله في القضاء { فراجع }.

[ولو تداعيا السبق] في الشراء [تحالفا] على الأشهر {لأن كل واحد منهما مدع} للسبق في الشراء {ومدعى عليه} لأن الآخر ينكره {فإذا تحالفا استقر ملكهما، لاندفاع دعوى كل منهما بيمين الآخر} [ولا شفعة] {لانتفاء السبق}.

كتاب السبق والرماية

[كتاب السبق والرماية]

[السبق] بسكون الباء: مصدر سابق، قال في الصحاح: واستبقنا في العدو، أي تسابقنا، وقد قيل في قوله ﷺ: ﴿ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ﴾ أي نتضل. والسبق بالتحريك: الخطر الذي يوضع بين أهل السباق [والرماية] عرفاً: معاملة على المناضلة بالسهم - مثلاً - ليعلم حذق الرامي، ومعرفته بمواقع الرمي {و} شرعاً {عقد شرع لفائدة التمرن على مباشرة النضال، والاستعداد لممارسة القتال، والأصل فيه} بعد إجماع المسلمين بقسميه، المحكي منهما مستفيض أو متواتر، كذا في الجواهر، ولقوله ﷺ: ﴿يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ﴾^(١) أي نتناضل، كما سبق عن الجوهري {قوله ﷺ: (لا سبق إلا في نضل، أو خف، أو حافر)^(٢) وهو قريب من صحيح حفص عن أبي عبد الله ﷺ قال: (لا سبق إلا في خف أو حافر أو نضل، يعني النضال)^(٣) وقوله ﷺ} في مرسل الصدوق {إن الملائكة لتنفر عند الرهان، وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخف والريش والنصل} وقد سبق رسول الله ﷺ أسامة بن زيد، وأجرى الخيل^(٤) ونحوه غيره، بل قد يقال: باستحبابهما تأسيماً به ﷺ لموثق طلحة بن زيد عن رسول الله ﷺ قال: (أغار المشركون على سرح المدينة فنأدى فيهما مناد: يا سوء صباحاه،

(١) سورة يوسف، آية (١٨).

(٢) السنن الكبرى، ج ١٠، ص ٢٨، ح ١٩٧٤٩. بتفاوت.

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (٣) السبق والرماية، ح ١.

(٤) الوسائل، ج ١٩، باب (١) السبق والرماية، ح ٦.

فسمعها رسول الله ﷺ في الجبل فركب فرسه في طلب العدو، وكان أول أصحابه لحقه أبو قتادة على فرس له، وكانت تحت رسول الله ﷺ سرج دفتاه ليف، ليس فيه أثر ولا بطر، فطلب العدو فلم يلقوا أحداً، وتتابع الخيل، فقال أبو قتادة: يا رسول الله إن العدو قد انصرف، فإن رأيت أن نستبق؟ فقال: نعم فاستبقوا فخرج رسول الله ﷺ سابقاً ثم أقبل عليهم فقال: أنا ابن العواتك من قريش، إنه هو الجواد البحر، يعني: فرسه^(١).

[وإنما ينعقد السبق] {بسكون الباء} [من الكاملين] [بالبلوغ والعقل] لأنه من العقود إجماعاً [الخاليين من الحجر] {لأنه يقتضي تصرفاً في المال} [على الخيل والبغال والحمير] بلا خلاف عندنا، كما في المسالك {وهي داخلة في الحافر المثبت في الخبر} المتقدم وغيره [والإبل والفيلة] بلا خلاف بين المسلمين، كما عن الرياض {وهما داخلان في الخف} [وعلى السيف والسهم والحراب] والرمح والسكين والبنادق ذوات - الرؤوس المدببة طلقاتها - والمسدسات ونحوها {وهي داخلة في النصل} قال في الصحاح: النصل، نصل السهم والسيف والسكين والرمح. كما هو محل اتفاق بين الأصحاب {ويدخل السهم في الريش على الرواية الثانية؛ إذ اشتمل عليه، تسمية الشيء باسم جزئه، وأطلق} المصنف {السبق على ما يعم الرمي تبعاً للنص} حيث أطلق فيه السبق فيشتمل على الأعم {وتغلياً للاسم} كما هو الشائع عرفاً في أمثال المقام.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١) السبق والرمية، ح ٢.

[لا بالمصارعة، والسفن، والطيور، والعدو] {ورفع الأحجار ورميها، ونحو ذلك} بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، كذا في الجواهر {للدلالة الحديث السابق على نفي مشروعية ما خرج عن الثلاثة} لخصر المشروع فيها، ولخبر العلاء بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: (لا بأس بشهادة الذي يلعب بالحمائم، ولا بأس بشهادة المراهن عليه، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قد أجرى الخيل وسابق، وكان يقول: إن الملائكة تحضر الرهان في الخف والحافر والريش وما سوى ذلك فهو قمار حرام)^(١) {هذا إذا تضمن السبق بذلك العوض، أما لو تجرد عنه ففي تحريمه نظر: من دلالة النص على عدم مشروعيته، إن روي السبق بسكون الباء، ليفيد نفي المصدر} الذي هو العقد ولو معاطاة {وإن روي بفتحها - كما قيل: إنه الصحيح رواية - كان المنفي مشروعية العوض عليها، فيبقى الفعل على أصالة الإباحة؛ إذ لم يرد ما يدل على تحريم هذه الأشياء، خصوصاً مع تعلق غرض صحيح بها} وللسيرة المستمرة على فعله في جميع الأعصار والأمصار المتصلة بزمان المعصومين عليهم السلام، مضافاً إلى ما ورد من مصارعة الحسن والحسين عليهما السلام بحضرة جدهما رسول الله صلى الله عليه وآله^(٢) {ولو قيل: بعدم ثبوت رواية الفتح} كما هو المشهور {فاتح احتمال الأمرين يسقط دلالته على المنع} للتعارض والتساقط، ومن ثم يكون المرجع أصل الجواز.

[ولابد من إيجاب فيها وقبول، على الأقرب] {لعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (والمؤمنون عند شروطهم) وكل من جعله لازماً حكماً بافتقاره إلى إيجاب وقبول} ولو فعليين، فتصح فيه المعاطاة {وقيل} والقائل الشيخ والعلامة في

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١) السبق والرمية، ح ٣.

(٢) مستدرک الوسائل، باب (٤) ما يتعلق بأبواب السبق والرمية ج ١٤، ص (٨٢).

المختلف {هو جعالة، لوجود بعض خواصها فيه، وهي أن يبذل العوض فيه على ما لا يوثق بحصوله، وعدم تعيين العامل، فإن قوله: من سبق فله كذا غير متعين عند العقد، ولأصالة عدم اللزوم، وعدم اشتراط القبول، والأمر بالوفاء بالعقد مشروط بتحقيقه، وهو موضع النزاع، سلمنا، لكن الوفاء به هو العمل بمقتضاه لزوماً وجوازاً} فإن كان لازماً كان العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم، وإن كان جائزاً كان الوفاء به والعمل بمقتضاه على سبيل الجواز {وإلا لوجب الوفاء بالعقود الجائزة} للأمر بالوفاء في مطلق العقد، وهو باطل إجماعاً {وفيه نظر؛ لأن وجود بعض الخواص لا يقتضي الاتحاد في الحكم مطلقاً} حتى في الجواز واللزوم وغيرهما {وأصالة عدم اللزوم ارتفعت بما دل عليه، والأصل في الوفاء العمل بمقتضاه دائماً} فإن مقتضى الوفاء بالشيء التزامه والعمل به، لا العمل بمقتضاه {وخروج العقد الجائز تخصيص للعام، فيبقى حجة في الباقي} كما هو التحقيق {نعم الشك بقي في كونه عقداً} وما ذكر في الاستدلال لا يمنع.

[وتعيين العوض] {وهو المال الذي يبذل للسابق منها، قدرًا، وجنسًا، ووصفًا} اتفاقًا، كما عن غير واحد، دفعًا للجهل به الموجب للغرر المنهي عنه، ويصح كونه عينًا، أو دينًا، حالاً أو مؤجلاً، بلا خلاف، كما عن الرياض، لإطلاق الأدلة وعمومها {وظاهر العبارة - ككثير - أنه شرط في صحة العقد، وفي التذكرة: إنه ليس بشرط، وإنما يعتبر تعيينه لو شرط، وهو حسن} بل هو المتعين؛ لأنه عوض عن فعل جائز، فيجب العلم به، دفعًا للغرر الموجب للبطلان شرعاً.

[ويجوز كونه منها معاً] مطلقاً مع وجود المحلل أم لا، كما هو المشهور شهرة عظيمة، لعموم الأدلة وإطلاقاتها، خلافاً لابن الجنيث حيث اشترطه من ثالث - وهو المحلل - استناداً إلى النبوي في قوله ﷺ: (من أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن

أن يسبق فهو قمار، ومن أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يؤمن من أن يسبق فليس بقمار^(١) وهو كما ترى. ضعيف سنداً، بل ودلالة؛ لأنه لا يدل على وجوب وجود المحلل {ومن أحدهما} صح عندنا، كما في الشرائع، وعن المسالك: لو قال أحدهما لصاحبه: إن سبقت فلك عشرة، وإن سبقت فلا شيء لي عليك، فهو جائز عندنا، خلافاً لبعضهم. بدعوى: أنه قمار، وتندفع - على تقدير التسليم - بخروجه استناداً إلى عموم (المؤمنون عند شروطهم) وعموم النصوص {وفائده - حيثنذ - أن البازل إن كان هو السابق أحرز ماله، وإن كان غيره أحرزه} له في ذمته.

[و] يجوز [من بيت المال] بلا خلاف أجده، كما عن الرياض، ولا إشكال، كما في الجواهر {لأنه معد للمصالح وهذا منها، لما فيه من البعث على التمرن على العمل المترتب عليه إقامة نظام الجهاد} [ومن أجنبي] {سواء كان الإمام أم غيره} لأصل الجواز والعمومات، وأنه بذل مال في طاعة ومصلحة للمسلمين فيجوز، بل يستحب مع النية {وعلى كل تقدير، فيجوز كونه عيناً حالاً، ومؤجلاً} وبعضه حالاً والآخر مؤجلاً، وبعضه عيناً والآخر ديناً مطلقاً؛ لأنه عوض عن عمل السابق، وحاله حال بقية الأعواض في المعاملات.

[ولا يشترط المحلل] كما هو المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، خلافاً للإسكافي فيما لو كان المال من المتسابقين، كما تقدم {وهو الذي يدخل بين المتراهنين بالشرط في عقده، فيتسابق معهما من غير عوض يبذله، ليعتبر السابق منهما، ثم إن سبق أخذ العوض، وإن لم يسبق لم يغرم، وهو بينهما كالأمين وإنما لم يشترط، للأصل} وهو

(١) سنن أبي داود، ج٣، ص٣٠، ح٢٥٧٩. بتفاوت.

عدم الاشتراط {وتناول ما دل} بعمومه، كما في خبر طلحة المتقدم وغيره {على الجواز للعقد الخالي منه، وعند بعض العامة} وهو الشافعي {وبعض أصحابنا} وهو ابن الجنيّد {هو شرط، وبه سمي محلاً، لتحريم العقد بدونه عندهم} وقد تقدم ما فيه {وحيث شرط لزم} لعموم (المؤمنون عند شروطهم) {فيجري دابته بينهما، أو إلى أحد الجانبين مع الإطلاق، وإلى ما شرط مع التعيين؛ لأنها بإخراج السبق} الذي هو الرهان {متنافران، فيدخل بينهما، لقطع تنافرها} فهو في الحقيقة حكم، لكنه إن سبق أخذ، للشرط في ضمن العقد، وإلا فلا.

[ويشترط في السبق] شروط:

الأول [تقدير المسافة] {التي يستبقان فيها} [ابتداءً وغاية] عند الأصحاب كافة، كما في ظاهر الكفاية {لثلا يؤدي إلى التنازع} المعلوم من الشارع الأقدس إرادة حسمه {ولا اختلاف الأغراض في ذلك اختلافاً ظاهراً؛ لأن من الخيل ما يكون سريعاً في أول عدوه دون آخره} وهي العتاق منها {فصاحبه يطلب قصر المسافة، ومنها ما هو بالعكس} وهي الهجان منها {فينعكس الحكم} فيطلب صاحبه طول المسافة.

[و] الثاني [تقدير الخطر] {وهو العوض إن شرطاه، أو مطلقاً} على القول باشتراطه في صحة أصل العقد، للغرر المنهي عنه، وإثارته التنازع المرغوب عنه شرعاً.

[و] الثالث [تعيين ما يسابق عليه] من فرس أو بعير أو غيرهما {بالمشاهدة} لأن المقصود امتحانها، وذلك يقتضي تعيينها {ولا يكفي الإطلاق} كالسباق على فرس أو بعير ما {ولا التعيين بالوصف} كفرس ابن ثلاث سنين أو ناقة عربية {لاختلاف الأغراض بذلك كثيراً}.

[و] الرابع [احتمال السبق بالمعينين] {بمعنى احتمال كون كل واحد يسبق صاحبه} احتمالاً معتداً به [فلو علم قصور أحدهما بطل] اتفاقاً {لانتفاء الفائدة حينئذٍ؛ لأن الغرض منه استعمال السابق، ولا يقدر رجحان سبق أحدهما إذا أمكن سبق الآخر، لحصول الغرض معه}.

[و] الخامس [أن يجعل السبق] {بفتح الباء وهو: العوض} {لأحدهما} {وهو السابق منهما، لا مطلقاً} ولو كان مسبوقاً {أو للمحلل إن سبق} كما سبق [لا لأجنبي] بلا خلاف، كما في الجواهر، لأصل عدم الجواز بعد الشك في تناول الإطلاقات أو العمومات له {ولا للمسبق منهما ومن المحلل، ولا جعل القسط الأوفر للمتأخر، أو للمصلي} وهو: الذي يحاذي برأسه صلوى السابق، وهو: العظم النابت عن يمين الذنب وشماله {والأقل للسابق، لمنافاة ذلك كله للغرض الأقصى من شرعيته، وهو الحث على السبق، والتمرن عليه}.

[ولا يشترط التساوي في الموقف] {للاصل} وهو عدم الاشتراط، وللعوم أو الإطلاق من غير استفعال في النصوص {وحصول الغرض مع تعيين المبدأ والغاية، وقيل} والقائل العلامة في التذكرة {يشترط، لانتفاء معرفة جودة عدو الفرس، وفروسية الفارس مع عدم التساوي؛ لأن عدم السبق قد يكون مستنداً إليه فيخل بمقصوده، ومثله إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى} ويشكل: أولاً بأنه خلاف المشهور، وثانياً: بابتناؤه على التراضي، فيشملة إطلاق الأدلة.

[والسابق هو: الذي يتقدم الآخر بالعنق] والكتد بفتح التاء وكسرهما وهو العظم العالي بين الظهر وأصل العنق، كما عن الجوهري، على الأظهر الأشهر، بل عليه عامة المتأخرين، عملاً بالعرف، خلافاً للإسكافي حيث اكتفى بمجرد تقدم

الأذن استناداً إلى قوله ﷺ: (بعثت والساعة كفرسي رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بإذنه)^(١) ويشكل: - مع ضعف السند، وإمكان حمله على المبالغة - بعدم دلالته على الإطلاق، وإطلاق المصنف {ظاهره اعتبار التقدم بجميعه، وقيل: يكفي بعضه، وهو حسن} لصدق السبق عليه عرفاً وعادة {ثم إن اتفاقاً في طول العنق وقصره، أو سبق الأقصر عنقاً ببعضه فواضح} لتحقيق السبق بلا إشكال {وإلا} يتساويا {اعتبر سبق الطويل بأكثر من القدر الزائد} ليتحقق السبق ولو بالبعض {ولو سبق بأقل من قدر الزائد فالقصير هو السابق} لتحقيق تقدمه ببعض العنق، كما هو الأظهر.

{وفي عبارة كثير: إن السبق يحصل بالعنق والكتد معاً، وهو: - بفتح الفوقانية أشهر من كسرهما - مجمع الكتفين بين أصل العنق والظهر، وعليه يسقط اعتبار بعض العنق، وقد يتفق السبق بالكتد وحده، كما لو قصر عنق السابق به} لضخامة كتده ونحافة عنقه {أو رفع أحد الفرسين عنقه بحيث لم يمكن اعتباره به، وبالقوائم} وهما المتقدمان من الأرجل {فالمتقدم بيديه عند الغاية سابق؛ لأن السبق يحصل بهما، والجري عليهما، والأولى حينئذ} أي حين القول بحصول التقدم بغير العنق من الأمور الثلاثة المذكورة {تعيين السبق بأحد الأربعة} العنق، والكتد، وهما معاً، والقوائم الأربع {ومع الإطلاق، يتجه الاكتفاء بأحدها لدلالة العرف عليه} وصدق السبق بتقدم أحدهما {ويطلق على السابق المجلي} عند الفقهاء.

[والمصلي: هو الذي يجاذي رأسه صلوى السابق، وهما: العظمان النابتان عن يمين الذنب وشماله] كذا عند الأصحاب، وهو الثاني في الترتيب {والتالي: هو الثالث،

(١) المبسوط للشيخ الطوسي، ج٦، ص٢٩٥.

والبارع: الرابع { لأنه برع المتأخر عنه وفاقه {والمرتاح: الخامس { من الارتياح بمعنى النشاط، فكأنه نشط فلحق بالسوابق {والحظي: السادس { لأنه حظي عند صاحبه حين لحق السابق {والعاطف: السابع { لأنه عطف إلى السوابق ومال إليها، وكر عليها {والمؤمل: - مبنياً للفاعل - الثامن { لأنه يأمل اللحاق بالسوابق {واللطيم: - بفتح أوله وكسر ثانيه - التاسع { بمعنى ملطوم؛ لأنه يلتطم إذا أراد الدخول إلى الحجرة الجامعة للسوابق {والسكيت: - بضم السين وفتح الكاف - العاشر { لسكوت صاحبه إذا قيل: لمن هذا الفرس {والفسكل: - بكسر الفاء فسكون السين، فكسر الكاف، أو بضمهما، كقُنْفُذ - الأخير { ولا يخفى عدم مدخلية هذه الأسماء في شيء من أحكام الباب؛ لأن بناءها على مسمياتها، لا على أسمائها {وتظهر الفائدة { في تسميتها بتلك الأسماء {فيما لو شرط للمجلي مالاً، وللمصلي أقل منه، وهكذا إلى العاشر { فيتبع الشرط الاسم.

[ويشترط في الرمي معرفة الرشق] {بكسر الراء وهو: عدد الرمي الذي يتفقان عليه} [كعشرين] اتفاقاً؛ لأنه لو لم يعين أمكن للمسبوق أن يطلب تعدد الرمي حتى تحصل الإجابة، ويمتنع الآخر، فيفضي إلى التنازع المعلوم من حكمة الشارع الأقدس عدم رضاه بكل ما يفضي إليه.

[وعدد الإصابة] {كعشرة منها} بلا خلاف؛ لأن الاستحقاق وحذق الرامي بها، فلو عقدا على أن يكون الناضل منها أكثر إصابة من غير بيان العدد لم يصح، للغرر المفضي إلى التنازع.

[وصفتها] بلا إشكال ولا خلاف، للغرر مع عدم اعتباره [من المارق] {وهو: الذي يخرج من الغرض نافذاً ويقع من ورائه} {والخاسق} {بالمعجمة والمهملة، وهو:

الذي يثقب الغرض ويقف فيه} [والخازق] {بالمعجمة والزاي، وهو: ما خدشه ولم يثقبه، وقيل} والقائل بعض أهل اللغة {ثقبه ولم يثبت فيه} [والخاصل] {بالحاء المعجمة والصاد المهملة، وهو يطلق على القارع، وهو: ما أصاب الغرض ولم يؤثر فيه، وعلى الخارق، وعلى الخاسق وقد عرفتهما، وعلى المصيب له كيف كان} [وغيرها] {من الأوصاف} التي قد بلغت عند العلامة في التحرير إلى ستة عشر صفة، بل في كتاب فقه اللغة تسعة عشر اسماً {كالخاصر، وهو: ما أصاب أحد جانبيه، والخارم، وهو: الذي يخرم حاشيته، والحابي وهو: الواقع دونه ثم يحبوا إليه، مأخوذ من حبو الصبي، ويقال: على ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب إليه فأصابه وهو المزدلف، والقارع وهو: الذي يصيبه بلا خدش} وقد عرفت أن مثل هذه الأسماء لا دخل لها في الحكم.

{ومقتضى اشتراطه تعيين الصفة بطلان العقد بدونه، وهو أحد القولين، لاختلاف النوع الموجب للغرر، وقيل: يحمل على آخر ما ذكره بمعناه الأخير} وهو المصيب للغرض كيف كان {وهو الأقوى؛ لأنه القدر المشترك بين الجميع فيحمل الإطلاق عليه، ولأصالة البراءة من وجوب التعيين؛ ولأن اسم الإصابة واقع على الجميع فيكفي اشتراطه، ولا غرر حيث يعلم من الإطلاق الدلالة على المشترك} إلا مع التعيين فيؤخذ به، لعموم (المؤمنون عند شروطهم).

[وقدر المسافة التي يرميان فيها وهي: ما بين موقف الرامي والغرض} إما بالمشاهدة، أو بالتقدير، كمئة ذراع} بلا خلاف ولا إشكال {لاختلاف الإصابة بالقرب والبعد} الموجب للغرر المنهي عنه، وللمنازعة المرغوب عنها شرعاً.

[و] {قدر} [الغرض] {وهو ما يقصد إصابته من قرطاس، أو جلد، أو غيرهما} لاختلافه بالسعة والضيق والخفة والسمك {ويشترط العلم بوضعه من الهدف، وهو

ما يجعل فيه الغرض من تراب، وغيره { كشجرة أو حائط } لاختلافه في الرفع، والانحطاط الموجب لاختلاف الإصابة { الذي يستلزم الجهل بها الغرر المنهي عنه، وإفضائه إلى التنازع المرغوب عنه شرعاً، والأقرب كفاية المشاهدة له؛ لقضاء العرف والعادة بذلك.

[والسبِق] {وهو العوض} المبذول للسابق، بلا خلاف ولا إشكال، حذراً من الغرر والجهالة المفضية إلى النزاع، المعلوم من الشارع الأقدس إرادة رفعه.

[وتماثل جنس الآلة] {أي نوعها الخاص} وهو الصنف {كالقوس العربي} أو الفارسي {أو المنسوب إلى وضع خاص} كمد الذراعين حين الرمي، لا تقلصهما {لاختلاف الرمي باختلافها} وهو بمنزلة اشتراط تماثل الحيوان، ومدركه ما تقدم في أمثاله [لا شخصها] {لعدم الفائدة بعد تعيين النوع} فعن المحقق الثاني - كما عن الرياض - الإطباق عليه {ولأدائه إلى التضييق بعروض مانع من المعين يحوج إلى إبداله} المنافي للغرض من تشريعها {بل قيل} ولم يعرف القائل {إنه لو عينه لم يتعين} فعن التذكرة، بل يفسد العقد بذلك، كما في كل شرط فاسد، لكنه كما ترى! ضرورة عدم كونه من الشرط المخالف للكتاب، فالأقرب لزومه لو اشترط، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) {وجاز الإبدال، وفسد الشرط، وشمل إطلاق الآلة القوس والسهم، وغيرهما} من رمح، ونشاب، وحجر.

{وقد ذكر جماعة} لم تذكر في مصنفات أصحابنا، ولعله لبعض العامة {أنه لا يشترط تعيين السهم، لعدم الاختلاف الفاحش الموجب لاختلاف الرمي، بخلاف القوس} لاختلاف أصنافها، فيجب تعيين الصنف، كما تقدم {وأنه لو لم يعين جنس

الآلة انصرف إلى الأغلب عادة} وهو لا يخلو عن قوة {لأنه جار مجرى التقييد لفظاً، فإن اضطربت فسد العقد، للغرر المنهي عنه الموجب للفساد.

[ولا يشترط] {تعيين} [المبادرة] {وهي اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابة عدد معين من مقدار رشق معين من تساويهما في الرشق، كخمسة من عشرين} [ولا المحاطة] {وهي اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الإصابة عدد معلوم بعد مقابلة إصابات أحدهما بإصابات الآخر وطرح ما اشتركا فيه} لأصالة عدم الاشتراط، وانصراف العقد إلى المحاطة، على الأشهر.

[ويحمل المطلق على المحاطة] {لأن اشتراط السبق إنما يكون لإصابة معينة من أصل العدد المشترط في العقد، وذلك يقتضي إكمال العدد كله، لتكون الإصابة المعينة منه، وبالمبادرة قد لا يفترق إلى الإكمال، فإنهما إذا اشترطا رشق عشرين وإصابة خمسة فرمى كل واحد عشرة فأصاب أحدهما خمسة، والآخر أربعة - مثلاً - فقد فضله صاحب الخمسة، ولا يجب عليه الإكمال} وإلا لخرج عن المبادرة إلى المحاطة، وهو خلاف الفرض {بخلاف ما لو شرطا المحاطة، فإنهما يتحاطان} في المثال المتقدم {أربعة بأربعة ويبقى لصاحب الخمسة واحد، ويجب الإكمال، لاحتمال اختصاص كل واحد بإصابة خمسة فيما يبقى}.

{وقيل: يحمل على المبادرة؛ لأنه المتبادر من إطلاق السبق لمن أصاب عدداً معيناً، وعدم وجوب الإكمال مشترك بينهما} أي المحاطة والمبادرة {فإنه قد لا يجب الإكمال في المحاطة على بعض الوجوه، كما إذا انتفت فائدته، للعلم باختصاص المصيب بالمشروط على كل تقدير} سواء أكمل أم لا {بأن رمى أحدهما - في المثال - خمسة عشر فأصابها، ورماها الآخر فأصاب خمسة، فإذا تحاطا خمسة بخمسة بقي للآخر عشرة،

وغاية ما يتفق مع الإكمال أن يخطئ صاحب العشرة الخمسة ويصيبها الآخر، فيبقى له فضل خمسة وهي الشرط { لكفاية سبق أحدهما ولو بواحدة بعد المحاطة } وما اختاره المصنف أقوى؛ لأنه المتبادر، وما ادعي منه في المبادرة غير متبادر، ووجوب الإكمال فيها أغلب، فتكثر الفائدة { لكثرة الرمي الموجبة لكثرة التمرس في الرمي، ومعرفة جودة الرمية، ومعرفة الناظر والمنضول } التي بسببها شرعت المعاملة، ولو عينا أحدهما كان أولى { دفعا للإشكال، والتنازع.

[فإذا تم النضال] وهو المراماة، وتماه بتحقيق الإصابة المشروطة لأحدهما، سواء أتم العدد أجمع أم لا { ملك الناظر } وهو الذي غلب الآخر { العوض } اتفاقاً، كما عن غير واحد؛ لأنه مقتضى العقد المحكوم بصحته شرعاً { سواء جعلناه لازماً كالإجارة، أم جعالة، أما الأول؛ فلأن العوض في الإجارة وإن كان يملك بالعقد، إلا أنه هنا لما كان للغالب، وهو غير معلوم، بل يمكن عدمه أصلاً } لجواز تساويهما في الإصابة { توقف الملك على ظهوره، وجاز كونه لازماً برأسه يخالف الإجارة في هذا المعنى، وأما على الجعالة؛ فلأن المال إنما يملك فيها بتمام العمل } لا الرشق في عقد المسابقة { وجواز الرهن عليه قبل ذلك، وضمانه، نظراً إلى وجود السبب المملك وهو العقد، وهذا يتم في الرهن، أما في الضمان فيشكل: بأن مجرد السبب غير كافٍ { في ثبوت العوض حتى يصح ضمانه } كيف ويمكن تخلفه بعدم الإصابة؟! فليس بتمام، وهذا { الذي ذكره المصنف من تملك الناظر العوض { مما يرجح كونه جعالة } لأنه إنما يتم بعد تمامية النضال ومعرفة الناظر.

[وإذا نضل أحدهما صاحبه] { بشيء } [فصالحه على ترك النضل لم يصح] كما هو المشهور { لأنه مفوت للغرض من المناضلة، أو مخالف لوضعها } لأنها شرعت للحض

على التمرن [ولو ظهر استحقاق العوض] {المعين في العقد} [وجب على الباذل مثله أو قيمته] {لأنهما أقرب إلى ما وقع التراضي عليه} للحكم بصحة العقد قبل ظهور ما يفسده، المستلزم لتشخصه {من العوض الفاسد، كالصداق إذا ظهر فساد} باستحقاق الغير له {ويشكل: بأن استحقاق العوض المعين يقتضي فساد المعاملة} من رأس، لا من حين الفسخ {كنظائره} مما كان فيه أمر بالعمل {وذلك يوجب الرجوع إلى أجره المثل} ويشكل: بأنه ليس في مفروض مسألتنا أمر {لا العوض الآخر، نعم لو زادت أجره المثل عن مثل المعين، أو قيمته اتجه سقوط الزائد، لدخوله} أي الناضل {على عدمه، وهذا هو الأقوى، والمراد بأجره المثل - هنا - ما يبذل لذلك العمل الواقع من المستحق له عادة، فإن لم تستقر العادة على شيء رجع إلى الصلح} لأنه أقرب إلى ما في النفس، وأبعد عن التنازع {وربما قيل: بأنه أجره مثل الزمان الذي وقع العمل فيه، نظراً إلى أن ذلك أجره مثل الحر لو غصب تلك المدة، والأجود الأول} وهو أجره المثل، لعدم ضمان الحر مثلاً وقيمة.

كتاب الجعالة

[كتاب الجعالة]

[وهي] {لغة: مال يجعل على فعل} كما عن غير واحد من أهل اللغة {وشرعاً} لا تحصل إلا بـ [صيغة ثمرتها: تحصيل المنفعة بعوض] فهي عقد يشترط فيه ما يشترط فيها، وهي جائزة وتجري فيها المعاطاة، وعلى مشروعيتهما إطباق المسلمين، وفي الجواهر: بل الإجماع بقسميه على ذلك، ولقوله عز وجل: ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ^(١)﴾ وعموم قوله عز وجل: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ^(٢)﴾ ولصحيح علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال: (سألته عن جعل الآبق والضالة؟ قال: لا بأس به) ^(٣) ونحوه غيره [مع عدم اشتراط العلم فيهما] {أي في العمل والعوض، كمن رد عبدي فله نصفه مع الجهالة به وبمكانه، وبهذا تتميز عن الإجارة على تحصيل منفعة معينة؛ لأن التعيين شرط في الإجارة، وكذا عوضها، أما عدم اشتراط العلم بالعمل هنا فموضع وفاق} وفي الجواهر: وجوازها على مثله من قطعيات الفقه، ولصحيح علي بن جعفر عليه السلام المتقدم وغيره {وأما العوض ففيه خلاف يأتي تحقيقه}.

[ويجوز] الجعل [على كل عمل محلل مقصود] {للعقلاء} بلا خلاف ولا إشكال [غير واجب على العامل] {فلا يصح على الأعمال المحرمة كالزنى} لأنها من

(١) سورة يوسف، آية (٧٢).

(٢) سورة المائدة، آية (١).

(٣) الوسائل، ج ٢٥، باب (١) الجعالة، ح ١.

السحت، كما تقدم {ولا على ما لا غاية له معتداً بها كنزف ماء البئر} لغير التطهير {والذهاب ليلاً إلى بعض المواضع الخطيرة، ونحوهما مما يقصده العابثون} لأنه من السفه الممنوع شرعاً وعقلاً {نعم لو كان الغرض به التمرن على الشجاعة، وإضعاف الوهم ونحوه من الأغراض المقصودة للعقلاء، صح} اتفاقاً، لوجود المقتضي وهو عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وارتفاع المانع وهو السفه {وكذا لا يصح على الواجب عليه كالصلاة} لوجوبه شرعاً على كل حال، وحرمة أخذ العوض على الواجبات العينية.

[ولا يفتقر إلى قبول] وهذا يقتضي أنه إيقاع {لفظي، بل يكفي فعل مقتضى الاستدعاء به} وهو يقتضي كونه عقداً جائزاً يكفي في قبوله الفعل معاطاة، والظاهر أن الفرق بين العقد والإيقاع أن العقد يكون فيه كل من الإيجاب والقبول جزء السبب المؤثر في طرفي الإيجاب والقبول الاختياريين، كانتقال العين من البائع إلى المشتري، وانتقال الثمن من المشتري إلى البائع في عقد البيع، وهكذا بقية العقود، وأما الإيقاع فيكون سببه التام الإيجاب فقط، ويقع أثره قهراً على الطرف الآخر، كاعتاق المملوك في العتق، وفراق الزوجة في الطلاق، وهكذا سائر الإيقاعات، وعلى هذا فما ذهب إليه الشارح - تبعاً للعلامة في التذكرة والمحقق الثاني وغيرهم - إلى أنها عقد جائز هو الأظهر، لتوقفه على فعل اختياري يكون بمثابة القبول [ولا إلى مخاطبة شخص معين، فلو قال: من رد عبدي، أو خاط ثوبي] {بصيغة العموم} {فله كذا صح، أو فله مال، أو شيء} {ونحوهما من العوض المجهول} {إذ العلم بالعوض غير شرط في تحقق الجعالة، وإنما هو شرط في تشخصه، وتعينه، فإن أراد} {ذلك} [التعيين فليذكر جنسه وقدره، وإلا] {يذكره، أو ذكره ولم يعينه} [ثبت بالرد أجرة

المثل] لأنه عمل محترم ولم يحصل على وجه التبرع، كما عن جمع، بل قيل: إنه متفق عليه بينهم.

{ويشكل: بأن ثبوت أجره المثل لا تقتضي صحة العقد، بل هي ظاهرة في فساده، وإنما أوجبه الأمر بعمل له أجره عادة كما لو استدعاه ولم يعين عوضاً، إلا أن يقال: إن مثل ذلك} أي مثل الأمر بعمل له أجره عادة {يعد جعالة أيضاً، فإنها لا تنحصر في لفظ، ويرشد إليه اتفاقهم على الحكم من غير تعرض للبطلان، وفيه: أن الجعالة مستلزمة لجعل شيء، فإذا لم يذكره لا يتحقق مفهومها وإن ترتب عليها العوض} وهو أجره المثل، ولا يخفى أن كلامه لا يخلو من تشويش؛ لأنه ذكر فيما تقدم: اتفاقهم على الحكم ثم عقبه بلزوم العوض، لا أجره المثل.

{وقيل} والقائل جمع من الأصحاب، في مقابل المشهور {إن كانت الجهالة} في العوض {لا تمنع من التسليم لزوم بالعمل العوض المعين، لا أجره المثل، كمن رد عبدي فله نصفه، فرده من لا يعرفه، ولا بأس به} لتعين نصف العبد خارجاً، بخلاف الشيء والمال، فإنهما قابلان للزيادة والنقصان المفضي للتنازع {وعلى هذا فيصح جعله صبرة مشاهدة مجهولة المقدار، وحصّة من نماء شجر على عمله، وزرع كذلك، ونحوها، والفرق بينه وبين الشيء والمال: مقوليتها} وصدقها {على القليل، والكثير المفضي إلى التنازع والتجاذب فلم يصح على هذا الوجه، بخلاف ما لا يمنع من التسليم} من العوض {فإنه أمر واحد لا يقبل الاختلاف، ومسماه لتشخصه لا يقبل التعدد، وقبوله للاختلاف قيمة بالزيادة والنقصان قد قدم عليه العامل كيف كان، ويمكن التبرع به، فإذا قدم على العوض الخاص} كنصف العبد {انتفى الغرر} في الجملة {لأنه معين في حد ذاته}.

[ويشترط في الجاعل الكمال] {بالبلوغ والعقل} [وعدم الحجر] {لأنه باذل فيعتبر رفع الحجر عنه} بلا خلاف أجده، كذا في الجواهر، بل عن التذكرة: لا نعلم فيه خلافاً، لما تقدم مكرراً في كل عقد وإيقاع، مما يدل على عدم صحة شيء منهما من هؤلاء {بخلاف العامل، فإنه يستحق الجعل وإن كان صبيّاً مميّزاً بغير إذن وليه} {لأنه من باب التسبيب، وقد جعل السبب من غير تبرع ممن هو متمكن منه مع المصلحة له، وقد قطع العلامة في التذكرة، وغيره باستحقاقه} {وفي غير المميز وجهان: من وقوع العمل} فيستحق، لتحقيق الغرض {المبذول عليه، ومن عدم القصد} إلى العوض الذي يجعله بحكم المتبرع فلا يستحق، والأوجه الأول؛ لأن قصد الجعل ليس شرطاً في صحة الجعالة، ولا يعتبر في العامل التعيين، ففي الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، لإطلاق الأدلة، والأوفق بمشروعيتها، إذ الغرض تحقيق الفعل المجعول عليه خارجاً كيف اتفق.

[ولو عين الجعالة لواحد، ورد غيره، فهو متبرع] {بالعمل} [لا شيء له] {للمتبرع، ولا للمعين، لعدم الفعل} بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر؛ لأنه لم تبذل له أجرة، ولا لمن يشمله من قبل الجاعل [ولو شارك المعين، فإن قصد التبرع عليه فالجميع للمعين] {ولو وقع الفعل بأجمعه له} بعضه منه والآخر متبرع له به [وإلا] {يقصد التبرع عليه بأن أطلق} وأتى بالفعل غفلة عن قصد التبرع {أو قصد العمل لنفسه، أو التبرع على المالك} {فالنصف} {للمعين خاصة، لحصوله له بفعلين: أحدهما مجعول له، والآخر متبرع} به له {فيستحق النصف بناءً على قسمة العوض على الرؤوس} إن كان مما لا يقبل التفاضل {والأقوى بسطه على عملهما، فيستحق المعين بنسبة عمله، قصر عن النصف أم زاد، وهو خيرة الدروس، ومثله ما لو عمل معه المالك} لوجود ملاك البسط [ولا شيء للمتبرع] لأنه متبرع.

[وتجاوز الجعالة من الأجنبي] {فليزمه المال، دون المالك إن لم يأمره به} مع الرد وإن لم يعد نفع عليه ولعله منه، لقوله عز وجل: ﴿وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ^(١)﴾ وفي الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، كما اعترف به في جامع المقاصد؛ لأن الجعالة من التسبيب الذي لا يعتبر فيه ملك عوض بعوض {ولو جعله من مال المالك بغير إذنه فهو فضولي} يتوقف على إذنه، فإن لم يأذن وجب الدفع على الأجنبي بعد الرد، لقاعدة رجوع المغرور على من غره [ويجب عليه] {أي على الجاعل مطلقاً} سواء كان المالك أم الأجنبي [الجعل مع العمل المشروط] وتماه بالتسليم إلى يد المالك مع التصريح بالجعل على ذلك، أو الإطلاق، لانصرافه إلى القبض {حيث يتعين} شرعاً كأجرة رد الآبق {وإلا فما ذكر بدله} أي بدل المعين من أجرة المثل.

[وهي جائزة من طرف العامل مطلقاً] {قبل التلبس بالعمل وبعده، فله الرجوع متى شاء} اتفاقاً؛ لأنه بمنزلة أمر للغير بعمل له أجرة، وعليه فلا يجب المضي، لأصالة عدمه {ولا يستحق شيئاً لما حصل منه من العمل قبل تمامه مطلقاً} عين الجعل أم لا؛ لأن الجعالة إنما وقعت على المجموع من حيث هو مجموع، ويشكل: بان العقد قد بطل بالفسخ، ولما كان عمله محترماً فتثبت له أجرة مثل ما عمل [وأما الجاعل فجائزة] {من طرفه} [قبل التلبس] {بالعمل} [وأما بعده فجائزة بالنسبة إلى ما بقي من العمل] {فإذا فسخ فيه انتفى عنه بنسبته، من العوض} [أما الماضي فعليه أجرته] لأنه عمل مسلم محترم {وهذا في الحقيقة لا يخرج عن كونها} جعالة {جائزة من قبله مطلقاً} قبل التلبس أم بعده {فإن المراد بالعقد الجائز، أو الإيقاع ما يصح فسخه لمن جاز من طرفه، وثبوت العوض} على ما تقدم من العمل {لا ينافي جوازه،

(١) سورة يوسف، آية (٧٢).

كما أنها بعد تمام العمل يلزمها جميع العوض، مع أنها من العقود الجائزة، وكذا الوكالة يجعل بعد تمام العمل، واستحقاق الجعل لا يخرجها عن كونها عقداً جائزاً، فينبغي أن يقال: إنها جائزة مطلقاً من الطرفين قبل التلبس وبعده {لكن إذا كان الفسخ من المالك ثبت للعامل بنسبة ما سبق من العمل إلى المسمى على الأقوى} لأن العقد قد وقع عليه، فلو لم يتم استحقاق منه بنسبته، لاحترام عمله.

{وقيل: أجرة مثله، وربما أشكل ذلك} أي على جواز الفسخ للجاعل بعد التلبس على التقديرين: تقدير استحقاق النسبة من المسمى، وتقدير أجرة المثل على الباقي من العمل {فيما لو كانت على رد ضالة - مثلاً - ثم فسخ} الجاعل {وقد صارت بيده} أي العامل {فإنه لا يكاد يتحقق للفسخ معنى حينئذٍ، إذ لا يجوز له تركها، بل يجب تسليمها إلى المالك، أو من يقوم مقامه} لأنه مال معلوم المالك وقع في يده {فلا تتحقق فائدة للفسخ حينئذٍ، ويمكن دفعه: بأن فائدة البطلان عدم سلامة جميع العوض له على هذا التقدير} وهو تقدير الفسخ قبل التسليم {بل يستحق لما سبق} من العمل {بنسبته، ويبقى له فيما بعد ذلك أجرة المثل على ما يعمل به إلى أن يتسلمه المالك، وهو حفظه عنده، ونحوه، إذ لا يجب عليه حينئذٍ رده على المالك، بل تمكينه منه إن كان قد علم بوصوله إلى يده، وإن لم يعلم وجب إعلامه} ويكون حكمه حكم اللقطة.

[ولو رجع] {المالك فيها قبل العمل، أو في أثناءه} [ولم يعلم العامل رجوعه حتى أكمل العمل فله كمال الأجرة] قياساً على الوكيل مع عدم علمه بالعزل ونفوذ ما وكل فيه، وقد يشكل: بعدم وجوب العوض على المالك بعد فسخه، وقياسه على الوكيل واضح البطلان، ومقتضى القواعد، إما الحكم بأجرة المثل للعامل في مجموع

عمله؛ لأنه أقدم على العوض ولم يسلم له، وإما التفصيل بين ما قبل الفسخ فيستحق من العوض بنسبة ما عمله، وأجرة المثل لما بعد الفسخ {ولو علم في الأثناء فله بنسبة ما سلف قبل العلم، وينبغي أن يراد بالعلم ما يثبت به ذلك} وهو الرجوع {شرعاً يشمل السماع من المالك، والشياع المفيد للعلم، وخبر العدلين لا الواحد} لأنه ليس بينة بعد حصر الحجة في الموضوعات بالبيننة {وإن حكم به في عزل الوكالة بنص خاص} وهو صحيح هشام بن سالم المتقدم في كتاب الوكالة.

[ولو أوقع المالك صيغتين] {للجعالة مختلفتين في مقدار العوض، أو في بعض أوصافها} {عمل بالأخيرة إذا سمعها} {العامل} بلا خلاف ولا إشكال، كما أطلقه الأصحاب {لأن الجعالة جائزة، فالثانية رجوع عن الأولى، سواء زادت أم نقصت} للإطلاق [وإلا] {يسمعهما} {فالمعتبر ما سمع} {من الأولى والأخيرة} كما عن جمع {ولو سمع الثانية بعد الشروع في العمل، فله من الأولى بنسبة ما عمل إلى الجميع، ومن الثانية بنسبة الباقي} لقدومه على ذلك خصوصاً لو كانت أجرة المثل أزيد من المسمى.

[وإنما يستحق الجعل على الرد بتسليم المردود] {إلى مالكه} يداً بيد {مع الإطلاق} لانصرافه إلى ذلك {أو التصريح بالجعل على إيصاله إلى يده} [فلو جاء به إلى باب منزل المالك فهرب] وكذا لو خاط الثوب فتلف قبل إيصاله إلى المالك [فلا شيء للعامل] {لعدم إتمامه العمل الذي هو شرط الاستحقاق، ومثله ما لو مات قبل وصوله إلى يده وإن كان بداره، مع احتمال الاستحقاق هنا؛ لأن المانع من قبل الله تعالى، لا من قبل العامل} ويشكل هذا الفرق: بعدم إتمامه العمل الذي وقع عليه العقد تاماً {ولو كان الجعل على إيصاله إلى البلد، أو إلى منزل المالك استحق الجميع بالامثال} بلا خلاف ولا إشكال، حتى لو لم يتسلمه المالك.

[ولا يستحق الأجرة إلا ببذل الجاعل] {أي استدعائه الرد، سواء كان مع بذل عوض أم لا} فإن مع الاستدعاء يستحق ما بذله، وأجرة المثل مع عدم تعيينه [فلو رد بغيره كان متبرعاً] {لا عوض له مطلقاً} سواء قصد التبرع أو العوض أم لم يقصد شيئاً منهما، كما عن المحقق في الشرائع والعلامة في جملة من كتبه، لأصالة براءة ذمة المالك من استحقاق شيء عند الشك، وطلبه أعم من كونه بأجرة أو لا، فالعامل متبرع. ويشكل: بمنع كون العامل متبرعاً، فتثبت له أجرة المثل؛ لأن عمله صدر بأمر من المالك، وهو بحسب العادة مما له أجر، وعمل المسلم محترم {وكذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع} لأنه متبرع فلا يستحق شيئاً {أو بقصد يغير ما بذله المالك جنساً} كدينار، والمبذول درهم، وبالعكس {أو وصفاً} كثوب كتان، والمجعول قطن؛ لأن مقصود العامل غير ملتزم من قبل المالك حتى يثبت عليه، ومع الشك فالأصل براءة ذمته منه.

{ولو رد بنية العوض مطلقاً} مماثل لما بلغه المالك أم مغاير له {وكان ممن يدخل في عموم الصيغة، أو إطلاقها، ففي استحقاقه قولان: منشؤهما: فعله متعلق الجعل مطابقاً لصدوره من المالك على وجه يشمله} كما هو المفروض {وأنه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع، وقد وقع بإذن الجاعل} واقعاً وإن لن يعلم به العامل {فقد وجد المقتضي} للاستحقاق {والمانع ليس إلا عدم علمه بصدور الجعل، ومثله يشك في مانعيته} والأصل عدمه {لعدم الدليل عليه، فيعمل المقتضي} عمله، كما عن العلامة في القواعد والفخر في الإيضاح {ومن أنه بالنسبة إلى اعتقاده متبرع، إذ لا عبرة بقصده من دون جعل المالك، وعدم سماعه في قوة عدمه} أي الجعل، وقد أقدم على عمل لا جعل له، فيكون متبرعاً، كما عن جمع {وفصل ثالث} وهو المحقق

الثاني {ففرق بين من رد كذلك عالماً بأن العمل بدون الجعل تبرع} فلا يستحق شيئاً
{وإن قصد العوض، وبين غيره؛ لأن الأول متبرع محضاً، بخلاف الثاني} وهو غير
العالم، فيستحق أجره المثل {واستقرب المصنف} في الدروس {الأول} تبعاً للعلامة
وولده {والتفصيل متجه}.

{مسائل}

الأولى: [كل ما لم يعين جعل] {إما لتركه أصلاً، بأن استدعى الرد وأطلق} فلم يعين جعلاً: لا تفصيلاً ولا إجمالاً {أو لذكره مبهماً كما سلف} في قول المصنف: فله كذا، أو مال، أو شيء [فأجرة المثل] {لمن عمل مقتضاه، سامعاً للصيغة، غير متبرع بالعمل} بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر، لفساد العقد مع احترام العمل؛ أو لأنها - حينئذٍ - هي الجعالة {إلا أن يصرح بالاستدعاء مجاناً فلا شيء} لإقدام العامل على عمل لم يجعل له أجره، فهو متبرع.

{وقيل} والقائل المحقق والعلامة وغيرهما {لا أجره مع إطلاق الاستدعاء، والأول أجود، نعم لو كان العمل مما لا أجره له عادة، لقلته فلا شيء للعامل} عرفاً {كمن أمر غيره بعمل من غير أن يذكر له أجره} فأقدمه عليه إقدام على عمل من غير أجره فيعد متبرعاً {إلا في رد الأبق من المصر} {الذي فيه مالكة إليه} {فدينار، وفي رده من غيره} {سواء كان من مصر آخر أم لا} {أربعة دنانير} {في المشهور} بل في الرياض: إن الشهرة بها عظيمة قديمة وحديثة، بل في محكي السرائر نسبته إلى التوظيف شرعاً تارة، وأخرى إلى ورود الأخبار بذلك، بل عن الشيخ في الخلاف دعوى الإجماع والأخبار {ومستنده ضعيف} وهو خبر مسمع كردين أبي يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إن النبي ﷺ جعل في جعل الأبق ديناراً إذا أخذه في مصره، وإن أخذه في غير مصره فأربعة دنانير)^(١) لا شتماله على محمد بن الحسن بن شمون المنعوت بالغلو والوضع، كما عن غير واحد من كتب الرجال، وكذا عبد الله بن

(١) التهذيب ج٦، ص٣٩٩، ح٤٣.

عبد الرحمن الأصم {ولو قيل: بثبوت أجره المثل فيه كغيره كان حسناً} طرحاً للخبر، وعملاً بالقواعد العامة، أو تحمل على الاستحباب، كما عن الشيخ في المبسوط، وهو كما ترى! لانجبار الخبر بالشهرة العظيمة، وعمل الأصحاب، لا سيما ابن إدريس الذي لا يعمل إلا بالقطعيات.

{والمراد بالدينار - على القول به - الشرعي، وهو المثل الذي كانت قيمته عشرة دراهم} {والبعر كذا} {أي كالأبق في الحكم المذكور، ولا نص عليه بخصوصه، وإنما ذكره الشيخان، وتبعهما عليه جماعة} بل ألحق المشهور البعر بالأبق {ويظهر من المفيد أن به رواية؛ لأنه قال: بذلك ثبتت السنة} بعد انجباره بعمل المشهور، فالأقرب صحة الاستناد إليها، وعليه تعرف التأمل في قوله {وفي إلحاقه على تقدير ثبوت الحكم في الأبق إشكال} محصله أن إلحاق البعر به مع عدم وجود نص به بخصوصه مشكل، وقد عرفت عدم الإشكال {ويقوى الإشكال لو قصرت قيمتهما عن الدينار والأربعة، وينبغي حينئذ أن يثبت على المالك أقل الأمرين من قيمته، والمقدر شرعاً} لكنه كما ترى! مخالف لإطلاق النص الذي عمل به المشهور، كما صرح به جمع من المحققين، بل هو المشهور بينهم {ومبنى الرواية على الغالب من زيادة قيمته عن ذلك كثيراً}.

[و] الثانية: [لو بذل جعلاً] {لمن رده واحداً كان أم أكثر} [فرده جماعة، استحقوه بينهم بالسوية] بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر؛ لأن العمل حصل من الجميع، لا من كل واحد، وهو من مصاديق (من رد) والمفروض عدم التفاوت في الرد وإن تفاوتت مقدماته {ولو كان العمل غير الرد من الأعمال التي يمكن وقوعها أجمع من كل واحد منهم، كدخول داره، مع الغرض الصحيح} لتصح

الجعالة بحiale {فلكل ما عين} بلا خلاف معتد به ولا إشكال، سواء دخلوا دفعة أم مترتين أم مختلفين؛ لأن العمل على جميع التقادير قد حصل من كل واحد، فيصدق على كل واحد منهم انه حقق المجعول عليه، فيستحق ما جعل بمفرده، لاستقلاله به حقيقة.

[و] الثالثة: [لو جعل لكل من الثلاثة جعلاً مغايراً] {للآخرين، كأن جعل لأحدهم ديناراً، وللآخر دينارين، وللثالث ثلاثة} {فردوه لكل ثلث ما جعل له} بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، كذا في الجواهر؛ لأن كل واحد منهم أتى بثلث العمل فاستحق ثلث ما عين له {ولو رده أحدهم فله ما عين له أجمع} كما هو أوضح من أن يخفى {ولو رده اثنان منهم فلكل منهما نصف ما عين له} لإتيانه بنصف المجعول له {ولو لم يسم لبعضهم} {جعلاً مخصوصاً} [فله ثلث أجره المثل] لعدم ما عين له - مع احترام عمله وإقدامه غير متبرع - فيستحق ما ذكر {ولكل واحد من الآخرين ثلث ما عين له} لإتيانه بثلث ما جعل له {ولو رده من لم يسم له وأحدهما، فله نصف أجره مثله، وللآخر نصف ما سمي له، وهكذا} مع فرض عدم تفاوتهم فيه، وإلا فبالنسبة لما تحقق من كل واحد منهم [ولو كانوا أزيد] {من ثلاثة} [فبالنسبة] {أي لو رده أجمع فلكل واحد بنسبة عمله إلى المجموع من أجره المثل} مع عدم التعيين له {أو المسمى} مع التعيين، فلو كانوا أربعة فردوه، فلكل واحد ربع، وهكذا.

[و] الرابعة: [لو اختلفا في أصل الجعالة] {بأن ادعى العامل الجعل، وأنكر المالك وادعى التبرع} [حلف المالك] بلا خلاف أجده فيه؛ لأنه منكر لموافقته {لأصالة عدم الجعل} [وهكذا] {يحلف المالك لو اختلفا} [في تعيين الآبق] {مع اتفاقهما على الجعالة،

بأن قال المالك: إن المردود ليس هو المجعول، وادعاه العامل {بلا خلاف أجده فيه أيضاً، كذا في الجواهر؛ لأن مرجعه إلى دعوى العامل على المالك على هذا الآبق الذي رده، وهو ينكره، للأصل وهو عدم ثبوت العوض {لأصالة براءة ذمته من المال الذي يدعي العامل استحقاقه}.

[و] الخامسة: [لو اختلفا في السعي، بأن قال المالك: حصل في يدك قبل الجعل] {بفتح الجيم، وقال الراد: بل بعده} [حلف] {المالك} {أيضاً، للأصل} {وهو براءة ذمته من حق الجعالة، أو عدم تقدم الجعل على حصوله في يده، وإن كان الأصل أيضاً عدم تقديم وصوله إلى يده على الجعل، إلا أنه بتعارض الأصلين} {الأخيرين} لا يثبت في ذمته المالك شيء، ومثله ما لو قال المالك: حصل في يدك قبل علمك بالجعل {بناء على أن الذي ردّ إن لم يسمع يكن متبرعاً فلا يستحق شيئاً، وإن كان الأظهر استحقاقه أجره المثل إن لم ينو التبرع} {أو من غير سعي وإن كان بعد صدوره} لأن الجعل قد رتب على الرد المسبوق بالسعي، والأصل عدم صدور عمل من العامل كذلك.

[و] السادسة: لو اختلفا [في قدر الجعل كذلك] {يحلف المالك} كما عن الشيخ وتابعيه؛ لأن الفعل فعله فيقدم قوله {لأصالة براءته من الزائد؛ لأن العامل مدع للزيادة، والمالك منكر} لموافقة دعواه الأصل [فيثبت للعامل] {بيمين المالك} [أقل الأمرين من أجره المثل، ومما ادعاه] {لأن الأقل إن كان الأجرة فقد انتفى ما يدعيه العامل بيمين المالك، وإن كان ما يدعيه العامل، فلاعترافه بعدم استحقاقه للزائد، وبراءة ذمة المالك منه، والحال أنها معترفان بأن عمله بجعل في الجملة، وأنه عمل محترم فتثبت له الأجرة إن لم ينتف بعضها بإنكاره} أي العامل لهذا البعض، حيث إنه لو كان الجعل أقل من أجره المثل، فهو بدعواه الجعل ينكر الزائد عليه منها [إلا أن يزيد

ما ادعاه المالك} عن أجره المثل فتثبت الزيادة، لاعترافه باستحقاق العامل إياها،
والعامل لا ينكرها} فيستحقها بإقراره.

[وقال] {الشيخ نجيب الدين} [ابن نما: إذا حلف المالك على نفي ما ادعاه
{العامل} {ثبت ما ادعاه} {هو، لأصالة عدم الزائد، واتفاقهما على العقد المتشخص
بالعوض المعين، وانحصاره في دعواهما، فإذا حلف المالك على نفي ما ادعاه العامل
ثبت مدعاه، لقضية الحصر} {وهو قوي، كمال الإجارة} {إذا اختلفا في قدره}
ويشكل: بأن اختصاص الدعوى بينهما في الأمرين لا يقتضي الانحصار واقعاً
كذلك، ضرورة احتمال كون الواقع خلافهما، وإلا لاقتضى اليمين من أحد
المتداعيين في اختلاف الجنس في البيع ونحوه على نفيه ثبوت الجنس الآخر، وهو
معلوم العدم.

{وقيل} والقائل العلامة في القواعد {يتحالفان؛ لأن كلاً منهما مدعٍ ومدعى
عليه، فلا ترجيح لأحدهما، فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر، ويثبت الأقل
كما مر، والتحقيق: أن اختلافهما في القدر إن كان مجرداً عن التسمية، بأن قال العامل:
إني استحق مئة من جهة الجعل الفلاني، فأنكر المالك وادعى أنه خمسون، فالقول قول
المالك؛ لأنه منكر محض، والأصل براءته من الزائد، كما يقدم قوله لو أنكر أصل
الجعل، ولا يتوجه اليمين هنا من طرف العامل أصلاً، وإن قال: جعلت لي مئة فقال
المالك: بل خمسين، ففيه الوجهان الماضيان في الإجارة} وهما التحالف، أو تقديم قول
المالك.

{والأقوى تقديم المالك أيضاً، لاتفاقهما على صدور الفعل بعوض، واختلافهما في
مقداره خاصة، فليس كل منهما مدعياً لما ينفيه الآخر} حتى يحكم بالتحالف {وإن

كان اختلافهما في جنس المَجْعُول، مع اختلافه بالقيمة، فادعى المالك جعل شيء معين يساوي خمسين، وادعى العامل جعل غيره مما يساوي مئتين، فالتحالف هنا متعين؛ لأن كلاً منهما يدعي ما ينكره الآخر، إلا أن ذلك نشأ من اختلاف الجعل جنساً، أو وصفاً، لا من اختلافه قدراً، وإذا فرض اختلاف الجنس، فالقول بالتحالف أولى وإن تساويا قيمة، وإنما ذكرنا اختلاف الجنس في هذا القسم؛ لأن جماعة كالمحقق والعلامة شركوا بينه وبين الاختلاف قدراً في الحكم { وهو حلف المالك { وليس بواضح } لأن ضابط الاختلاف في الجنس التحالف، وفي القدر اليمين على المنكر.

{ ويبقى في القول بالتحالف مطلقاً } في المتفقين جنساً وغيره { إشكال آخر وهو: فيما إذا تساوت الأجرة وما يدعيه المالك، أو زاد ما يدعيه عنها، فإنه لا وجه لتحليف العامل بعد حلف المالك على نفي الزائد الذي يدعيه العامل، لثبوت ما حكم به من مدعى المالك زائداً عن الأجرة، أو مساوياً باعتدافه، فتكليف العامل باليمين حينئذٍ لا وجه له، لاعتداف المالك به { بدعواه { وإنما يتوجه لو زادت أجرة المثل عما يدعيه المالك، فيتوقف إثبات الزائد من الأجرة عما يدعيه على يمين المدعي، وهو العامل { لدعواه الزيادة عن أجرة المثل، وما يدعيه المالك، فيمينه باعتبار أنه منكر لدعوى المالك، فحلفه ينفي دعواه، وما ادعاه العامل ينتفي بيمين المالك، فتثبت أجرة المثل ولو كانت أزيد مما يدعيه المالك.

كتاب الوصايا

[كتاب الوصايا]

[وفيه فصول]

[الأول]: [الوصية]

لغة {مأخوذة من وصى يصي} كما ذكره غير واحد من الأصحاب {أو أوصى يوصي، أو وصى يوصى، وأصلها الوصل} قال في الصحاح: أوصيت له بشيء وأوصيت إليه، إذا جعلته وصيك، والاسم الوصايا بالكسر والفتح، وأوصيته ووصيته أيضاً توصية بمعنى الاسم الوصاة - إلى أن قال - ووصيت الشيء بكذا إذا وصلته به. {وسمي هذا التصرف وصية لما فيه من وصلة التصرف في حال الحياة به بعد الوفاة، أو وصلة القرابة في تلك الحال بها في الحالة الأخرى، وشرعاً} {تمليك عين، أو منفعة، أو تسليط على تصرف بعد الوفاة} بلا خلاف ولا إشكال كذا في الجواهر {فالتمليك بمنزلة الجنس يشمل سائر التصرفات المملوكة من البيع، والوقف، والهبة، وفي ذكر العين والمنفعة تنبيه على متعلقي الوصية} حيث إنها تتعلق بالعين والمنفعة {ويندرج في العين: الموجود منها بالفعل كالشجرة، والقوة كالثمرة المتجددة، وفي المنفعة: المؤبدة، والمؤقتة، والمطلقة} من غير تقييد بوقت {ويدخل في التسليط على التصرف: الوصاية إلى الغير بإنفاذ الوصية، والولاية على من للموصي عليه ولاية، ويخرج بعبدية الموت: الهبة، وغيرها من التصرفات المنجزة في الحياة المتعلقة بإحديهما} العين أو المنفعة {والوكالة؛ لأنها تسليط على التصرف في الحياة}.

{وينتقض في عكسه} أي لا يكون جامعاً لما هو داخل {بالوصية بالعنق، فإنه فك ملك، والتدبير فإنه وصية به عند الأكثر} لصحيح زرارة عن أحدهما عليه السلام قال: (المدير من الثلث)^(١) ونحوه غيره {والوصية بإبراء المديون، وبوقف المسجد، فإنه فك ملك أيضاً، وبالوصية بالمضاربة والمساقاة، فإنها وإن أفاد ملك العامل الحصة من الربح، والثمرة على تقدير ظهورهما، إلا أن حقيقتها ليست كذلك، وقد لا يحصل ربح، ولا ثمرة فيتتفي التملك} ويمكن دفع النقض بعدم خلو ما ذكر من التملك مجازاً، بل حقيقة، حتى الوصية بالمضاربة، فإن ذلك على تقدير ظهور الربح، وإلا فقد يوصي لأحد بشيء فيتلف، فيكون كاشفاً عن عدم صحتها، لعدم وجود موردها حين تنفيذها.

[وإيجابها] كل لفظ دال على المعنى المطلوب وضعاً، مثل [أوصيت] {لفلان بكذا} أو بقرينة ولو حالية كقوله [أو افعلوا كذا بعد وفاتي] {هذا القيد يحتاج إليه في الصيغة الثانية خاصة؛ لأنها أعم مما بعد الوفاة، وأما الأولى فمقتضاه} وضعاً {كون ذلك بعد الوفاة} [أو لفلان بعد وفاتي كذا] {ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على المعنى المطلوب} بل تكفي الكتابة والإشارة مع تعذر التلفظ بخرس أو اعتقال لسان مع القرينة الموجبة للقطع بالمطلوب إجماعاً، كما عن الرياض.

[والقبول: الرضا] {بما دل عليه الإيجاب، سواء وقع باللفظ أم بالفعل الدال عليه، كالأخذ والتصرف} فيه بنفسه، أو وليه، أو وكيله عملاً بمقتضى الوصية {وإنما يفتقر إليه في من يمكن في حقه كالمحصور} اتفاقاً، كما عن غير واحد {لا غيره

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٩) الوصايا، ح ٢.

كالفقراء، والفقهاء، وبنی هاشم، والمسجد، والقنطرة، كما سيأتي} وفاقاً للقواعد، والمحكي عن التذكرة، والتحرير والمختلف والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والتنقيح والكفاية، بل في المسالك: نفي الخلاف فيه، وعن إيضاح النافع: أن عليه الفتوى.

{واستفيد من افتقارها إلى الإيجاب والقبول أنها من جملة العقود، ومن جواز رجوع الموصي ما دام حياً، والموصى له كذلك} ما دام حياً {ما لم يقبل بعد الوفاة، أنها من العقود الجائزة، وقد تلحق باللازمة على بعض الوجوه كما يعلم ذلك من القيود} فتكون لازمة إن كان قبول الموصى له بعد موت الموصي، وكالرد بعد القبول بعد وفاة الموصي حيث لا يقبل، وغير ذلك {ولما كان الغالب عليها حكم الجواز لم يشترط فيها القبول اللفظي، ولا مقارنته للإيجاب، بل يجوز مطلقاً} بلا خلاف يذكر بناء على اشتراطها بالقبول، لكونها غير منجزة وقد شرعت على غير نهج العقود اللازمة حتى اكتفي فيها بالكتابة، لمكاتبة إبراهيم بن محمد الهمداني قال: (كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته: هذه وصية، ولم يقل: إني قد أوصيت إلا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب عليه السلام: إن كان له ولد ينفذون كل شيء يجدونه في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره)^(١) ونحوه غيره {سواء} [تأخر] {عن الإيجاب} [أو قارن] {ويمكن أن يريد بتأخره تأخره عن الحياة، ومقارنته للوفاة، والأول أوفق بمذهب المصنف، لأنه يرى جواز تقديم القبول على الوفاة، والثاني} وهو عدم جواز تقديم القبول على الوفاة {للمشهور}.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٤٨) الوصايا، ح ٢.

{ومبنى القولين على أن الإيجاب في الوصية إنما يتعلق بما بعد الوفاة؛ لأنها تملك، أو ما في حكمه بعد الموت، فلو قبل قبله لم يطابق القبول الإيجاب، و{ على {أن المتعلق بالوفاة تمام الملك على تقدير القبول والقبض، لا إحداث سببه، فإن الإيجاب جزء السبب، فجاز أن يكون القبول كذلك} قبل الوفاة {وبالموت يتم} فيكون الجزء الأخير للسبب {أو يجعل الموت شرطاً لحصول الملك بالعقد، كالبيع على بعض الوجوه} كما عن الشيخ، بدعوى: أن عقد البيع يفيد الملك، وانتفاء الخيار شرط متأخر في تحققه {وهذا أقوى، وتعلق الإيجاب بالتمليك بعد الموت لا ينافي قبوله قبله؛ لأنه قبوله بعده أيضاً}.

{وإنما يصح القبول على التقديرين} [ما لم يرد] {الوصية قبله} [فإن رد] {حينئذ لم يؤثر القبول، لبطلان الإيجاب برده، نعم لو رده} [في حياة الموصي جاز القبول بعد وفاته] {إذ لا اعتبار برده السابق، حيث إن الملك لا يمكن تحققه حال الحياة} لأنه مقتضى الوصية {و{ الرد {المتأخر لم يقع بعد، وهذا بمذهب من يعتبر تأخر القبول عن الحياة أوفق، أما على تقدير جواز تقديمه في حال الحياة فينبغي تأثير الرد حالتها أيضاً} لأنه في حالها رد للإيجاب بعد كونه مقتضياً للتمليك {لفوات أحد ركني العقد حال اعتباره، بل يمكن القول بعدم جواز القبول بعد الرد مطلقاً} سواء كان حال الحياة أم لا {لإبطاله الإيجاب السابق، ولم يحصل بعد ذلك ما يقتضيها، كما لو رد المتنبه الهبة} فالرد بإبطال لإيجابها السابق.

{ولو فرق} بين الوصية والهبة {بأن المانع هنا انتفاء المقارنة بين القبول والإيجاب، قلنا: مثله في رد الوكيل الوكالة، فإنه ليس له التصرف بعد ذلك بالإذن السابق، وإن جاز تراخي القبول، وفي الدروس نسب الحكم بجواز القبول حينئذ} أي حين الرد

{بعد الوفاة إلى المشهور مؤذناً بتمريضه، ولعل المشهور مبني على الحكم المشهور السابق} وهو كما ترى! لأن السابق غير مشهور فابتناؤه عليه غير تام.

[وإن رد بعد الوفاة قبل القبول بطلت وإن قبض] {اتفاقاً} وفي الجواهر: بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه {إذ لا أثر للقبض من دون القبول} المردود حسب الفرض، فلا يصح أن يكون قبولاً فعلياً حيث لا إيجاب [وإن رد بعد القبول لم تبطل وإن لم يقبض] {على أجود القولين} ففي الجواهر، بل كاد أن يكون إجماعاً، ولصحيح محمد بن قيس المتقدم، الذي يظهر منه عدم اشتراط القبول {لحصول الملك بالقبول فلا يبطله الرد، كرد غيره من العقود المملكة بعد تحققه، فإن زوال الملك بعد ثبوته يتوقف على وجود السبب الناقل ولم يتحقق، والأصل عدمه} أي عدم زوال الملك لو شك فيه بعد ثبوته {وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط ويحيى بن سعيد في الجامع {يصح الرد} بعد القبول وإن لم يقبض بناءً {على أن القبض شرط في صحة الملك كالهبة فتبطل بالرد قبله، ويضعف ببطان القياس} للوصية على الهبة {وثبوت حكمها بأمر خارج لا يقتضي المشاركة بمجرد، وأصالة عدم الزوال بذلك، واستصحاب حكم الملك ثابت} في الوصية بالقبول، لإطلاقات الوصية.

[وينتقل حق القبول إلى الوارث] {لو مات الموصى له قبله، سواء مات في حياة الموصي أم بعدها، على المشهور، ومستنده رواية} صحيحة عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر والموصى له غائب، فتوفي الموصى له - الذي أوصى له - قبل الموصي، قال: الوصية لوارث الذي أوصى له، قال: ومن أوصى لأحد شاهداً كان أو غائباً فتوفي الموصى له قبل الموصي

فالوصية لو ارث الذي أوصى له، إلا أن يرجع في وصيته قبل موته^(١) وهي {تدل بإطلاقها عليه} والإشكال عليها - كما عن الشارح - باشتراك محمد بن قيس بين الثقة والضعيف مدفوع بأنه الثقة، بقرينة رواية عاصم بن حميد الذي لا يروي إلا عنه، معتمدة بصحيفة العباس بن عامر^(٢) وخبر الباهلي^(٣) فالعمل عليها أقوى.

{وقيل} والقائل ابن الجنيد والعلامة وغيرهم {تبطل الوصية بموته، لظاهر صحيفة أبي بصير، ومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام} قال: (سئل عن رجل أوصى لرجل، فمات الموصى له قبل الموصي؟ قال: ليس بشيء)^(٤) ومثله موثق منصور بن حازم، قال الشيخ: الوجه أنه لا يكون شيئاً إذا اعتبر الموصي الوصية كما تضمنته صحيفة محمد بن قيس، ويجوز أن يكون مراده ليس بشيء ينقض الوصية، بل تكون لها في الثبوت، وقال في الوسائل: ويمكن الحمل على التقية؛ لأنه مذهب أكثر العامة، وهو الأقرب.

{وفصل ثالث} وهو المحقق {فأبطلها بموته في حياته، لا بعدها} جمعاً بين النصوص، وهو كما ترى! جمع بلا شاهد {والأقوى البطلان مع تعلق غرضه بالمورث، وإلا فلا، وهو مختار المصنف في الدروس، ويمكن الجمع به بين الأخبار لو وجب} عند تكافئها سنداً، ومما تقدم تعرف أنه لا موضوع له، فالعمل على المشهور هو الأقوى، لصحة مدركه من النصوص، كما تقدم.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٣٠) الوصايا، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٣٠) الوصايا، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (٣٠) الوصايا، ح ٣.

(٤) الوسائل، ج ١٩، باب (٣٠) الوصايا، ح ٤.

{ثم إن كان موته قبل موت الموصي لم تدخل العين في ملكه} لأن انتقال الملك عن الموصي مشروط بموته {وإن كان بعده ففي دخولها وجهان: مبنيان على أن القبول هل هو كاشف عن سبق الملك من حين الموت، أم ناقل له من حينه} فيكون القبول جزء السبب، فلا يدخل في ملكه إذا مات قبل القبول بعد موت الموصي {أم الملك يحصل للموصى له بالوفاة متزلزلاً ويستقر بالقبول أوجه} بل أقوال {تأتي، وتظهر الفائدة فيما لو كان الموصى به ينعق على الموصى له الميت لو ملكه} كما إذا كان أباً للموصى له - مثلاً - إذا ملكه، فإن قلنا: بانتقاله بالموت قبل القبول انعق، وإن قلنا: بأنه لا يملك إلا بعد القبول لم ينعق.

[وتصح] {الوصية} [مطلقة] {غير مقيدة بزمان، أو وصف} [مثل ما تقدم] {من قوله: أوصيت، أو افعلوا كذا بعد وفاتي، أو لفلان بعد وفاتي} [ومقيدة مثل] {افعلوا} [بعد وفاتي في سنة كذا، أو في سفر كذا فتخصص] {بما خصصه من السنة والسفر، ونحوهما، فلو مات في غيرها، أو غيره بطلت الوصية؛ لاختصاصها بمحل القيد، فلا وصية بدونه} بلا خلاف ولا إشكال، لاطلاقات الأدلة، ولزوم العمل بمضمونها.

[وتكفي الإشارة] {الدالة على المراد قطعاً في إيجاب الوصية} [مع تعذر اللفظ] {لخرس، أو اعتقال لسان بمرض، ونحوه} ففي الرياض: الإجماع عليه، وفي الجواهر: بل لعله محصل. ولصدق اسم الوصية عليها عرفاً، ولصحيح أبي مريم ذكر - يعني الصادق عليه السلام - عن أبيه - يعني الباقر عليه السلام - (أن أمانة بنت أبي العاص - وأمها زينب بنت رسول الله ﷺ - كانت تحت علي بن أبي طالب عليه السلام بعد فاطمة عليها السلام فخلف عليها بعد علي عليه السلام المغيرة بن نوفل، فذكر أنها وجعت وجعاً شديداً حتى اعتقل لسانها فجاءها الحسن والحسين ابنا علي عليه السلام وهي

لا تستطيع الكلام، فجعلنا يقولان لها - والمغيرة كاره لذلك - : أعتقت فلاناً وأهله؟ فجعلت تشير برأسها: لا، وكذا وكذا فجعلت تشير برأسها: نعم، لا تفصح بالكلام، فأجازوا ذلك لها^(١) ونحوه غيره.

[وكذا] {تكفي} [الكتابة] {كذلك} لو عجز عن النطق [مع القرينة] {الدالة قطعاً على قصد الوصية بها، لا مطلقاً؛ لأنها أعم} من الوصية، لاحتمال كتابته ذلك ليوصي فيها بعد، وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال {ولا تكفيان مع الاختيار، وإن شوهد كاتباً، أو علم خطه} كما عن السرائر الإجماع عليه، ووافقه العلامة في القواعد، بل في محكي الجامع: إسهاد الشخص على نفسه في الأملاك والوصايا على كتاب يدرج لا يصح إجماعاً. لكن الإنصاف إن لم يتم الإجماع المذكور - وهو غير تام - يقضي بصدق الوصية عرفاً بها {أو علم الورثة ببعضها، خلافاً للشيخ في الأخير} استناداً إلى مكاتبة إبراهيم بن محمد الهمداني قال: (كتب إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته: هذه وصيتي، ولم يقل: إني قد أوصيت إلا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب عليه السلام: إن كان له ولد ينفذون كل شيء يجدونه في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره)^(٢) وقد نوقش فيها سنداً ودلالة، لكن الإنصاف يقضي بلزوم العمل بها بعد صدق الوصية عليها عرفاً.

{أو قال: إنه بخطي، وأنا عالم به، أو هذه وصيتي فاشهدوا علي بها، ونحو ذلك، بل لا بد من تلفظه به، أو قراءته عليه واعترافه بعد ذلك} كما عن العلامة في القواعد

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٤٩) الوصايا، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٤٨) الوصايا، ح ٢.

{لأن الشهادة مشروطة بالعلم، وهو منفي هنا، خلافاً لابن الجنيدي حيث اكتفى به مع حفظ الشاهد له} أي للخط {عنده} فيؤمن من التزوير، وله وجه.

{والأقوى الاكتفاء بقراءة الشاهد له مع نفسه} من قراءته على الموصي {مع اعتراف الموصي بمعرفة ما فيه، وأنه يوصي به، وكذا القول في المقر} ضرورة حجية ظواهر الأفعال كالأقوال في الجملة، ودعوى عدم كفايتها وغيرها من الأفعال في الوصية وغيرها من العقود الجائزة عقداً أو معاطاة، مدفوعة بالاكتفاء بها في البيع وغيره مما هو أولى منها، للصدق العرفي المشترك بين الجميع الذي هو المدار في إجراء الأحكام، وفي خبر إبراهيم المتقدم ما يؤيد ما ذكرنا.

[والوصية للجهة العامة مثل الفقراء] {والفقهاء، وبني هاشم} والزوار [والمساجد، والمدارس لا تحتاج إلى القبول] اتفاقاً {لتعذره إن أريد من الجميع، واستلزامه الترجيح من غير مرجح إن أريد من البعض، ولا يفتقر إلى قبول الحاكم، أو منصوبه وإن أمكن، كالوقف} في عدم احتياجه إلى القبول، كما تقدم {وربما قيل فيه بذلك، ولكن لا قائل به هنا، ولعل مجال الوصية أوسع، ومن ثم لم يشترط فيها التنجيز} لتعليق التملك على وفاة الموصي {ولا فورية القبول} لجواز وقوع القبول بعد وفاة الموصي إجماعاً {ولا صراحة الإيجاب} لصحته بكل ما يدل عليه حتى الإشارة {ولا وقوعه بالعربية مع القدرة} عليها، لقيام غيرها مقامها قطعاً.

[والظاهر أن القبول كاشف عن سبق الملك] {للموصى له} [بالموت] كما هو المشهور {لا ناقل له من حينه} كما عن العلامة في المختلف {إذ لولاه لزم بقاء الملك بعد الموت بلا مالك؛ إذ الميت لا يملك، لخروجه به عن أهليته كالجملادات، وانتقال ماله

عنه، ولا الوارث، لظاهر قوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيٍّ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ ذَيْنِ﴾^(١) فلو لم ينتقل إلى الموصى له لزم خلوه عن المالك؛ إذ لا يصلح لغير من ذكره.

{ووجه الثاني} وهو النقل {أن القبول معتبر في حصول الملك، فهو إما جزء السبب، أو شرط - كقبول البيع - فيمتنع تقدم الملك عليه} لاستحالة تقدم المسبب على سببه {وكونها من جملة العقود يرشد إلى أن القبول جزء السبب الناقل للملك، والآخر الإيجاب كما يستفاد من تعريفهم العقود: بأنها الألفاظ الدالة على نقل الملك على الوجه المناسب له، وهو العين في البيع، والمنفعة في الإجارة، ونحو ذلك، فيكون الموت شرطاً في انتقال الملك، كما أن الملك للعين، والعلم بالعوضين شرط فيه، فإن اجتمعت الشرائط قبل تمام العقد، بأن كان مالكا للمبيع، تحققت ثمرته به، وإن تخلف بعضها فقد يحصل منه بطلانه، كالعلم بالعوض، وقد تبقى موقوفة على ذلك الشرط {المتخلف} فإذا حصل تحقق تأثير السبب الناقل وهو العقد، كإجازة المالك في عقد الفضولي، والموت في الوصية، فالانتقال حصل بالعقد، لكنه موقوف على الشرط المذكور، فإذا تأخر قبول الوصية كان الملك موقوفاً عليه، والشرط - وهو الموت - حاصل قبله، فلا يتحقق الملك قبل القبول}.

{ويشكل: بأن هذا - لو تم - يقتضي أن قبول الوصية لو تقدم على الموت حصل الملك به حصولاً متوقفاً على الشرط وهو الموت، فيكون الموت كاشفاً عن حصوله بعد القبول، كإجازة المالك بعد العقد، والقائل بالنقل لا يقول بحصول الملك قبل الموت مطلقاً} وعلى كل حال {فتبين أن الموت شرط في انتقال الملك، بل حقيقة الوصية التملك بعده، كما علم من تعريفها، فإن تقدم القبول توقف الملك على الموت، وإن

(١) سورة النساء، آية (١١).

تأخر عنه فمقتضى حكم العقد عدم تحققه بدون القبول، فيكون تمام الملك موقوفاً على الإيجاب والقبول والموت، وبالجملة فالقول بالكشف: متوجه، لو لا مخالفة ما علم من حكم العقد { حيث إنه يرشد إلى كون القبول جزءاً ناقلاً، ولكن المتعين خلافه، وهو القول بالكشف، لئلا يلزم تحقق الملك بعد القبول في حياة الموصى، وهو مخالف لصريح مقتضى الوصية الذي هو التملك بعد الموت.

[ويشترط في الموصي الكمال] {بالبلوغ، والعقل، ورفع الحجر} لسفه، بلا خلاف ولا إشكال، كذا في الجواهر، لسلب عباراتهم، أما الفلاس فلا يمنع من الوصية العهدية كالدفن ونحوه، لعدم معارضته لحق الغرماء؛ لأنها من الثلث الذي لا يكون إلا بعد وفاء الدين.

[وفي وصية من بلغ عشرين] وكان مميزاً موصياً بها في وجوه البر كعمارة المساجد، وبر الأرحام [قول مشهور] {بين الأصحاب} وفي الجواهر: نقلاً وتحصيلاً، بل نسبة بعضهم إلى الأصحاب مشعراً بدعوى الإجماع، بل ظاهر الغنية أو صريحها دعواه، لإطلاق أدلة الوصية وعمومها {مستنداً إلى روايات متضافرة بعضها صحيح} كصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: (إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته)^(١) ونحوه صحاح زرارة وأبي بصير وغيرهم^(٢) ومنه تعرف التأمل في قوله {إلا أنها مخالفة لأصول المذهب} من سلب عبارة غير البالغ ونحو ذلك مما يقبل التخصيص والتقيد بمثل هذه النصوص المستفيضة

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٤٤) الوصايا، ح ٣.

(٢) الوسائل، ج ١٩، يراجع بشأنها باب (٤٤) الوصايا.

الصحيحة والصريحة في الجواز {و} كذا قوله {سبيل الاحتياط} لارتفاع موضوعه
بمثل تلك النصوص، وعمل المشهور.

[أما المجنون، والسكران، ومن جرح نفسه بالمهلك فالوصية] {من كل منهم}
[باطلة] {أما الأولان فظاهر، لانتفاء العقل، ورفع القلم، وأما الأخير فمستنده} أولاً:
قوله في الجواهر: بلا خلاف معتد به أجده، بل عن الإيضاح نسبته إلى الأصحاب
مشعراً بالإجماع عليه، وثانياً {صحيحة أبي ولاد عن الصادق عليه السلام} قال: (سمعت أبا
عبد الله عليه السلام يقول: من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها، قلت: أرايت
إن كان أوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته؟ قال: فقال: فإن كان
أوصى الوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل أجيزت وصيته في ثلثه)
{وإن كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة، أو قتل لعله يموت لم تجز
وصيته} ^(١) ولدلالة هذا الفعل على سفهه؛ ولأنه في حكم الميت، فلا تجري عليه
الأحكام الجارية على الحي، ومن ثم لا تقع عليه الذكاة لو كان قابلاً لها؛ لأن الحيوان
إذا كان كذلك لا تصح ذكاته، للحكم عليه بأنه ميتة، لكنه كما ترى! فإنه قياس
باطل.

{وقيل} والقائل ابن إدريس والعلامة في المختلف {تصح وصيته مع ثبات عقله
كغيره} وهو كما ترى!! اجتهد في مقابلة النص، ومنه تعرف ما في قوله {وهو
حسن، لو لا معارضة النص المشهور، وأما دلالة الفعل على سفهه فغير واضح،
وأضعف منه كونه في حكم الميت، فإنه غير مانع من التصرف مع يقن رشده، وموضع
الخلاف ما إذا تعمد الجرح} كما هو صريح الصحيح المتقدم {فلو وقع منه سهواً، أو

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٥٢) الوصايا، ح ١.

خطأً لم تمنع وصيته إجماعاً { ولاختصاص الحكم بالعمد كما هو ظاهر الصحيح المتقدم.

[و] {يشترط} [في الوصى له الوجود] {حالة الوصية} فلو أوصى لميت، أو لمن يعلم وجوده فبان ميتاً حال الوصية، وكذا لو أوصى للحمل فيما يأتي من الزمان، أو لمن يوجد من أولاد فلان لم تصح، ففي الجواهر بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل عن نهج الحق والتذكرة الإجماع عليه، لانصراف إطلاقات الوصية إلى الوجود؛ ولأن المعدوم لا قابلية له للتملك، بل مرجعه إلى الملك بلا مالك، المعلوم بطلانه [وصحة التملك، فلو أوصى للحمل اعتبر] {وجوده حال الوصية} ولو علقه أو مضغه ولجتها الروح، ويعلم ذلك [بوضعه لدون ستة أشهر] وتقييده به؛ لأنه أقل الحمل، فإن الحسين عليه السلام ولد وهو ابن ستة أشهر، ولدلالة الإشارة الحاصلة من الجمع بين قوله عليه السلام: ﴿وَحَمْلُهُ وَفَصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾^(١) وقوله عليه السلام: ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ﴾^(٢) وهما يعدلان أربعة وعشرين شهراً فتخرج من الثلاثين من الآية الأولى فتبقى ستة أشهر، فيكون أقل الحمل [منذ حين الوصية] {فيعلم بذلك كونه موجوداً حالها} بلا خلاف أجده فيه، لعموم ما دل على جوازها، كذا في الجواهر [أو بأقصى] {مدة} [الحمل] وهي اثنا عشر شهراً إجماعاً عندنا، ولخبر ابن حكيم عن أبي إبراهيم أو أبيه عليه السلام: (أنه قال: في المطلقة يطلقها زوجها، فتقول: أنا حبلى فتمكث سنة، فقال: إن جاءت به لأكثر من سنة لم تصدق ولو ساعة واحدة في دعواها)^(٣) ونحوه غيره.

(١) سورة الأحقاف، آية (١٥).

(٢) سورة البقرة، آية (٢٣٣).

(٣) الوسائل، ج ٢٢، باب (٢٥) العدد، ح ٣.

هذا [إذا لم يكن هناك زوج ولا مولى] إن كانت الحامل أمة {فإن أحدهما لم تصح، لعدم العلم بوجوده عندها} أي الوصية {وأصالة عدمه، لإمكان تجرده بعدها، وقيام الاحتمال مع عدمهما بإمكان الزنى والشبهة، مندفع: بأن الأصل عدم إقدام المسلم على الزنى، كغيره من المحرمات، وندور الشبهة، ويشكل الأول} وهو نفي الزنى {لو كانت كافرة، حيث تصح الوصية لحملها} مع عدم جريان حملها على الصحة {وربما قيل - على تقدير وجود الفراش - : باستحقاقه بين الغائتين} للحمل قلة وكثرة {عملاً بالعادة الغالبة من الوضع لأقصاهما، أو ما يقاربها} وهي عشرة أشهر، بناء على ترجيح الظاهر على الأصل، كما هو غير بعيد في محل الكلام.

{وعلى كل تقدير فيشترط انفصاله حياً، فلو وضعته ميتاً بطلت} الوصية؛ بمعنى ظهور بطلانها {ولو مات بعد انفصاله حياً كانت لوارثه} بلا خلاف ولا إشكال، لعمومات الإرث {وفي اعتبار قبوله هنا وجه قوي، لإمكانه منه بخلاف الحمل} ويشكل: بأن الظاهر عدم الولي له وهو حمل، واحتمال كون المراد قبول وليه بعد الولادة، مندفع بأنه خلاف الظاهر من الفتوى المتضمنة لاستقرار الوصية بعد انفصاله حياً، وحينئذٍ فلا يحتاج وارثه إلى قبول؛ ضرورة كون ملكه بالإرث، لا بالوصية.

{وقيل} والقائل ابن إدريس {يعتبر قبول وليه} مطلقاً حتى الحمل، استناداً إلى الأصل الأولي في اعتبار القبول في الوصية، ومما تقدم تعرف ضعفه {ثم إن التحد فهي له، وإن تعدد قسم الموصى به على العدد بالسوية وإن اختلفوا بالذكورية والأنوثة} لأنها حمل واحد إجماعاً، كما عن التذكرة.

[ولو أوصى للعبد] للشامل للأمة [لم يصح] {سواء كان قنّاً أم مدبراً أم أم ولد، أجاز مولاه أم لا} إن كانت الوصية لمملوك غيره. إجماعاً محكياً عن ظاهر المذهب وصريح التذكرة والتنقيح {لأن العبد لا يملك بتمليك سيده، فبتمليك غيره أولى، ولرواية عبد الرحمن بن الحجاج} الصحيحة {عن أحدهما عليه السلام} قال: (لا وصية لمملوك)^(١) ولو كان مكاتباً مشروطاً، أو مطلقاً لم يؤد شيئاً ففي جواز الوصية له قولان: من أنه في حكم المملوك حيث لم يتحرر منه شيء، ولرواية محمد بن قيس {الصحيحة {عن الباقر عليه السلام}} قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في مكاتب كانت تحت امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية، فقال: أهل الميراث، لا تجوز وصيتها؛ لأنه مكاتب لم يعتق، ففرض أنه يرث بحساب ما اعتق منه، ويجوز له من الوصية بحساب ما اعتق منه... الحديث)^(٢) وهو مختار الشيخ في المبسوط وابني حمزة وإدريس {ومن انقطاع سلطنة المولى عنه، ومن ثم جاز اكتسابه، وقبول الوصية نوع منها}.

{والوصية مطلقاً} في المشروط والمطلق، أدى شيئاً أم لا {أقوى، والرواية} المتقدمة {لا حجة فيها} لضعفها عنده، لكنه كما ترى! لأنه مخالف للإجماع المتقدم عن المذهب والتذكرة والتنقيح، وصحة الرواية، كما ذكرناه غير مرة، وهي ظاهرة في المطلوب، مضافاً إلى القاعدة المتسالم عليها؛ من عدم ملكية العبد إن لم يتحرر منه شيء [إلا أن يكون] {العبد الموصى له} [عنده] {أي عبد الموصي} فتصح بلا خلاف ظاهر، كما في الجواهر، سواء كان مدبراً أم مكاتباً أم أم ولد، ففي جامع المقاصد والمذهب الإجماع عليه في الجميع، ولمكاتبة الصفار - الصحيحة - أنه كتب إلى محمد

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٧٨) الوصايا، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٨٠) الوصايا، ح ١.

بن الحسن بن علي عليه السلام: (رجل أوصى بثلث ماله في مواليه وموالياته الذكر والأنثى فيه سواء، أو للذكر مثل حظ الأنثيين من الوصية؟ فوقع عليه السلام: جائز للميت ما أوصى به على ما أوصى إن شاء الله) ^(١) ونحوه غيره [فتنصرف] {الوصية} [إلى عتقه] {فإن ساواه أعتق أجمع، وإن نقص عتق بحسابه} وسعى في الباقي، كما عن الصدوق وخلاف الشيخ والحلي وابن إدريس، لموثق الحسن بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله، قال: فقال: يقوم المملوك بقيمة عادلة، قال عليه السلام: ثم ينظر ما ثلث الميت، فإن كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة، وإن كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ودفع إليه ما فضل من الثلث بعد القيمة) ^(٢) ونحوه غيره [وإن زاد المال عن ثمنه، فله الزائد] كما تضمنه الموثق المتقدم.

{ولا فرق في ذلك بين القن، وغيره، ولا بين المال المشاع، والمعين على الأقوى} لإطلاق الأدلة، خلافاً للعلامة إن كان معيناً، لعموم صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا وصية لمملوك) ^(٣) هذا إذا لم يحمل الصحيح على إذن السيد، ولا متناع ملك العبد، وهو كما ترى! فإن العموم مخصص بالموثق المتقدم، المعتضد بعمل الأكابر من الأصحاب {ويحتمل اختصاصه بالأول} وهو المشاع، كما تقدم عن العلامة {لشيوعه في جميع المال وهو من جملته، فيكون كعتق جزء منه، بخلاف المعين} وقد عرفت ما فيه {ولا} فرق {بين أن تبلغ قيمته ضعف الوصية وعدمه} لإطلاق الأدلة {وقيل} والقائل الشيخان والقاضي {تبطل في الأول} وهو

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٦٣) الوصايا، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٧٩) الوصايا، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (٧٨) الوصايا، ح ٢.

ما كان ضعف الوصية {استناداً إلى رواية ضعيفة} أرسلها الشيخ المفيد بقوله: بهذا جاء الأثر عن آل محمد عليهم السلام، وضعفه ظاهر.

[وتصح الوصية للمشقص] {وهو الذي عتق منه شقص - بكسر الشين - وهو الجزء} [بالنسبة] {أي بنسبة ما فيه من الحرية، والمراد به مملوك غير السيد} كما تقدم {أما هو فتصح في الجميع بطريق أولى} لصحتها في القن غير المحرر منه شيء، فإذا تحرر منه شيء فتكون أولى [ولأم الولد] {أي أم ولد الموصي؛ لأنها في حياته من جملة ممتلكاته، وإنما خصها ليرتب عليه قوله} [فتعتق من نصيبه] {أي نصيب ولدها} [وتأخذ الوصية] {لصحيحة أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام} قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له أم ولد له منها غلام، فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو أكثر للورثة أن يسترقوها؟ قال: فقال: لا، بل تعتق من ثلث الميت، وتعطى ما أوصى لها به، وقال: وفي كتاب العباس: تعتق من نصيب ابنها، وتعطى من ثلثه ما أوصى لها به)^(١) ونحوها غيرها {ولأن التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث} لئلا يبقى المال بلا مالك {فيستقر ملك ولدها على جزء منها فتعتق عليه، وتستحق الوصية، والوصية للمملوك وإن لم تتوقف على القبول فينتقل إلى ملك الموصى له بالموت، إلا أن تنفيذها يتوقف على معرفة القيمة، ووصول التركة إلى الوارث، بخلاف ملك الوارث}.

{وقيل: تعتق من الوصية، فإن ضاقت فالباقى من نصيب ولدها، لتأخر الإرث عن الوصية، والدين، بمقتضى الآية} الكريمة في قوله عز وجل: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٨٢) الوصايا، ح ٤.

أَوْ دَيْنٍ^(١) {ولظاهر} صدر {الرواية} المتقدمة، وقد يشكل: بأن ذيلها نص في القول الأول، لكنه محمول على التقية، كما هو ظاهر.

[والوصية لجماعة تقتضي التسوية] {بينهم فيها، ذكوراً كانوا أم إناثاً} ورثة كانوا أم غيرهم {أم مختلفين} اتفاقاً، لانهصار الحق فيهم، ولا مرجح لأحدهم على الآخرين، لتساويهم في سبب الملك {وسواء كانت الوصية لأعمامه وأخواله أم لغيرهم على الأقوى} كما هو المشهور، خلافاً للشيخ وأتباعه، حيث ذهب في الوصية للأعمام والأخوال، أن للأعمام الثلثين وللأخوال الثلث، استناداً إلى صحيح زرارة عن أبي جعفر^(٢): (في رجل أوصى بثلث ماله في أعمامه وأخواله، فقال: لأعمامه الثلثان ولأخواله الثلث)^(٣) ولهجرتها حملها الأصحاب على ما لو أوصى على كتاب الله^(٤) [إلا مع التفضيل] {فيتبع شرطه، سواء جعل المفضل الذكر أم الأنثى} بلا خلاف ولا إشكال، لقوله^(٥): ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(٦).

[ولو قال: على كتاب الله، فللذكر ضعف الأنثى] إجماعاً {لأن ذلك حكم الكتاب في الإرث، والمتبادر منه هنا ذلك} {والقراءة: من عرف بنسبه} {عادة} كما هو المشهور {لأن المرجع في الأحكام إلى العرف حيث لا نص، وهو دال على ذلك} خلافاً لابن الجنييد من أن القراءة والأرحام: من لا يتجاوز الرابع؛ لأن النبي^(٧) لم

(١) سورة النساء، آية (١١).

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٦٢) الوصايا، ح ١.

(٣) سورة البقرة، آية (١٨١).

يتجاوزه في تفرقة الخمس، ويشكل: بأن فعله ﷺ لدليل خاص، وهو لا يدل على نفي القرابة فيما عداه، لإجمال الفعل، فيقتصر فيه على القدر المتيقن.

{ولا يكفي مطلق العلم بالنسب كما يتفق ذلك في الهاشميين، ونحوهم ممن يعرف نسبه} باشتهار ونحوه ما لم يكن حجة عند الشارع، خصوصاً {مع بعده الآن مع انتفاء القرابة عرفاً، ولا فرق بين الوارث، وغيره، ولا بين الغني والفقر، ولا بين الصغير والكبير، ولا بين الذكر والأنثى} لصدق القرابة على كل صنف بعين الصدق على بقية الأصناف {وقيل} والقائل الشيخ وأتباعه {ينصرف إلى أنسابه الراجعين إلى آخر أب وأم له في الإسلام، لا مطلق الأنساب، استناداً إلى قوله ﷺ: (قطع الإسلام أرحام الجاهلية)^(١) فلا يرتقى إلى آباء الشرك وإن عرفوا بالنسب، وكذا لا يعطى الكافر وإن انتسب إلى مسلم، لقوله تعالى عن ابن نوح: ﴿إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ﴾^(٢) ودالتهما على ذلك ممنوعة} لأن المدار هنا على صدق اللفظ، ولا ريب فيه لغة وعرفاً على المعروفين بنسبهم، وإن كانوا كفاراً {مع تسليم سند الأول} وقد عرفت أنه لا وجود له في كتب الخاصة والعامة.

[والجيران لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً] {من كل جانب، على المشهور، والمستند ضعيف} بل في الجواهر: لم نقف له على شاهد، فالأولى جعل المدار على العرف {وقيل: إلى أربعين داراً} لصحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (حد الجوار أربعون داراً من كل جانب من بين يديه ومن خلفه وعن يمينه وعن

(١) لم نعر عليه فيما بين أيدينا من المصادر الخاصة والعامة.

(٢) سورة هود، آية (٤٦).

شماله^(١) ونحوه غيره، ومنه تعرف ما في قوله {استناداً إلى رواية عامية} عنه ﷺ أنه قال: {الجار إلى أربعين داراً}^(٢) {والأقوى الرجوع فيهم إلى العرف} ولعله لهجر الصحيح المتقدم عند المشهور {ويستوي فيه مالك الدار، ومستأجرها، ومستعيرها، وغاصبها على الظاهر} لأن مدار الارتكاز عرفاً في الجار هو السكنى، وهو يعم جميع من ذكر {ولو انتقل منها إلى غيرها اعتبرت الثانية} بلا إشكال، كما هو المتعارف {ولو غاب لم يخرج عن الحكم ما لم تطل الغيبة بحيث يخرج عرفاً} عن كونه جاراً {ولو تعددت دور الموصي، وتساوت في الاسم عرفاً استحق جيران كل واحدة، ولو غلب أحدها اختص، ولو تعددت دور الجار، واختلفت في الحكم، اعتبر إطلاق اسم الجار عليه كالمتردد} باعتبار كونه في أي منها.

{ويحتمل اعتبار الأغلب سكنى فيها} وإن لم يصدق عليه اسم الجار، ويشكل: بأنه خارج بالتخصص عنه {وعلى اعتبار الأذرع، ففي استحقاق ما كان على رأس الغاية وجهان} من عدم دخول الغاية في المغيا، ومن دخولها فيه {أجودهما الثاني} كما عن القاضي وقواه المصنف في الدروس، وغيره في غيره {وعلى اعتبار الدور قيل: يقسم على عددها} لأنه المنصرف إليه عرفاً، وفيه تأمل واضح {لا على عدد سكانها، ثم تقسم حصة كل دار على عدد سكانها، ويحتمل القسمة على عدد السكان مطلقاً} سواء اعتبرنا الدور أم الأذرع أم العرف {وعلى المختار} من الرجوع إلى العرف {فالقسمة على الرؤوس مطلقاً} سواء تساوت رؤوس سكان الدور، أم اختلفت، لأنهم هم الجار، وليست الدور المسكونة من قبلهم.

(١) الوسائل، ج١٢، باب (٩٠) أحكام العشرة، ح ١.

(٢) لم نعر عليه فيما بين أيدينا من المصادر الخاصة والعامة.

[وللموالي] {أي موالي الموصي، واللام عوض عن المضاف إليه} [تحمل على العتيق] {بمعنى المفعول} [والمعتق] {بالبناء للفاعل على تقدير وجودهما، لتناول الاسم لهما} فعن ابن مالك في التسهيل عدم اشتراط وحدة المعنى في الجمع {كالأخوة} سواء كانوا للأبوين أم للأب أم للأم {ولأن الجمع المضاف يفيد العموم فيما يصلح له} كما ثبت في الأصول [إلا مع القرينة] {الدالة على إرادة أحدهما خاصة، فيختص به بغير إشكال، كما أنه لو دلت على إرادتهما معاً تناولتهما بغير إشكال، وكذا لو لم يكن له موالي إلا من إحدى الجهتين} فيختص به من غير إشكال، لعدم وجود غيره.

[وقيل] والقائل العلامة وولده الفخر والمحقق الثاني [تبطل] {مع عدم قرينة تدل على إرادتهما، أو أحدهما؛ لأنه لفظ مشترك، وحمله على معنيه مجاز؛ لأنه موضوع لكل منهما على سبيل البدل} فاستعماله فيهما معاً استعمال للفظ في أكثر من معنى، وهو خارج عن الطريقة العرفية في البيان، فإن بناء أهل اللسان على قصر اللفظ في مقام الاستعمال على أداء معنى واحد في مقام التفهيم والتفهم، فلا بد من إرادة عموم الاشتراك، فيكون استعمالاً مجازياً مع القرينة، أما مع عدمها فيبقى اللفظ مجماً لا يستفاد منه شيء معين [والجمع] معناه {تكرير الواحد، فلا يتناول غير صنف واحد، والمعنى المجازي لا يصر إليه عند الإطلاق، وبذلك يحصل الفرق بينه، وبين الأخوة؛ لأنه لفظ متواطئ} يصح انطباقه على كل ما صدق عليه حقيقة {لا مشترك؛ لأنه موضوع لمعنى يقع على المتقرب بالأب، وبالأُم، وبهما وهذا أقوى} فتصح الوصية لهما، وتكون بالتساوي بينهما.

[و] {الوصية} {للفقراء تنصرف إلى فقراء ملة الموصي} {لا مطلق الفقراء، وإن كان جمعاً معرفاً مفيداً للعموم، والمخصص شاهد الحال الدال} عرفاً {على عدم إرادة فقراء غير ملته، ونحلته} ولخبر ياسر الخادم قال: (كتب من نيسابور إلى المأمون: إن رجلاً من المجوس أوصى عند موته بهال جليل يفرق على المساكين والفقراء، ففرقه قاضي نيسابور في فقراء المسلمين، فقال المأمون للرضا عليه السلام: ما تقول في ذلك؟ فقال الرضا عليه السلام: إن المجوس لا يتصدقون على فقراء المسلمين، فكتب إليه أن يخرج بقدر ذلك من صدقات المسلمين، فيتصدق به على فقراء المجوس) ^(١) ونحوه غيره [ويدخل فيهم المساكين إن جعلناهم مساوين] {لهم في الحال بأن جعلنا اللفظين بمعنى واحد، كما ذهب إليه بعضهم} {أو أسوأ حالاً} كما تقدم غير مرة، فدخولهم حينئذ يكون بالأولوية {كما هو الأقوى} {وإلا} فإن كانوا أحسن حالاً [فلا] {يدخلون، لاختلاف المعنى، وعدم دلالة دخول الأضعف على دخول الأعلى، بخلاف العكس} فإنه داخل بالأولوية.

{وذكر جماعة من الأصحاب: أن الخلاف في الأسوأ، والتساوي هو مع اجتماعهما كآية الزكاة} في قوله عز وجل: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ ^(٢) وهل أنهما متساويان، أو أن المسكين أسوأ حالاً؟ وقد تقدم في كتاب الزكاة أن الأقوى كون المسكين أسوأ حالاً {أما مع انفراد أحدهما فيشمل الآخر إجماعاً، وكأن المصنف لم تثبت عنده هذه الدعوى} وهي أنها إذا افترقا اجتماعاً وإذا اجتمعا افترقا [وكذا] {القول} [في العكس] {بأن أوصى للمساكين، فإنه يتناول الفقراء على القول

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٣٤) الوصايا، ح ١.

(٢) سورة التوبة، آية (٦٠).

بالتساوي} لأنه أحد الأفراد {أو كون الفقراء أسوأ حالاً} فيدخلون بالأولوية {وإلا فلا} يدخل {وعلى ما نقلناه عنهم} من القاعدة {يدخل كل منهما في الآخر هنا} حيث كانت الوصية للفقراء {مطلقاً} سواء كان الآخر أحسن حالاً أم لا.

[الفصل الثاني: في متعلق الوصية]

[وهو كل مقصود] {للمتلك عادة} [يقبل النقل] {عن الملك من ماله إلى غيره، فلا تصح الوصية بما ليس بمقصود كذلك} لعدم قابليته للملك، كما هو المرتكز عرفاً {إما لحقارته كفضلة الإنسان، أو لقلته كحبة الخنطة، وقشر الجوزة، أو لكون جنسه لا يقبل الملك} أصلاً لإسقاط ماليته شرعاً {كالخمر، والخنزير} وكلب الهراش وآلات اللهو ونحوها، بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به في الرياض، بل حكى فيه عن التذكرة الإجماع عليه، كذا في الجواهر؛ ولأن الوصية التمليكية من العقود أو الأسباب المملكة فلا تتعلق بما لا يقبل الملك {ولا بما لا يقبل النقل} شرعاً {كالوقف، وأم الولد} كما تقدم في كتاب البيع.

[ولا يشترط كونه معلوماً] {للموصي، ولا للموصى له، مطلقاً} ولو لغيرهما، لانتفاء الغرر المنهي عنه، لاختصاصه بالعقود العوضية، بل [ولا موجوداً] {بالفعل} [حال الوصية] {بل يكفي صلاحيته للوجود عادة في المستقبل} لعموم أدلة الوصية حتى جاز تعلقها بالحقوق ونحوها، كحق الاختصاص بما لا يملك كالميتة، وحق التحجير وإسقاط الخيار [فتصح الوصية بالقسط، والنصيب وشبهه] {كالخط، والقليل، والكثير، والجزيل} ويرجع فيها إلى المقدر شرعاً لو كان، وإلا إلى اللغة والعرف، بلا خلاف ولا إشكال [ويتخير الوارث] تخيراً عقلياً وشرعياً [في تعيين ما شاء] {إذا لم يعلم من الموصي إرادة قدر معين، أو أزيد مما عينه الوارث}.

[أما] لو أوصى بـ {الجزء، فالعشر} كما عن الصدوقين والشيخ في التهذيب والاستبصار والعلامة في المختلف وولده والمحقق الثاني وغيرهم {لحسنة أبان بن تغلب عن الباقر عليه السلام متمثلاً بالجبال العشرة التي جعل على كل واحد منها جزءاً من الطيور الأربعة} حيث قال عليه السلام (الجزء واحد من عشرة؛ لأن الجبال عشرة والطيور أربعة)^(١) ونحوه غيره، وقد ادعي تواترها.

[وقيل] والقائل الشيخ المفيد والإسكافي والديلمي والقاضي وابن زهرة والعلامة، بل قيل: هو المنسوب لأكثر الأصحاب [السُّع] {لصحيحة البزنطي عن أبي الحسن عليه السلام متمثلاً بقوله تعالى: (لها سبعة أبواب لكل باب منها جزء مقسوم)^(٢)} قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء ماله؟ فقال: واحد من سبعة إن الله تعالى يقول: ﴿لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِّكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَّقْسُومٌ﴾)^(٣) ونحوه غيره {ورجح القول الأول بموافقته للأصل} الذي هو البراءة من الزائد الذي تضمنه السبع، ولكون المراد التحديد بأقل مصداق استعمل فيه مطلقه، فيجزي فيه حينئذٍ كما يجزي الأكثر منه، واستعماله في السبع لا يقتضي التحديد به لكون العشر أقل منه {ولو أضافه إلى جزء آخر كالثالث فعشرة، لصحيحة عبد الله بن سنان} عن عبد الرحمن بن سيابة {عن الصادق عليه السلام وتمثل أيضاً بالجبال} قال: (إن امرأة أوصت إليّ، فقالت: ثلثي يقضى به ديني، وجزء منه لفلانة، فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى؟ فقال: ما أرى لها شيئاً، ما أدري ما الجزء، فسألت عنه أبا عبد الله عليه السلام بعد ذلك وخبرته كيف قالت المرأة وما قال ابن أبي ليلى، فقال: كذب ابن أبي ليلى، لها عشر

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٥٤) الوصايا، ح ١.

(٢) سورة الحجر، آية (٤٤).

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (٥٤) الوصايا، ح ١١.

الثالث، إن الله عز وجل أمر إبراهيم عليه السلام فقال: ﴿اجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِّنْهُنَّ جُزْءًا﴾ وكانت الجبال يومئذ عشرة، والجزء هو العشر من الشيء^(١) ونحوه غيره.

[والسهم الثمن] عند الأكثر، بل المشهور، بل ظاهر إيضاح النافع الإجماع عليه، كما عن السرائر أنه المعمول عليه، كذا في الجواهر {لحسنه صفوان عن الرضا عليه السلام} قال: (سألت الرضا عليه السلام عن رجل أوصى لك بسهم من ماله ولا ندرى السهم أي شيء هو؟ فقال: ليس عندكم فيما بلغكم عن جعفر ولا عن أبي جعفر فيها شيء؟ فقلت له: ما سمعت أصحابنا يذكرون شيئاً من هذا عن آبائك عليه السلام قال: فقال: السهم واحد من ثمانية - إلى أن قال - قول الله عز وجل: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ ثم عقد بيده ثمانية، قال: وكذلك قسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية أسهم، فالسهم واحد من ثمانية^(٢) {ومثله روى السكوني عن الصادق عليه السلام^(٣) معللاً بآية أصناف الزكاة الثمانية، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قسمها على ثمانية أسهم، ولا يخفى أن هذه التعليلات لا تصلح للعلية} لأنها ليست في مقام التحديد {وإنما ذكروها عليه السلام على وجه التقريب والتمثيل} لكن العمل على طبقها أحوط؛ لأن الظاهر منها التحديد، والله العالم.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٥٤) الوصايا، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٥٥) الوصايا، ح ٢.

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (٥٥) الوصايا، ح ٣.

{وقيل: السهم العشر، استناداً إلى رواية ضعيفة} بابن فضال عن طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشرة)^(١) واعتبرت من الشواذ التي لا تقاوم ما تقدم لكثرتها عدداً، وصحتها سنداً.

{وقيل} والقائل الصدوقان والشيخ وابن زهرة {السدس، لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله: (أنه أعطاه لرجل أوصى له بسهم)^(٢)} كما في النبوي عن ابن مسعود.

{وقيل: إن في كلام العرب أن السهم سدس، ولم يثبت} بالاستقراء في كتب اللغة، مضافاً إلى عدم معرفة القائل.

[والشيء: السدس] {ولا نعلم فيه خلافاً} بل ظاهر التذكرة وإيضاح النافع الإجماع عليه {وقيل} والقائل الشيخ في الخلاف وابن زهرة في الغنية {إنه إجماع، وبه نصوص غير معللة} كخبر أبان عن علي بن الحسين عليه السلام: (أنه سئل عن رجل أوصى بشيء من ماله، فقال: الشيء في كتاب علي عليه السلام من ستة)^(٣) ولم يوجد غيره [و] {حيث لم يشترط في الموصى له كونه موجوداً بالفعل} كما تقدم [تصح الوصية بما ستحمله الأمة، أو الشجرة] {إما دائماً، أو في وقت مخصوص كالسنة المستقبلية} [وبالمنفعة] {كسكنى الدار مدة معينة، أو دائماً، ومنفعة العبد كذلك} مدة معينة، أو دائماً {وشبهه} كالدابة والسيارة ونحوهما {وإن استوعبت قيمة العين} بلا إشكال، لإطلاق أدلة الوصية.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٥٥) الوصايا، ح ٤.

(٢) المغني لابن قدامة، ج ٦، ص (١٥٩).

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (٥٦) الوصايا، ح ١.

[ولا تصح] {الوصية} [بما لا يقبل النقل، كحق القصاص، وحد القذف، والشفعة] لأن من شروط الموصى به كونه مملوكاً قابلاً للنقل، كما تقدم {فإن الغرض من الأول تشفي الوارث باستيفائه، فلا يتم الغرض بنقله إلى غيره، ومثله حد القذف، والتعزير للشتم، وأما الشفعة فالغرض منها دفع الضرر عن الشريك بالشركة، ولا حظ للموصى له في ذلك} لعدم شراكته {نعم لو أوصي له بالشقص والخيار معاً، لم تبعد الصحة؛ لأن الوصية بالمال، والخيار تابع، ونفعه ظاهر مقصود، وكذا غيرها من الخيار}.

[وتصح] {الوصية} [بأحد الكلاب الأربعة] {والجرو القابل للتعليم} فعن التذكرة الإجماع عليه {لكونها مالا مقصوداً} ومنافعها مباحة [لا بالخنزير، وكلب الهراش] بلا خلاف أجده فيه، كما عن الرياض {لانتفاء المالية فيهما، ومثله طبل اللهو الذي لا يقبل التغير عن الصفة المحرمة مع بقاء المالية} كما لا يخفى.

[ويشترط في] الموصى به [الزائد عن الثلث إجازة الوارث] {وإلا بطل} الزائد، بلا خلاف معتد به أجده في ذلك، بل الإجماع بقسميه عليه، كما في الجواهر، ولصحيح أحمد بن محمد قال: (كتب أحمد بن إسحاق إلى أبي الحسن عليه السلام: أن درة بنت مقاتل توفيت وتركت ضيعة أشقاصاً في مواضع، وأوصت لسيدنا في أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث - إلى أن قال: - فكتب عليه السلام بخطه: ليس يجب لها في تركتها إلا الثلث، وإن تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم إن شاء الله) ^(١) ونحوه غيره، وهو متواتر.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١١) الوصايا، ح ١.

{وتكفي} {الإجازة} [حال حياة الموصي] على أصح القولين، كما هو المشهور {وإن لم يكن الوارث مالاً الآن، لتعلق حقه بالمال، وإلا لم يمنع من التصرف فيه، ولصحيحة منصور بن حازم} قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث وورثته شهود فأجازوا ذلك له، قال: جائز) ^(١) يعني ماضٍ يلزم الأخذ به، كقوله: (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) {وحسنة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام} (في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصية، هل لهم أن يردوا ما أقروا به؟ فقال: ليس لهم ذلك، والوصية جائزة عليهم إذا أقروا بها في حياته) ^(٢) ونحوه غيره.

{وقيل} والقائل الشيخ المفيد وابن إدريس {لا تعتبر إلا بعد وفاته، لعدم استحقاق الوارث المال حينئذٍ} أي حين حياة الموصي {وقد عرفت جوابه} فيما تقدم.

{ولا فرق بين وصية الصحيح والمريض في ذلك} وهو اشتراط إجازة الوارث في الزائد عن الثلث، لإطلاق الأدلة {لاشتراكهما في الحجر بالنسبة إلى ما بعد الوفاة، ولو كان التصرف منجزاً} لا معلقاً بعد الوفاة {افتراقاً} الصحيح والمريض، أما الأول فله التصرف في جميع أمواله، لقاعدة السلطنة وغيرها من الأدلة، وأما الثاني فليس له التصرف إلا في ثلث ماله فقط إجماعاً.

{ويعتبر في المجيز جواز التصرف، فلا عبرة بإجازة الصبي، والمجنون، والسفيه} للحجر عليه كما تقدم، وأما الأولان فلسلب عبارتهما اتفاقاً، ولحديث رفع القلم وغيره {وأما المفلس فإن كانت إجازته حال الحياة} للموصي {نفذت؛ إذ لا ملك له

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٣) الوصايا، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (١٣) الوصايا، ح ١.

حينئذٍ لعدم ملك الوارث حال حياة المورث {وإنما إجازته تنفيذ لتصرف الموصي} وهي لا تنافي حق الديان {ولو كانت} الإجازة {بعد الموت ففي صحتها وجهان: مبناها على أن التركة هل تنتقل إلى الوارث بالموت، وبالإجازة تنتقل عنه إلى الموصي له، أم تكون الإجازة كاشفة عن سبق ملكه من حين الموت؟ فعلى الأول لا تنفذ} لأنه محجور عليه بالتفليس {لتعلق حق الغرماء بالتركة قبل الإجازة، وعلى الثاني يحتمل الأمرين} النفوذ وعدمه، أما الأول؛ فلأن الإجازة تكشف عن سبق ملك الموصي له بتمليك الموصي من حين الوصية، فإجازته تنفيذ لتصرف الموصي، وأما الثاني؛ فلأن الزائد عن الثلث قبل الإجازة ملك الوارث، فلا تنفذ إجازته، لتعلق حق الغرماء به {وإن كان النفوذ أوجه} لأنه لا خلاف أجده فيه بيننا، بل وربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه، كما في الجواهر.

[والمعتبر بالتركة] {بالنظر إلى مقدارها ليعتبر ثلثها} [حين الوفاة] {لا حين الوصية، ولا ما بينهما} بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع محكي عن الخلاف، وإن لم يكن محصلاً عليه، كذا في الجواهر {لأنه وقت تعلق الوصية بالمال} [فلو قتل فأخذت ديته حسبت] {الدية} [من تركته] {واعتبر ثلثها، لثبوتها بالوفاة، وإن لم تكن عند الوصية} إجماعاً محكياً إن لم يكن محصلاً، كما في الجواهر، ولصحيح محمد بن قيس قال: (قلت له: رجل أوصى لرجل بوصية من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطأ - يعني الموصي - فقال: يجاز لهذا الوصية من ماله ومن ديته)^(١) ونحوه غيره.

{وهذا إنما يتم بغير إشكال لو كانت الوصية بمقدار معين كمئة دينار - مثلاً - أو كانت بجزء من التركة مشاع - كالثلث - وكانت التركة حين الوصية أزيد منها حين

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٤) الوصايا، ح ١.

الوفاة، أما لو انعكس { بأن كانت حين الوفاة أزيد منها حين الوصية } أشكل اعتبارها عند الوفاة مع عدم العلم بإرادة الموصي للزيادة المتجددة، لأصالة عدم التعلق، وشهادة الحال بأن الموصي لا يريد ثلث المتجدد حيث لا يكون تجدده متوقعاً غالباً، خصوصاً مع زيادته كثيراً، وينبغي على ما ذكر { من قول المصنف { اعتبارها بعد الموت أيضاً } كما يعتبر حين الوفاة { إذ قد يتجدد للميت مال بعد الموت كالدية إذا ثبتت صلحاً } مع قتل العمد { وقد يتجدد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث، فلا يكون محسوباً عليه، والأقوى: اعتبار أقل الأمرين من حين الوفاة إلى حين القبض } أي قبض الموصى له، لما ذكره من أصالة عدم التعلق، وشاهد الحال في الزائد، وأما النقص فالكالتالف، وهو كما ترى! اجتهد في مقابلة النص.

{ولو أوصى بما يقع اسمه على المحرم والمحلل، صرف إلى المحلل} {حملاً لتصرف المسلم على الصحيح} {كالعود} {وله عود هو، وعيدان قسي، وعيدان عصي، وعيدان السقف، والبنيان} {والطبل} {وله طبل هو، وطبل حرب، ثم إن اتحد المحلل حمل عليه} لما تقدم {وإن تعدد تخير الوارث في تعيين ما شاء} لصدق الامتثال على كل فرد منها من غير ترجيح {ولو لم يكن له إلا المحرم بطلت الوصية} لتعلقها بغير المشروع، هذا إذا قال: أعطوه عوداً من عيداني، أما لو قال: أعطوه عوداً، ولم يوجد في تركته عود محلل، اشترى له من التركة عود محلل مخيراً فيه، ولم تبطل الوصية {إن لم يمكن إزالة الوصف المحرم مع بقاء ماليته، وإلا صحت وحول إلى المحلل} كما هو الأشهر، بل المشهور.

{ويتخير الوارث في المتواطئ} {وهو المقول على معنى يشترك فيه كثير} ويصدق بعين الصدق على جميع أفراد {كالعبد، وفي المشترك} اللفظي {وهو المقول على

معنيين فصاعداً بالوضع الأول من حيث هو كذلك { كالفوس } { لأن الوصية بالتواطئ وصية بالماهية الصادقة بكل فرد من الأفراد كالعبد؛ لأن مدلول اللفظ فيه هو الماهية الكلية، وخصوصيات الأفراد غير مقصودة إلا تبعاً، فيتخير الوارث في تعيين أي فرد شاء، لوجود متعلق الوصية في جميع الأفراد، وكذا المشترك؛ لأن متعلق الوصية فيه هو الاسم، وهو صادق على ما تحته من المعاني حقيقة { على نحو البدلية } فتحصل البراءة بكل واحد منها، وربما احتمل هنا القرعة؛ لأنه أمر مشكل؛ إذ الموصى به ليس كل واحد؛ لأن اللفظ لا يصلح له، وإنما المراد واحد غير معين [ولا يتعين إلاً بالقربة، ومع عدمها { فيتوصل إليه بالقرعة، ويضعف: بأنها لبيان ما هو معين في نفس الأمر، مشكل ظاهراً، وليس هنا كذلك، فإن الإبهام حاصل عند الموصي } وهو كما ترى! لاستحالة الإبهام عنده، لأنه لا بد أنه قد أراد واحداً منها بعينه { وعندنا وفي نفس الأمر } لكن مع تعيينه عند الموصي فلا إبهام فيه، ومنه تعرف التأمل في قوله { فيتخير الوارث } بناء على أن المشترك اللفظي ينطبق على أي فرد من معانيه حقيقة على نحو البدل، ويشكل: بأن المشترك عند الموصي لا ينطبق إلاً على أحد معانيه، وهو غير معين عندنا، فلا بد من الرجوع في تعيينه إلى القرعة { وسياً في هذا الإشكال بحث } عند حكم المصنف بالقرعة في الوصية بثلاث عبيده أو بعدد مبهم.

[والجمع يحمل على الثلاثة] { جمع } { قلة كان كأعبد، أو كثرة كالعبيد } { لتطابق اللغة، والعرف العام على اشتراط مطلق الجمع في إطلاقاته على الثلاثة فصاعداً } كما هو المتسالم عليه بينهم { والفرق بحمل جمع الكثرة على ما فوق العشرة اصطلاح خاص } عند النحويين { لا يستعمله أهل المحاورات العرفية، والاستعمالات العامة، فلا يحمل إطلاقهم عليه، ولا فرق في ذلك } وهو حمل الجمع على الثلاثة { بين تعيين الموصي قدراً من المال يصلح لعتق العبيد بما يوافق جمع الكثرة لو اقتصر على الخسيس

من ذلك الجنس وعدمه { لصدق الامتثال - بأي نحو كان - المستلزم للإجزاء
 {فيتخير بين شراء النفيس المطابق لأقل الجمع فصاعداً، وشراء الخسيس الزائد} عن
 أقل الجمع {المطابق لجمع الكثرة حيث يعتبر بها} كما هو المشهور.

[ولو أوصى بمنافع العبد دائماً، أو بثمره البستان دائماً، قومت المنفعة على الموصى
 له، والرقبة على الوارث إن فرض لها قيمة] بأن تكون لها منافع غير المنافع الموصى بها
 {كما يتفق في العبد، لصحة عتق الوارث له} وفائدته - وإن كانت منافعه مستحقة
 للغير - رفع الحجر عنه، وسراية العتق في أولاده، ونحو ذلك {ولو عن الكفارة}
 الواجبة فإنه يجزئ عنها [وفي البستان بانكسار جذع ونحوه، فيستحقه الوارث حطباً،
 أو خشباً؛ لأنه ليس بثمره] لتعود على الموصى له {ولو لم يكن للرقبة نفع البتة} بعد
 المنافع الموصى بها، وذلك إنما يتصور في غير العبد كما لا يخفى، فلا بد أن يكون المراد
 بالرقبة مطلق العين، وإن لم تكن عبداً {قومت العين أجمع على الموصى له، وطريق
 خروجها} مطلقاً في الدائم والموقت {من الثلث حيث يعتبر منه يستفاد من ذلك}
 المذكور في الوجهين {فتقوم العين بمنافعها مطلقاً} الموصى بها وغيرها على تقدير
 الوصية بالبعض {ثم تقوم مسلوقة المنافع الموصى بها، فالتفاوت هو الموصى به، فإن لم
 يكن تفاوت فالمخرج من الثلث جميع القيمة} بما فيها المنافع {ومنه} أي مما تقدم في
 المنفعة الموصى بها دائماً {يعلم ما لو كانت المنفعة مخصوصة بوقت}.

[ولو أوصى بعتق مملوكه وعليه دين قدم الدين] كما عن المحقق وجمع، لتقدم
 حق الديان على الوصية بالعتق، ولصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال:
 (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن الدين قبل الوصية، ثم الوصية على أثر الدين، ثم الميراث

بعد الوصية، فإن أول القضاء كتاب الله^(١) ونحوه غيره {من أصل المال الذي من جملته المملوك} {وعتق من الفاضل} {عن الدين من جميع التركة} {ثلاثة} أي المملوك {إن لم يزد} الفاضل {على المملوك، فلو لم يملك سواء بطل منه فيما قابل الدين، وعتق ثلث الفاضل إن لم يحز الوارث} وإلا أعتق كله {ولا فرق} في الفرض الثاني {بين كون قيمة العبد ضعف الدين وأقل} منه {على أصح القولين} لإطلاق أدلة الوصية.

{وقيل} والقائل الشيخان وابن البراج {تبطل الوصية} مطلقاً حتى في قدر ثلث الفاضل {مع نقصان قيمته عن ضعف الدين} استناداً إلى صحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل أعتق مملوكه عند موته وعليه دين، فقال: إن كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه، وإلا لم يحز)^(٢) ونحوه غيره، ولكن الأصحاب حملوها على الوصية في مرض الموت، وهو الأقرب.

{ولو نجز عتقه} {في مرضه} الذي مات فيه ولم يكن له مال سواء [فإن كانت قيمته ضعف الدين صح العتق] {فيه أجمع} {وسعى في قيمة نصفه للديان، وفي ثلاثة} {الذي هو ثلثا الباقي عن الدين} بناء على القول المشهور بأن المنجزات معتبرة من الثلث لا من الأصل [للوارث] {لأن النصف الباقي هو مجموع التركة بعد الدين، فيعتق ثلثه} وهو سدس العبد {ويكون ثلثاه للورثة، وهو ثلث مجموع، وهذا مما خلاف فيه، وإنما الخلاف فيما لو نقصت قيمته عن ضعف الدين، فقد ذهب الشيخ وجماعة إلى بطلان العتق حينئذٍ، استناداً إلى صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام} قال: (سألني أبو عبد الله عليه السلام - إلى أن قال - : إذا استوى مال الغرماء

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٨) الوصايا، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٣٩) الوصايا، ح ٦.

ومال الورثة، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على وصيته، وأجيزت وصيته على وجهها، فالآن يوقف هذا، فيكون نصفه للغرماء، ويكون ثلثه للورثة، ويكون له السدس^(١) ونحوها غيرها {ويفهم من المصنف - هنا - الميل إليه، حيث شرط في صحة العتق كون قيمته ضعف الدين، إلا أنه لم يصرح بالشق الآخر} وهو ما لو نقصت قيمة العبد عن ضعف الدين، وبطلان العتق.

{والأقوى أنه كالأول، فينعتق منه بمقدار ثلث ما يبقى من قيمته فاضلاً عن الدين، ويسعى للديان بمقدار دينه، وللورثة بضعف ما عتق منه مطلقاً} سواء كانت قيمته ضعف الدين أم لا {فإذا أداه عتق أجمع، والرواية المذكورة مع مخالفتها للأصول} الاستفادة من صحاح النصوص التي منها أنه لا وصية مع استغراق الدين لمال الموصي وغيرها {معارضة بما يدل على المطلوب، وهو حسنة الحلبي عنه عليه السلام} قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل قال: إن مت فعبدي حر، وعلى الرجل دين، فقال: إن توفي وعليه دين قد أحاط بثمن الغلام يبيع العبد، وإن لم يكن أحاط بثمن العبد استسعى العبد في قضاء دين مولاه وهو حر إذا أوفى)^(٢) ويشكل: بأنها مطلقة، والصحيح المتقدم المعتضد بغيره من الصحاح يمكن أن يقيدها، بل هو متعين للزوم حمل المطلق على المقيد، كما هو مقتضى الجمع العرفي بين النصوص.

[ولو أوصى بعتق ثلث عبيده، أو عدد منهم مبهم] مصداقاً {كثلاثة} [استخرج] {الثلث، والعدد} [بالقرعة] {لصلاحية الحكم لكل واحد، فالقرعة طريق التعيين؛ لأنها لكل أمر مشكل؛ ولأن العتق حق للمعتق، ولا ترجيح لبعضهم، لانتفاء التعيين

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٣٩) الوصايا، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٣٩) الوصايا، ح ٣.

فوجب استخراجها بالقرعة، وقيل { والقائل المحقق وجمع } يتخير الوارث في الثاني؛ لأن متعلق الوصية متواطئ فيتخير في تعيينه الوارث كما سبق؛ ولأن المتبادر من اللفظ هو الاكتفاء بعق أي عدد كان من الجميع فيحمل عليه، وهو قوي، وفي الفرق بينه، وبين الثلث نظر { لأن الثلث متواطئ أيضاً، فيتعين فيه تخيير الوارث، ويشكل: بأن التخيير للوارث إنما يتعلق بحقه، أما إذا لم يكن كذلك - كما نحن فيه - فالأقوى الرجوع للقرعة التي وضعت للتعيين شرعاً، وبها يندفع اعتراض العبيد غير المختار عتقهم من قبل الوارث.

[ولو أوصى بأمر] {متعددة} مع قصور الثلث عنها ولم يجز الوارث [فإن كان فيها واجب قدم] {على غيره وإن تأخرت الوصية به، سواء كان الواجب مالياً أم غيره} للإجماع، كما عن الرياض، مضافاً إلى إطلاقات الكتاب والسنة بتقديم الدين الشاملة لصورتي الوصية به وعدمها، ومجرد الوصية لا يوجب صرفه إلى الثلث ما لم يصرح به، لعدم التلازم. ولصحيح حمran عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل أوصى عند موته وقال: أعتق فلاناً وفلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة، فنظر في ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعتقهم، قال: ينظر إلى الذين ساهم وبدأ بعتقهم فيقومون، وينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شيء ذكر، ثم الثاني والثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان في الذين ساهم أخيراً؛ لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، فلا يجوز له ذلك)^(١) {ثم إن كان الواجب مالياً كالدين والحج أخرج من أصل المال والباقي من الثلث} إجماعاً بقسميه، كما في الجواهر، ولصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله (في رجل توفي وأوصى أن يحج عنه، قال:

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٦٦) الوصايا، ح ١.

إن كان ضرورة فمن جميع المال، إنه بمنزلة الدين الواجب، وإن كان حج فمن ثلثه ... الحديث^(١) ونحوه غيره.

{وإن كان بدنياً كالصلاة، والصوم قدم من الثلث} كما عن جمع من الأصحاب مرسلين له إرسال المسلمات؛ لعدم كونه من الدين الذي يخرج من الأصل، وعدم دليل على تنزيله منزلته، فيبقى على الأصل وهو الإخراج من الثلث؛ لأنه لما كان متعلقه في حال الحياة إنما هو البدن وبعد الموت مع عدم الوصية به يتعلق الخطاب بالولي، فمع عدمه وعدم الوصية لا دليل على وجوب الإخراج من الأصل، فلا مناص حينئذٍ من إخراجه من الثلث، خلافاً للمصنف في الذكرى والدروس، بل لعله ظاهر المحقق في الشرائع والنافع والغنية والسرائر وغيرها - مما أطلق فيها الواجب - على أنه يخرج من الأصل أيضاً استناداً إلى ما ورد عنهم عليه السلام (أن دين الله أحق أن يقضى) لكنه كما ترى! فإنه أعم من المدعى {وأكمل} الثلث [من الباقي] في الوصية {مرتباً للأول فالأول} بلا خلاف معتد به، كما عن غير واحد؛ ولأن الوصية الصادرة أولاً نافذة لوقوعها من أهلها في محلها، وهكذا ما بعدها، ولصحيح حرمان المتقدم - المعتضد بعدم الخلاف المعتد به، واشتمال ذيله على التعليل يدفع احتمال اختصاصه به، كما لا يخفى.

[وإلا] {يكن فيها واجب} [بُدى بالأول] {منها} [فالأول حتى يستوفي الثلث] {ويبطل الباقي إن لم يجز الوارث} بلا خلاف معتد به، بل ولا إشكال، كما في الجواهر، ولخبر حرمان المتقدم {والمراد بالأول: الذي قدمه الموصي في الذكر، ولم يعقبه بما ينافيه} كأن يوصي بعين لشخص - مثلاً - ثم يوصي بها لشخص آخر {سواء

(١) الوسائل، ج ١١، باب (٢٥) وجوب الحج وشرائطه، ح ٤.

عطف عليه الثاني بشم، أو بالفاء، أو بالواو أم قطعه منه بأن قال: أعطوا فلاناً مئة، أعطوا فلاناً خمسين} بلا خلاف ولا إشكال، لخبر حمران المتقدم {ولو رتب ثم قال: ابدؤوا بالآخر أو بغيره اتبع لفظه الأخير} ارتكازاً تنفيذاً لوصيته التي استقر عليها أخيراً، وهو مما لا خلاف فيه ولا إشكال.

[ولو لم يرتب] {بأن ذكر الجميع دفعة فقال: أعطوا فلاناً، وفلاناً، وفلاناً مئة، أو رتب باللفظ، ثم نص على عدم التقديم} وكان أكثر من الثلث ولم يجز الورثة [بسط الثلث على الجميع] {وبطل من كل وصية بحسابها} لأنها وصية واحدة ولا ترجيح لأحد أطرافها على غيره مع عدم المنافة بينها، بمقتضى قاعدة العدل {ولو علم الترتيب واشتبه الأول أقرع} من غير خلاف، لتحقيق ملاك القرعة، وهو التعين واقعاً والاشتباه ظاهراً {ولو اشتبه الترتيب وعدمه فظاهرهم إطلاق التقديم بالقرعة كالأول} الذي علم فيه الترتيب [ويشكل: باحتمال كون الواقع عدمه، وهي لإخراج المشكل] المعين واقعاً {ولم يحصل، فينبغي الإخراج} بالقرعة {على الترتيب وعدمه لعدم خلو الواقع من أحدهما، لاحتمال أن يكون غير مرتب، فتقديم كل واحد ظلم} من غير رجوع إلى الشارع في التقديم.

{ولو جامع الوصايا منجز} بأن يكون فيه محابة، وكان في مرض الموت، ولم يجز الورثة {يخرج من الثلث قدم عليها مطلقاً} تأخر أم تقدم، كان فيها واجباً أم لا، اتفاقاً، ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه، وأوصى بوصيته، وكان أكثر من الثلث؟ قال: يمضي عتق

الغلام، ويكون النقصان فيما بقي^(١) ونحوه غيره {وأكمل الثلث منها كما ذكر} فيما تقدم.

{ولو أجاز الورثة} {ما زاد على الثلث} {فادعوا} {بعد الإجازة} {ظن القلة} {أي قلة الموصى به، وظهر أزيد مما ظنوه} {فإن كان الإيصاء بعين لم يقبل منهم} هذا الادعاء {لأن الإجازة وقعت على معلوم لهم، فلا تسمع دعواهم أنهم ظنوا زيادته عن الثلث بيسير - مثلاً - فظهر أزيد، أو ظن أن المال {المترك} {كثير} والموصى به لا يتجاوز الثلث إلا بقليل، فظهرت زيادته بكثير {لأصالة عدم الزيادة في المال، فلا تعتبر دعواهم ظن خلافه} أي الأصل المذكور.

{وإن كان} {الإيصاء} {بجزء شائع} {في التركة} {كالنصف قبل} {قولهم} {مع اليمين} على نفي ظن الزيادة، أو عدم إجازتها {لجواز بنائهم على أصالة عدم زيادة المال، فظهر خلافه، عكس الأول} لأنهم بنوا فيه على خلاف الأصل، فظهر خلافه، وهنا بنوا على وفق الأصل، فظهر خلافه. ففي الجواهر: أن هذا الحكم قد ذكره غير واحد من الأصحاب، بل لا أجد فيه خلافاً صريحاً.

{وقيل: يقبل قولهم في الموضعين؛ لأن الإجازة في الأول - وإن وقعت على معلوم - إلا أن كونه بمقدار جزء مخصوص من المال كالنصف لا يعلم إلا بعد العلم بمقدار التركة؛ ولأنه كما احتمل} في الثاني {ظنهم قلة النصف في نفسه يحتمل ظنهم قلة المعين بالإضافة إلى مجموع التركة ظناً منهم زيادتها، وأصالة عدمها لا دخل لها في قبول قولهم، وعدمه، لإمكان صدق دعواهم، وتعذر إقامة البينة عليها؛ ولأن الأصل عدم العلم بمقدار التركة على التقديرين} تقدير الوصية بجزء معين أو مشاع، لاسيما مع

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١١) الوصايا، ح ٣.

الالتفات إلى أن قدر المال مما يخفى {وهو يقتضي جهالة قدر المعين من التركة، كالمشاع، وإمكان ظنهم أنه لا دين على الميت فظهر، مع أن الأصل عدمه، وهذا القول متجه} بل هو الأقوى {وحيث يحلفون على مدعاهم يعطى الموصى له من الوصية ثلث المجموع وما ادعوا ظنه من الزائد} لنفوذ الوصية في ثلثه، وعدم الإجازة إنما أبطل الوصية في الزائد بالنسبة إليه خاصة، بخلاف ما ظنوه فإن الوصية نفذت في ثلثه، والزائد عليه، لإجازتهم ما ظنوه.

[ويدخل في الوصية بالسيف جفنه] {بفتح أوله وهو: غمده بكسره، وكذا يدخل حليته، لشمول اسمه لها عرفاً وإن اختص لغة بالنصل} وفاقاً للمشهور، كذا في الجواهر، بل في ظاهر المحكي عن السرائر والمقتصر وإيضاح النافع الإجماع عليه {ورواية أبي جميلة} المفضل بن صالح عن الرضا عليه السلام قال: (سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن وعليه حلية، فقال له الورثة: إنما لك النصل، وليس لك السيف؟ فقال: لا، بل السيف بما فيه له ... الحديث)^(١) التي أطبق كل الأصحاب على العمل بها، كما عن المذهب البارع، فقوله {شاهد} لضعف سندها عنده، كما ترى! لأنه منجبر بالشهرة والعمل فيصح الاستناد إليه {مع العرف} الذي هو أيضاً شاهد على الشمول.

[وبالصندوق أثوابه] {الموضوعة فيه، وكذا غيرها من الأموال المظروفة} [وبالسفينة متاعها] {الموضوع فيها عند الأكثر} بل في الجواهر: وفاقاً للمشهور، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا {ومستنده رواية أبي جميلة عن الرضا عليه السلام} فعن التبصرة

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٥٧) الوصايا، ح ١.

أن عمل الأصحاب عليها، ونحوه عن التنقيح، - في حديث - قال: (قلت له: رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال، فقال الورثة: إنها لك الصندوق وليس لك المال، قال: فقال أبو الحسن عليه السلام: الصندوق بما فيه له)^(١) {وغيرها مما لم يصح سنده} كرواية عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن رجل قال: هذه السفينة لفلان، ولم يسم ما فيها، وفيها طعام، أيعطاها الرجل وما فيها؟ قال: هي للذي أوصى له بها إلا أن يكون صاحبها متهاً، وليس للورثة شيء)^(٢) ويندفع ما عن التبصرة والتنقيح بأن غايتها الدلالة على أنها للموصى له ومرجع الضمير السفينة، دون ما فيها، والرواية إنما تكون حجة حيث تكون دلالتها واضحة، فلذا قال {والعرف قد يقضي بخلافه في كثير من الموارد، وحقيقة الموصى به مخالفة للمظروف، فعدم الدخول أقوى} لأصالة العدم {إلا أن تدل قرينة حالية، أو مقالية على دخول الجميع، أو بعضه فيثبت ما دلت عليه خاصة، والمصنف اختار الدخول} ولعله استند في ذلك على رواية الفقيه لها فقد تضمنت قوله عليه السلام: (إلا أن يكون صاحبها استثنى مما فيها) وحينئذ تكون صريحة الدلالة فتنجبر بالشهرة، وهي تجبر السند بجبر الدلالة، ومثلها تكون حجة على الأظهر [إلا مع القرينة] على عدم الدخول {فلم يعمل بمدلول الرواية مطلقاً} بل قيدها بعدم القرينة {فكان تقييد الدخول بالقرينة أولى، ويمكن حمل الروايات عليه} ولكن قد عرفت ما فيه.

[ولو عقب الوصية بمضادها] {بأن أوصى بعين مخصوصة لزيد، ثم أوصى بها لعمرو} [عمل بالأخيرة] لظهوره في الرجوع عن الأولى عرفاً، بل عن الشيخ في

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٥٨) الوصايا، ح ٢.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٥٩) الوصايا، ح ١.

الخلافاً: أن إجماع الفرقة وأخبارهم على الرجوع في ثلث ماله، وعن التحرير نسبته إلى علمائنا، من غير فرق بين كون الوصية بمقدار، أو عين، أو كسر، بل المدار على تضاد الوصيتين ذاتاً، وعدم إمكان الجمع بينهما خارجاً {لأنها ناقضة للأولى، والوصية} الثانية {جائزة من قبله فتبطل الأولى} لانتقاضها.

[ولو أوصى بعق رقبة] وأطلق مع عدم قرينة معينة أجزأ الصغير والكبير، والذكر والأنثى، بل الخنثى، بلا خلاف ولا إشكال، ولخبر أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (قلت له: إن علقمة بن محمد أوصاني أن أعتق عنه رقبة، فأعتقت امرأة، أفيجزيه أم أعتق عنه من مالي؟ قال: تجزيه ... الحديث) ^(١) {مؤمنة} والمراد به الاعتقاد بإمامة الأئمة الاثنى عشر عليهم السلام وقد يطلق على غير ذلك، إلا أن المنصرف عرفاً - الآن - ذلك، خصوصاً إذا كان الموصي منهم [وجب] {تحصيل الوصف بحسب الإمكان} إجماعاً، ولحرمة تبديل الوصية [فإن لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب] {على المشهور} وفي الرياض عن ظاهر التنقيح وصریح غيره: عدم الخلاف فيه {ومستنده رواية علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام} قال: (سألت عبداً صالحاً عليه السلام عن رجل هلك فأوصى بعق نسمة مسلمة بثلاثين ديناراً، فلم يوجد له بالذي سمى؟ قال: ما أرى لهم أن يزيدوا على الذي سمى، قلت: فإن لم يجدوا، قال: فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصباً) ^(٢) {والمستند ضعيف، والأقوى عدم الإجزاء، بل تتوقع المكنة، وفاقاً لابن إدريس} وهو كما ترى! بعد انجبار الخبر بالعمل والشهرة، فيكون من الاجتهاد في مقابلة النص.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٧٢) الوصايا، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٧٣) الوصايا، ح ٢.

{ولو ظنها مؤمنة} [على وجه يجوز التعويل عليه بإخبارها، أو إخبار من يعتد به] شرعاً، أو بإظهارها الإيثار، أو نحو ذلك من الطرق العرفية التي تثبت الوصف {فأعتقها} [كفى وإن ظهر خلافه] بلا خلاف أجده فيه، كما عن الرياض {لإتيانه بالمأمور به على الوجه المأمور به} {المقتضي للإجزاء} {فيخرج عن العهدة؛ إذ لا يعتبر في ذلك اليقين، بل ما ذكر من وجوه الظن} {المعتبرة شرعاً، لصحيح عمار مروان - برواية الكليني - قال: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن أبي حضره الموت فقيل له: أوص فقال: هذا ابني - يعني عمر - فما صنع فهو جائز، فقال أبو عبد الله عليه السلام: فقد أوصى أبوك وأوجز، قال: قلت: فإنه أمر لك بكذا وكذا، قال: أجزه، قلت: وأوصى بنسمة مؤمنة عارفة، فلما أعتقناه بان لنا أنه لغير رشده، فقال: قد أجزأت عنه، إنما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحية على أنها سمينة فوجدها مهزولة، فقد أجزأت عنه)^(١) ونحوه غيره.

{ولو أوصى بعرق رقبة بثمان معين وجب} {تحصيلها به مع الإمكان} بلا زيادة ولا نقصان، لعدم المقتضي، بل لو تمكن من الزائد من ثلث الميت لم يجب، بل قد يشكل جوازه بعد كونه الموصى به {ولو تعذر إلا بأقل} من ذلك الثمن [اشترى وعرق، ودفع إليه ما بقي] {من المال المعين، على المشهور بين الأصحاب، وربما قيل: إنه إجماع، ومستنده رواية سماعة عن الصادق عليه السلام} قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة من ثلثه بخمس مئة درهم، فاشترى الوصي بأقل من

خمس مئة درهم، وفضلت فضلة فما ترى في الفضلة؟ فقال: تدفع إلى النسمة من قبل أن تعتق، ثم تعتق عن الميت^(١).

{ولو لم يوجد إلا بأزيد توقع المكنة، فإن يئس من أحد الأمرين} الشراء بالعين أو الأقل {ففي وجوب شراء بعض رقبة} بالمقدار الموصى به؛ لأنه أقرب إلى الوصية {فإن تعذر صرف في وجوه البر} لأنه مصرف لكل مال لا مالك له {أو بطلان الوصية ابتداءً} كما مال إليه العلامة في التذكرة؛ لأنه مع تعذر الموصى به لا دليل على وجوب غيره {أو مع تعذر بعض الرقبة، أوجه أوجهها الأول} لقربه من مراد الموصي {ويقوى لو كان التعذر طارئاً على زمن الوصية، أو على الموت، لخروج القدر عن ملك الورثة} بالوصية {فلا يعود إليهم} ولا بد من صرفه، فيتعين الأول، لقربه من مراد الموصي.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٧٧) الوصايا، ح ١.

[الفصل الثالث: في الأحكام]

[تصح الوصية للذمي وإن كان أجنبياً] على الأشهر، بل المشهور {للأصل} وهو الصحة، لإطلاق أدلة الوصية {والآية} الكريمة وهي قوله ﷺ: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِّنْ دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ﴾^(١) وهي ظاهرة في المشركين، وعليه فالوصية للذمي الملتزم بشرائطها يكون من باب أولى {وللرواية} الصحيحة عن الريان بن شبيب قال: (أوصت ماردة لقوم نصارى - إلى أن قال - : فسألت الرضاء عليه السلام وأردت أن أصرف ذلك إلى قوم من أصحابنا مسلمين، فقال: أمض الوصية على ما أوصت به، قال الله تعالى: ﴿فَاتِمَّا إِلَهُكُم عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(٢) ونحوها غيرها.

[بخلاف الحربي وإن كان رحماً] على الأشهر {لا لاستلزامها المادة المنهي عنها لهم} في قوله ﷺ: ﴿لَا تَحِدْ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ﴾^(٣) {لمنع الاستلزام} لأن الظاهر أن المراد - والله العالم - مادة من حادَّ الله ﷺ من حيث إنه محادَّ له {بل؛ لأن} صحة الوصية تقتضي ترتب أثرها، الذي من جملته وجوب الوفاء بها، وترتب العقاب على تبديلها ومنعها {لقوله ﷺ: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِلَهُكُمُ عَلَى الَّذِينَ

(١) سورة الممتحنة، آية (٨، ٩).

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٣٥) الوصايا، ح ١.

(٣) سورة المجادلة، آية (٢٢).

يُبَدِّلُونَهُ^(١) {وصحتها} للحربي {تقتضي كونها مالاً للحربي، وماله فيء للمسلم في الحقيقة، ولا يجب دفعه إليه} لعدم حرمة نفسه ومالاً وعرضاً {وهو ينافي صحتها بذلك المعنى، بخلاف الذمي} لأنه محقون الدم والعرض والمال إجماعاً.

{وهذا المعنى من الطرفين} الذمي والحربي، صحة وبطلاناً {يشارك فيه الرحم وغيره} خلافاً لمن فصل بينها، فأجازه في الأول وأبطله في الثاني {ويمكن أن تمنع المناقاة، فإن منع الحربي منها} أي الوصية {من حيث إنها ماله غير مناف للوفاء بالوصية من حيث إنها وصية، بل منعه من تلك الحيثية مترتب على صحة الوصية وعدم تبديلها، وفي المسألة أقوال أخرى}:

الأول للشيخ المفيد، وهو: وجوب دفع الموصى به إلى الموصى له ولو كان كافراً.

الثاني للشيخ في المبسوط وهو: عدم صحة الوصية للكافر الأجنبي.

الثالث للشيخ في الخلاف وهو: عدم الصحة للحربي، وصحتها للذمي، ومنا من قيدها بذوي القرابة.

الرابع للشيخ في النهاية وهو: جوازها لأبويه وأحد قراباته وإن كان كافراً.

الخامس لابن إدريس وهو: صحة الوصية للكافر مطلقاً رحماً كان أم أجنبياً؛ لأنها عطية وليس من شرائطها القرابة.

السادس لسلار وهو: جواز الوصية للأجنبي الضال عن الدين.

السابع للمحقق في الشرائع وهو: لا تجوز الوصية إلى الكافر ولو كان رحماً.

[وكذا المرتد] {عطف على الحربي، فلا تصح الوصية له، لأنه بحكم الكافر المنهي عن موادته، ويشكل: بما مر} من أن المادة المنهي عنها غير شاملة لها {نعم يتم ذلك في الفطري، بناءً على أنه لا يملك الكسب المتجدد} لهدر دمه ووجوب قتله {وأما الملي والمرأة مطلقاً} فطرية كانت أم ملية {فلا مانع من صحة الوصية له} لعدم وجوب قتله المقتضي لجواز كسبه المتجدد {وهو خيرته في الدروس}.

[ولو أوصى في سبيل الله فلكل قربة] كما مر في الزكاة {لأن السبيل هو الطريق، والمراد هنا ما كان طريقاً إلى ثوابه} ورضوانه، لاستحالة التحيز عليه {فيتناول كل قربة جريباً له على عمومته، وقيل} والقائل الشيخ {يختص بالغزاة} لكونه أشهر الأفراد وأكملها، وهو كما ترى! تخصيص للعموم بلا دليل معتد به.

[ولو قال: أعطوا فلاناً كذا، ولم يبين ما يصنع به، دفع إليه يصنع به ما يشاء] اتفاقاً {لأن الوصية بمنزلة التملك، فتقتضي تسلط الموصى له تسلط المالك، ولو عين له المصرف تعين} بلا إشكال، لقوله ﷺ: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾^(١).

[وتستحب الوصية لذوي القرابة، وارثاً كان أو غيره] بلا خلاف فيه عندنا، كذا في الجواهر، {لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُم إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾^(٢)} وهو بعمومه يشمل الوارث وغيره من الأقارب،

(١) سورة البقرة، آية (١٨١).

(٢) سورة البقرة، آية (١٨٠).

ولصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (الوصية للوارث لا بأس بها) ^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض، بل في موثق السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام قال: (من لم يوص عند موته لذوي قرابته ممن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصيته) ^(٢) ونحوه غيره {ولأن فيه} أي الأمر الوارد في الآية الكريمة المتقدمة {صلة رحم، وأقل مراتبه الاستحباب} ولموثق سالمه مولاة أبي عبد الله عليه السلام قالت: (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام حين حضرته الوفاة فأغمي عليه، فلما أفاق قال: أعطوا الحسن بن علي بن الحسين - هو الأفطس - سبعين ديناراً، وأعطوا فلاناً كذا وكذا، فقلت: أتعطي رجلاً حمل عليك بالشفرة؟! فقال: ويحك قول الله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يَصِلُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ﴾ ... الحديث) ^(٣).

[ولو أوصى للأقرب] {أي أقرب الناس إليه نسباً} [نزل على مراتب الإرث] بمعنى تقديم الأولى على الثانية، وهكذا [لأن كل مرتبة أقرب إليه من التي بعدها، لكن يتساوى المستحق هنا، لاستواء نسبتهم إلى سبب الاستحقاق وهو الوصية، والأصل عدم التفاضل فللذكر مثل حظ الأنثى، وللمتقرب بالأب مثل المتقرب بالأم، ولا يتقدم ابن العم من الأبوين على العم للأب، وإن قدم في الميراث] كما في قضية تنازع العباس عليه السلام مع أمير المؤمنين عليه السلام، وقد حكم عليه السلام بأقربيته، كما سيأتي في مبحث الإرث {ويتساوى الأخ من الأم والأخ من الأبوين، وفي تقديم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب وجه قوي؛ لأن تقدمه عليه في الميراث يقتضي كونه أقرب شرعاً، والرجوع إلى مراتب الإرث يرشد إليه} وكأنه لتقربه بسبيين، ويشكل: بحكمهم

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٥) الوصايا، ح ٤.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٨٣) الوصايا، ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (٨٣) الوصايا، ح ١.

بتساوي الأخ من الأم للأخ من الأبوين {ولا يرد مثله في ابن العم للأبوين، لاعترافهم بأن العم أقرب منه} عرفاً {ولهذا جعلوه مستثنى بالإجماع، ويحتمل تقديمه هنا، لكونه أولى بالميراث}.

[ولو أوصى بمثل نصيب ابنه فالنصف إن كان له ابن واحد] لأنه أضاف إلى الوارث المتحد آخر بالوصية [والثلث إن كان له ابنان، وعلى هذا] {والضابط: أنه يجعل كأحد الوراث ويزاد في عددهم، ولا فرق بين أن يوصي له بمثل نصيب معين، وغيره} للإطلاق {ثم إن زاد نصيبه على الثلث توقف الزائد عليه على الإجازة} من الورثة {فلو كان له ابن وبنت وأوصى لأجنبي بمثل نصيب البنت فللموصى له ربع التركة} لأنه بمنزلة البنت فكأن الميت خلف ذكراً وبنتين، والفرض حيثئذ من أربعة.

{وإن أوصى بمثل نصيب الابن فقد أوصى بخمسي التركة، فيتوقف الزائد عن الثلث، وهو ثلث خمس على إجازتهما، فإن أجازا فالمسألة من خمسة؛ لأن الموصى له بمنزلة ابن آخر، وسهام الابنين مع البنت خمسة، وإن ردّا فمن تسعة؛ لأن للموصى له ثلث التركة، وما يبقى لهما أثلاثاً، فتضرب ثلاثة في ثلاثة، وإن أجاز أحدهما ورد الآخر ضربت مسألة الإجازة في مسألة الرد، فمن أجاز ضربت نصيبه من مسألة الإجازة في مسألة الرد، ومن رد ضربت نصيبه من مسألة الرد في مسألة الإجازة، فلها مع إجازتها تسعة من خمسة وأربعين، وله عشرون، وللموصى له ستة عشر، هي ثلث الفريضة وثلث الباقي من النصيب على تقدير الإجازة، وله مع إجازته ثمانية عشر، ولها عشرة، وللموصى له سبعة عشر، وعلى هذا القياس}.

[ولو قال: أعطوه مثل سهم أحد وراثي أعطي مثل سهم الأقل] {لصدق الاسم به؛ ولأصالة البراءة من الزائد، فلو ترك ابناً وبتاً فله الربع، ولو ترك أبناء وأربع زوجات فله سهم من ثلاثة وثلاثين} لأن ثمن التركة لزوجاته، وهو ينقسم على أربعة على تقدير عدم الوصية، فلا بد من عدد ينقسم على ثمانية وثمته ينقسم على أربعة، وليس هو إلا الاثنان والثلاثون، ونصيب الزوجة واحد من اثنين وثلاثين، ولما جعل الموصي له كالزوجة فتكون المسألة حينئذٍ من ثلاثة وثلاثين.

[ولو أوصى بضعف نصيب ولده فمثلاه] {على المشهور بين الفقهاء، وأهل اللغة} بل عن الخلاف حكايته عن عامة الفقهاء والعلماء {وقيل: مثله، وهو قول بعض أهل اللغة} وهم الجوهري في الصحاح وابن دريد في الجمهرة وأبي عبيد القاسم بن سلام {والأصح الأول}.

[وبضعفيه ثلاثة أمثاله] كما هو صريح كثير من أهل اللغة {لأن ضعف الشيء ضمّ مثله إليه، فإذا قال: ضعفه فكأنه ضمّ مثليه إليه، وقيل} والقائل الشيخ في المبسوط {أربعة أمثاله؛ لأن الضعف مثلان كما سبق، ومثله القول في ضعف الضعف} لأن الضعف هو ضمّ مثله إليه، فضعف ضعفه يتحقق بضمّ هذا الضم مرة أخرى، فيكون المجموع ثلاثة، وعلى رأي الشيخ يكون له أربعة أمثاله؛ لأن الضعف مثلان.

[ولو أوصى بثلثه للفقراء جاز صرف كل ثلث إلى فقراء بلد المال] {الذي هو فيه، و} لا إشكال ولا خلاف في ذلك، بل {هو الأفضل، ليسلم من خطر النقل، وفي حكمه، احتسابه على غائب مع قبض وكيله في البلد} الذي فيه المال، لعين السبب المتقدم [ولو صرف الجميع في فقراء بلد الموصي أو غيره جاز] {لحصول الغرض من

الوصية، وهو صرفه إلى الفقراء {الذي يدخل فيه مطلقهم} واستشكل المصنف جواز ذلك في بعض الصور {وهي ما إذا كانت التركة في بلاد مختلفة} بأنه إن نقل المال من البلاد المتفرقة إلى بلد الإخراج كان فيه تغير في المال {لاحتمال التلف بسرقة أو غرق أو نحوهما} وتأخير للإخراج {وهو مع عدم المصلحة غير جائز اتفاقاً} وإن أخرج قدر الثلث {من مجموع الأموال المتفرقة} من بعض الأموال ففيه خروج عن الوصية؛ إذ مقتضاها الإشاعة {المستلزم لإخراج الثلث من كل مال على حدة} والأوسط منها {أي الإشكالات الثلاث} وهي: التغير وتأخير الإخراج، وإخراج الثلث من البعض {متوجه، فإن تأخير إخراج الوصية مع القدرة عليه غير جائز} إجماعاً {إلا أن يفرض عدم وجوده، إما لعدم المستحق في ذلك الوقت الذي نقل فيه، أو تعيين الموصي الإخراج في وقت متقرب بحيث يمكن نقله إلى غير البلد قبل حضوره، ونحو ذلك}.

{وينبغي جوازه} أي النقل {أيضاً، لغرض صحيح ككثرة الصلحاء، وشدة الفقر، ووجود من يرجع إليه} وهو الحاكم الشرعي أو وكيله {في أحكام ذلك، كما يجوز نقل الزكاة} إلى غير بلدها {للمغرض} المذكور {وأما التغير فغير لازم في جميع الأفراد} بل ربما يكون العكس في بعضها {وأما إخراج الثلث من بعض الأموال فالظاهر أنه لا مانع منه؛ إذ ليس الغرض الإخراج من جميع أعيان التركة، بل المراد إخراج ثلثها بالقيمة} كما هو المرتكز عرفاً {إلا أن يتعلق غرض الموصي بذلك، أو تتفاوت فيه مصلحة الفقراء، والمعتبر صرفه إلى الموجودين في البلد، ولا يجب تتبع الغائب} لأصل البراءة منه، ولعدم انحصارهم الموجب تتبع جميعهم للعسر والخرج المنفيين {ويجب الدفع إلى ثلاثة} فقراء؛ لأنه أقل الجمع {فصاعداً، لا في كل بلد، بل المجموع} لأنه الظاهر من لفظ الوصية.

[ولو أوصى له بأبيه فقبل وهو مريض، ثم مات] {الموصى له} {عتق} {أبوه} {من صلب ماله} {لأنه لم يتلف على الورثة شيئاً مما هو محسوب ماله، وإنما يعتبر} {التنجيز من الثلث} {في ما يخرج عن ملكه كذلك} باختياره {وإنما ملكه هنا بالقبول، وانهتق عليه تبعاً للملكه} بغير اختياره، وإنما جاء الفوات من قبل الشارع الأقدس {ومثله ما لو ملكه بالإرث، أو بالانتهاب} إن لم تكن الهبة معوضة، وإلا فينتق عليه من الثلث كما لو ملكه بالشراء {على الأقوى} لقهرية العتق، وعدم التفويت بشيء على الوارث {أما لو ملكه بالشراء فإنه ينعق من الثلث على الأقوى، لاستناد العتق إلى حصول الملك الناشئ عن الشراء} فإنه تملك بالاختيار {وهو ملكه في مقابلة عوض، فهو بشرائه ما لا يبقى في ملكه مضيع للثمن على الوارث، كما لو اشترى ما يقطع بتلفه، ويحتمل اعتباره من الأصل؛ لأنه مال متقوم بثمن مثله؛ إذ الغرض ذلك، والعتق أمر قهري طراً بسبب القرابة، وضعفه واضح؛ لأن بذل الثمن في مقابلة ما قطع بزوال ماليته محض التضضيع على الوارث}.

[ولو قال: أعطوا زيداً والفقراء، فلزيد النصف] عندنا بلا خلاف ولا إشكال، كما عن غير واحد {لأن الوصية لفريقين فلا ينظر إلى أحدهما، كما لو أوصى لشخصين، أو لقبيلتين} [وقيل: الربع] {لأن الفقراء ثلاثة من حيث الجمع وإن كان جمع كثرة، لما تقدم من دلالة العرف واللغة على اتحاد الجمعين} {الكثرة والقلة} فإذا شَرَك بين زيد وبينهم بالعطف كان كأحدهم، ويضعف: بأن التشريك بين زيد والفقراء، لا بينه وبين أحدهم، فيكون زيد فريقاً، والفقراء فريقاً آخر، وفي المسألة وجه ثالث وهو: أن يكون زيد كواحد منهم؛ لأنهم وإن كانوا جمعاً يصدق بالثلاثة، لكنه يقع على ما زاد {عليها قطعاً} ولا يتعين الدفع إلى ثلاثة، بل يجوز إلى ما زاد {لصدق الفقراء عليه} {أو يتعين حيث يوجد في البلد، ومقتضى التشريك أن يكون

كواحد منهم، وهو أمتن من السابق، وإن كان الأصح الأول { لأن الأخيرين يبتنيان على الاستحسان المحض، الذي لا يصلح دليلاً على الحكم الشرعي.

[ولو جمع بين] {عطية} [منجزة] {في المرض} الذي مات فيه {كهبة، ووقف، وإبراء} {ومؤخرة} [إلى بعد الموت] {قدمت المنجزة} {من الثلث وإن تأخرت في اللفظ، فإن بقي من الثلث شيء بدأ بالأول فالأول من المؤخرة كما مرّ، ولا فرق في المؤخرة} من جهة تقديم المنجزة عليها {بين أن يكون فيها واجب} بدني كالصوم والصلاة {يخرج من الثلث وغيره} كال كفارة {نعم لو كان يخرج من الأصل} كالحج؛ لأنه واجب مالي {قدم مطلقاً} وإن لم تكن منجزة، سواء تقدم في الذكر أم تأخر.

{واعلم أن المنجزة تشارك الوصية في الخروج من الثلث في أجنود القولين} وأشهرهما، لصحيح علي بن يقطين قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام: ما للرجل من ماله عند موته؟ قال: الثلث، والثلث كثير)^(١) ونحوه غيره وهو مستفيض، ومقابله مذهب الشيخين وابني البراج وإدريس: أنها تخرج من الأصل، لعموم قوله صلى الله عليه وآله: (الناس مسلطون على أموالهم) ولخبر عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: الرجل أحق بماله مادام فيه الروح إذا أوصى به كله فهو جائز)^(٢) ونحوه غيره، لكن الأول أرجح، لكثرة العدد، وصحة السند {وأن خروجها من الثلث يعتبر حال الموت} لا حال التنجيز، كما هو الظاهر من الأدلة {وأنه يقدم الأسبق منها فالأسبق لو قصر الثلث عنها} ولم يجز الورثة {وتفارقها في تقديمها عليها، ولزومها من قبل المعطي، وقبولها كغيرها من العقود، وشروطها شروطه} كما لو صدرت منه حال

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٠) الوصايا، ح ٨.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (١١) الوصايا، ح ١٩.

الصحة مع العلم بالعوض في المحاباة والتنجيز في البيع وغيره، بخلاف الوصية فإنها متعلقة بالموت، وعدم الضرر على الوارث ليس شرطاً فيها {وأنه لو بريء من مرضه لزم من الأصل} اتفاقاً، لعموم قاعدة السلطنة، وقد خرج منه ما لو تبرع بشيء في مرض موته فقط فيقتصر عليه {بخلاف الوصية} لأنها من الثلث على كل حال.

[ويصح] {للموصي} [الرجوع في الوصية] {مادام حياً} اتفاقاً، ولصحيح عبد الله بن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن المدبر من الثلث، وأن للرجل أن ينقص وصيته فيزيد فيها وينقص منها ما لم يمت)^(١) ومثله غيره وهو مستفيض [قولاً مثل: رجعت، أو نقضت، أو أبطلت] {أو فسخت، أو هذا لوارثي، أو ميراثي، أو حرام على الموصي له} [أو لا تفعلوا كذا] {ونحو ذلك من الألفاظ الدالة عليه} إجماعاً، كما عن غير واحد [أو فعلاً، مثل بيع العين الموصى بها] {وإن لم يقبضها} [أو رهنها] {مع الإقباض قطعاً} لانتفاء الوصية بانتفاء موضوعها {وبدونه على الأقوى} لما مر من اقتضاء تسليط المرتهن على بيع الرهن عند تعذر الوفاء، ومنافاته بتمليكه بالوصية أوضح من أن يخفى، وللزوم عقد الرهن على الراهن، ولو مجرداً عن الإقباض {ومثله ما لو وهبه، أو أوصى بها لغير من أوصى بها له أولاً} لأن مثل هذه التصرفات رجوع عن الوصية عرفاً.

{والأقوى أن مجرد العرض على البيع والتوكيل فيه وإيجابه وإيجاب العقود الجائزة المذكورة كافٍ في الفسخ، لدلالته عليه} عادة وعرفاً {لا تزويج العبد والأمة، وإجارتها، وختانها، وتعليمها، ووطء الأمة بدون الإحبال} لأن هذه الأمور ليس

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (١٨) الوصايا، ح ١.

فيها ما يشعر بالرجوع، فضلاً عن ظهورها فيه، إلاّ مع إحيال الأمة فإنه رجوع وفسخ؛ لأنها تكون أم ولد تشبث بالحرية، فلا تصح الوصية بها، وإن لم ينو به الرجوع.

[أو] {فعل ما يبطل الاسم ويدل على الرجوع مثل} [طحن الطعام، أو عجن الدقيق] {أو غزل القطن، أو نسج مغزوله} كما هو المشهور؛ لأن الموصى به هو المسمى باسم يخصه، ومع التغير ينعدم موضوع الوصية، فلا بد أن ترتفع [أو خلطه بالأجود] {بحيث لا يتميز، وإنما قيد بالأجود لإفادته الزيادة في الموصى به} وظاهرهم القطع بكونه رجوعاً، لاشتغال حصته على زيادة ولم يحصل منه الرضا ببذلها مع عدم إمكان فصلها {بخلاف المساوي} فإنه لا يكون رجوعاً، لبقاء المال، وعدم اشتماله على وصف مانع {والأردأ} لكون القدر الناقص من الوصف بمنزلة إتلاف الموصى به، فيبقى الباقي على الأصل {وفي الدروس لم يفرق بين خلطه بالأجود وغيره في كونه رجوعاً، و{ العلامة {في التحرير لم يفرق كذلك في عدمه، والأنسب عدم الفرق} لأن الخلط إما أن يحكم بكونه رجوعاً، فهو رجوع في الجميع، وإما أن لا يحكم به كذلك، فهو كذلك في الجميع {وتوقف كونه رجوعاً على القرائن الخارجة، فإن لم يحكم بكونه رجوعاً يكون - مع خلطه بالأجود - شريكاً بنسبة القيمتين} قيمة ما قبل الخلط وقيمة ما بعده.

[الفصل الرابع]: [في الوصاية]

{بكسر الواو وفتحها، وهي: استنابة الموصي غيره بعد موته في التصرف فيما كان له التصرف فيه: من إخراج حق، أو استيفائه، أو ولاية على طفل، أو مجنون يملك الولاية عليه بالأصالة} كالأب والجد له {أو بالعرض} وهو الوصي من قبلهما على أموال القاصرين من أولادهما [وإنما تصح الوصية على الأطفال بالولاية من الأب والجد له] {وإن علا} [أو الوصي] {لأحدهما} [المأذون له من أحدهما] {في الإيضاء لغيره} كما هو المشهور؛ لأن الولاية على الغير لما كانت من الأحكام المخالفة للأصل؛ إذ الأصل عدم جواز تصرف الإنسان في ماله بغير إذنه أو ما في معناه، لزم الاقتصار في نصب الولي على القاصر على مورد النص، وهو الأب والجد له وإن علا {ف} لذا {لو نهاه عنه لم يصح إجماعاً}.

{ولو أطلق قيل} والقائل الشيخ وابن الجنييد والبراج {جاز لظاهر مكاتبة الصفار} - الصحيحة - عن أبي محمد عليه السلام (أنه كتب إليه رجل كان وصي رجل فمات وأوصى إلى رجل، هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيه؟ فكتب عليه السلام: يلزمه بحقه إن كان له قبله حق إن شاء الله) ^(١) {ولأن الموصي أقامه مقام نفسه فيثبت له من الولاية ما ثبت له؛ ولأن الاستنابة من جملة التصرفات المملوكة له بالنص} من الموصي {وفيه: منع دلالة الرواية} على المدعى؛ لأن حق المسلم على أخيه

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٧٠) الوصايا، ح ١.

المسلم أن يقبل وصيته وينفذها وهو لا يستلزم كونه حقاً عليه أن يوصي بما أوصاه به بعد وفاته، لاحتمال كون ذلك بالإذن الصادر من الوصي بمباشرة، وإذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال {وإقامته مقام نفسه في فعله مباشرة كما هو الظاهر} لا يدل على إقامته ليوصي أيضاً، فإنه محل النزاع {ونمنع كون الاستنابة من جملة التصرفات، فإن رضاه بنظره مباشرة لا يقتضي رضاه بفعل غيره، لاختلاف الأنظار والأغراض في ذلك، و} عليه فـ{الأقوى المنع} وفاقاً للأكثر.

[ويعتبر في الوصي الكمال] {بالبلوغ، والعقل، فلا يصح إلى الصبي بحيث يتصرف حال صباه مطلقاً} ولو مع انضمامه إلى البالغ، بلا خلاف أجده فيه، كذا في الجواهر، لسلب عبارته عند الشارع الأقدس {ولا إلى مجنون كذلك} مطلقاً إدوارياً كان أم مطبقاً، منضماً كان أم منفرداً، اتفاقاً، لسلب عبارته شرعاً، بل لو طرأ الجنون عليه لبطلت وصايته كما عن جمع، لخبر الدعائم عن علي عليه السلام (لا يزيل الوصي إلا ذهاب عقل، أو ارتداد، أو تبذير، أو خيانة، أو ترك سنة)^(١).

[والإسلام] إذا كان الموصى عليه مسلماً إجماعاً، ولقوله عليه السلام: ﴿لَا يَتَّخِذُ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾^(٢) والوصاية ولاية، كما تقدم، ونحوها غيرها {فلا تصح الوصية إلى كافر وإن كان رحماً} بلا خلاف، كما عن الرياض {لأنه ليس من أهل الولاية على المسلمين} لنفي السبيل، وهي سبيل {ولا من أهل الأمانة} لقوله عليه السلام: ﴿وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأَمَّنْهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ

(١) مستدرک الوسائل، باب (٦٩) الوصايا، ح ٣.

(٢) سورة آل عمران، آية (٢٨).

قَالُوا لَيْسَ عَلَيْنَا فِي الْأُمِّيَّنَ سَبِيلٌ ﴿١﴾ {وللنهي عن الركون إليه} في قوله ﷺ: ﴿وَلَا تَرْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ﴾ (٢) [إلا أن يوصي الكافر إلى مثله] كما صرح به غير واحد، كذا في الجواهر {إن لم نشترط العدالة في الوصي} مطلقاً حتى من الكافر إلى الكافر، كما هو أحد الأقوال في المسألة {لعدم المانع حينئذٍ، ولو اشترطناها، فهل تكفي عدالته في دينه، أم تبطل مطلقاً} وإن كان عدلاً في دينه {وجهان: من أن الكفر أعظم من فسق المسلم، ومن أن الغرض صيانة مال الطفل وأداء الأمانة، وهو يحصل بالعدل منهم، والأقوى المنع بالنظر إلى مذهبنا} بناء على اشتراط العدالة عندنا على الأقوى.

{ولو أريد صحتها عندهم وعدمه فلا غرض لنا في ذلك، ولو ترافعوا إلينا فإن رددناهم إلى مذهبهم وإلا فاللازم الحكم ببطلانها، بناء على اشتراط العدالة؛ إذ لا وثوق بعدالته في دينه، ولا ركون إلى أفعاله، لمخالفتها لكثير من أحكام الإسلام} وهو كما ترى! لحصول الوثوق وجداناً، بل ربما يحصل ببعض عدولهم أكثر مما يحصل من بعض عدول المسلمين، وأما مخالفة أفعالهم لكثير من أحكام الإسلام فلا تنافي عدالته في دينه، ولعله لذا احتمل قوياً في المسالك صحتها مع عدالته في دينه.

[والعدالة في قول قوي] كما هو مذهب جماعة، بل هو المشهور، كما في الجواهر، وفي الغنية الإجماع عليه {لأن الوصية استثنان والفاسق ليس أهلاً له، لوجوب التثبت عند خبره} في قوله ﷺ: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ (٣) {ولتضمنه الركون إليه، والفاسق ظالم منهني عن الركون إليه} كما تقدم {ولأنها استنابة إلى الغير فيشترط في

(١) سورة آل عمران، آية (٧٥).

(٢) سورة هود، آية (١١٣).

(٣) سورة الحجرات، آية (٦).

النائب العدالة كوكيل الوكيل { اتفاقاً { بل أولى { لأن وصايته إثبات الولاية بعد الموت الذي به ترتفع ولاية الموصي ويصير التصرف متعلقاً بحق غير المستنيب من طفل، أو مجنون، أو فقير، وغيرهم، و{لأن تقصير وكيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل والموكل، وتفحصهما على مصلحتها، بخلاف نائب الميت، ورضاه به غير عدل { حال حياته { لا يقدح في ذلك { وهو اشتراط العدالة في الوصي {لأن مقتضاها إثبات الولاية بعد الموت، وحينئذٍ ترتفع أهليته عن الإذن والولاية { على الغير مطلقاً {ويصير التصرف متعلقاً بحق غير المستنيب من طفل، ومجنون، وفقير، وغيرهم فيكون أولى باعتبار العدالة من وكيل الوكيل، ووكيل الحاكم، على مثل هذه المصالح، وبذلك يظهر ضعف ما احتج به نافي اشتراطها { كابن إدريس والمحقق في النافع، والعلامة في المختلف وغيرهم {من أنها في معنى الوكالة، ووكالة الفاسق جائزة إجماعاً، وكذا استيداعه، لما عرفت من الفرق بينها وبين الوكالة والاستيداع، فإنها متعلقان بحق الموكل والمودع، وهو مسلط على إتلاف ماله فضلاً عن تسليط غير العدل عليه، والموصي إنما سلطه على حق الغير، لخروجه عن ملكه بالموت مطلقاً، مع أننا نمنع أن يطلق الوكيل والمستودع لا يشترط فيهما العدالة { لأن الولاية على مال القاصر والوكالة فيه مما يشترط عدالة الوكيل والمستودع حفاظاً على مصلحته التي لا يقوم بها إلا العدل.

{واعلم أن هذا الشرط إنما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصي، ويقبل خبره فيه، كما يستفاد ذلك من دليله { المتقدم { لا في صحة الفعل في نفسه، فلو أوصى بمن ظاهره العدالة وهو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصية فالظاهر نفوذ فعله وخروجه عن العهدة { لموافقته لمقتضى الوصية وتحقق الغرض الأقصى منها {ويمكن كون ظاهر الفسق كذلك { في نفوذ فعله وخروجه عن العهدة { لو أوصى إليه بما بينه، وبينه وفعل

مقتضاه، بل لو فعله ظاهراً كذلك { بفعله مقتضى الوصية {لم تبعد الصحة} واقعاً، وفاقاً للعلامة في التذكرة والمحقق الثاني في جامع المقاصد، لكنه كما ترى! مخالف لما هو المشهور المعتضد بالآيات الشريفة وإشعار كثير من النصوص باشتراط العدالة {وإن حكم ظاهراً بعدم وقوعه} لأصالة عدمه السالمة عن المعارض {وضمانه ما ادعى فعله} لعدم قبول خبره.

{وتظهر الفائدة} في ضمانه، وعدمه {لو فعل مقتضى الوصية باطلاع عدلين} لحجية البيئة {أو باطلاع الحاكم} لحجية العلم {إلا أن ظاهر اشتراط العدالة ينافي ذلك كله، ومثله يأتي في نيابة الفاسق عن غيره في الحج ونحوه} كالصلاة والصيام {وقد ذكر المصنف وغيره أن عدالة النائب شرط في صحة الاستنابة، لا في صحة النيابة} وإجزاء الفعل عن المنوب عنه، بل ليحصل الوثوق بخبره.

[وكذا] {يشترط في الوصي} [الحرية] {فلا تصح وصاية المملوك} بلا خلاف فيه في الجملة، بل عليه - مطلقاً عن صريح محكي الغنية وظاهر التذكرة - الإجماع، كذا في الجواهر، ولصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليه السلام أنه قال: (لا وصية لمملوك)^(١) المحمول على إذن السيد، كما هو غير بعيد، ونحوه غيره، ولاحتياج تنفيذ الوصية إلى أفعال، وأقوال وهو ممنوع منها، للحجر عليه؛ لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء، و{لاستلزامها التصرف في مال الغير} وهو العبد، والانتفاع به {بغير إذنه} أي إذن مولاه {كما لا تصح وكالته} [إلا أن يأذن المولى] بلا خلاف، كما اعترف به سيد الرياض، ولصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (أنه قال في المملوك: مادام عبداً فإنه وماله لأهله، لا يجوز له تحرير ولا كثير عطاء، ولا وصية، إلا أن

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٧٨) الوصايا، ح ٢.

يشاء سيده^(١) {فتصح بزوال المانع، وحينئذٍ فليس للمولى الرجوع في الإذن بعد موت الموصي، ويصح قبله، كما إذا قبل الحر} ومات الموصي، للزومها عليه حينئذٍ، كما تقدم.

[وتصح الوصية إلى الصبي منضماً إلى كامل] {لكن لا يتصرف الصبي حتى يكمل، فينفرد الكامل قبله ثم يشتركان فيها مجتمعين} بلا خلاف يعرف بينهم، كما في الجواهر، ولمكاتبة الصفار - الصحيحة - قال: (كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل أوصى إلى ولده وفيهم كبار قد أدركوا وفيهم صغار، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته ويقضوا دينه لمن صحَّ على الميت بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقع عليه السلام: نعم، على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم ولا يحبسوه بذلك)^(٢) ونحوه غيره {نعم لو شرط عدم تصرف الكامل إلى أن يبلغ الصبي اتبع شرطه} بلا خلاف ولا إشكال، للأمر بالإتيان بمقتضى الوصية {وحيث يجوز تصرف الكامل قبل بلوغه لا يختص بالضروري} كما عن العلامة في القواعد {بل له كمال التصرف} لإطلاق النص والفتوى {وإنما يقع الاشتراك في المتخلف} من الوصية {ولا اعتراض للصبي بعد بلوغه في نقض ما وقع من فعل الكامل موافقاً للمشروع} بلا خلاف فيه ولا إشكال، ولذيل معتبر علي بن يقطين قال: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى إلى امرأة وشرك في الوصية معها صبياً؟ فقال: يجوز ذلك، وتمضي المرأة الوصية، ولا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى، إلا ما كان من تبديل أو تغيير فإن له أن يرده إلى ما أوصى به الميت)^(٣).

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٧٨) الوصايا، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٥٠) الوصايا، ح ١.

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (٥٠) الوصايا، ح ٢.

[و] كذا تصح الوصية [إلى المرأة، والخنثى] {عندنا مع اجتماع الشرائط} المتقدمة في الوصاية، إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر، ولمعتبر ابن يقطين المتقدم، وعليه يحمل مرسل السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن علي بن أبي طالب قال: (المرأة لا يوصى إليها؛ لأن الله عز وجل يقول: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(١)) أو يحمل على فقد شرط من الشرائط المعتبرة في الوصي، كل ذلك {لانتفاء المانع، وقياس الوصية على القضاء} كما عن بعض {واضح الفساد} لإطلاق النص والفتوى، وبطلان القياس.

[ويصح تعدد الوصي] إجماعاً بقسميه، كذا في الجواهر [فيجتمعان] {لو كانا اثنين في التصرف، بمعنى صدوره عن رأيهما ونظرهما وإن باشره أحدهما} فلا يجوز تصرف أحدهما منفرداً، بلا خلاف ولا إشكال، ولمكاتبة الصفار - الصحيحة - قال: (كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل أوصى إلى رجلين، أيجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة والآخر بالنصف؟ فوقع عليه السلام: لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت، وأن يعملوا على حسب ما أمرهما إن شاء الله)^(٢) ونحوه غيره [إلا أن يشترط لهما الانفراد] {فيجوز حينئذٍ لكل واحد منهما التصرف بمقتضى نظره} لوجوب العمل بوصيته.

[فإن تعاسرا] {فأراد أحدهما نوعاً من التصرف، ومنعه الآخر} [صح] {تصرفهما} [فيما لا بد منه، كمؤونة اليتيم] {والدابة، وإصلاح العقار} وشراء كفن الميت، ونحو ذلك مما لا يمكن تأخيره إلى وقت الاتفاق بينهما، لحصول الضرر المنفي {ووقف غيره على اتفاقهما} لحرمة تبديل الوصية [وللحاكم] {الشرعي} المعد

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٥٣) الوصايا، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٥١) الوصايا، ح ١.

لحسم أمثال ذلك [إجبارهما على الاجتماع] {من غير أن يستبدل بهما مع الإمكان؛ إذ لا ولاية له فيما فيه وصي} كما هو المشهور، خلافاً للحلي من ردّ الحاكم إلى أعلمهما وأقومهما، ويجعل الثاني تبعاً، ويشكل: بما علله الشارح أخيراً [فإن تعذر] {عليه جمعهما} {استبدل بهما} حذراً من الترجيح بلا مرجح {تنزيلاً لهما بالتعذر منزلة المعدم، لاشتراكهما} أي التعذر والعدم {في} {تعطيل} {الغاية} من الوصية وتلف المال {كذا أطلق الأصحاب، وهو يتم مع عدم اشتراط عدالة الوصي، أما معه} كما هو الأقوى {فلا؛ لأنها بتعاسرها يفسقان، لوجوب المبادرة إلى إخراج الوصية مع الإمكان، فيخرجان بالفسق عن الوصاية} ويشكل: بأنه أعم من المدعى؛ لأن تشاحهما يمكن أن يكون لاختلاف نظرهما في الأصلح، وهو لا يوجب الفسق، بل متابعة من لا يرى الأصلح موجب للفسق {ويستبدل بهما الحاكم، فلا يتصور إجبارهما على هذا التقدير} وهو اشتراط عدالة الوصي، وقد عرفت ما فيه {وكذا لو لم يشترطها وكانا عدلين، لبطلانها} أي الوصية {بالفسق حيثنّذ على المشهور، نعم لو لم نشترطها، ولا كانا عدلين أمكن إجبارهما مع التشاح} والأولى إبدال الجبر بأمر الحاكم لهما بما هو تكليفهما في التعاسر المفروض.

[وليس لهما قسمة المال] بلا خلاف ولا إشكال {لأنه خلاف مقتضى الوصية من الاجتماع في التصرف} {ولو شرط لهما الانفرد ففي جواز الاجتماع نظر} {من أنه خلاف الشرط، فلا يصح} {لعدم جواز تبديل الوصية} {ومن أن الاتفاق على الاجتماع يقتضي صدوره عن رأي كل واحد منهما، وشرط الانفرد اقتضى الرضا برأي كل واحد، وهو حاصل} مع الاجتماع {إن لم يكن أكد} فلا تبديل للوصية معه، ومنه تظهر قوة الثاني {والظاهر أن شرط الانفرد رخصة لهما، لا تضيق. نعم لو حصل لهما في الاجتماع نظر مخالف له حال الانفرد توجه المنع، لجواز كون المصيب هو حالة

الانفراد ولم يرض الموصي إلا به { لكونه القدر المتيقن حالته [ولو نهامها عن الاجتماع اتبع] قطعاً بمقتضى الشرط الدال صريحاً على النهي عن الاجتماع فيتبع { عملاً بالنهي عن تبديل الوصية، ولعموم وجوب الوفاء بالشرط.

[ولو جوز لهما الأمرين] { الاجتماع والانفراد } [مضى] { ما جوزة، وتصرف كل منهما كيف شاء من الاجتماع، والانفراد } للإذن فيهما [فلو اقتسما المال] { في هذه الحالة } [جاز] مطلقاً { بالتصنيف، والتفاوت حيث لا يحصل بالقسمة ضرر؛ لأن مرجع القسمة حينئذٍ إلى تصرف كل منهما في البعض، وهو جائز بدونها، ثم بعد القسمة لكل منهما التصرف في قسمة الآخر وإن كانت في يد صاحبه؛ لأنه وصي في المجموع، فلا تزيل القسمة ولايته فيه { بلا خلاف ولا إشكال في شيء من ذلك، كذا في الجواهر.

[ولو ظهر من الوصي] { المتحد، أو المتعدد على وجه يفيد الاجتماع } { عجز } في الاستقلال عن إنفاذ الوصية لكبر، أو مرض، أو غيرهما من موانع القدرة [ضم الحاكم إليه معيناً] بلا خلاف أجده فيه، بل عن التذكرة وجامع المقاصد الإجماع عليه، كذا في الجواهر { لأنه بعجزه خرج عن الاستقلال المانع من ولاية الحاكم، وبقدرته على المباشرة في الجملة لم يخرج عن الوصاية بحيث يستقل الحاكم، فيجمع بينهما } أي بين التعليلين { بالضم } للمساعد { ومثله ما لو مات أحد الوصيين على الاجتماع } وكذا لو جن، أو فسق بناءً على اشتراط العدالة، والضابط العجز عن الاستقلال، خلافاً للأكثر، كما عن الصيمري والسبزواري حيث اختاروا استقلال الوصي الآخر على ضم معين من الحاكم، بدعوى: أنه مع وجود الوصي لا ولاية للحاكم. ويشكل: بأن الموصي لم يرض برأي أحدهما منفرداً { أما المأذون لهما في

الانفراد فليس للحاكم الضم إلى أحدهما بعجز الآخر، لبقاء وصي كامل { كما هو المفروض. }

{ وبقي قسم آخر وهو : ما لو شرط لأحدهما الاجتماع، وسوغ للآخر الانفراد، فيجب اتباع شرطه، فيتصرف المستقل بالاستقلال } ولو مع الاجتماع { والآخر } لا يتصرف إلا { مع الاجتماع، وقريب منه ما لو شرط لهما الاجتماع موجودين، وانفراد الباقي بعد موت الآخر، أو عجزه فيتبع شرطه، وكذا يصح شرط مشرف } وهو الناظر { على أحدهما بحيث لا يكون للمشرف شيء من التصرفات، وإنما تصدر عن رأيه، فليس للوصي التصرف بدون إذنه مع الإمكان، فإن تعذر ولو بامتناعه ضم الحاكم إلى الوصي معيناً { أي ناظراً آخر { كالمشروط له الاجتماع على الأقوى } بل لا خلاف فيه، كما عن غير واحد { لأنه في معناه حيث لم يرض برأيه منفرداً، وكذا يجوز اشتراط تصرف أحدهما في نوع خاص، والآخر في الجميع منفردين، ومجتمعين على ما اشتركا فيه } لإطلاق أدلة الوصية. }

[ولو خان] { الوصي المتحد، أو أحد المجتمعين، أو فسق بغير الخيانة } بناءً على ما هو الأقوى من اشتراط العدالة [عزله الحاكم] مراعاة لحق الصغار، وأموال الصدقات، والفقراء وغيرها من موارد الوصية { بل الأجود انعزاله بذلك من غير توقف على عزل الحاكم، لخروجه عن شرط الوصاية } بفسقه [وأقام] { الحاكم } [مكانه] { وصياً مستقلاً إن كان المعزول واحداً، أو منضماً إلى الباقي إن كان أكثر } وكذا لو فسقا معاً، لعين ما ذكر.

[ويجوز للوصي استيفاء دينه مما في يده] { من غير توقف على حكم الحاكم بثبوته } بينة أو شاهد حال { ولا على حلفه على بقاءه } على الأقوى { لأن ذلك للاستظهار

ببقائه، لجواز إبراء صاحب الدين، أو استيفائه بالاستظهار وهو الوصي { ومع قطعه بعدم وفائه فكيف يكلف بالبينة أو الحلف استظهاراً؟! [و] {كذا يجوز له} {قضاء ديون الميت} لأنه من جملة أعمال الوصي [التي يعلم بقاءها] ومعه فلا يحتاج إلى الاستظهار {إلى حين القضاء} لأنه لو لم يعلم بثبوتها كذلك فلا يجوز قضاؤها، لاحتمال براءة ذمة الميت بالوفاء، أو الإبراء ونحوهما.

{ويتحقق العلم بسماعه إقرار الموصي بها قبل الموت بزمان لا يمكنه بعده القضاء} كما لو مات بعده مباشرة {ويكون المستحق ممن لا يمكن في حقه الإسقاط كالطفل، والمجنون، وأما إن كان أربابها مكلفين يمكنهم إسقاطها فلا بد من إحلانهم على بقائها} استظهاراً {وإن علم بها سابقاً} لأن الاستصحاب معارض بما هو أقوى منه وهو حق الورثة {ولا يكفي إحلافه إياهم إلا إذا كان مستجمعاً لشرائط الحكم} من الاجتهاد والعدالة وغيرهما {وليس للحاكم أن يأذن له بالتحليف استناداً إلى علمه بالدين، بل لا بد من ثبوته عنده؛ لأنه تحكيم لا يجوز لغير أهله} وهو الحاكم الشرعي {نعم له بعد ثبوته عنده بالبينة توكيله في الإحلاف} لعموم أدلة الوكالة {وله رد ما يعلم كونه وديعة، أو غصباً، أو نحو ذلك من الأعيان التي لا يحتمل انتقالها عن ملك مالكها إلى الموصي، أو وارثه في ذلك الوقت} وإن لم يوص بها اتفاقاً؛ لأنها من أهم موارد الوصية، كما هو معلوم {ولا يوصي إلى غيره ممن أوصى إليه} [إلا بإذن منه] {له في الإيصاء على أصح القولين، وقد تقدم} في أول الفصل الرابع {وإنما أعادها لفائدة التعميم؛ إذ السابقة مختصة بالوصي على الطفل ومن بحكمه من أبيه وجده، وهنا شاملة لسائر الأوصياء} في جميع ما أوصى به {وحيث يأذن له فيه يقتصر على مدلول الإذن فإن خصه بشخص، أو وصف اختص} وجوباً، لعدم جواز تبديل

الوصية {وإن عمم أوصى إلى مستجمع الشرائط} اللازم توفرها في الوصي {وتعدى الحكم إلى وصي الوصي أبداً} ولا يقف عند حد {مع الإذن فيه، لا بدونه}.

[و] {حيث لا يصرح له بالإذن في الإيصاء} فلم يأذن ولم يمنع [يكون النظر بعده] {في وصية} الموصي {الأول} المتوفى [إلى الحاكم] الشرعي، اتفاقاً {لأنه وصي من لا وصي له} قال شيخنا الأعظم في المكاسب: إنه اشتهر في الألسن وتداول بعض الكتب: السلطان ولي من لا ولي له، ونسبت روايته عن النبي ﷺ إلى كتب العامة والخاصة، وفي دعائم الإسلام: (السلطان وصي من لا وصي له)^(١) ودلالته على ولاية الحاكم مبنية على عموم النيابة [وكذا] {حكم كل} {من مات ولا وصي له} بلا خلاف فيه، وفي أن المراد بالحاكم الإمام عليه السلام إن كان، وإلا فالفقيه الجامع لشرائط الفتوى، كذا في الرياض [ومع تعذر الحاكم] {لفقده، أو بعد بحيث يشق الوصول إليه عادة} [يتولى] {إنفاذ الوصية} [بعض عدول المؤمنين] كما هو المشهور، خلافاً لابن إدريس بدعوى أن ذلك أمر موقوف على الإذن الشرعي، وهو متنفذ، ويشكل: بوجوده؛ لأنه {من باب الحسبة} الذي استفيد الإذن فيها من عموم أدلة الأمر بالمعروف {والمعاونة على البر والتقوى} في قوله ﷺ: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾^(٢) ومثل هذا كافٍ في الإذن الشرعي.

{واشترط العدالة يدفع محذور إتلاف مال الطفل وشبهه} الخارج بالوصية {والتصرف فيه} بما فيه المصلحة {بدون إذن شرعي، فإن ما ذكرناه هو الإذن، وينبغي الاختصار على القدر الضروري الذي يضطر إلى تقديمه قبل مراجعة الحاكم} لأنه

(١) دعائم الإسلام، ج ٢، ص (٣٦٣)، ح ١٣٢٥.

(٢) سورة المائدة، آية (٢).

خلاف الأصل، فيقتصر فيه على الضرورة {وتأخير غيره إلى حين التمكن من إذنه، ولو لم يكن لفقده لم يختص} بالضرورة، للضرورة {وحيث يجوز ذلك يجب؛ لأنه من فروض الكفاية، وربما منع ذلك كله بعض الأصحاب} وهو ابن إدريس {لعدم النص، وما ذكر من العمومات كافٍ في ذلك} كما تقدم تفصيله {وفي بعض الأخبار ما يرشد إليه} كذيل صحيح إسماعيل بن سعد الأشعري قال: (سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصية - إلى أن قال: - فقال: إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع، وقام عدل في ذلك)^(١) ونحوه غيره.

[والصفات المعتمدة في الوصي] {من البلوغ، والعقل، والإسلام على وجه، والحرية، والعدالة} على الأقوى في الأخير [يشترط حصولها حال الإيصاء] عند الأكثر، كما في المسالك {لأنه وقت إنشاء العقد} فإن ما ذكر لو كانت شروطاً فالشرط يعتبر مقارنته أو تقدمه على الشروط {فإذا لم تكن مجتمعة لم يقع صحيحاً، كغيره من العقود} لأن الشروط عدم عند عدم شرطه {ولأنه} أي الموصي {وقت الوصية ممنوع من التفويض إلى من ليس بالصفات} للنهي عن الوصاية إلا لمن تمت فيه، فيكون النهي عن ركن المعاملة، وهو موجب لفسادها، ويشكل: بأنه عين المدعى، كما يظهر بالتأمل.

{وقيل: يكفي حصولها} [حال الوفاة] {حتى لو أوصى إلى من ليس بأهل، فانفق حصول صفات الأهلية له قبل الموت، صح} لأن المقصود بالتصرف هو ما بعد الموت، وهو محل الولاية، ولا حاجة إليها قبله، ويضعف: بما مرّ في الاستدلال على القول

(١) الوسائل، ج١٧، باب (١٦) عقد البيع وشروطه، ح ١.

الأول، ولكن قد عرفت ما فيه، بل هذا القول هو الأقوى، لمقتضى عمومات الوصية المقتصر في تخصيصها على المتيقن من شرطية هذه الأمور بمعنى المتلبس بالولاية، وأول آتات تلبسه - مع الإطلاق - حين الوفاة، ويعضده اتفاقهم على جواز ضمّ الصبي إلى البالغ واشترائه معه بعد البلوغ، وهو ظاهر في كون المدار على وجود الصفات حال الوفاة.

{وقيل} {يعتبر} {من حين الإيصاء إلى حين الوفاة} {جمعاً بين الدليلين} المتقدمين على القولين السابقين، وقد عرفت التأمل فيه {والأقوى اعتبارها من حين الإيصاء واستمراره مادام وصياً} وكأنه مقتضى الاحتياط، وجمعاً بين الأدلة، لكنه كما ترى! لا ملزم به، ولا دليل عليه.

{وللوصي أجرة المثل عن نظره في مال الموصى عليهم مع الحاجة} {وهي الفقر} كما عن محكي نهاية الشيخ وابن إدريس {كما نبه عليه تعالى بقوله ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(١)} والمفسر بالقوت في معتبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز وجل: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ المعروف هو القوت، وإنما عنى الوصي أو القيم في أموالهم وما يصلحهم)^(٢) وظاهره الفقر {ولا يجوز مع الغنى لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾^(٣)}.
 {وقيل} {والقائل الإسكافي والشيخ والمحقق والعلامة وجمله من المتأخرين {يجوز أخذ الأجرة مطلقاً} غنياً كان الوصي أم فقيراً {لأنها عوض عمل محترم}

(١) سورة النساء، آية (٦).

(٢) الوسائل، جـ ١٧، باب (٧٢) ما يكتسب به، ح ١.

(٣) سورة النساء، آية (٦).

ولظاهر صحيح هشام بن الحكم قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن تولى مال اليتيم ما له أن يأكل منه؟ فقال: ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم فليأكل بقدر ذلك)^(١) بل لعله المراد من المعروف عرفاً في الآية الشريفة، وهو الأجود {وقيل} والقائل الشيخ في محكي النهاية وابن إدريس {يأخذ قدر الكفاية، لظاهر قوله تعالى: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ فإن المعروف ما لا إسراف فيه، ولا تقتير من القوت} وهو كما ترى! اجتهد في مقابلة النص {وقيل} والقائل الشيخ في محكي الخلاف والبيان، يأخذ {أقل الأمرين؛ لأن الأقل إن كان أجرة المثل، فلا عوض لعمله شرعاً سواها، وإن كان الكفاية؛ فلأنها هي القدر المأذون فيه بظاهر الآية} وهو كما ترى! فإنه أيضاً اجتهد في مقابلة النص {والأقوى جواز أخذ أقلهما مع فقره خاصة، لما ذكر} في الطرف الأول من دليل التفصيل المتقدم {ولأن حصول قدر الكفاية يوجب الغنى، فيجب الاستعفاف عن الزائد وإن كان من جملة أجرة المثل} ويشكل: بأن الظاهر من الآية: أنه لو كان الوصي حين موت الموصي غنياً فليستعفف ولا يأكل، لا مطلقاً حتى لو صار غنياً بأجرة المثل.

[ويصح] {للوصي} [الرد] {للوصية} [مادام] {الوصي} [حياً] {مع بلوغه الرد}

كما أن للموصي عزل الوصي بلا خلاف أجده في الثاني، كما في الجواهر؛ لأن الوصية من العقود الجائزة إجماعاً، ولموثق عبيد بن زرارة قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: للموصي أن يرجع في وصيته إن كان في صحة أو مرض)^(٢) ونحوه غيره، وهو مستفيض. وكذا لا خلاف في الأول إلا من الصدوق فيما إذا كان الموصي أباً،

(١) الوسائل، ج ١٧، باب (٧٢) ما يكتسب به، ح ٥.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (١٨) الوصايا، ح ٣.

أو كان الأمر منحصرًا فيه، فلم يجز الرد، لمكاتبة علي بن الريان قال: (كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل دعاه والده إلى قبول وصيته، هل له أن يمتنع من قبول وصيته؟ فوقع عليه السلام: ليس له أن يمتنع)^(١) ولكن لا تخفى قوة الإطلاق، لعدم قابلية المكاتبة لتقييد مطلقات النصوص الكثيرة، والصحيحة الأسناد.

[فلو ردّ ولمّا يبلغ] {الموصي} [الرد بطل الرد] كما هو المشهور بين الأصحاب، بل صريح الغنية وظاهر الدروس الإجماع عليه، ولصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائب، فليس له أن يرد عليه وصيته؛ لأنه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره)^(٢) ونحوه غيره، المحمولة على عدم بلوغ الموصي الرد بفهم الأصحاب [ولو لم يعلم بالوصية إلا بعد وفاة الموصي لزمه القيام بها] {وإن لم يكن قد سبق قبول} من الموصي على المشهور بين الأصحاب، كذا في الجواهر، بل في الغنية والدروس الإجماع عليه، ولصحيح الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام (قال في الرجل يوصي إليه قال: إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردها)^(٣) ونحوه غيره، المحمولة على التفصيل السابق [إلا مع العجز] {عن القيام بها، فيسقط وجوب القيام عن المعجوز عنه قطعاً، للخرج} فيعين الحاكم معيناً له، كما تقدم {وظاهر العبارة أنه يسقط غيره أيضاً. وليس بجيد، بل يجب القيام بما أمكن منها، لعموم الأدلة، ومستند هذا الحكم المخالف للأصل من إثبات حقّ على الموصي إليه على وجه قهري، وتسلب الموصي على إثبات وصيته على من شاء: أخبار كثيرة تدل بظاهرها عليه} كالصحيح المتقدم وغيرها مما بلغ حدّ الاستفاضة.

(١) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٤) الوصايا، ح ١.

(٢) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٣) الوصايا، ح ٣.

(٣) الوسائل، ج ١٩، باب (٢٣) الوصايا، ح ٥.

{وذهب جماعة منهم العلامة في المختلف والتحرير إلى أنه له الرد ما لم يقبل، لما ذكر} من مخالفة الأصل المتقدم {ولاستلزامه الحرج العظيم، والضرر في أكثر موارد، وهما منفيان بالآية} الشريفة في قوله ﷺ: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(١) {والخبر} النبوي المشهور (لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)^(٢) {والأخبار} المستدل بها على المشهور {ليست صريحة الدلالة على المطلوب} وهو كما ترى! فليس كل النصوص صريحة في المطلوب، بل يكفي ظهورها فيه ولو بفهم الأصحاب، وعمل المشهور ونحوهما {ويمكن حملها على شدة الاستحباب، وأما حملها على سبق قبول الوصية فهو منافي لظاهرها} لدلالته على لزوم الوصية للحاضر مطلقاً، وعدمه للغائب مطلقاً.

{والمشهور بين الأصحاب هو الوجوب مطلقاً} سبق من الوصي قبول أم لا، بل عن العلامة نسبته إلى الأصحاب كافة. ويشكل: بأنه اجتهد في مقابلة النص والإجماع الرافعين لموضوع الأصل الذي ذكره، والحرج والضرر مع فرض عدم تحملها يسقط التكليف، وهو غير ما نحن فيه، وإلا لم يكن بهما بأس بعد قيام الدليل {فينبغي أن يستثنى من ذلك ما يستلزم الضرر والحرج دون غيره} لاستلزامهما رفع الحكم من أصله {وأما استثناء المعجوز عنه فواضح} لسقوط التكليف به، لقوله ﷺ: ﴿لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾^(٣).

(١) سورة الحج، آية (٧٨).

(٢) سنن ابن ماجه، ج٢، ص(٧٨٤).

(٣) سورة البقرة، آية (٢٨٦).

المحتويات

كتاب المتاجر	٩
[وفيه فصول]:	١١
[الأول]:	١١
[الفصل الثاني]: الكلام في عقد البيع	٤٣
[وهنا مسائل]:	٦٧
[القول في الآداب: وهي أربعة وعشرون]:	٩٩
[الفصل الثالث: في بيع الحيوان]	١١٧
[مسائل]:	١٣٩
[الفصل الرابع]: [في بيع الثمار]	١٥٧
[مسائل]	١٦٦
[الفصل الخامس]: [في الصرف]	١٧٧
[خاتمة]	١٨٧
[الفصل السادس]: [في السلف]	١٩٣
في أقسام البيع	٢١٣
[الفصل السابع]: [في أقسام البيع]	٢١٣
[الفصل الثامن]: [في الربا]	٢٢٣
[الفصل التاسع]: [في الخيار]	٢٣٥

التاسع	٢٦٥
العاشر	٢٦٩
الحادي عشر	٢٧٥
الثاني عشر	٢٧٦
الثالث عشر	٢٧٧
الرابع عشر	٢٧٧
[الفصل العاشر]: [في الأحكام]:	٢٧٩
[الأول: النقد والنسيئة]:	٢٧٩
الحكم [الثاني: في القبض]:	٢٨٩
الحكم [الثالث]: [فيما يدخل في المبيع]	٢٩٧
الحكم [الرابع]: [في اختلافهما]	٣٠٣
الحكم [الخامس]: [إطلاق الكيل والوزن]	٣٠٨
[خاتمة]	٣١١
[وهو قسمان]:	٣١٧
[الأول: القرض]	٣١٧
[القسم الثاني]: [دين العبد]	٣٤١
[كتاب الرهن]	٣٤٧
[والكلام: إما في الشروط، أو اللواحق]	٣٥٥
[الأول] في الشروط:	٣٥٥
[وأمّا المتعاقدان]:	٣٦٣
[وأمّا] الفصل الثاني: ففي [اللواحق]:	٣٦٩

المحتويات ٧٥١

[كتاب الحجر] ٣٩٣

[كتاب الضمان] ٤٠٩

[كتاب الحوالة] ٤٢٣

[كتاب الكفالة] ٤٣٣

[كتاب الصلح] ٤٤٧

[كتاب الشركة] ٤٦٧

[كتاب المضاربة] ٤٧٩

[كتاب الوديعة] ٤٩٥

[كتاب العارية] ٥١٣

[كتاب المزارعة] ٥٢٩

[كتاب المساقاة] ٥٤١

[كتاب المساقاة] ٥٤٣

[كتاب الإجارة] ٥٥٥

[مسائل]: ٥١٠

الأولى ٥٨٠

الثانية ٥٨١

الثالثة ٥٨٢

الرابعة ٥٨٣

٧٥٢ فوائد اللمعتين في مدارك الروضتين: الجزء الثالث

..... الخامسة ٥٨٤

..... السادسة ٥٨٥

[كتاب الوكالة] ٥٩٣

[كتاب الشفعة] ٦١٧

كتاب السبق والرماية ٦٣٧

[كتاب السبق والرماية] ٦٣٩

كتاب الجعالة ٦٥٣

[كتاب الجعالة] ٦٥٥

{مسائل}: ٦٦٤

[كتاب الوصايا] ٦٧٣

[وفيه فصول] ٦٧٣

[الأول]: [الوصية] ٦٧٣

[الفصل الثاني: في متعلق الوصية] ٦٩٧

[الفصل الثالث: في الأحكام] ٧١٩

[الفصل الرابع]: [في الوصاية] ٧٣١

المحتويات ٧٤٩