



بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين
والصلاة والسلام على
سيدنا محمد وآله الطيبين الطاهرين

الزَّيْنَبِيَّةُ

كَلَامُ
الْمَوْلَانَا
الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ

الْقَاضِي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّؤُوفِ الرَّحِيمِ



مرکز تحقیقات اسلامی علوم اسلامی

سراج

الروض البهية

المجلد الثالث

تأليف

شبكة كتب الشيعة

الحاج ميرزا محمد باقر النجفي

shiaabooks.net

رابط بديل < mktba.net

شرح الروضة البهية / ٣

تأليف: الحاج ميرزا أحمد الدشتي النجفي

نشر: مجمع الذخائر الاسلامية، قم - إيران

ليتوغراف: صبا / طبع: كوثر

تاريخ الطبع: ١٤٢٨ هـ. ق / ٢٠٠٧ م (الطبعة الأولى)

العدد: ١٠٠٠ نسخة

ردمك: (دورة) ٨-١٩-٩٨٨-٩٦٤-٩٧٨ (ج ٣) ٠-١٥-٩٨٨-٩٦٤-٩٧٨

www.ismajma.com *// * Email: info@zakhair.net

بسم الله الرحمن الرحيم

(الفصل الثالث : في بيع الحيوان)

وهو قسيمان أناسي وغيره . ولما كان البحث عن البيع موقوفاً على الملك ، وكان تملك الأول موقوفاً على شرائط نبّه عليها أولاً ، ثم عقبه بأحكام البيع . والثاني وإن كان كذلك إلا أن لذكر ما يقبل الملك منه محلاً آخر بحسب ما اصطَلَحُوا عليه ، فقال : (والأناسي^(١) تملك بالسبي مع الكفر الأصلي) ، وكوْنهم غير ذمّة . واحترز بالأصلي عن الإرتداد ، فلا يجوز السبي وإن كان المرتدّ بحكم الكافر في جملة من الأحكام . (و) حيث يُملكون بالسبي (يسري الرق) في أعقابهم وإن أسلموا (بعد) الأسر ، (ما لم يعرض) لهم (سبب محرّر) من عتق ، أو كتابة ، أو تنكيل ، أو رحم على وجه^(٢) .

(والملقوط في دار الحرب رَقٌّ إذا لم يكن فيها مسلم) صالح لتولده منه ، (بخلاف) لقيط (دار الاسلام) فإنه حرّ ظاهراً (إلا أن يبلغ) ويرشد على الأقوى^(٣) (ويقرّ على نفسه بالرق) فيقبل منه على أصحّ القولين ، لأن « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » .

(١) الأناسي جمع الانسان كما في اللغة .

(٢) أي لا على جميع الوجوه ، فإن الرحمة لا يصير سبباً للتحرير على الإطلاق ، كما سيأتي .

(٣) ظاهر المصنف عدم اعتبار رشد . وجه اشتراطه واضح ، لأن غير الرشيد لا يُعتبر قوله في المال ، وهو نفسه مال . ووجه العدم : ان إقراره بالرقية ليس إقراراً بنفس المال وإن ترتّب عليه ، كما يُسمع إقراره بما يوجب القصاص .

وقيل: لا يُقبل، لسبق الحكم^(١) بحريته شرعاً، فلا يتعقبها الرقّ بذلك.
وكذا القول في لقيط دار الحرب إذا كان فيها مسلم. وكل مقرّ بالرقية بعد بلوغه
ورشده وجهالة نسبه مسلماً كان أم كافراً، لمسلم أقرّ أم لكافر، وإن بيع على الكافر
لو كان المقرّ مسلماً.

(والمسبي حال الغيبة يجوز تملكه ولا خمس فيه) للامام عليه السلام ولا لفريقه، وإن كان
حقه أن يكون للامام عليه السلام خاصة، لكونه مغنوماً بغير إذنه، إلا أنهم: أذنوا لنا في
تملكه^(٢) كذلك (رخصة) منهم لنا. وأما غيرنا فتقرّ يده عليه، ويحكم له بظاهر الملك
للمشبهة^(٣)، كتملك الخراج والمقاسمة، فلا يؤخذ منه بغير رضاه مطلقاً^(٤).

(ولا يستقرّ للرجل ملك الأصول) وهم الأبوان وآباؤهما وإن علوا (والفروع)
وهم الأولاد ذكوراً وإناثاً وإن سفلن (والإناث المحرّمات) كالعمة والحالة والأخت،
(نسباً) إجماعاً (ورضاعاً) على أصح القولين، للخبر^(٥) الصحيح معللاً فيه بأنه يحرم
من الرضاع ما يحرم من النسب، ولأن الرضاع لحمة^(٦) كلحمّة النسب.

(ولا) يستقرّ (للمرأة ملك العمودين) الآباء وإن علوا والأولاد وإن سفلوا،
ويستقرّ على غيرهما وإن حرم نكاحه كالأخ والعم والحال، وإن استحب لها إعتاق
المحرّم.

(١) وفيه: أن الحكم بحريته ظاهراً لا ينافيه، كما في سائر موارد الأقارير.

(٢) كما هو مذكور في باب الخمس.

(٣) أي لاعتقادهم كونه ملكاً لهم كتملك الخراج والمقاسمة، فإنه يحكم لهم بظاهر الملك.

(٤) أي بأي وجه كان قهراً أو سرقة مثلاً، أو المراد سواء كله للامام أو بعضه.

(٥) [الوسائل، الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالرضاع].

(٦) اللّحمّة بالضم: القرابة.

وفي إلحاق الخنثى هنا بالرجل أو المرأة نظر ، من الشك في الذكورية التي هي سبب عتق غير العمودين فيوجب الشك في اعتقهم ، والتمسك بأصالة بقاء الملك ، ومن إمكانها فيعتقون ، لئنائه على التغليب . وكذا الإشكال لو كان مملوكاً ، وإلحاقه بالأنثى في الأول وبالذكر في الثاني^(١) لا يخلو من قوة ، تمسكاً بالأصل فيها^(٢) .

والمراد بعدم استقرار ملك من ذكر : أنه يملك ابتداءً بوجود سبب الملك أنا ، قليلاً لا يقبل غير العتق ثم يعتقون ، إذ لولا الملك لما حصل العتق .

ومن عبّر عن الأصحاب بأنها لا يملكان ذلك ، تحيّر في إطلاقه على المستقر . ولا فرق في ذلك كله بين الملك القهري والاختياري ، ولا بين الكل والبعض ، فيقوم عليه باقيه إن كان مختاراً على الأقوى^(٣) .

وقرابة الشبهة بحكم الصحيح ، بخلاف قرابة الزنا على الأقوى ، لأن الحكم الشرعي يتبع الشرع لا اللغة .

ويُفهم من إطلاقه - كغيره - الرجل والمرأة أن الصبي والصبية لا يعتق عليهم ذلك لو ملكوه إلى أن يبلغوا ، والأخبار مطلقة في الرجل والمرأة كذلك^(٤) . ويعضده أصالة

(١) المراد بالأول كون الخنثى ما لكاً ، وبالثاني كونه مملوكاً .

(٢) أي أصالة بقاء الملكية فيها .

(٣) أي كان سبب الملكية اختيارياً كالإتياع لا قهرياً كالإرث . وعن الشيخ في الخلاف والمبسوط : إن قصد القرية فلا تقويم بل يسعى العبد ، وإن قصد الإضرار يقوم عليه إن كان موسراً ويطلق العتق إن كان معسراً .

(٤) أي أطلق في لسان الأخبار بلفظ «الرجل» و«المرأة» كما في السنة الفقهاء ، فلا يشمل الصبي والصبية ، فلا يعتق عليهم إلى أن يبلغوا .

فيه : إن أظهر أن المراد بالرجل والمرأة إنما هو الذكورية والأنثوية لا البلوغ مضافاً إلى أن في

البراءة، وإن كان خطاب الوضع غير مقصور على المكلف .
 (ولا تمنع الزوجية من الشراء، فتبطل) الزوجية ويقع الملك، فإن كان المشتري الزوج استباحها بالملك، وإن كانت الزوجة حرم عليها وطء مملوكها مطلقاً، وهو موضع وفاق. وعُلِّل ذلك بأن التفصيل^(١) في حلّ الوطء يقطع الاشتراك بين الأسباب، وباستلزامه اجتماع علتين على معلول واحد^(٢). ويضعف بأن علل الشرع معارفات^(٣).

وملك البعض كالكل^(٤)، لأن البُضْع لا يتبعض .
 (والحمل يدخل) في بيع الحامل (مع الشرط) أي شرط دخوله لا بدونه في أصح

➤ أخبار عتق أم الولد من نصيب ولدها، إشعاراً بل دلالة على عدم الفرق بين الصبي والبالغ، فلا يبيح مجال للأصل مع وجود الدليل .
 (١) المراد بالتفصيل في قوله تعالى «إلا على أزواجهم أو ما مملكت أيانهم» الآية [المؤمنون، الآية: ٥].

(٢) وهو محال، حيث أن اجتماع العلتين يقتضي أن يكون كل واحدة منها غير مستقلة في وجود المعلول، والمفروض استغناء كل واحدة منها عن الأخرى في التأثير. وهذا خلف واضح.

(٣) ومعنى أنها معارفات كونها كواشف عن الأحكام الموجودة عند حصول تلك العلل، ففما نحن فيه: إن الزوجية والملك كاشفان عن العلاقة الحاصلة بين الرجل والمرأة الموجبة لاستباحة الوطء وغيرها، فلا محذور في اجتماع الكواشف، والعلل الحقيقية للأحكام الشرعية إنما هو المصالح الموجبة للجعل والتشريع من قبل الشارع المقدس.

(٤) أي في بطلان الزوجية به أيضاً حتى بالنسبة إلى البعض غير المملوك، لأن البُضْع لا يتبعض.

القولين ، للمغايرة كالثمرة . والقائل بدخوله مطلقاً^(١) ينظر إلى أنه كالجزة من الأم .
وفترع عليه عدم جواز استثنائه ، كما لا يجوز استثناء الجزء المعين من الحيوان^(٢) . وعلى
المختار لا تمنع جهالته من دخوله مع الشرط ، لأنه تابع^(٣) ، سواء قال : « بستكتها
وجملها » ، أم قال : و « شرطت لك حملها » ، ولو لم يكن معلوماً وأريد إدخاله
فالعبرة الثانية ونحوها لا غير .

ولو لم يشترطه واحتمل وجوده عند العقد وعدمه فهو للمشتري ، لأصالة عدم
تقدمه^(٤) ، فلو اختلفا في وقت العقد قَدِّمَ قول البائع مع اليمين ، وعدم البيئة
للأصل^(٥) .

والبيض تابع مطلقاً^(٦) ، لا كالحمل كسائر الأجزاء وما يحتويه البطن^(٧) .
(ولو شرط فسقط قبل القبض رجوع) المشتري من الثمن (بنسبته) لفوات بعض
المبيع (بأن يقوم حاملاً ومجهضاً)^(٨) أي مسقطاً ، لا حائلاً للاختلاف ، ومطابقة الأول

(١) كما عن الشيخ وأتباعه . وقوله «مطلقاً» أي مع الشرط وعدمه .

(٢) وأما الجزة المشاع فيجوز استثنائه بلا خلاف .

(٣) وقد تقدم : أنه إذا كان المقصود بالبيع هو المعلوم والمجهول تابعاً صح البيع .

(٤) هذا إذا كان زمان العقد معلوماً ، وذلك لأصالة تأخر الحادث .

(٥) المراد بالأصل هنا هو أصالة تأخر البيع الحادث والمشتري يدعي تقدمه فيكون مدعياً ،
بناءً على ما هو المقرر في تعريف المدعي من أنه هو الذي يدعي خلاف الأصل والبائع
منكراً ، فيقدم قوله مع يمينه .

(٦) سواء شرط أم لا .

(٧) أي كما أن سائر الأجزاء وما يحتويه البطن تابع للمبيع ولا يحتاج إلى الشرط فكذلك
البيض .

(٨) الإجهاض : إسقاط الولد قبل وقت ولادته . أي يقوم حاملاً ومجهضاً لا حائلاً .

للواقع ، ويرجع بنسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن .
 (ويجوز إبتياح جزء مشاع من الحيوان) كالنصف والثلث (لا معين) كالرأس
 والجلد ، ولا يكون شريكاً بنسبة قيمته على الأصح ، لضعف مستند الحكم
 بالشركة^(١) وتحقق الجهالة ، وعدم القصد إلى الإشاعة ، فيبطل البيع بذلك ، إلا أن
 يكون مذبوحاً أو يُراد ذبحه ، فيقوى صحة الشرط^(٢) .

[أحكام شراء المملوكة]

(ويجوز النظر إلى وجه المملوكة إذا أراد شراءها ، وإلى محاسنها) وهي مواضع
 الزينة - كالكفين ، والرجلين ، والشعر - وإن لم يأذن المولى . ولا تجوز الزيادة عن
 ذلك إلا بإذنه ، ومعه يكون تحليلاً يتبع ما دلّ عليه لفظه حتى العورة . ويجوز مسّ ما
 أبيح له نظره مع الحاجة . وقيل : يباح له النظر إلى ما عدا العورة بدون الإذن ، وهو

٥ للاختلاف بين الإسقاط وعدم الحمل رأساً ، حيث أن الإجهاض عيب موجب للأرض ،
 ولطابقة الأول - وهو كونه مجهضاً - للواقع بخلاف كونه حاملاً .
 محضل المسألة - كما أوضحه بعض المحققين من المحشين - هو : أنه لما فرض اشتراط الحمل
 للمشتري كان المبيع هو المجموع من الحامل وحمله ، فبعد الإجهاض حصل في المبيع نقص
 من وجهين : أحدهما ذهاب الحمل الذي كان شرطاً ، ثانيهما الإجهاض الذي هو عيب
 وربما يوجب نقصان القيمة . فيلزم أن يقوم حاملاً مع كون الحمل للمشتري وأن يقوم
 بمجردة عن الحمل مع انصافها بالإجهاض ، ويرجع المشتري على البائع بالتفاوت بين
 القيمتين .

(١) وعن الشيخ وجماعة الجواز ، استناداً إلى رواية السكوني [الوسائل ، الباب ٢٢ من أبواب
 بيع الحيوان ، الحديث ٢] .

(٢) وذلك لأنه لا يُعتبر فيه الوزن قبل سلخ جلده ، بل يكفي المشاهدة في رفع الجهل بمقداره .

بعيد.

(ويُستحب تغيير اسم المملوك عند شرائه) أي بعده، وقوى في الدروس اطراده في الملك الحادث مطلقاً^(١)، (والصدقة عنه بأربعة دراهم) شرعية (وإطعامه) شيئاً (حلواً).

(ويكره وطء) الأمة (المولودة من الزنا بالملك أو بالعقد)، للنهي عنه في الخبر^(٢)، معللاً بأن ولد الزنا لا يفلح، وبالعار. وقيل: يحرم بناءً على كفره، وهو ممنوع^(٣).
(والعبد لا يملك) شيئاً مطلقاً على الأقوى، عملاً بظاهر الآية^(٤). والأكثر على أنه يملك في الجملة، فقليل: فاضل الضريبة، وهو مروى^(٥). وقيل: أرش الجنائية^(٦).

(١) أي اطراد استحباب تغيير اسم المملوك مطلقاً، سواء كان تملكه شراء أو غيره من أسباب الملك.

(٢) [الوسائل، الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ٣].

(٣) وذلك لحديث القطرة، ولما دلّ من الأخبار الكثيرة على صيرورة المكلف بإقراره بالشهادتين وتدينه بها مسلماً، وكذا لا دليل على حرمة وطء الكافرة.

قال في الدروس: ويكره وطء ابنة الزنا بالملك أو العقد مخافة العار، والعقد أشدّ كراهة من الملك، وحرّمه ابن ادریس بناءً على كفر ولد الزنا وتحريم الكافرة. وفي المقدمتين منع.

(٤) وهو قوله تعالى «عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء» الآية [التحل، الاية: ١٧٥].

(٥) وهي ما يؤدي العبد إلى سيده من الخراج المقدّر عليه، فالضريبة عبارة عن جعل المولى على عبده كل شهر أو سنة مثلاً مقدّراً معيّناً من المال بأن يدفعه إليه، فالزائد على المقدار المذكور يكون للعبد، ويُسمى فاضل الضريبة [الوسائل، الباب ٩ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١].

(٦) وهو ما إذا جنى على العبد بما يوجب الأرض، فإن أرش الجنائية له لا لمولاه على هذا القول.

وقيل : ما ملكه مولاه معها^(١). وقيل : مطلقاً^(٢)، لكنه محجور عليه بالرق، استناداً إلى أخبار^(٣) يمكن حملها على إباحة تصرفه^(٤) في ذلك بالإذن جمعاً.

وعلى الأول (فلو اشتراه ومعه مال فللبائع) لأن الجميع مال المولى، فلا يدخل في بيع نفسه، لعدم دلالة عليه (إلا بالشرط، فيراعى فيه شروط المبيع) من كونه معلوماً لها، أو ما في حكمه^(٥)، وسلامته من الربا، بأن يكون الثمن مخالفاً لجنسه الربوي أو زائداً^(٦) عليه، وقبض مقابل الربوي في المجلس^(٧) وغيرها.

(ولو جعل العبد) لغيره (جُعلاً على شرائه لم يلزم)^(٨)، لعدم صحة تصرفه

(١) أي يملك ما ملكه مولاه مع فاضل الضريبة وأرض الجناية. وهذا القول مقابل للقولين الأولين، حيث إن القول الأول ملك فاضل الضريبة خاصة والثاني ملك أرض الجناية خاصة.

(٢) أي يملك مطلقاً كسائر الناس.

(٣) [الوسائل، الباب ٢٤ من أبواب حكم مال المملوك إذا أعتق].

(٤) لا بمعنى ملك رقية المال، بل بمعنى الإذن في التصرف، جمعاً بين الأخبار. ولعل أظهر وجوه الجمع بين الأدلة هو القول بملكيته مطلقاً، ولكنه محجور عليه، فلا يجوز له التصرف إلا باذن المولى. والله العالم.

(٥) كأن يكون تابعاً، قال في الجواهر في هذا المقام: إلا أن يقال إن المال تابع فجهالته لا تمنع صحة البيع.

(٦) فإذا لم يكن زائداً لم يسلم من الربا، إذ ليس في مقابل المملوك حينئذ شيء، بخلاف ما لو كان الثمن زائداً على مال المملوك، فالزائد يقابل المملوك. وهذا واضح.

(٧) أي لو كان بيع الصرف ونحوه مما يعتبر فيه القبض في المجلس وغيرها من شروط البيع.

(٨) هذا بناءً على أنه لا يملك، وعلى القول بملكه أيضاً كذلك، لأنه محجور عليه، فيستوقف جُعله على إجازة المولى.

بالخبر، وعدم الملك. وقيل: يلزم إن كان له مال^(١)، بناءً على القول بملكه، وهو ضعيف.

(ويجب) على البائع (استبراء الأمة قبل بيعها)^(٢) إن كان قد وطئها^(٣) وإن عزل^(٤) (بحيضة، أو مضي خمسة وأربعين يوماً فيمن لا تحيض وهي في سنٍّ من تحيض. ويجب على المشتري أيضاً استبراؤها، إلا أن يخبره الثقة بالاستبراء). والمراد بالثقة العدل، وإنما عُبِّرَ به تبعاً للرواية^(٥)، مع احتمال الإكفاء بمن تسكن النفس إلى خبره. وفي حكم إخباره بالاستبراء إخباره بعدم وطئها. (أو تكون لامرأة) وإن أمكن تحليلها لرجل، لإطلاق النص^(٦). ولا يلحق بهما

(١) أي إن كان له مال وقت الجعل. وهذا القول للشيخ قدس سره، ومستنده - على ما في المسالك - رواية الفضل عن الصادق عليه السلام. ولكن مدلولها أنه جعل للمولاه ليبيعه لا لغيره. ومحل الكلام هو الجعل لأجنبي، وأما المولى فعلى القول بعدم ملك العبد فإله للمولاه، فلا مال له حتى يجعله جعلاً وإن قلنا بملكه ولكنه محجور فحجره زائل برضا المولى، فلا مانع له على هذا القول. وكيف كان فالرواية أجنبية عن مورد البحث. فليتأمل.

(٢) قال في محكي الرياض: بل مطلق الانتقال على الأشهر الأقوى، بل ربما يُستفاد من الخلاف والفنية الاجماع عليه.

(٣) حال بلوغها قبلاً أو دُبُرًا، لإطلاق النصوص، وعن بعض تقييد الوطي بكونه محللاً، بأن كان بعد بلوغها، بدعوى ظهور النصوص والفتاوى في ذلك.

(٤) وذلك لإمكان سبق المني من غير شعوره، ولذلك يلحق به الولد، كما هو مذكور في باب النكاح.

(٥) أي عُبِّرَ بقوله «الثقة» تبعاً للرواية [الوسائل، الباب ٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء، الحديث ١].

(٦) [الوسائل، الباب ٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء].

العَيْن والمَجْبُوب والصغير الذي لا يمكن في حقه الوطء وإن شارك فيما ظن كونه علةً ،
لبطلان القياس^(١) .

وقد يجعل يبيعها من امرأة ثم شراؤها منها وسيلةً إلى إسقاط الإستبراء ، نظراً إلى إطلاق النص ، من غير التفات إلى التعليل بالأمن من وطئها ، لأنها ليست منصورة ، ومنع العلة المستتبطة وإن كانت مناسبة (أو تكون يائسة أو صغيرة أو حائضاً) إلا زمان حيضها وإن بقي منه لحظة^(٢) .

(واستبراء الحامل بوضع الحمل) مطلقاً^(٣) ، لإطلاق النهي عن وطئها في بعض الأخبار حتى تضع ولدها . واستثنى في الدروس ما لو كان الحمل عن زنا فلا حرمة

(١) هذا تعليل لعدم الإلحاق ، ولكن التحقيق أن إلحاق هؤلاء - بل كل من لا يتمكن من الوطئ لكبر أو عروض مرض ونحوه - بالمرأة ، لا للقياس الباطل ، بل لأن الاستفادة من المتفاهم العرفي بحسب المناسبات المغروسة في أذهان العرف في المقام ونحوه هو العلية وأن العلة الكذائية هي مناط الحكم لا القياس . وقد خفي هذا المعنى على كثير ، وقد أشرنا إلى هذا إجمالاً سابقاً في باب الطهارة في منزوحات البئر .

بعبارة أخرى : إن هذه المسألة وأمثالها من قبيل منصوص العلة ، لا من باب الاستنباطات التخيلية والقياس . فليتأمل .

من هذا البيان يُعرف ضعف بعض الحيل الشرعية لإسقاط الإستبراء ، منها ما ذكره قدس سره بقوله «و قد يجعل يبيعها من امرأة» الخ ، لتدراجها حينئذ في أمة المرأة ، نظراً إلى إطلاق النص من غير تعليل .

(٢) هذا دفع لما ربما يُتوهم من عبارة المصنف من جواز وطئها في حال حيضها ، إذ لا استبراء في حال الحيض ، فدفعه بقوله : «إلا زمان حيضها» ، أي يحرم وطئها في زمان حيضها وإن بقي منه لحظة .

(٣) سواء كان من الزنا أم غيره .

له . والأقوى الإكتفاء بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام لحملها ، وكراهة وطئها بعدها إلا أن يكون من زنا فيجوز مطلقاً على كراهية ، جمعاً بين الأخبار الدالّ بعضها على المنع مطلقاً كالسابق^(١) ، وبعض على التحديد بهذه الغاية ، بحمل الزائد على الكراهة . (ولا يحرم في مدة الإستبراء غير الوطء) قبلاً ودبراً من الاستمتاع على الأقوى ، للخبر^(٢) الصحيح . وقيل : يحرم الجميع .

ولو وطئ في زمن الإستبراء أتم وعزّر مع العلم بالتحريم ، ولحق به الولد ، لأنه فراش كوطئها حائضاً . وفي سقوط الإستبراء حينئذ وجه ، لانقضاء فائدته حيث قد اختلط الماءان . والأقوى وجوب الاجتناب بقية المدة ، لإطلاق النهي فيها^(٣) .

ولو وطئ الحامل بعد مدة الإستبراء عزل ، فإن لم يفعل كره بيع الولد ، واستحب له عزل قسط من ماله يعيش به ، للخبر^(٤) معللاً بتغذيته بنطفته ، وأنه شارك في إقامته . وليس في الأخبار تقدير القسط ، وفي بعضها أنه يعتقه ويجعل له شيئاً يعيش به^(٥) ، لأنه غذاه بنطفته .

وكما يجب الإستبراء في البيع يجب في كل ملك زائل وحادث بغيره من العقود ، وبالسبي والإرث ، وقصره على البيع ضعيف^(٦) .

(١) أي الخبر السابق الذكر ، وهو الذي أشار إليه بقوله : لإطلاق النهي عن وطئها في بعض الأخبار .

(٢) [الوسائل ، الباب ٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ، الحديث ١] .
(٣) أي في مدة الإستبراء .

(٤) [الوسائل ، الباب ٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ، الحديث ١] .
(٥) وهو الخبر المذكور آنفاً .

(٦) وجه الضعف : أن العلة المقتضية لوجوب الإستبراء في البيع - وهي العلم باستفراغ

ولو باعها من غير إستبراء أثم وصح البيع وغيره^(١). ويتعين حينئذ تسليمها إلى المشتري ومن في حكمه إذا طلبها، لصيرورتها ملكاً له. ولو أمكن إبقاؤها برضاه مدة الإستبراء - ولو بالوضع في يد عدل - وجب^(٢)، ولا يجب على المشتري الإجابة^(٣).

(ويكره التفرقة بين الطفل والأم قبل سبع سنين)^(٤) في الذكر والأنثى. وقيل:

→ رحمها والإحتياط على الأنساب والتحفظ من اختلاطها - ثابتة في الجميع، فيجب ثبوت الحكم في غير البيع أيضاً.

هذا، ولكن يرد عليه قدس سره سؤال الفرق بين هذا الحكم وبين ما ذكر سابقاً من الحيلة في سقوط الإستبراء، حيث إن العلة المقتضية لثبوت الحكم موجودة هناك أيضاً، مع أنه حكم فيه بسقوط الإستبراء معللاً بمنع العلة. فليتأمل.

(١) أي غير البيع من العقود الناقلة.

(٢) وذلك لاستصحاب وجوب الإستبراء الثابت قبل البيع.

(٣) والظاهر وجوب الإجابة، لوجوب الإستبراء على البائع قبل البيع، فلا وجه لسقوطه. قال في محكي جامع المقاصد: والتحقيق أن يقال: إنه لو باع قبل الإستبراء يكون البيع مراعى، فإن ظهر حمل تبين بطلانه، لأنه من المولى حيث كانت فراشاً، وإلا ثبتت الصحة، فيكون ملكاً للمشتري، فلا يتعين التسليم إليه، بل ولا يجوز استصحاباً لبقاء وجوب الإستبراء. وهذا واضح لا شبهة فيه. انتهى.

(٤) وهذا مما نسب إلى المشهور، ولم أعر على دليل يدل على التحديد بهذه المدة، والأخبار وإن كانت متضاربة ولكن لا تحديد فيها بهذه المدة. ولعل استغناء الطفل لا يحصل إلا ببلوغ هذه المدة كما قيل، وقبل بلوغ المدة المذكورة يتأذى غالباً.

لكن الظاهر: أن التحديد المذكور المنسوب إلى المشهور إنما هو لأجل عدم الفرق عندهم بين حق الحضانة وبين المقام، قال في محكي جامع المقاصد: الذي يقتضيه صحيح النظر الفرق

يكفي في الذكر حولان . وهو أجود ، لثبوت ذلك في حضانة الحره^(١) ، ففي الأمة أولى ، لفقد النص هنا . وقيل : يحرم التفريق في المدة ، لتضافر الأخبار^(٢) بالنهي عنه ، وقد قال ﷺ : « من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته » .

(والتحريم أحوط) بل أقوى . وهل يزول التحريم أو الكراهة برضاها ، أو رضى الأم ؟ وجهان ، أجودهما ذلك^(٣) . ولا فرق بين البيع وغيره على الأقوى^(٤) .

وهل يتعدى الحكم إلى غير الأم من الأرحام المشاركة لها في الاستئناس والشفقة ، كالأخت ، والعمه ، والخالة ؟ قولان ، أجودهما ذلك ، لدلالة بعض الأخبار عليه . ولا يتعدى الحكم إلى الهيمه للأصل ، فيجوز التفرقة بينهما بعد استغنائه عن اللبن مطلقاً^(٥) ، وقبله إن كان مما يقع عليه الزكاة ، أو كان له ما يؤمنه^(٦) من غير لبن أمه .

⇒ بين الذكر والأنثى ، لأن الفرق في حضانة الحره قد وقع ، فجوز التفرقة بعد سنتين في الذكر وبعد سبع في الأنثى على المشهور بين المتأخرين ، فينجر ذلك في الأمة ، لأن حقها لا يزيد على حق الحره .

إلى أن قال : ولأن الأخبار الدالة على عدم جواز التفريق لاحد فيها ، فيحمل إطلاقها على المدة المحرمة بمقتضى الحضانة ، ولهذا قال الشارح قدس سره : وقيل يكفي في الذكر حولان ، وهو أجود - إلى آخر ما قال في المسألة .

(١) أي جواز التفريق بعد مضي حولين .

(٢) [الوسائل ، الباب ١٣ من أبواب بيع الحيوان] .

(٣) أي زوال التحريم .

(٤) لصراحة بعض الأخبار بأن علة الحكم التفريق ، فالعلة موجودة في غير البيع أيضاً .

(٥) أي وإن لم يكن مما يقع عليه الزكاة .

(٦) أي يقوم بكفايته فهو بمؤن ، هكذا في اللغة .

وموضع الخلاف بعد سقي الأم اللبأ، أما قبله فلا يجوز مطلقاً^(١)، لما فيه من التسبب إلى هلاك الولد، فإنه لا يعيش بدونها على ما صرح به جماعة.

. (وهنا مسائل):

(الأولى - لو حدث في الحيوان عيب قبل القبض فللمشتري الرد أو الأرش)، أما الرد فموضع وفاق، وأما الأرش فهو أصح القولين، لأنه عوض عن جزء فائت، وإذا كانت الجملة مضمونة على البائع قبل القبض فكذا أجزاؤها.

(وكذا) لو حدث (في زمن الخيار)^(٢) المختص بالمشتري، أو المشترك بينهما وبين البائع^(٣) أو غيره، لأن الجملة^(٤) فيه مضمونة على البائع أيضاً. أما لو كان الخيار مختصاً بالبائع أو مشتركاً بينهما وبين أجنبي فلا خيار للمشتري - هذا إذا كان التعيب من قبل الله تعالى أو من البائع، ولو كان من أجنبي فللمشتري عليه الأرش خاصة^(٥).

(١) أي سواء كان برضى أم لا، وسواء قلنا بتحريم التفريق أم بكراهته.

(٢) أي وإن كان بعد قبض المشتري.

(٣) ولكن ظاهر المشهور التلف في زمن الخيار المشترك ولو بعد القبض من مال المشتري لا من البائع، كما صرح به في باب القبض من الكتاب، فما ذكره هنا لعله سهو من قلمه الشريف. فليتأمل.

(٤) أي لأن الجملة في زمن الخيار مضمونة على البائع.

(٥) أي فللمشتري على الأجنبي الأرش خاصة دون الرد، فالتخير للمشتري بين الرد وأخذ الأرش من البائع إنما هو فيما لو كان من قبل الله تعالى أو من البائع، وأما إذا كان من أجنبي فله أخذ الأرش منه والتزامه بالبيع أو الرد إلى البائع، فللبائع حينئذ أخذ الأرش من الأجنبي.

ولو كان بتفريط المشتري فلا شيء^(١).

(وكذا) الحكم (في غير الحيوان)، بل في تلف المبيع أجمع^(٢)، إلا أن الرجوع فيه بمجموع القيمة، فإن كان التلف من قِبَل الله تعالى والخيار للمشتري - ولو بمشاركة غيره - فالتلف من البائع، وإلا فمن المشتري. وإن كان التلف من البائع، أو من أجنبي وللمشتري خيار واختار الفسخ والرجوع بالثمن^(٣)، وإلا رجع على المتلف بالمثل^(٤) أو القيمة. ولو كان الخيار للبائع، والمتلف أجنبي، أو المشتري تخيير^(٥)، ورجع على المتلف.

(الثانية - لو حدث) في الحيوان (عيب من غير جهة المشتري في زمن الخيار فله

هذا واضح بقرينة ما ذكره في مبحث القبض في ذيل قول المصنف «بتخير المشتري في الإمساك مع الأرض والفسخ»، حيث قال هنا: ولو كان العيب من قبل الأجنبي فالأرض عليه للمشتري إن التزم للبائع إن فسخ بكلمة «خاصة» في قوله «عليه الأرض خاصة» قيد لضمير «عليه»، يعني على الأجنبي خصوص الأرض إن أراد المشتري الأخذ منه والتزامه بالبائع، وإن فسخ فللبائع أخذ الأرض من الأجنبي، لا قيد للأرض حتى يكون مفاده أنه لا يكون للمشتري الرد بل الأرض خاصة، كما توهمه بعض المحشين.

(١) وذلك لأنه ملكه قد أتلفه بنفسه.

(٢) أي الحكم كذلك لو تلف كل المبيع، ولكن الرجوع فيه بجميع القيمة لا بخصوص الجزء الفائت لو فاتا متدرجاً. ومراده بالقيمة هو الثمن لا القيمة السوقية كما ربما يُتوهم، لأن معنى الفسخ رجوع العوضين الأصليين إلى مالكها.

(٣) أي الرجوع بالثمن على البائع.

(٤) أي وإن لم يختار الفسخ والتزم بالبائع رجع على المتلف بالمثل أو القيمة.

(٥) أي تخيير البائع.

الردّ بأصل الخيار^(١)، لأن العيب الحادث غير مانع منه^(٢) هنا، لأنه مضمون على البائع، فلا يكون مؤثراً في رفع الخيار. (والاقرب جواز الردّ بالعيب أيضاً) لكونه مضموناً.

(وتظهر الفائدة لو أسقط الخيار الأصلي والمشتَرط) فله الردّ بالعيب.

وتظهر الفائدة أيضاً في ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلاثة^(٣) وعدمه، فعلى اعتبار خيار الحيوان خاصةً يسقط الخيار، وعلى ما اختاره المصنف رحمه الله يسبق، إذ لا يتقيد خيار العيب بالثلاثة وإن اشترط حصوله في الثلاثة فما قبلها^(٤)، وغايته ثبوته فيها بسببين، وهو غير قادح، فإنها^(٥) معروفة يمكن اجتماع كثير منها في وقت واحد، كما في خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن، إذا اجتمعت في عين واحدة قبل التفريق.

(وقال الفاضل نجم الدين أبو القاسم) جعفر بن سعيد رحمه الله (في الدرس) على ما نُقل عنه^(٦): (لا يردّ إلا بالخيار. وهو ينافي حكمه في الشرائع بأن الحدث) الموجب

(١) أي بأصل الخيار مطلقاً، سواء الخيار المختص بالشرعي أو المشترك بينه وبين البائع أو غيره، أو خيار ثلاثة الحيوان وغيرها.

(٢) أي غير مانع من الردّ في زمن الخيار لو حدث من غير جهة المشتري.

(٣) أي بعد انقضاء ثلاثة أيام، لأن خيار الحيوان ثلاثة أيام.

(٤) أي وإن اشترط حصول العيب في الثلاثة فما قبل الثلاثة، وهو ما قبل العقد.

(٥) أي الأسباب الشرعية معروفة لا علل حقيقية، وقد ذكرنا معنى المَعْرِفَات في مسألة عدم إمكان بقاء الزوجية مع الملك في بيع الحيوان عند قول الشارح: ويضعف بأن علل الشرع معروفة.

(٦) هذا دفع يتوهم من قول المصنف قدس سره، وقال الفاضل في الدرس: إنه سمع منه

لنقص الحيوان (في الثلاثة من مال البائع) وكذا التلف (مع حكمه) فيما بعد ذلك بلا فصل (بعدم الأرض فيه)، فإنه إذا كان مضموناً على البائع كالجمله لزمه الحكم بالأرض^(١)، إذ لا معنى لكون الجزء مضموناً إلا ثبوت أرضه، لأن الأرض عوض الجزء الفائت، أو التخيير بينه وبين الرد، كما أن ضمان الجمله يقتضي الرجوع بمجموع عوضها وهو الثمن.

والأقوى التخيير بين الرد والأرض كالمتقدم^(٢)، ولاشتراكهما^(٣) في ضمان البائع وعدم المانع من الرد، وهو المنقول عن شيخه نجيب الدين بن نما رحمه الله .
ولو كان حدوث العيب بعد الثلاثة منع الرد بالعيب السابق، لكونه^(٤) غير مضمون على البائع مع تغير المبيع^(٥)، فإن ردّه مشروط ببقائه على ما كان، فيثبت في

ج شفاهاً، مع أنه لم يعاصره على ما هو المذكور في التاريخ. ومحصل هذا الكلام: أن حكمه في الشرائع يكون النقص أو التلف من مال البائع يلزمه الحكم بالأرض، إذ لا معنى لكونه من مال البائع إلا ثبوت الأرض أو التخيير بينه وبين الرد، فقله في الدروس «لا يرد إلا بالخيار» ينافي ما في الشرائع، وعبارة شرائع أيضاً ينافي بعضها بعضاً، لأن عدم الأرض ينافي كون التلف من مال البائع.

(١) أي لزمه الحكم بالأرض تعييناً أو تخييراً بينه وبين الرد.
(٢) أي كالعيب المتقدم على البيع والقبض إذا ظهر بعد القبض، فإنه يوجب التخيير. ويحتمل أن يكون المراد كالمتقدم ذكره، وهو العيب المتقدم المذكور حكمه في المسألة الأولى، وهو الحادث قبل القبض وفي زمن الخيار. وكيف كان فالحكم واحد.

(٣) أي لاشتراك العيب قبل القبض والعيب في زمن الخيار في ضمان البائع.
(٤) أي لكون العيب الحادث بعد الثلاثة غير مضمون على البائع.

(٥) هذا تعليل للحكم بمنع الرد بالعيب السابق، فإن جواز ردّه مشروط بعدم تغيره وبقائه على ما كان، فلو لم يبق على ما كان يثبت بالعيب السابق الأرض خاصة.

السابق الأرض خاصة .

(الثالثة - لو ظهرت الأمة مستحقة فأغرم) المشتري (الواطىء العشر)^(١) إن كانت بكرأ (أو نصفه) إن كانت ثيباً ، لما تقدم من جواز رجوع المالك على المشتري - عالماً كان أم جاهلاً - بالعين ، ومنافعها المستوفاة وغيرها ، فإن ذلك هو عوض بضع الأمة ، للنص^(٢) الدال على ذلك .

(أو مهر المثل) لأنه القاعدة الكلية في عوض البضع بمنزلة قيمة المثل في غيره ، واطراحاً للنص الدال على التقدير بالعشر أو نصفه . وهذا التردد توقّف من المصنف في الحكم ، أو إشارة إلى القولين ، لا تخيير بين الأمرين . والمشهور منها الأول ، (و) أغرم (الأجرة) عما استوفاه من منافعها ، أو فاتت تحت يده .

(وقيمة الولد) يوم ولادته ولو كان قد أحبلها وولده حياً (رجع بها) أي بهذه المذكورات بجمع (على البائع مع جهله) بكونها مستحقة ، لما تقدم^(٣) من رجوع المشتري الجاهل بفساد البيع على البائع بجميع ما يغرمه .

والغرض من ذكر هذه هنا التنبيه على مقدار ما يرجع به مالك الأمة على مشتريها الواطىء لها مع استيلاها . ولا فرق في ثبوت العقر^(٤) بالطوء بين علم الأمة بعدم صحة البيع وجهلها على أصح القولين ، وهو الذي يقتضيه إطلاق العبارة ، لأن ذلك حق للمولى ولا «تزر وأزرة وزر أخرى» ، ولا تصير بذلك أم ولد ، لأنها في نفس الأمر ملك غير الواطىء .

(١) أي العشر من ثمنها ، أي القيمة السوقية ، لا الثمن المستمى . فتأمل .

(٢) [الوسائل ، الباب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ، الحديث ١] .

(٣) أي تقدّم في بيع الفضولي .

(٤) المراد بالعقر ما يؤخذ بعوض البضع من مهر المثل أو العشر أو نصف العشر .

وفي الدروس لا يرجع عليه بالمهر إلا مع الإكراه^(١)، استناداً إلى أنه لا مهر لبغيّ .
ويضعّف بما مر ، وأن المهر المنفي مهر الحرة بظاهر الاستحقاق^(٢) ونسبة المهر ، ومن
ثم يُطلق عليها^(٣) المهيّرة .

ولو نقصت بالولادة ضمن نقصها مضافاً إلى ما تقدم ، ولو ماتت ضمن القيمة .
وهل يضمن مع ما ذكر أرش البكارة لو كانت بكراً ، أم يقتصر على أحد
الأميرين^(٤)؟ وجهان ، أجودهما عدم التداخل ، لأن أحد الأمرين عوض الوطء
وأرش البكارة عوض جنائية ، فلا يدخل أحدهما في الآخر .

ولو كان المشتري عالماً باستحقاقها^(٥) حال الانتفاع لم يرجع بشيء ، ولو علم مع
ذلك بالتحريم كان زانياً والولد رقّ ، وعليه المهر مطلقاً^(٦) فلو اختلف حاله - بأن كان
جاهلاً عند البيع ثم تجدد له العلم - رجع بما غرمه حال الجهل وسقط الباقي .

-
- (١) أي لا يرجع المالك على المشتري إلا مع إكراه المشتري للأمة في الوطي .
(٢) أي معنى قوله ﷺ « لا مهر لبغيّ » أنها لا تستحق المهر ، إذ مفاد اللام هو الإستحقاق ، فهذا
الإستحقاق منفي عن البغي . وظاهر الإستحقاق أنه حق لها إذا لم تكن بغية ، مع أن الأمة لا
حق لها أصلاً ، فيكون المهر المنفي هو مهر الحرة بقرينة ظاهر الاستحقاق ونسبة المهر إليها .
(٣) أي على الحرة بخلاف الأمة .
(٤) وهو العشر أو مهر المثل .
(٥) أي باستحقاق الأمة للغير حال انتفاعه بها لم يرجع إلى البائع بشيء ، لأنه لم يكن مفزوراً
من قبله .

- (٦) أي سواء كان زانياً أم لا . ولا يخفى أن خصوص ذكر المهر مع ما سبق من المصنف من
الترديد بينه وبين العشر أو نصفه لعله للإكتفاء بذكر أحد القولين ، والمراد أن عليه المهر أو
العشر أو نصفه أو أراد بالمهر المعنى الأعم ، وهو العقر هنا . فليتأمل .

(الرابعة - لو اختلف مولى مأذون) وغيره^(١) (في عبد أعتقه المأذون عن الغير، ولا بيئته لمولى المأذون ولا لغير (حلف المولى) أي مولى المأذون واسترق العبد المعتق، لأن يده على ما يبيد المأذون، فيكون قوله مقدماً على من خرج عند عدم البيئته.

(ولا فرق بين كونه) أي العبد الذي أعتقه المأذون (أباً للمأذون أولاً) وإن كانت الرواية^(٢) تضمنت كونه أباه، لا اشتراكها في المعنى المقتضي لترجيح قول ذي اليد. (ولا بين دعوى مولى الأب شراءه من مال) بأن يكون قد دفع للمأذون مالا يتجر به فاشترى أباه من سيده بماله^(٣) (وعدمه)، لأنه على التقدير الأول يدعي فساد البيع ومدعي صحته مقدّم، وعلى الثاني خارج، لمعارضة يده القديمة يد المأذون الحادثة فيقدم^(٤)، والرواية تضمنت الأول^(٥).

(١) أي لو اختلف مولى عبد مأذون من قبل مولاه وغيره للتجارة في عبد أعتقه المأذون عن الغير ووقع التخاصم والتنازع بين مولى المأذون ومولى المعتق. توضيح هذه المسألة: انه مثلاً لو أذن المولى لعبد البيع والشراء، فدفع شخص إلى ذلك العبد المأذون مالا ليشتري به عبداً ويعتق عن الدافع، فالمأذون اشترى عبداً وأعتقه عنه، فإذا لم يكن بيئته حلف مولى المأذون واسترق العبد المعتق، أي المعتق بحسب الدعوى لا المعتق في الواقع، إذ المعتق الواقعي لا يجوز استرقاقه. ووجه تقديم قول مولى المأذون: أنه هو ذو اليد في الواقع، لأن يده على يد المأذون، ولا اعتبار ليد المأذون فهو داخل، فقوله مقدّم على من خرج، كما تقدم في باب القضاء.

(٢) أي الرواية الآتي ذكرها.

(٣) أي بأن دفع مولى الأب للمأذون مالا يتجر به فاشترى أباه من سيده بمال السيد.

(٤) أي معارضة يد مولى الأب يد المأذون، فيقدم يد المأذون لتأخرها.

(٥) أي تضمنت دعوى مولى الأب شراءه من ماله.

(ولابّين استجاره على حج وعدمه)، لأن ذلك لا مدخل له في الترجيح، وإن كانت الرواية تضمنت الأول.

والأصل في هذه المسألة رواية على بن أشيم^(١) عن الباقر^(ع): في من دفع إلى مأذون ألفاً ليعتق عنه نسمة ويحج عنه بالباقي، فأعتق أباه وأحجبه بعد موت الدافع، فادعى وارثه ذلك، وزعم كل من مولى المأذون ومولى الأب أنه اشتراه بماله. فقال: إن الحجة تمضي ويردّ رقاً لمولاه حتى يقيم الباقرن بيّنة.

وعمل بمضمونها الشيخ ومن تبعه، ومال إليه في الدروس، والمصنف هنا، وجماعة أطرحوا الرواية^(٢)، لضعف سندها، ومخالفتها لأصول المذهب^(٣) في ردّ العبد

(١) الرواية نقلها الشارح قدس سره بالمعنى اختصاراً، والرواية على ما في الوسائل الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان هكذا: محمد بن الحسن بن، بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن ابن محبوب، عن صالح بن رزين، عن ابن أشيم، عن أبي جعفر^(ع) عن عبد لقوم مأذون له في التجارة، دفع إليه رجل ألف درهم فقال: إشتريها نسمة وأعتقها عني وحجّ عني بالباقي، ثم مات صاحب الألف، فانطلق العبد فاشتري أباه فأعتقه عن الميت ودفع إليه الباقي يحج عن الميت، فحج عنه وبلغ ذلك موالى أبيه ومواليه وورثة الميت جميعاً، فاختصموا جميعاً في الألف، فقال موالى العبد المعتق: إنما اشتريت أباك بمالنا، وقال الورثة: إنما اشتريت أباك بمالنا، وقال موالى العبد: إنما اشتريت أباك بمالنا. فقال أبو جعفر^(ع): أما الحجة فقد مضت بما فيها لا تردّ، وأما المعتق فهو ردّ في الرق لموالى أبيه، وأيّ الفريقين بعد أقاموا البيّنة على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقاً.

إنما نقلنا الرواية بطولها ليتضح موضوع المسألة، وأن المراد بقوله «وَيُرَدُّ رَقاً لمولاه» إنما أريد مولى الأب لا مولى المأذون كما احتمل بعض المحشين، لأنه مخالف لمضمون الرواية كما هو واضح. وكيف كان فعمل بمضمونها الشيخ ومن تبعه، ومال إليه في الدروس.

(٢) أي والمصنف هنا - أي في هذا الكتاب - وجماعة أطرحوها ولم يعلموا بمضمونها، بل

إلى مولاه مع اعترافه ببيعه ودعواه فساد ، ومدعى الصحة مقدّم ، وهي مشتركة بين الآخرين^(٤) ، إلا أن مولى المأذون أقوى يداً فيقدّم .

واعتذر في الدروس عن ذلك^(٥) : بأن المأذون بيده مال لمولى الأب وغيره ، ويتصادم الدعاوي المتكافئة يرجع إلى أصالة بقاء الملك على ماله ، قال^(٦) : ولا تعارضه فتراهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد ، لأنها مشتركة بين متقابلين^(٧) متكافئين فتساقطا .

وفيها نظر^(٨) ، لمنع تكافؤهما ، مع كون من عدا مولاه خارجاً ، والداخل مقدّم فسقطا دونه ولم يتم الأصل^(٩) . ومنه يظهر عدم تكافؤ الدعويين الآخرين ، لخروج

ج . عملوا على طبق القواعد العامة من تقديم قول ذي اليد وغيره مما ذكره المصنف وشرحه الشارح قدس سره ، كما سمعت .

(٣) أي قواعده ، حيث إن قول مدعي الصحة مقدّم على قول مدعي الفساد ، كما هو محرّر في باب القضاء .

(٤) أي دعوى الصحة وإن كانت مشتركة بين الآخرين مولى المأذون ووارث الدافع المعق عنه ، لكن مولى المأذون أقوى يداً فيقدّم .

(٥) أي عن ردّ العبد إلى مولاه الأصلي . وحاصل الاعتذار : أن المأذون ذو يدٍ على مال المولى وغيره ، ولا وجه لتقديم بعضها على الآخر ، والدعاوي متكافئة ، ولا ترجيح في البين ، فالمرجع حينئذٍ أصالة بقاء الملك على ماله .

(٦) أي قال في الدروس .

(٧) هما مولى المأذون وورثته المعق عنه .

(٨) أي في قوله : ويتصادم الدعاوي المتكافئة ، وقوله : لأنها مشتركة بين متقابلين .

(٩) أي أصالة بقاء الملك .

الآمر^(١) وورثته عما في يد المأذون التي هي بمنزلة يد سيده، والخارجة لا تكافئ الداخلة فتقدّم. وإقرار المأذون بما في يده لغير المولى غير مسموع^(٢)، فلزم اطراح الرواية. ولا شتمها على مضي الحج، مع أن ظاهر الأمر حجه بنفسه^(٣) ولم يفعل، وبجامعة^(٤) صحة الحج لعوده رقاً وقد حج بغير إذن سيده، فما اختار هنا أوضح. ونبّه بقوله: «ولا بين دعوى مولى الأب شراء من ماله وعدمه»، على خلاف الشيخ ومن تبعه، حيث حكوا بما ذكر^(٥) مع اعترافهم بدعوى مولى الأب فساد البيع. وعلى خلاف العلامة حيث حملها على إنكار مولى الأب البيع لا فساده، هرباً^(٦) من تقديم مدعي الفساد، والتجاء إلى تقديم منكر بيع عبده. وقد عرفت ضعف تقديم مدعي الفساد. ويضعف الثاني^(٧) بمنافاته لمنطوق الرواية الدالة على دعوى كونه اشترى بماله.

هذا كله مع عدم البيّنة، ومعها تقدّم إن كانت لواحد، وإن كانت لاثنتين أو

(١) أي الأمر بالعتق.

(٢) هذا في صورة تكذيب المولى وعدم إجازته للتجارة لغيره، كما هو فرض المسألة ظاهر.

(٣) أي مع ظاهر الأمر أن يحجّ بنفسه لا أن يُحجّ أباه، ولم يفعل ما أمره الأمر.

(٤) أي ولا شتمها على بجامعة صحة الحج في حال كونه رقاً مع عدم إذن سيده مع أنه غير صحيح، وغير ذلك من موجبات طرح الرواية.

(٥) أي حكوا بمضمون الرواية مع اعترافهم بدعوى مولى الأب فساد البيع.

(٦) أي حمل العلامة الرواية على إنكار البيع لا فساده حتى يوجب مخالفتها للأصول، بناءً على تقديم مدعي الفساد. وقد عرفت ضعف تقديم مدعي الفساد، وأن مدعي الصحة - وهو مولى المأذون - مقدّم، لأنه أقوى يداً كما تقدم.

(٧) وهو قول العلامة.

للجميع بني على تقديم بيّنة الداخل أو الخارج عند التعارض ، فعلى الأول^(١) الحكم كما ذكر ، وعلى الثاني^(٢) يتعارض الخارجان . ويقوى تقديم ورثة الأمر^(٣) بمرجح الصحة .

واعلم أن الاختلاف يقتضي تعدّد 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^(٤) بعد شراء كل منهما صاحبه في الأسبق) منهما ليظل بيع المتأخر ، لبطان الإذن بزوال الملك (ولا بيّنة) لها ، ولا لأحدهما بالتقدم (قيل : يُقرع) والقائل بها مطلقاً^(٥) غير معلوم ، والذي نقله المصنف وغيره عن الشيخ القول بها مع تساوي الطريقين ، عملاً برواية وردت بذلك^(٦) ، وقيل بها مع اشتباه السبق أو السابق^(٧) .

(وقيل : يمسح الطريق) التي سلكتها كل واحد منهما إلى مولى الآخر^(٨) ، ويحكم

(١) أي تقديم الداخل .

(٢) أي وعلى الثاني - وهو تقديم الخارج - يتعارض الخارجان مولى الأب والدافع المعق عنه .

(٣) لا مولى الأب ، لادعائه فساد البيع .

(٤) أي المأذونان للتجارة .

(٥) أي سواء تساوى الطريقان أم لا .

(٦) [الوسائل ، كتاب التجارة ، أبواب بيع الحيوان ، الباب ١٨ ، الحديث : ٢] .

(٧) أي بأن لا يُعلم تحقّق السبق ، أو يُعلم تحقّق السبق في الجملة ولكن لا يُعلم أيها السابق . وهذا القول محكي عن العلامة في المختلف .

(٨) كما هو مضمون رواية أبي خديجة عن أبي عبد الله عليه السلام ، قال في رجلين مملوكين مفوّض

بالسبق لمن طريقه أقرب مع تساويهما في المشي، فإن تساويها بطل البيعان، لظهور الاقتران^(١).

هذا إذا لم يميز الموليّان (ولو أجزى عقدهما فلا إشكال) في صحتها^(٢).
(ولو تقدّم العقد من أحدهما صح خاصةً) من غير توقف على إجازة (إلا مع إجازة الآخر)، فيصح العقدان، ولو كانا وكيلين صحاً معاً.

والفرق بين الإذن والوكالة: أن الإذن ما^(٣) جعلت تابعة للملك، والوكالة ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقاً^(٤)، والفارق بينهما مع اشتراكهما في مطلق الإذن: إما تصريح المولى بالخصوصيتين، أو دلالة القرائن عليه. ولو تجرد اللفظ عن القرينة لأحدهما فالظاهر حمله على الإذن، لدلالة العرف عليه.

واعلم أن القول بالقرعة مطلقاً لا يتم في صورة الاقتران، لأنها لإظهار المشتبه،

⇒ إليها يشترتان ويبعان 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 مكانهما، وتشبّث كل منهما بصاحبه وقال له: أنت عبدي قد اشتريتك من سيدك. قال: يحكم بينهما من حيث افترقا بذرع الطريق، فأسيما كان أقرب فهو الذي سبق الذي هو أبعد، وإن كانا سواء فهما ردا على مولاها جاء سواء وافترقا سواء - إلى آخر الرواية.

(١) حيث إن تساويهما في الطريق والمشي موجب لظهور الاقتران به.

(٢) ولو كانا مقترنين.

(٣) كلمة «ما» موصوفة أو موصولة خبر لأن، وتأتيها باعتبار المعنى، أي أن الإذن خصلة جعلت تابعة للملك.

(٤) أي من غير تقييد بتبعته للملك حتى يزول بزواله.

ولا اشتباه حينئذ . وأولى بالمنع تخصيصها بهذه الحالة^(١) . والقول بمسح الطريق مستند إلى رواية^(٢) ليست سليمة الطريق . والحكم للسابق مع علمه^(٣) لا إشكال فيه . كما أن القول بوقوعه مع الاقتران كذلك^(٤) ، ومع الاشتباه بتجه القرعة ، ولكن مع اشتباه السابق يُستخرج برقتين^(٥) لاخراجه ، ومع اشتباه السبق والاقتران ينبغي ثلاث رقع في إحداها الاقتران^(٦) ليحكم بالوقوف معه^(٧) .

هذا إذا كان شراؤها لمولاهما ، أما لو كان لأنفسهما - كما يظهر من الرواية^(٨) - فإن أحلنا ملك العبد بطلا ، وإن أجزأه صح السابق وبطل المقارن واللاحق حتماً ، إذ لا يُتصور ملك العبد لسيده^(٩) .

(السادسة - الأمة المسروقة من أرض الصلح لا يجوز شراؤها) لأن مال أهلها محترم به^(١٠) (فلو اشتراها) أحد من السارق (جاهلاً) بالسرقة أو الحكم (ردّها) على بائعها (واستعاد ثمنها) منه ، (ولو لم يوجد الثمن) بأن أعسر البائع ، أو امتنع عن ردّه

(١) كما هو المحكي عن الشيخ في النهاية .

(٢) وهي الرواية السابقة .

(٣) أي مع معلوميته .

(٤) أي وقوفه على الإجازة .

(٥) يُكتب في إحداها « السابق » وفي الأخرى « المسبوق » ، ويخرج على اسم المأذونين .

(٦) وهي الثالثة .

(٧) أي مع الاقتران على الإجازة .

(٨) حيث فيها : قال له أنت عبيدي .

(٩) وذلك لأنه إذا صح الشراء اللاحق يصير العبد مالكاً لسيده . وفي صورة الاقتران يلزم أن يكون كل واحد منهما عبداً وسيداً له ، وكلاهما غير معقول .

(١٠) أي محترم بالصلح .

ولم يمكن إجباره، أو بغير ذلك من الأسباب^(١) (ضاح) على دافعه. (وقيل: تسعى) الأمة (فيه) لرواية^(٢) مسكين السمان عن الصادق عليه السلام.

ويضعف بجهاالة الراوي، ومخالفة الحكم للأصول، حيث أنها ملك للغير، وسعيها كذلك، ومالكها^(٣) لم يظلمه في الثمن فكيف يستوفيه من سعيها؟ مع أن ظالمه^(٤) لا يستحقها ولا كسبها، ومن تمّ نسبه المصنف إلى القول، تمريضاً له.

ولكن يشكل حكمه بردها، إلا أن يحمل ردّها على مالكها لا على البائع، طرْحاً للرواية الدالة على ردّها عليه. وفي الدروس استقرب العمل بالرواية المشتملة على ردّها على البائع واستسعائها في ثمنها لو تعذّر على المشتري أخذه من البائع ووارثه مع موته.

واعتذر عن الردّ إليه بأنه تكليف له ليردها إلى أهلها^(٥)، إما لأنه سارق، أو لأنه ترتبت^(٦) يده عليه، 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.

(١) كما لو مات البائع وأنكر الوارث ونحو ذلك.

(٢) الوسائل، كتاب التجارة أبواب بيع الحيوان، الباب ٢٣، الحديث [١].

(٣) أي ومالك الأمة لم يظلم المشتري في الثمن، فكيف يستوفيه من سعي الأمة؟

(٤) أي مع أن ظالم المشتري - وهو البائع - لا يستحقها ولا كسبها.

(٥) لأن الحكم على البائع بالردّ أوجب ومخاطبته ألزم، خصوصاً مع بُعد أرض الصلح.

(٦) أي إما لأن البائع هو السارق أو ترتبت يده على يد السارق، بأن اشتراه منه مثلاً ثم باعه من المشتري.

ولا يخفى أن مثل ذلك لا يصلح لتأسيس مثل هذا الحكم، وتقريبه^(١) للنص إنما يتم لو كانت الرواية مما تصلح للحجية، وهي بعيدة عنه. وتكليف البائع بالرد لا يقتضي جواز دفعها إليه كما في كل غاصب. وقدم يده لا أثر له في هذا الحكم، وإلا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد إليه، وهو باطل. 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 يُستوفى من ماله^(٢)؟ وينتقض بمال أهل الذمة، فإن تحريره عارض ولا يرجح عليه مال المسلم المحترم بالأصل عند التعارض.

والأقوى إطراح الرواية بواسطة «مسكين»، وشهرتها لم تبلغ حدَّ وجوب العمل بها، وإنما عمل بها الشيخ على قاعدته^(٣)، واشتهرت بين أتباعه، وردّها المستنبطون لمخالفتها للأصول.

والأقوى وجوب رد المشتري لها على مالكةا، أو وكيله، أو وارثه، ومع التعذر على الحاكم. وأما الثمن فيطالب به البائع مع بقاء عينه مطلقاً^(٤)، ومع تلفه إن كان المشتري جاهلاً بسرقتها، ولا تستسعي الأمة مطلقاً^(٥).

(السابعة - لا يجوز بيع عبد من عبيدين) من غير تعيين، سواء كانا متساويين في

(١) أي توجيه المصنف للنص الدالّ على الحكم إنما يصح لو كان صالحاً للاستناد، وليس كذلك.

(٢) أي من مال المولى.

(٣) وهي العمل بالرواية الضعيفة إذا حصل الوثوق في الجملة ولو كان الراوي مجهول الحال.

(٤) أي سواء كان عالماً بالسرقة أو جاهلاً.

(٥) أي سواء كان المشتري عالماً أم جاهلاً.

القيمة والصفات أم مختلفين، لجهالة المبيع المقتضية للبطلان (ولا) بيع (عبيد) كذلك، للعلة^(١). وقيل: يصح مطلقاً^(٢)، استناداً إلى ظاهر رواية^(٣) ضعيفة. وقيل: يصح مع تساويها من كل وجه، كما يصح بيع قفيز من صبرة متساوية الأجزاء. ويضعف بمنع تساوي العبدین على وجه يلحق بالمثل، وضعف الصحة مطلقاً^(٤) واضح. (ويجوز شراؤه) أي شراء العبد (موصوفاً) على وجه ترتفع الجهالة (سَلَمًا)، لأن ضابط المسلم فيه ما يمكن ضبطه كذلك، وهو منه كغيره من الحيوان إلا ما يُستثنى^(٥)، (والأقرب جوازه) موصوفاً (حالاً) لتساويها^(٦) في المعنى المصحح للبيع (فلو) باعه عبداً كذلك (ودفع إليه عبيدين للتخير) أي ليتخير ما شاء منها (فأبقى 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^(٧) - ضمن هنا، لأنه في معناه، إذ الخصوصية ليست لقبض السوم، بل لعموم قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(٨)، وهو مشترك بينهما. وإن قلنا بعدم ضمانه لكونه مقبوضاً

(١) أي من غير تعيين للعلة المذكورة، وهي جهالة المبيع.

(٢) أي سواء تساوي من كل وجه أم لا.

(٣) [الوسائل، الباب ١٦ من أبواب بيع الحيوان، الحديث ١].

(٤) مطلقاً قيد للصحة، أي الصحة على الإطلاق حتى في غير المتساوي، وضعفه واضح لخالفه الأصول والقواعد.

(٥) ويأتي في باب السلف عدم جوازه في الجارية الحامل، لجهالة الحمل وعدم إمكان وصفه.

(٦) أي تساوي الحال والسَلَم.

(٧) وعن المحقق الأردبيلي: الذي يظهر من كلامهم عدم الخلاف في أن المقبوض بالسوم مضمون.

(٨) المغني لابن قدامة، المجلد ١٥ صفحة ١٩٨ كتاب الغصب، طبعة مصر.

بإذن المالك والحال أنه لا تفريط ، فيكون كالدعوى لم يضمن هنا . بل يمكن عدم الضمان هنا وإن قلنا به ثمة ، لأن المقبوض بالسوم مبيع بالقوة ، أو مجازاً بما يؤول إليه^(١) ، وصحيح المبيع وفاسده مضمون .

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 دفعهما للتخبر حصوله^(٢) فيها ، فيكون بمنزلة المبيع حيث أنه منحصر فيها ، فالحكم هنا بالضمان أولى منه^(٣) .

(المروى)^(٤) عن الباقر عليه السلام بطريق ضعيف ، ولكن عمل به الأكثر (اخصار حقه فيها) على سبيل الإشاعة ، لا كون حقه أحدهما في الجملة (وعدم ضمانه) أي الآبق (على المشتري ، فينسخ نصف المبيع) تزيلاً 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 وتساويهما في القيمة .

(١) ويمكن الفرق بينها بابتداء الأول على كون المبيع حقيقة في القدر المشترك بين المبيع بالقوة وبالفعل . وهذا بخلاف الثاني ، فإنه مبني على التجوز . وإلا أطلق المبيع على المقبوض بالسوم مجازي ، سواء قلنا بأن المقبوض بالسوم مبيع بالقوة أو مجازاً بما يؤول إليه . فليتأمل .

(٢) أي حصول المبيع فيها ، وفي نسخة «حصر له فيها» أي حصر للبيع فيها .

(٣) أي من المقبوض بالسوم .

(٤) أي إلا الرواية التي أشار الشارح إليها في صدر عنوان المسألة بقوله : استناداً إلى رواية ضعيفة .

ووجه انحصار حقه فيها^(١) كونه عتيقاً للتخيير، كما لو حصر الحق في واحد .
وعدم ضمان الآتي إما لعدم ضمان المقبوض بالسوم ، أو كون القبض على هذا الوجه
يخالف قبض السوم ، للوجه الذي ذكرناه^(٢) أو غيره^(٣) ، أو تنزيلاً^(٤) لهذا التخيير
منزلة الخيار الذي لا يضمن الحيوان التالف في وقته .

ويشكل^(٥) بانحصار الحق الكلي قبل تعيينه في فردين ، ومنع ثبوت الفرق بين
حصره في واحد وبقائه كلياً ، وثبوت المبيع في نصف الموجود المقتضي للشركة مع
عدم الموجب لها ، ثم الرجوع إلى التخيير لو وجد الآتي ، وأن دفعه الاثنين ليس
تشخيصاً^(٦) وإن حصر الأمر فيها ، لأصالة بقاء الحق في الذمة إلى أن يثبت المزيل

(١) أي وجه انحصار حق المشتري في عبيدين كون البائع عتيقاً للتخيير، كما لو حصر الحق في
واحد وعتيقه للبيع ، فإنه بلا إشكال يتعين ، فكذا في عبيدين .

(٢) من أن المقبوض بالسوم يبيع بالقوة ، بخلاف الصورة المفروضة .

(٣) أي غير ذلك الوجه ، كأن كان لضمان المقبوض بالسوم دليل من شهرة أو إجماع ليس فيما
نحن فيه .

(٤) عطف على قوله : «إما لعدم ضمان المقبوض بالسوم» . وحاصله : إن حكم التخيير المزبور
حكم الخيار الذي لا يضمن الحيوان التالف في وقته ، أي وقت الخيار ، وهي الحيوان ، لأن
التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له كما مر سابقاً .

(٥) يعني يشكل الحكم بانحصار الحق الكلي في فردين . وكأن قوله «قبل تعيينه» قيد
توضيحي للكلي ، إذ نفس الكلي عبارة أخرى عن عدم التعيين . ووجه الإشكال : إن الحق
الكلي لا ينحصر في الفرد ، ولا يتعين إلا إذا دفع الفرد إلى ذي الحق بقصد التملك ، وأنه حقه
لا بعنوان جعله تحت يده حتى يتخير .

(٦) إذ انحصار الحق فيها إنما هو فيما إذا ورد البيع على عينيها ، وهو خلاف الفرض .

شراً، كما لو حصره في عشرة وأكثر. هذا مع ضعف الرواية عن إثبات مثل هذه الأحكام المخالفة للأصول.

(وفي انسحابه في الزيادة على اثنين إن قلنا به) في الاثنين وعملنا بالرواية (تردد) من صدق العبدان في الجملة، وعدم ظهور تأثير الزيادة، مع كون محل التخيير زائداً عن الحق، والخروج عن المنصوص المخالف للأصل. فإن سحبنا الحكم وكانوا ثلاثة فأبقى واحد فوات ثلث المبيع وارتجع ثلث الثمن - إلى آخر ما ذكر. ويُحتمل بقاء التخيير^(١) وعدم فوات شيء، سواء حكمنا بضمان الآبق أم لا، لبقاء محل التخيير^(٢) الزائد عن الحق.

(وكذا لو كان المبيع غير عبد كأمه) فدفع إليه أمتين أو أماء، وقطع في الدروس بثبوت الحكم هنا (بل) في انسحاب الحكم (في أية عين كانت) - كثوب وكتاب إذا دفع إليه منه اثنين أو أكثر - التردد: من المشاركة فيما ظن كونه علة الحكم، وبطلان القياس. والذي ينبغي القطع هنا بعدم الانسحاب، لأنه قياس محض لا نقول به. ولو هلك أحد العبدان في انسحاب الحكم الوجهان: من أن تنزيل الآباق منزلة

﴿ قوله «و منع ثبوت الفرق» عطف على قوله «بأنحصار الكلي» أي وبشكل يمنع ثبوت الفرق - يعني بمنع عدم الفرق بين الانحصار في فردين وفي فرد واحد - المستفاد من قوله: كما لو حصّر الحق في واحد، مشكل، أي هذا المنع ممنوع، بل الفرق موجود. في بعض نسخ الكتاب على ما حكى «مع ثبوت الفرق»، أي وجود الفرق بين حصره في واحد وبقائه كلياً. وهذا هو الصحيح. أي حصره ودفعه إلى المشتري كما هو الفرض، وأما لو حصره في واحد ولم يقبضه المشتري فهو أيضاً لا يتعيّن، كما لعله ظاهر.

(١) أي في صورة الزيادة على اثنين وعدم فوات شيء من المبيع، فله اختيار عبد تام، بخلاف مورد الرواية، فإن له نصف العبد الباقي.

(٢) أي في فرض كونهم ثلاثة لو أبقي واحد منهم لبقى محل التخيير الزائد عن الحق.

التلف يقتضي الحكم مع التلف بطريق أولى ، ومن ضعفه بتنجز التصنيف من غير رجاء لعود التخير ، بخلاف الآباق . والأقوى عدم اللحاق .
هذا كله على تقدير العمل بالرواية ، نظراً إلى انجبار ضعفها بما زعموه من الشهرة . والذي أراه منع الشهرة في ذلك ، وإنما حكم الشيخ بهذه ونظائرها على قاعدته ^(١) ، والشهرة بين أتباعه خاصة كما أشرنا إليه في غيرها ^(٢) .
والذي يناسب الأصل أن العبدین إن كانا مطابقين للمبيع تخير بين اختيار الآبق والباقي ، فإن اختار الآبق رد الموجود ولا شيء له ، وإن اختار الباقي انحصر حقه فيه ، وبني ضمان الآبق على ما سبق . ولا فرق حينئذ بين العبدین وغيرهما من الزائد والمخالف ^(٣) . وهذا هو الأقوى .

(الفصل الرابع : في) بيع (الثمار)

(ولا يجوز بيع الثمرة قبل ظهورها) ^(١) وهو بروزها إلى الوجود وإن كانت في طلع أو كَيْهَام (عاماً) واحداً ، بمعنى ثمرة ذلك العام وإن وجدت في شهر أو أقل ، سواء في ذلك ثمرة النخل وغيرها ، وهو موضع وفاق ، وسواء ضم إليها شيئاً أم لا .
(ولا) بيعها قبل ظهورها أيضاً (أزید) من عام (على الأصح) للفر ، ولم يخالف

(١) وهي قبول شهادة من تحرّز عن الكذب وإن كان فاسقاً .

(٢) أي في غير هذه الرواية في المسألة السادسة .

(٣) أي الزائد على العبدین والمخالف كالأمة أو عين أخرى كثوب وكتاب ونحوهما .

(٤) أي قبل أن يوجد لا الخروج من وعائها ، ولذا فسر الشارح قدس سره بقوله : وهو بروزها إلى الوجود وإن كانت في طلع أو كَيْهَام .

فيه إلا الصدوق^(١) لصحيحة^(٢) يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام الدالة على الجواز، ولا يخلو من قوة إن لم يثبت الإجماع على خلافه^(٣).

(ويجوز) بيعها (بعد بدو صلاحها) إجماعاً، (وفي جوازه قبله بعد الظهور) من غير ضمنية، ولا زيادة عن عام، ولا مع الأصل، ولا بشرط القطع (خلاف، أقربيه الكراهة) جمعاً بين الأخبار^(٤) بحمل ما دلّ منها على النهي على الكراهة، والقول الآخر للأكثر المنع.

(وتزول) الكراهة (بالضمنية) إلى ما يصح إفراده بالبيع (أو شرط القطع) وإن لم يقطع بعد ذلك مع تراضيها عليه، (أو بيعها مع الأصول) وهو في معنى الضمنية. (وبدو الصلاح) المسوغ للبيع مطلقاً^(٥)، أو من غير كراهة هو (احمرار التمر) بالمشاة من فوق مجازاً في ثمرة النخل، باعتبار ما يؤول إليه، (أو اصفراره) فيما يصفر، (أو انعقاد ثمرة غيره) من شجر الفواكه (وان كانت في كَيْثَام) بكسر الكاف جمع أكمة^(٦) بفتح الهَمْزة وكسر الكاف وفتح الميم مشددة، وهي غطاء الثمرة والتّؤر كالرمان، وكذا لو

(١) فإنه قال بجوازه، فإنه علل في الرواية بأنه إن لم يحمل في هذه حمل في السنة الأخرى.

(٢) الوسائل، كتاب التجارة، الباب ١ من أبواب بيع الثمار، الحديث [٨].

(٣) كما عن ابن ادريس دعوى الإجماع عليه.

(٤) الوسائل، كتاب التجارة، الباب ١ من أبواب بيع الثمار، الحديث: [٣].

(٥) أي المجزّز للبيع على الإطلاق، أعم من أن يكون قبل البدو محرماً أو مكروهاً على خلاف فيه أو من غير كراهة. وحاصله: إن بدو الصلاح مسوغ للبيع مطلقاً على القول بالتحريم قبل البدو أو الكراهة.

(٦) أي جمعه، فحذف الضمير المضاف إليه، فلفظ «جمع» في كلام الشارح ليس مضافاً إلى «أكمة» بل هو مبتدأ واكمة خبره، وحذف المضاف إليه لا محذور فيه إذا كان عليه قرينة.

كانت في كيامين كالجوز واللوز، وهذا هو الظهور المجوّز للبيع أيضاً^(١).
وإنما يختلف بدوّ الصلاح والظهور في النخل، ويظهر^(٢) في غيرها عند جعله تنائر
الزهر بعد الإنعقاد، أو تلوّن 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 رحمه الله في المبسوط.

(ويجوز بيع الخضر^(٣) بعد انعقادها) وإن لم يتناه عظمها^(٤) (لقطة ولقطات معينة)
أي معلومة العدد (كما يجوز شراء الثمرة الظاهرة، وما يستجدّد في تلك السنة وفي
غيرها) مع ضبط السنين، لأن الظاهر منها بمنزلة الضميمة إلى المعلوم، سواء كانت
المتجدّدة من جنس الخارجة أو غيره.

(ويرجع في اللقطة إلى العرف) فما دلّ على صلاحيته للقطع يقطع، وما دلّ على
عدمه لصغره، أو شك فيه لا يدخل. أما الأول فواضح، وأما المشكوك فيه فلا صلة
بقائه على ملك مالكة، وعدم دخوله فيما أخرج باللقط.

(فلو امتزجت الثانية) بالأولى لتأخير المشتري^(٥) قطعها في أوانه (تخيّر المشتري

(١) أي الإنعقاد كما يتحقّق به بدوّ الصلاح كذلك هو الظهور المجوّز للبيع أيضاً، إلا في النخل،
فإن بدوّ صلاحه مخالف للظهور، إذ بدوّ صلاحه هو الإحمرار والإصفرار.

(٢) أي يظهر الاختلاف بين الظهور وبدوّ الصلاح عند جعل بدو الصلاح تنائر الزهر بعد
الإنعقاد، لأنهم اختلفوا في بدوّ الصلاح في غير النخل، فعن الأشهر أنه انعقاد الثمرة، وعن
الشيخ في النهاية وجماعة أن حدّه مع الانعقاد تنائر الورد، والقول الثالث ما نقله الشارح
عن المبسوط بقوله: أو تلوّن الثمرة - إلخ.

(٣) مثل الباذنجان ونحوه.

(٤) كما عن المشهور، وعن بعض اشتراطه.

(٥) الظاهر أن هذا القيد غير محتاج إليه، لأنه يوهّم أن سبب الامتزاج هو تأخير المشتري،

بين الفسخ والشركة) للتعيب بها، ولتعذر تسليم المبيع منفرداً، فإن اختار الشركة فطريق التخلص بالصلح. (ولو اختار الإمضاء فهل للبائع الفسخ لعب الشركة؟ نظر، أقرب ذلك إذا لم يكن تأخر القطع بسببه) بأن يكون قد منع المشتري منه.

(وحيثنذ) أي حين إذ يكون الخيار للبائع (لو كان الاختلاط بتفريط المشتري مع تمكين البائع وقبض المشتري أمكن عدم الخيار للمشتري)، لأن التعيب جاء من قبله فيكون دركه عليه، لا على البائع، كما لو حصل مجموع التلف من قبله. (ولو قيل: بأن الاختلاط إن كان قبل القبض تخير المشتري) مطلقاً^(١)، لحصول النقص مضموناً على البائع كما يضمن الجملة كذلك (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، لأن العيب من جهته، فلا يكون مضموناً على البائع.

وحيث يثبت الخيار للمشتري بوجه لا يسقط ببذل البائع له ما شاء، ولا الجميع على الأقوى، لأصالة بقاء الخيار وإن انتفت العلة الموجبة له، كما لو بذل للمغبون التفاوت^(٢) ولما في قبول المسموح به من المنفعة.

(وكذا يجوز بيع ما يخُط) أصل الخط: أن يقبض باليد على أعلى القضيبي ثم يمرّها عليه إلى أسفله ليأخذ عنه الورق، ومنه المثل السائر^(٣) «دونه خُوط القَتَاد».

مع أن موضوع المسألة أعم من أن يكون سبب الامتزاج تأخير المشتري أو غيره كما يظهر من المتن.

(١) أي سواء كان الاختلاط قبل القبض بتفريط المشتري أم لا.

(٢) حيث إن خيار الغبن لا يسقط ببذل التفاوت، كما هو محرّر في محله.

(٣) أي السائر بين الناس. والقَتَاد شجر صلب له شوك كالابر، يقال «من دون هذا الأمر

والمراد هنا ما يقصد من ثمرته ، ورقه (كالحناء والتوت) بالتائين المثنائين من فوق (خرطة وخرطات ، وما يجز كالرطبة) بفتح الراء وسكون الطاء ، وهي الفصة والقضب^(١) ، (والبقل) كالنعناع (جزّة وجزّات) .

(ولا تدخل الثمرة) بعد ظهورها (في بيع الأصول) مطلقاً^(٢) ولا غيره من العقود ، (إلا في) ثمرة (النخل) فإنها تدخل في بيعه خاصةً (بشرط عدم التأبير)^(٣) . ولو نقل أصل النخل بغير البيع^(٤) فكغيره من الشجر .

(ويجوز استثناء ثمرة شجرة معينة أو شجرات) معينة ، (وجزء مشاع) كالنصف والثلث (وأرطال معلومة . وفي هذين) الفردين - وهما استثناء الجزء المشاع والأرطال المعلومة - (يسقط من الثنيا)^(٥) وهو المستثنى (بحسابه) أي بنسبته إلى الأصل (لو خاست^(٦) الثمرة) بأمر من الله تعالى .

(بخلاف المعين) كالشجرة والشجرات ، فإن استثناءها كبيع الباقي منفرداً ، فلا

﴿ خرط القتاد ﴾ أي خرط القتاد أسهل من هذا الأمر .

(١) وفي اللغة الفصفاة : نبات تعلفه الدواب ، وهي كذلك ما دامت رطبة ، جمع فصافص ، والعامة تقول فصة . والقضب بالفتح : كل نبت اقتضب وأكل طرياً .

(٢) أي أي ثمرة كانت .

(٣) التأبير : تشقيق طلع الإناث ودّر طلع الذكور فيه ، وهذا تلقيحه وإصلاحه على ما هو معروف بين أهل النخيل .

(٤) وعن الشيخ : جميع عقود المعاوضات كالبيع في دخول الثمرة قبل التأبير في ملك المشتري . وهو قوي ، للانفهام العرفي من أن البيع لا خصوصية له وإن ذكره في لسان الدليل من باب المثال .

(٥) الثناء بالضم اسم من الاستثناء ، والفنوى مثله .

(٦) أي تغيرت وفست .

يسقط منها بتلف شيء من المبيع شيء، لامتياز حق كل واحد منها عن صاحبه .
بخلاف الأول، لأنه حق شائع في الجميع، فيوزع الناقص عليها إذا كان التلف بغير
تفريط .

قال المصنف رحمه الله في الدروس : وقد يُفهم من هذا التوزيع تنزيل شراء صاع
من الصبرة على الإشاعة، وقد تقدّم ما يرجع عدمه^(١)، ففيه سؤال الفرق .
وطريق توزيع النقص على الحصة المشاعة : جعل الذاهب عليها والباقي لهما^(٢)
على نسبة الجزء .

وأما في الأبطال المعلومة : فيعتبر الجملة بالتخمين^(٣)، وينسب إليها المستثنى، ثم
ينظر الذاهب فيسقط منه بتلك النسبة .

(مسائل) :

(الأولى - لا يجوز بيع الثمرة بجنسها) أي نوعها الخاص كالعنب بالعنب، والزبيب
بالزبيب، والرطب بالرطب والتمر (على أصولها)، أما بعد جمعها فيصح مع
التساوي^(٤) (بخلاف كان) المبيع ثمره (أو غيره) من الثمار، إجماعاً في الأول، وعلى

(١) أي تقدم في المسألة السابعة من شروط البيع، حيث قال هناك في أواخر المسألة : وهل
ينزل القدر المعلوم في صورتين على الإشاعة أو يكون المبيع ذلك المقدار في الجملة؟
وجهان، أجمعهما الثاني .

(٢) كما لو كان الثياب ربع القرة فتلف منها نصف المجموع، فيسقط من المستثنى نصفه وهكذا .
(٣) كما إذا اعتبرها المعتبر بحسب التخمين خمسين مثلاً وكان المستثنى عشرة والذاهب
خمس المجموع وهو عشرة، فيسقط من المستثنى خمسة وهو إثنان .

(٤) الظاهر أن مراده بالتساوي هو التساوي في القدر وفي كون كل منها رطباً أو يابساً، لا

المشهور في الثاني، تعدية للعلّة المنصوصة^(١) في المنع من بيع الرطب بالتمر، وهي نقصانه عند الجفاف إن بيعت بيابس^(٢)، وتطرق^(٣) احتمال الزيادة في كل من العوضين الربويين. ولا فرق في المنع بين كون الثمن منها ومن غيرها، وإن كان الأول أظهر منعاً^(٤).

(ويُسمى في النخل مزابنة) وهي مفاعلة من «الزُبْن»، وهو الدفع، ومنه «الزبانية»، سُميت بذلك لبنائها على التخمين المقتضي للغبن، فيريد المغبون دفعه والغابن خلافه، فيتدافعان. وخَصَّ التعريف بالنخل للنص عليه بخصوصه مفسراً به «المزابنة» في صحيحة^(٥) عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام، وألحق به غيره لما ذكرناه^(٦). وفي إلحاق اليابس وجه، والرطب نظر^(٧).

جـ التساوي في القدر فقط، لأنه لا يجوز بيع رطبها بيابسها مع التساوي في القدر أيضاً، لتطرق الربا فيه.

(١) وهي النقصان عند الجفاف [الوسائل، الباب ١٤ من أبواب الربا، الحديث ١ - ٢ - ٦].
(٢) هذا إشارة إلى أن القياس لا يتم في صورة كونها رطبين.
(٣) أي ولتطرق احتمال الزيادة فلا يؤمن من الربا. هذا ولكن قد ردّه في المسالك بمنع كون الثمرة على الشجرة ربوياً، لأنها ليست مكيلة ولا موزونة وإنما تتابع جزافاً، فالعمدة هي العلة المنصوصة في المنع من بيع الرطب بالتمر، وهي نقصانه عند الجفاف، فإن هذه العلة قائمة في غير النخل أيضاً.
(٤) وذلك لاتحاد الثمن والمثمن.

(٥) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب ١٣ من أبواب بيع الثمار، الحديث ٦].

(٦) من تعدية العلة المنصوصة وتطرق الربا.

(٧) أما وجه إلحاق يابس غير النخل به ما سبق من تعدية الحكم للعلّة المنصوصة في المنع من

(ولا) بيع (السنبيل بحب منه ، أو من غيره من جنسه ، ويُسمى مُحاقلة) مأخوذة من الحقل جمع حَقْلَة ، وهي الساحة التي تُزْرَع ، تُحْتَمِ بِذلك لتعلقها بزرع في حقلة . وخرج بالسنبيل بيبعه قبل ظهور الحب ، فإنه جائز ، لأنه حينئذ غير مطعوم^{١١} .
 (إلا القرية)^{١٢} هذا استثناء من تحريم بيع المزبنة ، والمراد بها النخلة تكون في دار الانسان أو بستانه ، فيشتري مالكها ، أو مستأجرها ، أو مستعيرها رُطْبَهَا (بخرصها)^{١٣} (تمرأ من غيرها) مقدراً موصوفاً حالاً ، وإن لم يقبض في المجلس^{١٤} ، أو بلغت خمسة أوسق^{١٥} . ولا يجوز بتمر منها ، لئلا يتحدَّ العوضان . ولا يُعتَبَر مطابقة ثمرتها

➤ بيع الرطب بالتمر . ووجه النظر في إلحاق الرطب ما نقلناه عن المسالك من منع كون الثمرة على الشجرة ربوية ، وهو المتجّه .

(١) أي غير طعام حتى يُعتَبَر فيه الوزن أو الكيل .

(٢) البريّة - كما في مجمع البحرين - النخلة يعيرها صاحبها غيره لياكل ثمرتها فيعبروها أي يأْتِها ، من قولهم «عروت الرجل أعوره» إذا أْتَيْته ، أو من قولهم «أنا عرو من هذا الأمر» أي خلّو منه ، سُميت بذلك لأنها استثنيت من جملة النخيل الذي نهي عنها .

(٣) أي يجوز بيعها بخرصها تقرأ لا رطباً ، بأن يفرض كونه جافاً فيعيّن مقداره بحسب التخمين وبيع بما يساويه في المقدار من تمر آخر ، وليكن ذلك التمر مقدراً من حيث الوزن موصوفاً حالاً حتى يتخلص من الربا الحكيم ، لأن للأجل قسطاً من الثمن كما هو محرّر في باب الربا .

(٤) وعن الشيخ اشتراط التقابض في المجلس تخلصاً من الربا ، وكأن الربا المتوهم الذي أراد التخلص منه أنه إذا أخر التقابض يحصل الزيادة الحكيمة لأجل الأجل فلا يجوز . وفيه : منع بيع الثمرة على الشجر ربوياً كما مر سابقاً ، ولو سلم فهو ما إذا اشترط التأخير والأجل لا ما إذا وقع اتفاقاً .

(٥) كما حكى عن ابن الأثير في نهايته ، حيث خص الرخصة بما إذا كانت أقل من خمسة

جائفة لثمنها في الواقع ، بل تكفي المطابقة ظناً ، فلو زادت عند الجفاف عنه أو نقصت لم يقدح في الصحة .

ولا عريّة في غير النخل ، فإن ألحقناه^(١) بالمزابنة وإلا لم يتقيد بقيودها .
(الثانية - يجوز بيع الزرع قائماً) على أصوله ، سواء أحصد أم لا ، قصد قصله^(٢) أم لا ، لأنه قابل للعلم^(٣) بملوك فتناولته الأدلة ، خلافاً للصدوق حيث شرط كونه سنبلاً أو القصل ، (وحصيذاً) أي محصوداً وإن لم يعلم مقدار ما فيه ، لأنه حينئذ غير مكيل ولا موزون ، بل يكفي في معرفته المشاهدة ، (وقصيلاً) أي مقطوعاً بالقوة ، بأن شرط قطعه قبل أن يُحصد لعلف الدواب ، فإذا باعه كذلك وجب على المشتري قصله بحسب الشرط .

(فلو لم يقصله المشتري فللبائع قصله) وتفرغ أرضه منه ، لأنه حينئذ ظالم ، ولا حق لعرق ظالم^(٤) ، (وله المطالبة بأجرة أرضه) عن المدة التي بقي فيها بعد إمكان قصله مع الإطلاق ، وبعد المدة التي شرطاً قصله فيها مع التعيين .

-
- ⇒ أوسق وردّ ، لعدم دليل على التخصيص ، فاطلاقات الأخبار محكمة .
هذا ، وفي الشرائع : ولا يجوز بيع ما زاد على الواحدة . نعم لو كان له في كل دار واحدة جاز ، وذلك لأن الوحدة مأخوذة في مفهوم العريّة ، فتنى تعددت لأعريّة .
(١) أي ولا عريّة في غير النخل حتى يحكم بحكمه ، وحينئذ فإن ألحقناه في الحكم بالمزابنة - وهو المنع من بيع ما على أصولها بجنسها - فهو ، إذ الجواز إنما ورد في العريّة فيقتصر على موردّه . وإن لم نلحقه بها لم يتقيد بقيود العريّة ، بل يجوز بيع ثمرته بجنسها مستثلاً ، سواء اتحدت الشجرة أم تعددت ، وسواء كانت في دار الغير أم في بستانه أم غيرها .
(٢) أحصد الزرع : أي حان أو ان حصده . والقصل : هو القطع ، لأنه يقطع لعلف الدواب .
(٣) أي قابل للمعلومية التي هي شرط لصحة البيع .
(٤) [الوسائل ، الباب ٣ من أبواب كتاب الغصب ، الحديث ١] .

ولو كان شراؤه قبل أو أن قصله وجب على البائع الصبر إلى أو أنه مع الإطلاق، كما لو باع الثمرة والزرع للحصاد.

ومقتضى الإطلاق^(١) جواز تولي البائع قطعه مع امتناع المشتري منه وإن قدر على الحاكم، وكذا أطلق جماعة.

والأقوى توقفه على إذنه حيث يمتنع المشتري^(٢) مع إمكانه، فإن تعذر^(٣) جاز له حينئذ مباشرة القطع، دفعاً للضرر المنفي، وله إبقاؤه والمطالبة بأجرة الأرض عن زمن العدوان، وأرض الأرض إن نقصت بسببه، إذا كان التأخير بغير رضاه.

(الثالثة - يجوز أن يتقبل أحد الشريكين بحصة صاحبه من الثمرة) بخبر معلوم وإن كان منها (ولا يكون) ذلك (بيعاً) ومن ثم لم يشترط فيه شروط البيع، بل معاملة مستقلة. وفي الدروس أنه نوع من الصلح، (و) يُشكل بأنه (يلزم بشرط السلامة)، فلو كان صلحاً للزم مطلقاً^(٤).

وظاهر المصنف رحمه الله والجماعة أن الصيغة بلفظ القَبالة، وظاهر الأخبار^(٥)

(١) أي إطلاق عبارة المصنف.

(٢) لأن الحاكم ولي الممتنع، فلا يجوز للبائع تولي قطعه بدون إذنه.

(٣) أي تعذر الحاكم جاز للمشتري.

(٤) أي مع السلامة وعدمها. ويندفع: بأن اللزوم من لوازم الصلح المطلق لا مطلق الصلح، فيمكن أن يكون بعض أفراد مشروطاً بالسلامة. وقول الدروس إشارة إلى هذا المعنى. لا يخفى أن هذا مبني على حصر المعاملات، فلا بد وأن تكون المعاملة المزبورة داخلة في أحد عناوين المعاملات من البيع أو الصلح أو غيرها، محافظة على الحصر المزبور. ولكن لا دليل عليه، بل الدليل على خلافه، كما هو مذكور في محله، فالأقوى أنها معاملة مستقلة كما يستظهر من الأخبار.

(٥) [الوسائل، كتاب التجارة، أبواب بيع الثمار، الباب ١٠].

تأديده بما دلّ على ما اتفقا عليه ، ويملك المتقبّل الزائد ويلزمه^(١) لو نقص . وأما الحكم بأن قراره مشروط بالسلامة ، فوجهه غير واضح ، والنص^(٢) خال عنه . وتوجيهه : بأن المتقبّل لما رضي بحصة معيّنة في العين صار بمنزلة الشريك ، فيه : أن العوض غير لازم كونه منها ، وإن جاز ذلك فالرضا بالقدر ، لا به مشتركاً ، إلا أن ينزل على الإشاعة كما تقدم^(٣) .

ولو كان النقصان لا يأفة بل للخلل في الخرص لم ينقص شيء ، كما لا ينقص لو كان بتفريط المتقبّل . وبعض الأصحاب سد باب هذه المعاملة^(٤) ، لمخالفتها للأصول الشرعية .

والحق أن أصلها ثابت ، ولزومها مقتضى العقد ، وبأقي فروعها^(٥) لا دليل عليه .
(الرابعة - يجوز الأكل مما يزرّ به من ثمر النخل والفواكه والزرع ، بشرط عدم

(١) أي ويلزم المتقبّل ما اتفقا عليه لو نقص .

(٢) [الوسائل ، كتاب التجارة ، الباب ١٠ من أبواب بيع الثمار] .

(٣) في الفصل الرابع في بيع الثمار في استثناء جزء مشاع أو أوطال معلومة .

(٤) وهو ابن ادریس قدس سره في السرائر ، وحاصل ما في محكي سرائره : إنه إما بيع أو صلح ، وكلاهما باطلان : أما البيع فلائنه من مصاديق المزانية ، وأما الصلح فلائنه إن كان بقلته من تلك الأرض فهو صلح باطل لأجل الفرر لآئنه غير مضمون ، فإن كان ذلك فالعلة بينهما ، سواء زاد الخرص أو نقص تلتفت منها أو سلمت - إلى آخر ما قال في هذا المقام .

هذا ، وقد تقدم أن المعاملات ليست منحصرة حتى يلزم محذور ، والدليل الخاص دالّ على صحته .

(٥) كاشتراط لزوم الصيغة بكونه بلفظ القباله وغير ذلك .

القصد وعدم الإفساد). أما أصل الجواز فعليه الأكثر، ورواه^(١) ابن أبي عمير مرسلاً عن الصادق عليه السلام، ورواه غيره. وأما اشتراط عدم القصد فلدلالة ظاهر «المرور عليه»، والمراد كون الطريق قريبة منها بحيث يصدق «المرور عليها» عرفاً، لا أن يكون طريقه على نفس الشجرة.

وأما الشرط الثاني فرواه^(٢) عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام، قال: يأكل منها ولا يفسد. والمراد به أن يأكل كثيراً بحيث يؤثر فيها أثراً يبتأ ويصدق معه الإفساد عرفاً، ويختلف ذلك بكثرة الثمرة والمآزة وقتلها وزاد بعضهم: عدم علم الكراهة ولا ظنها، وكون الثمرة على الشجرة.

(ولا يجوز أن يحمل) معه شيئاً منها وإن قلّ، للنهي^(٣) عنه صريحاً في الأخبار، ومثله أن يطعم أصحابه، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع الرخصة، وهو أكله بالشرط.

(وتركه بالكلية أولى)، للخلاف فيه، ولما روي^(٤) أيضاً من المنع منه، مع اعتضاده بنص الكتاب^(٥) الدالّ على النهي عن أكل أموال الناس بالباطل، وبغير تراش، ولقيح التصرف في مال الغير، وباشتغال أخبار النهي على الحظر، وهو مقدّم على ما تضمن الإباحة^(٦) والرخصة، ولمنع كثير من العمل بخبر الواحد^(٧) فيما وافق

(١) الوسائل، كتاب التجارة، الباب ٨ من أبواب بيع الثمار، الحديث [٣].

(٢) الوسائل، كتاب التجارة، الباب ٨ من أبواب بيع الثمار، الحديث [١٢].

(٣) الوسائل، كتاب التجارة، الباب ٨ من أبواب بيع الثمار، الحديث [٤].

(٤) الوسائل، كتاب التجارة، الباب ٨ من أبواب بيع الثمار، الحديث [٧].

(٥) سورة النساء الآية ٢٩.

(٦) وذلك لأن دفع الضرر أولى من جلب النفع كما في محكي المسالك.

الأصل فكيف فيما خالفه .

(الفصل الخامس : في الصرف)

(وهو بيع الاثمان) وهي الذهب والفضة (يمثلها)^(٨).

[اشتراط التقابض في المجلس]

(ويُشترط فيه) زيادة على غيره من أفراد البيع (التقابض في المجلس) الذي وقع فيه العقد (أو اصطحابها) في المشي عرفاً^(٩) وإن فارقاه (إلى حين القبض) ، ويصدق الإصطحاب بعدم زيادة المسافة التي بينها عنها وقت العقد ، فلو زادت ولو خطوة بطل^(١٠) ، (أو رضاه) أي رضا الغريم الذي هو المشتري - كما يدل عليه آخر المسألة^(١١) - بما في ذمته أي ذمة المديون الذي هو البائع (قبضاً) أي مقبوضاً ، أقام المصدر مقام المفعول (بوكالتها) إياه (في القبض) لما في ذمته ، وذلك (فيما إذا اشترى) من له في ذمته نقد (بما في ذمته) من النقد (نقدأً آخر) ، فإن ذلك يصير بمنزلة المقبوض .

(٧) كابن ادريس والسيد المرتضى والطبرسي على ما حكى عنهم .

(٨) وهو بيع الذهب بالذهب أو بالفضة أو بالفضة بالفضة أو بالذهب .

(٩) أي بحيث يصدق أنها مصطحبان عرفاً ، فلو كانت المسافة بينها بعيدة حين مفارقتها مجلس العقد بطل .

(١٠) ولا يخفى أن التقدير المذكور مما لا دليل عليه ، فالمتعين حمل الإصطحاب والافتراق على ما يصدقان عليه عرفاً ، فإن المحكم في أمثال ذلك هو العرف ، كما هو واضح .

(١١) وهو قوله : إذا اشترى بما في ذمته نقدأً آخر ، إذ الملحوظ فيه رضا المشتري لا البائع .

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 وكيلًا في القبض صار كأنه قابض لما في ذمته ، فصدق التقابض قبل التفريق .
والأصل في هذه المسألة ما روي^(١) في من قال لمن في ذمته دراهم : « حوّلها إلى دنانير » ، أن ذلك يصح وإن لم يتقابضا ، معللاً بأن التقدين من واحد^(٢) . والمصنف رحمه الله عدل عن ظاهر الرواية إلى الشراء بدل « التحويل » والتوكيل ، صريحاً في القبض^(٣) والرضا فيه بكونه في ذمة الوكيل القابض ، لاحتياج الرواية إلى تكلف إرادة هذه الشروط^(٤) يجعل الأمر بالتحويل توكيلاً في تولي طرفي العقد ، وبناؤه^(٥) على صحته وصحة القبض إذا توقف البيع عليه بمجرد التوكيل في البيع . نظراً إلى أن التوكيل في شيء إذن في لوازمه التي يتوقف عليها^(٦) . ولما كان ذلك أمراً خفياً عدل

(١) [الوسائل ، كتاب التجارة ، الباب ٤ من أبواب الصرف] .

(٢) أي من شخص واحد ، إذ فيها : أليس الدراهم من عندك والدنانير من عندك [الوسائل ، الباب : ٤ من أبواب الصرف ، الحديث ١] .

(٣) أي عدل عن ظاهر الرواية ، وهو التوكيل ضمناً في القبض إلى التوكيل صريحاً فيه .

(٤) وهي الشراء والقبض والرضا فيه - أي في القبض - بكونه في ذمة الوكيل القابض .

(٥) أي وبناء صحة التوكيل في تولي طرفي العقد على صحة تولي طرفي العقد من واحد ، إذ لو لم يصح - كما حكى عن جماعة من الفقهاء - لم يكن التوكيل فيه صحيحاً ، لعدم صحة متعلق الوكالة ، وكذا على صحة القبض ، بأن يكون وكيلاً فيه ويكون ما في الذمة مقبوضاً بيده بسبب التوكيل في البيع إذا توقف البيع على القبض ، أي لا يكون صحيحاً بدونه ، فيكون التوكيل في البيع توكيلاً في القبض الذي يتوقف عليه صحة البيع .

(٦) أي في لوازم الشيء التي يتوقف ذلك الشيء على تلك اللوازم .

المصنف رحمه الله إلى التصريح بالشروط .

(ولو قبض البعض) خاصة قبل التفريق (صح فيه) أي في ذلك البعض المقبوض وبطل في الباقي (وتخييراً) معاً في إجازة ما صح فيه وفسخه ، لتبعض الصفقة (إذا لم يكن من أحدهما تفريط) في تأخير القبض ، ولو كان تأخيره بتفريطها فلا خيار لها . ولو اختص أحدهما به سقط خياره ، دون الآخر .

(ولابد من قبض الوكيل) في القبض عنها أو عن أحدهما (في مجلس العقد قبل تفرق المتعاقدين) .

ولا اعتبار بتفرق الوكيل وأحدهما^(١) ، أوهما ، أو الوكيلين . وفي حكم مجلس العقد ما تقدّم^(٢) ، فكان يغني قوله : « قبل تفرق المتعاقدين » عنه ، لشمول الثاني لما في حكم المجلس .

(١) بحيث لو كانا في مجلس العقد ففترقا لأوجب هذا التفرق بطلان العقد . وهكذا لو كان الوكيل والمتعاقدان جميعاً في المجلس ثم تفرق الوكيل والمتعاقدان ، فإنه لا أثر لهذه التفرقة ، وكذا تفرق الوكيلين . فالمعتبر إنما هو تفرق المتعاقدين لا غير ، فإنه يصير سبباً لبطلان الصرف .

هذا اعتراض على ظاهر قول المصنف «ولابد من قبض الوكيل في مجلس العقد» . فإن المعتبر حضور المتعاقدين في مجلس العقد حين القبض ، سواء كان الوكيل في القبض حاضراً في المجلس أم غائباً .

(٢) وهو اصطحابها إلى حين القبض . والمتحصل من اعتراض الشارح : أن قبض الوكيل في المجلس وما في معناه لا يُعتبر في الصرف ، فقوله «في مجلس العقد» زائد . ولكن قوله فكان يغني قوله قبل تفرق المتعاقدين عنه أي عن مجلس العقد ، يوهم خلاف ذلك وأنه معتبر ولكنه ليس بمقصود . وكيف كان فالمعتبر هو تفرق المتعاقدين لا الوكيل وأحدهما أوهما أو الوكيلين . فليتأمل حتى يرتفع الاشتباه كما وقع عن بعض .

هذا إذا كان وكيلاً في القبض دون الصرف (ولو كان وكيلاً في الصرف) سواء كان مع ذلك وكيلاً في القبض أم لا (المعتبر مفارقتة) لمن وقع العقد معه دون المالك. والضابط أن المعتبر التقابض قبل تفرق المتعاقدين ، سواء كانا مالكين أم وكيلين .

[عدم جواز التفاضل]

(ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد)^{١١} ، لأنه حينئذ 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 .

(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^{٢١} لم يصح هنا وإن صح في المغشوش بغيره ، لأن التراب لا قيمة له ليصلح في مقابلة الزائد .

(وتراياهما) إذا جمعا ، أو أريد بيعهما معاً^{٣١} (يباعان بهما) ، فينصرف كل إلى

(١) كالفضة بالفضة أو الذهب بالذهب ، ويجوز في المختلف كالذهب بالفضة وبالعكس .

(٢) وذلك لأن التراب لا قيمة له حتى يصلح في مقابلة الزائد ، بخلاف المغشوش بغير التراب كالنحاس مثلاً ، فإن النش له قيمة ، إذ تراب المعدن ليس كله ذهب أو فضة بل فيه شيء من الذهب أو الفضة والباقي تراب لا قيمة له ، بخلاف المغشوش بغيره كالغشوش بالنحاس أو فلز آخر ، فإن له قيمة يصلح أن يكون في مقايضة الزائد ، فحينئذ لا تفاضل في الجنس الواحد حتى تكون المعاملة ربوية ، بل الزائد يقع في مقابل النحاس مثلاً .

(٣) أي إذا اختلطوا ولم يتميزا ، أو أريد بيعهما معاً وإن كانا متميزين يجوز بيعهما بهما ، أي

مخالفة، ويجوز بيعهما بأحدهما مع زيادة الثمن على مجانسه بما يصلح عوضاً في مقابل الآخر، وأولى منهما^(١) بيعهما بغيرهما.

(ولا عبرة باليسير من الذهب في النحاس) بضم النون (و اليسير من الفضة في الرصاص) بفتح الراء، (فلا يمنع من صحة البيع بذلك الجنس) وإن لم يعلم زيادة الثمن عن ذلك اليسير ولم يقبض في المجلس ما يساويه، لأنه مضمحل وتابع غير مقصود بالبيع. ومثله المنقوش منها على السقوف والجدران بحيث لا يحصل منه شيء يعتد به على تقدير نزعه.

ولا فرق في المنع من الزيادة في أحد المتجانسين بين العينية - وهي الزيادة في الوزن - والحكيمة، كما لو بيع المتساويان وشرط مع أحدهما شرطاً وإن كان صنعة. (وقيل: يجوز اشتراط صياغة خاتم في شراء درهم بدرهم، وللرواية^(٢) التي رواها أبو الصباح الكتاني رحمه الله عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يقول للصائغ: صغ لي هذا الخاتم، وأبدل لك درهماً طازجاً بدرهم غلّة. قال عليه السلام: «لا بأس».

واختلفوا في تنزيل الرواية، فقليل: إن حكمها مستثنى من الزيادة الممنوعة، فيجوز بيع درهم بدرهم مع شرط صياغة الخاتم، ولا يتعدى إلى غيره، اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع النص. وهو القول الذي حكاه المصنف رحمه الله. وقيل: يتعدى إلى كل شرط، لعدم الفرق. وقيل: إلى كل شرط حكيم.

والأقوال كلها ضعيفة، لأن بناءها على دلالة الرواية على أصل الحكم (وهي غير صريحة في المطلوب)، لأنهما تضمنت إبدال درهم طازج بدرهم غلّة مع شرط

➤ بالذهب والفضة.

(١) أي أولى منهما بالجواز، إذ لا توهم للربا حينئذ.

(٢) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب ١٣ من أبواب الصرف، الحديث [١].]

الصياغة من جانب الغلة. وقد ذكر أهل اللغة أن «الطازج» هو الخالص، و«الغلة» غيره، وهو المغشوش، وحينئذ فالزيادة الحكيمة - وهي الصياغة - في مقابلة الفش، وهذا لا مانع منه مطلقاً^(١). وعلى هذا يصح الحكم ويتعدى، لا في مطلق الدرهم^(٢) كما ذكروه ونقله عنهم المصنف رحمه الله (مع مخالفتها) أي الرواية (للأصل) لو حملت على الإطلاق كما ذكروه، لأن الأصل المطرّد عدم جواز الزيادة من أحد الجانبين، حكيمة كانت أم عينية، فلا يجوز الاستناد فيما خالف الأصل إلى هذه الرواية، مع أن في طريقها من لا يُعلم حاله.

(والأواني المصروغة من النقيدين إذا بيعت بهما) معاً (جاز) مطلقاً، (وإن بيعت بأحدهما) خاصة (اشترطت زيادته على جنسه)، لتكون الزيادة في مقابلة الجنس الآخر، بحيث تصلح ثمناً له وإن قلّ. ولا فرق في الحالين^(٣) بين العلم بقدر كل واحد منهما وعدمه، ولا بين إمكان تخليص أحدهما عن الآخر وعدمه، ولا بين بيعها بالأقل مما فيها من النقيدين والاكثر.

(ويكفي غلبة الظن) في زيادة الثمن على مجانسه من الجوهر، لعسر العلم اليقيني

(١) أي كانت سواء الزيادة حكيمة أم عينية.

(٢) أي لكن لا يتعدى إلى مطلق الدرهم حتى غير المغشوش.

(٣) المراد بالحالين حال بيع الأواني المذكورة بهما وحال بيعها بأحدهما، ونبه بذلك على رد الشيخ وجماعة، حيث قالوا - على ما حكى عنهم - إن كان كل واحد منهما معلوماً جاز بيعه بمجنسه من غير زيادة وبغير الجنس، وإن زاد وإن لم يعلم وأمكن تخليصها لم يبيع بالذهب ولا بالفضة - إلى آخر ما حكى عنهم.

وجه الرد: مخالفة هذا التفصيل للقواعد المقررة في باب الصرف والربا، وعدم دليل صالح لتخصيصها.

بقدره غالباً، ومشقة التخليص الموجب له . وفي الدروس اعتبر القطع بزيادة الثمن . وهو أجود .

(وحلية السيف والمركب يُعتبر فيها العلم إن أريد بيعها) أي الحلية (بجنسها)، والمراد بيع الحلية والمحلى، لكن لما كان الغرض التخلص من الربا والصرف خص الحلية . ويُعتبر مع بيعها بجنسها زيادة الثمن عليها، لتكون الزيادة في مقابلة السيف والمركب إن ضمهما إليها (فإن تعذر) العلم (كنى الظن الغالب بزيادة الثمن عليها) . والأجود اعتبار القطع، وفاقاً للدروس وظاهر الأكثر، فإن تعذر بيعت بغير جنسها، بل يجوز بيعها بغير الجنس مطلقاً^(١) كغيرها، وإنما خص المصنف موضع الإشتباه .

(ولو باعه بنصف دينار فشق) أي نصف كامل مشاع، لأن النصف حقيقة في ذلك^(٢) (إلا أن يُراد) 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^(٣) فلو باعه بنصف دينار آخر تخير بين أن يعطيه شقي دينارين ويصير شريكاً فيها، وبين أن يعطيه ديناراً كاملاً عنها . وعلى

(١) أي سواء تعذر العلم أو الظن أم لا . ولم يذكر المصنف بيعها بغير الجنس، إذ لا اشتباه فيه من حيث الربا والصرف، وإنما الاشتباه في بيعها بالجنس، فلذلك خصه بالذكر .

(٢) أي في النصف الكامل المشاع .

(٣) أي وعلى صورة الإطلاق، فلو باع درهماً أو شيئاً آخر بنصف دينار آخر فصار مديوناً بنصبي دينار تخير بين أن يعطيه شقي دينارين ويصير شريكاً فيها وبين أن يعطيه ديناراً كاملاً عنها .

الثاني^(١) لا يجب قبول الكامل .

(وكذا) القول (في نصف درهم) وأجزائها غير النصف .

(وحكم تراب الذهب والفضة عند الصَّيَاغَةِ) بفتح الصاد وتشديد الياء^(٢) جمع صائغ (حكم) تراب (المعدن) في جواز بيعه مع اجتماعهما بهما وبغيرهما ، وبأحدهما مع العلم بزيادة الثمن عن مجانسه ، ومع الإنفراد بغير جنسه^(٣) .

(ويجب) على الصائغ (الصدقة به مع جهل أربابه) بكل وجه . ولو علمهم في محصورين وجب التخلص منهم^(٤) ولو بالصلح مع جهله حتى كل واحد بمخصوصه ، ويتخير مع الجهل بين الصدقة بعينه وقيمته .

(والأقرب الضمان لو ظهروا ولم يرضوا بها) أي بالصدقة ، لعدم 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^(٥) . ومصرف هذه الصدقة الفقراء والمساكين .

(١) أي في صورة إرادة النصف الصحيح لا يجب عليه قبول الكامل بل له المطالبة بالنصف غير الصحيح .

(٢) ومن المحتمل أن يكون بكسر الصاد وتخفيف الياء مصدراً لصاغ ، بل لعله أنسب . ويمكن أن يكون الصاغة بدون الياء جمعاً للصائغ كالقادة ونحوه ، لأنه لم يعهد - كما قيل - أن يكون الصياغة بالفتح والتشديد جمعاً للصائغ .

(٣) هذا إذا خالطه ما لا قيمة له كالتراب بحيث يجهل قدر الصافي منه ، فلو فرض كونه صافياً أو يُعلم قدر الصافي يجوز بيعه بالجنس أيضاً .

(٤) هذا في صورة الامكان ، وإلا ففي المسألة وتظايرها وجوه . ولعل العمل بالقرعة في تعيين المالك هو الأقرب . والله العالم .

(٥) وهذا هو الأوجه .

ويلحق بها ما شابهها من الصنائع الموجبة لتخلف أثر المال، كالحداثة والطحن والخباطة والخبازة .

(ولو كان بعضهم معلوماً وجب الخروج من حقه) . وعلى هذا يجب التخلص من كل غريم يعلمه ، وذلك ^(١) يتحقق عند الفراغ من عمل كل واحد ، فلو أخر حتى صار مجهولاً أثم بالتأخير ولزمه حكم ما سبق .
(خاتمة) :

(الدراهم والدنانير يتعينان بالتعيين) عندنا (في الصرف وغيره) ، لعموم الأدلة ^(٢) الدالة على التعيين والوفاء بالعقد ، ولقيام المقتضي في غيرها ^(٣) (فلو ظهر عيب في المعين) ثمتاً كان أم مثمتاً (من غير جنسه) بأن ظهرت الدراهم نحاساً أو رصاصاً (بطل) البيع (فيه) ، لأن ما وقع عليه العقد غير مقصود بالشراء والعقد تابع له ^(٤) (فإن

(١) أي التخلص يتحقق عند الفراغ من عمل كل واحد ، لأن صاحب الحق معلوم حينئذ ، وأما لو أخر عن الفراغ حتى صار مجهولاً أثم بالتأخير ولزمه حكم ما سبق من وجوب الصدقة وغيره من الأحكام .

(٢) كالأمر بالإيفاء بالعقد في قوله تعالى «أوفوا بالعقود» وغيره ، فإذا اشتمل العقد على التعيين لم يتم الوفاء به إلا بجميع مشخصاته .

(٣) أي في غير الدراهم والدنانير ، يعني كما أن المقتضي لتعيين غيرها من العروض والأمتعة هو العقد فكذلك هو حاصل في الأثمان أيضاً ، فيتعين كالعروض وتترتب عليه الفروع ، كوجوب دفع العين وغيره .

ثبت بذلك على خلاف أبي حنيفة ، حيث ذهب إلى أنها لا تتمين بالعقد بل بالقبض نقيض هذه الأحكام .

(٤) أي تابع لما وقع عليه العقد في البطلان .

كان بإزائه مجانسه بطل البيع من أصله) إن ظهر الجميع كذلك^(١) وإلا فبالنسبة (كدراهم بدراهم وإن كان) ما بإزائه (مخالفاً) في الجنس^(٢) (صح) البيع (في السليم وما قابله، ويجوز) لكل منها (الفسخ مع الجهل) بالعيب، لتبعض الصفقة.

(ولو كان العيب من الجنس) كخشونة الجوهر واضطراب السكة (وكان بإزائه مجانس، فله الرد بغير أرش)، لئلا يلزم زيادة جانب المعيب المفضي إلى الربا، لأن هذا النقص حكيم، فهو في حكم الصحيح.

(وفي المخالف) بإزاء المعيب (إن كان صرفاً) كما لو باعه ذهباً بفضة فظهر أحدهما معيباً من الجنس (فله الأرش في المجلس، والرد). أما ثبوت الأرش فللمعيب، ولا يضر هنا زيادة عوضه للاختلاف، واعتبر كونه في المجلس للصرف. ووجه الرد ظاهر، لأنه مقتضى خيار العيب بشرطه.

(وبعد التفرق له الرد، ولا يجوز أخذ الأرش من التقدين)، لئلا يكون صرفاً^(٣) بعد التفرق (ولو أخذ) الأرش (من غيرهما قيل) والقائل العلامة رحمه الله: (جاز)، لأنه حينئذ كالمعاوضة بغير الأثمان، فيكون جملة العقد بمنزلة بيع وصرف، والبيع ما

(١) أي بطل من أصله إن ظهر الجمع كذلك، وإلا بطل بنسبة البعض لا الكل، فقول المصنف «بطل البيع من أصله» ليس على إطلاقه.

(٢) كما لو كان ما بإزاء الدراهم الدنانير المغشوشة.

(٣) ولا يخفى أن أخذ الأرش ليس معاوضة حتى يكون صرفاً أو غيره، إذ الصرف إنما يتحقق في المعاوضة، فإذا اختار الأرش يصير البائع مشغول الذمة بجزء من الثمن الذي لا يقابله من المبيع شيء.

قال في محكي جامع المقاصد: إن المدفوع أرشاً ليس هو أحد عوضي الصرف وإنما هو عوض صفة فائتة في أحد العوضين - إلى آخر ما حكى عنه في هذا المقام، فليتأمل، فيجوز أخذ الأرش من التقدين ومن غيرهما بعد التفرق وقبله مطلقاً.

أخذ عوضه بعد التفرّق .

ويشكل^(١) بأن الأرض جزء من الثمن والمعتبر فيه النقد الغالب ، فإذا اختار الأرض لزم النقد حينئذ^(٢) ، واتفقها على غيره معاوضة^(٣) على النقد الثابت في الذمة أرساً لا نفس الأرض .

ويمكن دفعه : بأن الثابت - وإن كان هو النقد - لكن لما لم يتعيّن إلا باختياره الأرض - إذ لو ردّ لم يكن الأرض ثابتاً - كان ابتداء تعلقه بالذمة الذي هو بمنزلة المعاوضة اختياره^(٤) ، فيعتبر حينئذ قبضه قبل التفرّق^(٥) مراعاةً للصرف . وكما يكفي في لزوم معاوضة الصرف دفع نفس الأثمان قبل التفرّق كذا يكفي دفع عوضها قبله ، بل مطلق براءة ذمة من يطلب منه منه^(٦) ، فإذا اتفقا على جعله من غير النقيدين جاز ، وكانت المعاوضة كأنها واقعة به .

(١) حاصل هذا الإشكال : أن غير النقيدين لا يمكن أن يكون أرساً ، فلا يصح القول بأن جملة العقد بمنزلة بيع وصرف ، لأن البيع إنما يترتب على الصرف ويقع بعده ، كما هو المفروض .
(٢) فيكون صرفاً فيبطل لكونه بعد التفرّق .
(٣) أي الاتفاق المذكور معاوضة على الأرض وليست بأرض ، فلا ينفع في تصحيح المعاملة الأولى .

(٤) يعني لما لم يتعيّن النقد إلا حين اختياره الأرض كان ابتداء تعلق النقد بالذمة الذي هو بمنزلة المعاوضة اختيار الأرض ، فقبل اختيار الأرض لا معاوضة ، فقله «كان» جواب للشرط ، وقوله «ابتداء» تعلقه اسم لكان واختياره خبر لها .

(٥) أي قبل التفرّق عن المجلس الثاني .
(٦) أي يكفي مطلق براءته ممن يطلب منه العوض وإن كان يهبته أو جعله عوضاً عما في ذمة الطالب لو كان في ذمته شيء ، فنه الثانية متعلقة ببراءته والأولى يبطل .

وفيه : أن ذلك يقتضي جواز أخذه في مجلس اختياره من التقدين^(١) أيضاً ، ولا يقولون به . ولزومه - وإن كان موقوفاً على اختياره - إلا أن سببه العيب الثابت حالة العقد ، فقد صدق التفريق قبل أخذه وإن لم يكن مستقراً^(٢) .

والحق أنا إن اعتبرنا في ثبوت الأرض السبب لزم بطلان البيع فيما قابله بالتفريق قبل قبضه مطلقاً^(٣) ، وإن اعتبرنا حالة اختياره^(٤) ؟ أو جعلناه تمام السبب على وجه النقل لزم جواز أخذه في مجلسه مطلقاً^(٥) ، وإن جعلنا ذلك^(٦) كاشفاً عن ثبوته بالعقد لزم البطلان فيه أيضاً .

وعلى كل حال^(٧) فالمعتبر منه النقد الغالب ، وما اتفقا على أخذه أمر آخر . والوجه

(١) أي يقتضي هذا التوجيه جواز أخذ الأرض من التقدين في مجلس اختياره أيضاً والحال أنهم لا يقولون به . ثم هذا على سبيل النقض ، وبعد ذلك أورد عليه بقوله : ولزومه وإن كان موقوفاً - إلى آخر ما أورده .

(٢) أي وإن لم يكن الأرض مستقراً .

(٣) وجه اللزوم : أنه عوض عما أداه في مجلس عقد الصرف وقد انتفى شرط الصحة فيه وهو القبض في مجلس العقد ، فيكون باطلاً مطلقاً ، سواء كان قبض الأرض في مجلس الاختيار أم غيره وكونه من التقدين أو غيرهما .

ثم هذا مما يتعلق بشرح العبارة ، ولكن قد تقدم أن أخذ الأرض ليس معاوضة حتى يكون صرفاً أو غيره ، فيجوز أخذه مطلقاً ، لأنه عوض صفة فائنة في أحد العوضين .

(٤) أي اعتبرنا في ثبوت الأرض حالة اختيار الأرض .

(٥) أي سواء كان الأرض من التقدين أم غيره .

(٦) لفظ "ذلك" إشارة إلى اختيار الأرض ، والضمير المجرور في لفظ "فيه" عائد إلى ما في قوله : فيما قابله في الوجه الأول . ووجه اللزوم ما ذكرناه هناك .

(٧) هذا تأكيد وتوضيح لورود الإشكال المذكور سابقاً ، وهو أن اتفاقهما معاوضة على النقد

الأخير^(١) أوضح ، فبيته مع اختياره البطلان فيما قابله مطلقاً^(٢) ، وإن رضي بالمدفوع لزم^(٣) .

فإن قيل : 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 كالجزم من الناقص منها ، ومن ثمَّ حكموا بأنه جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمة الصحيح إلى المعيب ، والتقابض الحاصل في العوضين وقع متزلاً ، إذ يُحتمل ردّه رأساً ، وأخذ أرش النقصان الذي هو كسمة العوض الناقص ، فكان بمنزلة بعض العوض . والتخير بين أخذه والعفو عنه وردّ المبيع لا ينافي ثبوته^(٤) ، غايته التخير بينه وبين أمر آخر ، فيكون ثابتاً ثبوتاً تخييرياً بينه وبين ما ذكر .

➤ الثابت أرشاً لا نفس الأرض .

(١) وهو كونه كاشفاً . وجه الأوضحية : أن الظاهر أن العقد حالة العيب هو السبب لا اختيار الأرض ، ولازم ذلك أن يكون الاختيار كاشفاً عن ثبوت الأرض بالعقد .

(٢) سواء كان من التقدين أم غيرهما .

(٣) أي وإن رضي بالثمن المدفوع إليه من غير أرش لزم البيع .

(٤) وجه توهم المنافاة : أنه قد تمّ المعاوضة والقبض قبل ثبوت الأرض ، فلا ربط له بالعوضين حتى يكون عدم قبضه قبل التفرّق مبطلاً له .

حاصل الجواب : إن التقابض وقع متزلاً ، فلا ينافيه ثبوت الأرض ثبوتاً تخييرياً بينه وبين ما ذكر ، وهو العفو عنه وردّ المبيع .

(ولو كان) العيب الجنسي (في غير صرف) بأن كان العوض الآخر عرضاً^(١) (فلا شك في جواز الرد والأرث)، إعطاء للمعيب حكمه شرعاً، ولا مانع منه هنا (مطلقاً) سواء كان قبل التفريق أم بعده.

(ولو كانا) أي العوضان (غير معينين فله الإبدال) مع ظهور العيب جنسياً كان أم خارجياً، لأن العقد وقع على أمر كلي والمقبوض غيره، فإذا لم يكن مطابقاً لم يتعين^(٢) لوجوده في ضمنه، لكن الإبدال (ما دام في المجلس في الصرف) أما بعده فلا، لأنه يقتضي عدم الرضا بالمقبوض قبل التفريق، وأن الأمر الكلي باق في الذمة، فيؤدي إلى فساد الصرف.

هذا إذا كان العيب من الجنس، أما غيره فالمقبوض ليس ما وقع عليه العقد مطلقاً^(٣)، فيبطل بالتفريق، لعدم التقابض في المجلس.

ويحتمل قوياً مع كون العيب جنسياً جواز إبداله بعد التفريق، 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^(٤)

(١) العرض: المتاع، وكل شيء، فهو عرض سوى الدراهم والدنانير فإنها عين - كذا عن الصحاح.

(٢) أي لم يتعين هذا الكلي بتعيين البائع في ضمن هذا الفرد المعيب، لأنه غير مطابق له.

(٣) أي ليس فرداً لما وقع عليه العقد أصلاً، سواء رضي به أو أبدله، بخلاف العيب الجنسي، فإنه لو رضي به يكون فرداً للكلي ومبرئاً لما في ذمته.

(٤) المراد استدراك بعض أوصاف الفائت بالخيار بين ردّه وأخذ عوضه الصحيح، فإنّه في الصورة المفروضة لم يفت منه شيء إذا اختار أخذ عوضه الصحيح.

يمكن بالخيار. ومن ثمَّ لو رضي به استقر ملكه عليه، وغاؤه له على التَّبْذِيرين^(١)، بخلاف غير الجنسي. وحينئذ فإذا فسخ رجع الحق إلى الذمة، فيتعيَّن حينئذ كونه عوضاً صحيحاً، لكن يجب قبض البديل في مجلس الردّ، بناءً على أن الفسخ رفع^(٢) العوض، فإذا لم يقدح^(٣) في الصحة سابقاً يتعيَّن القبض حينئذ ليتحقّق التقاوض... ويحتلّ قوياً سقوط اعتباره أيضاً، لصدق التقاوض في العوضين الذي هو شرط الصحة، وللحكم بصحة الصرف بالقبض السابق^(٤)، فيستصحب إلى أن يثبت خلافه.

وما وقع^(٥) غير كافٍ في الحكم بوجود التقاوض، لأنّه حكم طارئ بعد ثبوت البيع.

(وفي غيره) أي غير الصرف له الإبدال (وإن تفرقا)، لانتفاء المانع منه مع وجود

(١) أي غناء المقبوض المغيّب للتقاوض على تقدير الرضا به، وعلى تقدير ردّه وأخذ عوضه الصحيح، وذلك لأنّ الغناء تابع للعين، والمفروض أن المقبوض المغيّب ملك له قبل اختيار أحد الأمرين، فتأوّه تابع له. وهذا بخلاف غير الجنسي، لعدم وقوع العقد عليه أصلاً.

(٢) أي رفع الفسخ العوض، ورفع فعل ماض والفسخ فاعله والعوض مفعوله، ومعنى رفعه جعله في حكم غير المقبوض، أي هذا مبني على أن أثر الفسخ إبطال دفع العوض فقط، وأما المعاملة فباقية، فحينئذ يتعيَّن القبض في مجلس الردّ حتى يتحقّق التقاوض.

(٣) أي إذا لم يقدح في صحة الصرف السابق بناءً على ما مر من الدليل.

(٤) أي قبل الإبدال، لما تقدم من صدق التقاوض في العوضين، ولو شككتنا في كفاية التقاوض في العوضين قبل الإبدال نستصحب الصحة قبله، فإنه لو رضي به قبل الإبدال صح واستقر ملكه عليه كما تقدم. فاليتمل في هذا الاستصحاب.

(٥) أي ما وقع من الردّ، وأخذ العوض غير كافٍ لوجوب التقاوض حين الردّ، لأن الحكم بوجود التقاوض حكم طارئ بعد ثبوت البيع الذي وقع فيه التقاوض اللازم في الصرف.

المقتضي له ، وهو العيب في عين لم يتعين عوضاً .

(الفصل السادس : في السلف)

وهو بيع مضمون في الذمة ، مضبوط بمال معلوم مقبوض في المجلس إلى أجل معلوم بصيغة خاصة ،

(ويتعقد بقوله) أي قول المسلم وهو المشتري (أسلمت إليك ، أو أسلفتك) ، أو سفلتك بالتضعيف ، وفي سلمتك وجه^(١) ، (كذا في كذا إلى كذا ، وقيل مخاطب) وهو المسلم إليه - وهو البائع - بقوله : قبلت وشبهه . ولو جعل الإيجاب منه جاز بلفظ البيع والتعليك ، واستلمت منك واستلفت وتسلفت ونحوه .

[شرائط بيع السلف]

(ويشترط فيه) شروط البيع بأسرها ، ويختص بشروط : (ذكر الجنس) ، والمراد به^(٢) هنا الحقيقة النوعية كالحنطة والشعير ، (والوصف الرفع للجهالة) الفارق بين أصناف ذلك النوع ، لا مطلق الوصف ، بل (الذي يختلف لأجله الثمن اختلافاً ظاهراً) لا يتسامح بمثله عادة ، فلا يقدح الاختلاف اليسير غير المؤدي إليه .

والمرجع في الأوصاف إلى العرف ، وربما كان العامي أعرف بها من الفقيه ، وحظ الفقيه منها الإجمال . والمعتبر من الوصف ما يتناوله الاسم المزيل لاختلاف أثمان الافراد الداخلة في المعين (ولا يبلغ فيه الغاية) ، فإن بلغها وأفضى إلى عزة الوجود

(١) ولكنه متروك بين الفقهاء - كذا عن الرياض .

(٢) أي المراد بالجنس في باب السلف الحقيقة النوعية ، بخلافه في الربا ، فإن الحنطة والشعير هناك جنس واحد حكماً وإن اختلفا حقيقة .

بطل، وإلا صح^(١).

(واشتراط الجيد والرديء جائز) لإمكان تحصيلهما بسهولة، والواجب أقل ما يُطلق عليه اسم الجيد، فإن زاد عنه زاد خيراً، وما^(٢) يصدق عليه اسم الرديء، وكلها قلل الوصف^(٣) فقد أحسن.

(و) شرط (الأجود والأردأ ممتنع) لعدم الانضباط، إذ ما من جيد إلا ويمكن وجود أجود منه، وكذا الأردأ، والحكم في الأجود وفاق، وأما الأردأ فالأجود أنه كذلك. وربما قيل بصحته، والاكتفاء بكونه في المرتبة الثانية من الرديء لستحقق الأفضلية.

ثم إذا كان الفرد المدفوع أردأ فهو الحق، وإلا فدفعت الجيد عن الرديء جائز وقبوله لازم، فيمكن التخلص بخلاف الأجود.

ويشكل بأن ضبط المسلم فيه معتبر على وجه يمكن الرجوع إليه عند الحاجة مطلقاً^(٤)، ومن جملتها ما لو امتنع المسلم إليه من دفعه، فيؤخذ من ماله بأمر الحاكم قهراً، وذلك غير ممكن هنا، لأن الجيد غير متعين عليه، فلا يجوز لغيره^(٥) دفعه،

(١) أي وإن لم يفض إلى عزة الوجود صح.

(٢) أي وأقل ما يصدق عليه اسم الرديء.

(٣) أي وصف الرداءة.

(٤) أي يمكن الرجوع إلى الضبط المذكور عند الحاجة أي شيء كانت، ومن تلك الحاجة ما لو امتنع المسلم إليه.

(٥) الضمير راجع إلى المسلم إليه، أي لا يجوز لغير المسلم إليه - وهو الحاكم - إن يأمره بدفع الجيد لعدم تعيينه عليه. نعم نفس المسلم إليه له أن يدفع الجيد، والمفروض أنه ممتنع، فيتعذر التخلص.

فيتعذر التخلص ، فعدم الصحة أوضح . وتردد المصنف في الدروس .
 (وكل ما لا يضبط وصفه يمتنع السلم فيه ، كاللحم والخبز والنبل المنحوت)
 ويجوز قبله ^(١) ، لإمكان ضبطها بالعدد والوزن . وما يبقى فيه من الاختلاف غير
 قادح ، لعدم اختلاف الثمن بسببه بخلاف المعمول .
 (والجلود) لتعذر ضبطها ، وبالوزن لا يفيد الوصف المعتبر ، لأن أهم أوصافها
 الشك ^(٢) ولا يحصل به . وقيل : يجوز ، لإمكان ضبطه بالمشاهدة . ورُدَّ بأنه خروج
 عن السلم ، لأنه دين . ويمكن الجمع ^(٣) بمشاهدة جملة يدخل المسلم فيه في ضمنها من
 غير تعيين ، وهو غير مُخْرَج عن وضعه ، كاشتراطه من غَلَّة قرية معينة لا تخيس ^(٤)
 عادةً ، وحينئذ فيكفي مشاهدة الحيوان عن الإمعان في الوصف ، والمشهور المنع
 مطلقاً ^(٥) .

(والجواهر والآليء الكبار ، لتعذر ضبطها) على وجه يرفع بسببه اختلاف الثمن .
 (وتفاوت الثمن فيها) تفاوتاً باعتبارات ^(٦) لا تحصل بدون المشاهدة . أما الآليء
 الصغار التي لا تشتمل على أوصاف كثيرة تختلف القيمة باختلافها ، فيجوز مع ضبط
 ما يُعتبر فيها ^(٧) ، سواء في ذلك المتخذة للدواء وغيرها . وكذا القول في بعض الجواهر

(١) أي قبل النحت .

(٢) السمك هو تخنها ، أي حجمها بين سطحيها ، ومعلوم أنه لا يعلم بالوزن .

(٣) أي يمكن الجمع بين كونه مشاهداً ودينياً .

(٤) أي لا تفسد عادةً .

(٥) أي وصفاً ومشاهدةً .

(٦) أي تفاوتاً باعتبارات لو ذكرت لأدت إلى عزة وجودها الموجبة للبطلان كما تقدم .

(٧) كالوزن والعدد مع بعض الصفات ، وضابطها : كل ما يُباع بالوزن ولا يلاحظ فيه

التي لا يتفاوت الثمن باعتبارها متفاوتاً بيناً كبعض العقيق، وهو خيرة الدروس .
(ويجوز السَلَم في الحبوب، والفواكه، والخضر، والشحم، والطيب، والحيوان كله) ناطقاً وصامتاً (حتى في شاة لبون)، لإمكان ضبطها وكثرة وجود مثلها. وجهالة مقدار اللبن غير مانعة على تقدير وجوده، لأنه تابع، (ويلزم تسليم شاة يمكن أن تُحلب في مقارب زمان التسليم)، فلا يكفي الحامل وإن قرب زمان ولادتها، (ولا يُشترط أن يكون اللبن حاصلًا بالفعل حينئذ، فلو حلبها وسَلَمها أجزأت)، لصدق اسم الشاة اللبون عليها بعده.

(أما الجارية الحامل أو ذات الولد أو الشاة كذلك، فالأقرب المنع)، لاعتبار وصف كل واحد منهما^(١) فيعزّ اجتماعها في واحد، وجهالة^(٢) الحمل وعدم إمكان وصفه. وقيل: يجوز في الجميع، لإمكانه من غير عسر^(٣)، واغتفار الجهالة في الحمل لأنه تابع. وفي الدروس جَوَز في الحامل مطلقاً^(٤)، وفي ذات الولد المقصود بها الخدمة دون التسري^(٥). والأجود الجواز مطلقاً، لأن عِزّة وجود مثل ذلك غير واضح،

جـ الأوصاف الكثيرة.

(١) هذا دليل على منع ذات الولد، وحاصله: إن اعتبار وصف كل واحد منها - أي من الأم والولد - يوجب عِزّة اجتماعها في سلم واحد.

(٢) لأنه غير معلوم من حيث الحجم وغيره من الأوصاف.

(٣) هذا ردّ للعلّة الأولى، وقوله «واغتفار الجهالة» ردّ للثانية.

(٤) سواء كانت للتسري أم للخدمة.

(٥) قال في الدروس: وكذا لو شرط الولد مع الأم المقصود بها التسري، ولو قصد بها الخدمة كالزنجية جاز لقلة التفاوت. انتهى.

وجه التفصيل: إن التفاوت بين الأفراد المقصود بها الخدمة قليلة، حيث إن الخدمة أمر ميسور

وعوموم الأمر بالوفاء بالعقد يقتضيه .

(ولا بدّ من قبض الثمن قبل التفريق ، أو المحاسبة) به (من ذَيْن عليه) أي على المسلم^(١) (إذا لم يشترط ذلك في العقد) بأن يجعل الثمن نفس ما في الذمة ، (ولو شرطه) كذلك (بطل ، لأنه بيع دين بدين) . أما كون المسلم فيه ديناً فواضح^(٢) ، وأما الثمن الذي في الذمة فلأنه دين في ذمة المسلم^(٣) ، فإذا جعل عوضاً للمسلم فيه صدق بيع الدين بالدين ، لأن نفس الدين قد قُرن بالباء فصار ثمنًا . بخلاف المحاسبة عليه قبل التفريق إذا لم يشترط ، لأنه استيفاء دين قبل التفريق مع عدم ورود العقد عليه ، فلا يقصر عما لو أطلقاه ثم أحضره^(٤) قبل التفريق ، وإنما يقتصر إلى المحاسبة مع تحالفهما جنساً أو وصفاً ، أما لو اتفق ما في الذمة والثمن فيهما وقع التهاتر^(٥) قهرياً ولزم العقد .

ولكن المصنف في الدروس استشكل على هذا صحة العقد ، استناداً إلى أنه يلزم منه كون مورد العقد ديناً بدين . ويندفع بأن بيع الدين بالدين لا يتحقق إذا جعلاً معاً في نفس العقد متقابلين في المعاوضة قضية للباء^(٦) . وهي منتفية هنا ، لأن الثمن هنا أمر

جـ تقدر عليه أكثر الأماء ، بخلاف المقصود بها التسري ، فإن لها قيوداً كثيرة ربما تؤدي إلى عزة الوجود ، إذ مرجعها إلى الاستحسان المختلف باختلاف الطباع .

(١) المسلم بفتح اللام وهو المسلم إليه .

(٢) وفيه إشكال ، حيث إن المسلم فيه قبل العقد ليس بدين ، إلا أن يقال : إن المراد من الدين ما يقابل العين ، ولكن لازم ذلك أن يكون بيع الكلي باطلاً ، وهو كما ترى .

(٣) المسلم بالفتح ، وهو البائع المدينون للمشتري .

(٤) أي أطلقا الثمن ثم أحضره المشتري .

(٥) أي التساقط والتفاص قهرياً .

(٦) أي متقابلة .

كلي، وتعيينه بعد العقد في شخص لا يقتضي كونه هو الثمن الذي جرى عليه العقد، ومثل هذا التقاَص والتحاسِب استيفاء لا معاوضة. ولو أُوْثِرَ مثل ذلك لآثر مع إطلاقه ثم دفعه في المجلس، لصدق بيع الدين بالدين عليه ابتداءً. بل قيل بجواز الصورة الثانية أيضاً، وهي ما لو جعل الدين ثمناً في العقد، نظراً إلى أن ما في الذمة بمنزلة المقبوض.

• (وتقديره) أي المُسَلَّم فيه أو ما يعم^(١) الثمن (بالكيل، أو الوزن المعلومين) فيما يكال أو يوزن، وفيما لا يضبط إلا به، وإن جاز بيعه^(٢) جزافاً كالحطب والحجارة، لأن المشاهدة ترفع الغرر، بخلاف الدين^(٣). واحترز بالمعلومين عن الإحالة على مكيال أو صَنْجَةٍ^(٤) مجهولين فيبطل،

(أو العدد) في المحدود (مع قلة التفاوت)^(٥) كالصنف الخاص من الجوز واللوز، أما مع كثرتهم كالرمان فلا يجوز بغير الوزن.

والظاهر أن البيض ملحق بالجوز في جوازه مع تعيين الصنف. وفي الدروس قطع بإلحاقه بالرمان الممتنع به،

(١) بأن يكون مرجع الضمير مطلق العوض الشامل للثمن والمثمن.
(٢) يعني لو لم يكن هذا البيع سلفاً، فإن بيع الحطب ونحوه يجوز جزافاً من غير وزن ولا كيل.
(٣) وتعبيره بـ «الدين» باعتبار ما يؤول إليه، فإن المبيع بالبيع السلف يصير ديناً بعد البيع.
ووجه عدم الجواز واضح، لعدم إمكان المشاهدة فيه إلا على احتمال تقدم الإشارة إليه من الاكتفاء بمشاهدة جملة يدخل المسلم فيها من غير تعيين، إلا أنه لم يعتبره هنا أحد من الطائفة كما قيل.

(٤) الصَنْجَةُ بفتح الصاد: ما يوزن به، معرَّب سنك.

(٥) وذلك للتساح في مثله عادة، فيندفع الغرر.

وفي مثل الثوب يُعتبر ضبطه بالذرع وإن جاز بيعه بدونه مع المشاهدة كما مر^(١). وكان عليه أن يذكره^(٢) أيضاً، لخروجه عن الاعتبارات المذكورة. ولو جعلت هذه الأشياء ثمناً، فإن كان مُشاهداً لحقه حكم البيع المطلق، فيكفي مشاهدة ما يكفي مشاهدته فيه، واعتبار ما يُعتبر^(٣).

(وتعيين الأجل المحروس من التفاوت) بحيث لا يُحتمل الزيادة والنقصان إن أريد موضوعه، ولو أريد به مطلق البيع^(٤) لم يُشترط وإن وقع بلفظ السَلَم. والأقرب جوازه) أي السَلَم^(٥) (حالاً مع عموم الوجود) أي وجود المُسَلَم فيه (عند العقد)، ليكون مقدوراً على تسليمه حيث يكون مستحقاً.

وجه القرب: أن «السلم» بعض جزئيات البيع، وقد استعمل لفظه في نقل الملك على الوجه المخصوص، فجاز استعماله في الجنس^(٦) لدلالته عليه حيث يُصَرَّحُ بارادة المعنى العام، وذلك عند قصد الحلول، كما ينعقد البيع بـ «ملكك كذا بكذا»، مع أن التملك موضوع لمعنى آخر، إلا أن قرينة العوض المقابل عيّنته^(٧) للبيع. بل هذا

(١) أي مرّ في قوله: لأن المشاهدة ترفع الغرر.

(٢) أي كان عليه أن يذكر الضبط بالذرع أيضاً، لخروجه عن الاعتبارات المذكورة، وهي الكيل والوزن والتد.

(٣) أي ما يُعتبر به من كيل أو وزن أو عدد.

(٤) والأنسب أن يقال: البيع الحالّ، كما لعله واضح.

(٥) أي استعمال لفظ «السلم» في بيع ما يكون تسليمه حالاً، لا أنه هو السلم المعهود كما سنوضحه إن شاء الله تعالى.

(٦) ولا يخفى ما فيه من المسامحة في التعبير، إذ ليس من استعمال الشيء في الجنس بل من استعمال نوع وهو المؤجل في نوع آخر وهو الحالّ.

(٧) أي عيّنت القرينة التملك للبيع.

أولى^(١)، لأنه بعض أفرادها، بخلاف التملك المستعمل شرعاً في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها، وإنما صرفه عنها القيود الخارجية .
ومثله القول فيما لو استعمل السلف في بيع عين شخصية^(٢)، وأولى بالجواز لأنها أبعد عن الضرر^(٣) . والحلول أدخل في إمكان التسليم من التأجيل^(٤) .
ومن التعليل^(٥) يلوح وجه المنع فيها، حيث أن بناءه على البيع المؤجل مشتمنه الثابت في الذمة، وقد قال النبي ﷺ: «من أسلف فلئسلف في كيل معلوم، أو وزن معلوم، أو أجل معلوم»^(٦) .
وأجيب بتسليمه^(٧) حيث يقصد السلم الخاص، والبحث فيما لو قصد به البيع الحالّ .

-
- (١) أي استعمال السلف في البيع المطلق .
(٢) أي لأن العين الشخصية أبعد عن الضرر من المبيع الكلي .
(٣) هذا وجه آخر لجواز استعمال السلم في بيع عين شخصية، وهذا الوجه مشترك بين الشخصي والكلي، وذكره للشخصي لا يدل على تخصيصه به .
(٤) أي مثل استعمال السلم في البيع المضمون الحالّ، والقول فيما لو استعمل المتعاملان السلم في بيع عين شخصية .
(٥) أي ومن التعليل المذكور في وجه القرب يلوح وجه المنع في المسألتين الكلي الحالّ والشخصي . والظاهر منه أن بناء السلم على البيع المؤجل مشتمنه، فالبيع الكلي الحالّ والشخصي خارجان عن حقيقته .
(٦) كما في محكي (البخاري ج ٣ ص ١٠٦) .
(٧) أي وأجيب عن وجه المنع فيها بتسليم أن بناء السلم على البيع المؤجل ولكن فيما إذا يقصد السلم الخاص، ولا نزاع فيه . وإنما البحث والكلام فيما لو قصد المتبايعان بالسلم البيع الحالّ .

واعلم أن ظاهر عبارة المصنف هنا وفي الدروس وكثير: أن الخلاف مع قصد السلم، وأن المختار جوازه مؤجلاً وحالاً^(١) مع التصريح بالحلول ولو قصداً، بل مع الإطلاق أيضاً، ويحمل على الحلول. والذي يرشد إليه التعليق. والجواب: أن الخلاف فيما لو قصد به البيع المطلق واستعمل السلم فيه بالقرائن، أما إذا أريد به السلف المطلق^(٢) اشترط ذكر الأجل.

(ولا بهد من كونه^(٣) عام الوجود عند رأس الأجل إذا شرط الأجل) في البلد^(٤) الذي شرط تسليمه فيه، أو بلد العقد حيث يُطلق - على رأي المصنف هنا -^(٥)، أو فيما^(٦) قاربه بحيث ينقل إليه عادةً، ولا يكفي وجوده فيما لا يُعتد نقله منه إليه إلا نادراً. كما لا يُشترط وجوده حال العقد حيث يكون مؤجلاً، ولا فيما بينهما. ولو عين غلة بلد^(٧) لم يكف وجوده في غيره وإن اعتيد نقله إليه، ولو انعكس -

(١) ولكن لا يخفى: أنه لا يحصى من أن يحمل عبارة المصنف وغيره في هذه المسألة على غير ظاهرها، حيث إن لازم ذلك أن يكون البيع المطلق والسلف متساويين من حيث المصاديق، وهذا واضح البطلان. ولا إشكال في أن السلف هو البيع المؤجل لا غير.

(٢) أي المعنى الموضوع له إصطلاحاً.

(٣) أي من كون المسلم فيه عام الوجود.

(٤) متعلق بعام الوجود.

(٥) أي في هذا الكتاب كما سيجيء في قوله: ولو شرط في موضع التسليم لزم وإلا اقتضى في موضع العقد.

(٦) عطف على قوله «في البلد»، أي ما قارب بلد التسليم، سواء كان هو البلد الذي شرط تسليمه فيه أم بلد العقد في صورة الإطلاق.

(٧) أي عين غلة بلد بخصوصه كغلة بلدة قم مثلاً ولم يرد غيره ولو قاربه بحيث ينقل إليه عادة، فيحتثد لم يكف غيره، لأنه غير مقصود بالشراء.

بأن عين غلة غيره مع لزوم التسليم به شرطاً نقله إليه - فالوجه الصحة، وإن كان يبطل مع الإطلاق^(١). والفرق^(٢) أن بلد التسليم حينئذ بمنزلة شرط آخر، والمعتبر هو بلد المسلم فيه.

(والشهور يُحمل إطلاقها على الهلالية) مع إمكانه، كما إذا وقع العقد في أول الشهر، ولو وقع في أثنائه ففي عده هلالياً بجمعه مقدار ما مضى منه^(٣)، أو إكمالها ثلاثين يوماً، أو انكسار الجميع لو كان معه غيره، وعدّها ثلاثين يوماً أوجه، أو سطها الوسط، وقوّاه في الدروس. ويظهر من العبارة الأول^(٤).

(١) وذلك لأن الإطلاق ينصرف إلى بلد العقد كما مرّ، مع أن المفروض عين غيره ولم يرد غلة بلد العقد، فيبطل البيع. وهذا بخلاف شرط نقله إليه، فإنه لا إشكال فيه، لتعيين موضع التسليم بسبب شرط النقل.

(٢) أي الفرق بين ما لو عين غلة بلد ولم يكن الغلة فيه موجوداً بل في غيره، وبين ما لو عين غلة غير البلد وشرط التسليم في البلد الذي لم يكن الغلة فيه موجوداً، حيث لا يكفي وجود الغلة في الغير على الأول فلا يصح ويكفي في الثاني فيصح. هو أن بلد التسليم شرط آخر اشترط لدفع الغرر الناشيء من عدم تعيين محل التسليم كما تقدم، والشرط الأول الذي اعتبر في المعاملة هو بلد المسلم فيه، أي وجود العلة فيه وهو متحقق في الفرض، بخلاف الصورة الأولى حيث لم يتحقق فيها شرط المعاملة وهو وجود المسلم فيه.

(٣) فلو كان الشهر تسعة وعشرين ووقع العقد في الخامس منه بجمعه المقدار الفائت منه وهو أربعة، ولو كان ثلاثين بجمعه كسره وهو خمسة. ويُحتمل عددياً لا هلالياً، فيلزم إكمال ثلاثين يوماً لا غير. ويُحتمل انكسار الجميع لو كان معه غيره من الشهور، بأن يكون شهرين فصاعداً، فيُعتبر الكل بالعدد وعدّها ثلاثين.

(٤) لا يخفى: أن هذا ينافي بقيده أولاً بقوله «مع إمكانه»، إذ مقتضى الظهور عدّه هلالياً سواء كان ممكناً أم لا. فليتأمل.

(ولو شرط تأجيل بعض الثمن بطل في الجميع) أما في المؤجل فظاهر ، لاشتراط قبض الثمن قبل التفرق المنافي له ^(١) . وعلى تقدير عدم منافاته - لتقصير الأجل - يتمتع ^(٢) من وجه آخر ، لأنه بيع الكالئ بالكالئ ، فقد فسره أهل اللغة : بأنه بيع مضمون مؤجل مثله . وأما البطلان في الحال على تقدير بطلان المؤجل فلجهالة قسطه من الثمن ^(٣) وإن جعل كلاً منها قدرأ معلوماً ، كتأجيل خمسين من مائة ، لأن المعجل يقابل من المبيع قسطاً أكثر مما يقابله المؤجل ، لتقسيت الثمن على الأجل أيضاً ، والنسبة عند العقد غير معلومة ^(٤) .

وربما قيل بصحته للعلم بجملة الثمن ، والتقسيت غير مانع ، كما لا يمنع لو باع ماله ومال غيره فلم يُجز المالك ، بل لو باع الحر والعبد بثمان واحد مع كون بيع الحر باطلاً من حين العقد كالمؤجل هنا ^(٥) .

(ولو شرط موضع التسليم لزم) ، لوجوب الوفاء بالشرط السائق (وإلا) يُشترط (اقتضى) الإطلاق التسليم في (موضع العقد) كتنظيره من المبيع المؤجل ^(٦) . هذا أحد

(١) أي المنافي للتأجيل .

(٢) بأن يكون الأجل قصيراً بحيث ينقضي قبل انقضاء المجلس .

(٣) أي لجهالة قسط الحال من الثمن وإن كان الحال معلوماً كخمسين مثلاً ، إذ ملاك المعلومية هو مقابلة قسطه من المبيع ، وهذا مقداره غير معلوم . نعم يُعلم ما يقابل المبيع من المعجل أكثر مما يقابله المؤجل لتقسيت الثمن على الأجل أيضاً ، ولكن الأكثر نسبته غير معلومة هل هي النصف أو غيره من الكسور ، وهذا لعله واضح بعد التأمل .

(٤) وبعد العقد لا يفيد .

(٥) فيقتط الثمن بعد العقد على الثمن ، ويصح بقدر الحال وببطل بقدر المؤجل .

(٦) إذ المبيع المؤجل لا ينحصر في السلف ، فنه ما لو كان لأحد دين مؤجل في ذمة شخص فباعه من آخر قبل حلوله ، وهكذا .

الأقوال في المسألة، والقول الآخر: اشتراط تعيين موضعه مطلقاً^(١)، وهو اختياره في الدروس، لاختلاف الأغراض باختلافه الموجب لاختلاف الثمن والرغبة، ولجهالة موضع الاستحقاق، لابتناؤه على موضع الحلول المجهول^(٢). وبهذا فارق القرض المحمول على موضعه لكونه معلوماً. وأما النسيئة فخرج بالاجماع على عدم اشتراط تعيين محله،

وفصل ثالث بأشراطه ان كان في جملة مؤنة^(٣)، وعدمه بعدمه. ورابع بكونها في مكان قصدتها مفارقتها وعدمه^(٤). وخامس بأشراطه فيها^(٥). ووجه الثلاثة مركب من الأولين^(٦). ولا ريب أن التعيين مطلقاً أولى.

-
- (١) أي بدون تفصيل وقيد، بل في جميع الحالات يشترط تعيين موضعه.
 - (٢) أي لابتناء موضع الاستحقاق على موضع الحلول المجهول، وذلك لأنه لا يعلم في أي مكان يتحقق الحلول على البائع. وبهذا يفرق بينه وبين القرض لانصرافه إلى مكان عقده، وهو معلوم.
 - (٣) ووجهه أن الأغراض انما تختلف إذا كان في محل يفتقر محله إلى المؤنة، أما غيره فلا غرض في تعيينه.
 - (٤) ووجهه أنه متى كان المكان كذلك لم يمكن التسليم في مكان العقد وليس ببعض الأماكن أولى من الآخر. وهذا بخلاف ما إذا كانا في مكان أو بلد يجتمعان فيه، فإن إطلاق العقد يقتضي التسليم فيه.
 - (٥) أي فيما كان في محله مؤنة وفي مكان قصدتها مفارقة.

(٦) هكذا فيما حضرني من نسخ الكتاب، وكأنه من اشتباه النساخ، والصحيح لفظ «الثالث» بدل الثلاثة. ومراده من الأولين التفصيل الثالث والرابع، فيكون هذا ثالثهما. والشاهد على ذلك قوله في المسالك. في هذه المسألة: وخامسها ان كان بحمله مؤنة أو لم يكن المحل

[أحكام بيع السلف]

(ويجوز اشتراط السانغ في العقد) كاشتراط حمله إلى موضع معين، وتسليمه كذلك، ورهن وضمين، وكونه من غلة أرض أو بلد لا تخيس فيها غالباً، ونحو ذلك.

(و) كذا يجوز (بيعه بعد حلوله) وقبل قبضه (على الغريم وغيره على كراهية)، للنهي عن ذلك في قوله ﷺ: ^(١) «لا تبين شيئاً حتى تقبضه»، ونحوه ^(٢) المحمول على الكراهة. وخصها ^(٣) بعضهم بالمكيل والموزون، وآخرون بالطعام ^(٤). وحرمه

صالحاً كالقرية اشتراط تعيينه وإلا فلا، وهو خيرة العلامة في التذكرة، ووجهه مركب من القولين السابقين عليه - انتهى.

وجه تركيبه من هذين القولين ما تقدم في الثالث: من أن الأغراض انما تختلف إذا كان في محل يحتاج إلى المؤنة، وأما غيره فلا غرض في تعيينه، وفي الرابع: أنه لو كان المكان كذلك لم يمكن التسليم في مكان العقد - إلى آخر ما تقدم هناك.

أما ما ذكره بعض المحشين من أن المراد بها المذاهب الثلاثة الأخيرة ومن الأولين ما ذكره المنصف: أحدهما بقوله «وإلا اقتضى في موضع العقد» أي اقتضى الإطلاق التسليم في موضع العقد، ثانيهما ما أشار إليه الشارح بقوله «والقول الآخر اشتراط تعيين موضعه مطلقاً». وتكلف في توجيهه بما لا محصل له، فهو يخالف لما صرح به في المسالك كما ذكرنا.

(١) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢١].

(٢) أي نحو قول النبي ﷺ، ولكن لم نعثر على خبر يدل باطلاقه على النهي عن مطلق بيع ما لم يقبض. نعم صحيحة منصور بن حازم تدل في المكيل والموزون [الوسائل، كتاب التجارة، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١].

(٣) أي خص الكراهة بعضهم بالمكيل.

(٤) أي خص آخرون بالمكيل والموزون من الطعام.

آخرون فيهما، وهو الأقوى، حملاً لما ورد صحيحاً من النهي على ظاهره^(١)، لضعف المعارض^(٢) الدلّ على الجواز الحامل للنهي على الكراهة. وحديث النهي عن بيع مطلق ما لم يقبض لم يثبت^(٣)، وأما بيعه قبل حلوله فلا، لعدم استحقاقه حينئذ^(٤). نعم لو صالح عليه فالأقوى الصحة^(٥).

(وإذا دفع) المسلم إليه (فوق الصفة وجب القبول)، لأنه خير وإحسان، فالامتناع منه عناد، ولأن الجودة صفة لا يمكن فصلها^(٦)، فهي تابعة، بخلاف ما لو دفع أزيد

(١) [التهذيب ج ٧ ص ٣٥، الفقيه ج ٣ ص ٢٩].

(٢) [الوسائل، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٦].

(٣) حاصل مقصوده قدس سره: إن الأقوى حرمة بيع المكمل والموزون طعاماً أو غيره بعد الحلول وقبل قبضه، وذلك لما ورد صحيحاً من النهي وظاهره الحرمة، ولا يمكن صرفه عن ظاهره وحمله على الكراهة إلا بمعارض قوي منفي في المقام. والخبر الدال على الجواز الوارد في خصوص الطعام ضعيف لا يكافيء ما ورد صحيحاً من النهي حتى يحمل النهي على الكراهة جمعاً. وحديث النهي عن بيع مطلق ما لم يقبض مكيلاً طعاماً أو غيره لم يثبت عندنا، لأنه عامي لا يصلح أن يكون باطلاً سنداً للكراهية في المكمل والموزون.

(٤) لا يخفى: أن سبب استحقاقه هو العقد. نعم لا يستحق المطالبة قبل حلول الأجل، وهذا لا يصير سبباً لعدم جواز البيع كما في بيع الدين المؤجل، فالعمدة في المنع هو الإجماع المحكي. ففي الجواهر في ذيل قول المصنف «لم يميز بيعه قبل حلوله» قال: لا لعدم ملكيته قبل الأجل - إلى أن قال - بل للإجماع المحكي في التنقيح. إلى آخر ما حققه في هذه المسألة.

(٥) لمومات الصلح، فإنه عقد برأسه وإن يفد فائدة البيع.

(٦) لأنها عرض ولا يمكن نقل العرض عن معروضه، كما هو محرّر في محله.

قدراً يمكن فصله ولو في ثوب^(١). وقيل: لا يجب، لما فيه من المنة (ودونها) أي دون الصفة المشتركة (لا يجب) قبوله وإن كان أجود من وجه آخر، لأنه ليس حقه مع تضرره به^(٢).

ويجب تسليم الحنطة ونحوها عند الإطلاق نقيّة من الزؤان، والمدر^(٣)، والتراب، والقشر غير المعتاد. وتسليم التمر والزبيب جافين، والعنب والرطب صحيحين، ويعني عن اليسير المحتمل عادةً.

(ولو رضي) المسلم (به) أي بالأدون صفة (الزم)، لأنه أسقط حقه من الزائد برضاه، كما يلزم لو رضي بغير جنسه.

(ولو انقطع) المسلم فيه (عند الحلول) حيث يكون مؤجلاً ممكن الحصول^(٤) بعد الأجل عادةً فاتفق عدمه (تخيّر) المسلم (بين الفسخ) فيرجع برأس ماله، لتعذر الوصول إلى حقه وانتفاء الضرر (و) بين (الصبر) إلى أن يحصل، وله أن لا يفسخ ولا يضبر، بل يأخذ قيمته حينئذ^(٥)، لأن ذلك هو حقه.

(١) أي ولو كان الأزيد في ثوب، فإنه يمكن قطعه وفصله، فلو كان المسلم فيه خمسة أذرع من ثوب فدفع ستة فإنه يمكن قطع الزائد وفصله.

(٢) وذلك لأن فقد الصفة المشتركة ضرر، لعدم حصول غرضه من الاشتراط، وإن كان ربما لا يوجب فقدها سبباً لتقصان ماليته، إذ نقض الفرض بنفسه ضرر.

(٣) قيل الزؤان حب أسود يخالط البر ونحوه. والمدر محرّكة: قطع الطين اليابس.

(٤) ذكر هذا التيد هنا مع أنه معتبر في أصل السلم إنما هو مقدمة لشرح قوله «تخيّر السلم بين الفسخ» إلى آخره، فلا يتوهم أنه تكرار.

(٥) وذلك لروايات، منها رواية أبان بن عثمان عن بعض أصحابنا عن الصادق عليه الصلاة والسلام في الرجل يسلم الدراهم في الطعام إلى أجل فيحل الطعام فيقول: ليس عندي

والأقوى أن الخيار ليس فورياً، فله الرجوع بعد الصبر إلى أحد الأمرين^(١) ما لم يصرّح باسقاط حقه من الخيار.

ولو كان الانقطاع بعد بذله له ورضاه بالتأخير سقط خياره^(٢)، بخلاف ما لو كان بعدم^(٣) المطالبة، أو بمنع البائع مع إمكانه.

وفي حكم انقطاعه عند الحلول موت المسلم إليه قبل الأجل^(٤) وقبل وجوده، لا العلم قبله بعدمه بعده^(٥)، بل يتوقف الخيار على الحلول على الأقوى، لعدم وجود

طعام لكن انظر ما قيمته فخذ مئتي مثله. فقال: لا يأس بذلك [التهذيب ج ٧ ص ٣٠، والكافي ج ٥ ص ١٨٥] لأن ظاهر هذه الرواية ونحوها مما وردت في هذه المسألة هو ما حكم به الشارح قدس سره من أن له أن لا يصبر ولا يفسخ بل يأخذ قيمته وفاءً عن حقه، ولكن جماعة من الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم حملوها على البيع من المسلم إليه لا الوفاء بدونه.

على أن الرواية المزبورة وما في معناها موردها عجز المسلم إليه خاصة عن الأداء، وما نحن بصدد هو انقطاع المسلم فيه على النحو المعلوم. إلا أن يدعى أنه إذا جاوز الفسخ في صورة عجز المسلم إليه خاصة في فرض انقطاع المسلم فيه بطريق أولى. فيتأمل.

(١) أي أخذ رأس ماله أو القيمة.

(٢) أي بعد أن جعله تحت اختياره ولكن لم يأخذه ورضي بالتأخير سقط خياره، وذلك لحصول التقصير من قبله.

(٣) أي بخلاف ما لو كان الانقطاع بسبب عدم مطالبته أو بمنع البائع مع إمكانه ووجوده.

(٤) وذلك لأن الديون المؤجلة تصير حالة عند الموت، وما نحن فيه من مصاديقه.

(٥) أي ليس العلم قبل الأجل بعدم المسلم فيه بعد الأجل في حكم الانقطاع، إذ موضوع الحكم هو الانقطاع فما لم يتحقق في الخارج ولم يتحقق حكمه وإن علم بعدم المسلم فيه بعد الأجل.

المقتضي له الآن^(١)، إذ لم يستحق شيئاً حينئذ .
ولو قبض البعض^(٢) تخيّر أيضاً بين الفسخ في الجميع والصبر، وبين أخذ ما قبضه
والمطالبة بمحصة غيره من الثمن، أو قيمة المثلّث على القول الآخر^(٣). وفي تخيّر المسلم
إليه مع الفسخ^(٤) في البعض وجه قوي، لتبعض الصفقة عليه، إلا أن يكون الإنقطاع
من تقصيره، فلا خيار له .

(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^(٥). ولم يذكره كثير وذكره المصنف هنا وفي الدروس، وفي بعض الأخبار دلالة
عليه .

(١) أي حين العلم بعدمه بعد الأجل :

(٢) أي ولو قبض البعض وانقطع الباقي تخيّر أيضاً بين الفسخ في الجميع نظراً إلى تبعض
الصفقة عليه .

(٣) وهو الذي أشار إليه بقوله : وله أن لا يفسخ ولا يصبر .

(٤) أي في تخيّر المسلم إليه في فسخ البعض الذي أخذه المشتري وأمضاه وجه قوي . ويحتمل
عدمه، لعدم ثبوت كون التبعض موجباً للتخيير مطلقاً .

(٥) وهو التشريك الذي أشار إليه المصنف في آخر المسألة بقوله : «والتشريك جائز» . وهو
أن يجعل له نصيباً بما يخصه من الثمن .

وقد تجتمع الأقسام في عقد واحد، بأن اشترى خمسة ثوباً بالسوية^(١)، لكن ثمن نصيب أحدهم عشرون، والآخر خمسة عشر، والثالث عشرة، والرابع خمسة، الخامس لم يُبيّن. ثم باع من عدا الرابع نصيبهم بستين بعد إخبارهم بالحال، والرابع شرك في حصته، فهو بالنسبة إلى الأول مواضعة، والثاني تولية، والثالث مراجعة، والرابع تشريك، والخامس مساومة، واجتماع قسمين وثلاثة، وأربعة منها على قياس ذلك. والأقسام الأربعة:

(أحدها - المساومة)^(٢) وهي البيع بما يتفقان عليه من غير تعرض للأخبار بالثمن، سواء علمه المشتري أم لا، وهي أفضل الأقسام^(٣).

(وثانيها - المراجعة) ويُشترط فيها العلم) أي علم كل من البائع والمشتري (بقدر الثمن، و) قدر (الربح) والغرامة والمؤن ان ضمها^(٤)، (ويجب على البائع الصدق) في

(١) أي اشترى خمسة أشخاص ثوباً بالسوية، أي كل واحد خمساً منه لكن على اختلاف الأثمان زيادةً ونقصاً، بأن كان ثمن نصيب أحدهم عشرين والآخر خمسة عشر والثالث عشرة والرابع خمسة والخامس لم يبين مقداره، ثم باع من عدا الرابع نصيبهم بستين بعد إخبار غير الخامس منهم بمقدار الثمن، والرابع - وهو الذي كان ثمن نصيبه خمسة - شرك في حصته، بأن باع بعض حصته بما يخص البعض المذكور من الثمن، كما لو باع نصف حصته بما يخصه من الثمن وهو اثنان ونصف، فالبيع بالنسبة إلى الأول مواضعة والثاني تولية والثالث مراجعة والرابع تشريك والخامس مساومة.

(٢) أي المراجعة، لأن السؤم معناه البيع. هذا بحسب الأصل ثم اصطلح بيع المساومة على ما ذكره الشارح رحمه الله.

(٣) ووجهه كما قيل: أنها أبعد من التدليس والكذب والتغريب وغيرها.

(٤) المراد بالمؤن ما يضرف في سبيل الإستراباح، كأجرة الدكان ونحوه. والغرامة أعم منها

الثمن والمؤن، وما طرأ من موجب النقص والأجل^(١) وغيره (فإن لم يُحدث فيه زيادةً قال: اشتريته، أو هو عليّ، أو تقوم) بكذا، (وإن زاد بفعله) من غير غرامة مالية (أخبر) بالواقع، بأن يقول: اشتريته بكذا، وعملت فيه عملاً يساوي كذا. ومثله ما لو عمل فيه متطوِّع.

(وإن زاد باستجاره) عليه (ضمه^(٢))، فيقول: تقوم عليّ) بكذا (لا اشتريت به)، لأن الشراء لا يدخل فيه إلا الثمن، بخلاف «تقوم عليّ» فإنه يدخل فيه الثمن وما يلحقه من أجرة الكيِّال، والدلال، والحارس، والمحرس، والقصار، والرِّقاء^(٣)، والصباغ، وسائر المؤن المرادة للإسترباح. لا ما يقصد به استبقاء الملك دون الإسترباح، كنفقة العبد، وكسوته، وعلف الدابة. نعم العلف الزائد على المعتاد للتسمين يدخل. والأجرة وما في معناها لا تضم إلى «اشتريت بكذا» (إلا أن يقول: واستأجرت بكذا)^(٤) فإن الأجرة تضم حينئذٍ إلى الثمن للتصرُّح بها.

واعلم أن دخول المذكورات ليس من جهة الإخبار^(٥)، بل فائتة إعلام المشتري

جـ بحسب المفهوم، لأن المراد به مطلق ما غرمه من أجرة وغيرها. والحقيقة مرجعها إلى شيء واحد، وهو ما يُنفق لأجل الربح - هكذا قيل.

(١) أي يجب على البائع الصدق في الثمن والمؤن وفيما طرأ من موجب النقص في الثمن. كما إذا تعددت النفود واختلفت قيمتها، كأن كان قيمة بعض الدنانير مثلاً عشرة دراهم وبعضها أكثر، فلا بد من تعيينه وصدقه فيه، ويجب الإخبار بالأجل إن كان موجَّلاً، وغير ذلك من موجبات التدليس والتفريغ.

(٢) أي باستيجار البائع على المبيع، بأن استأجر محلاً لحفظه مثلاً ضم الزائد بالاستيجار.

(٣) من رفأت بالهزمة، وربما قيل بالواو. منه قدس سره.

(٤) أي اشتريت واستأجرت بكذا.

(٥) والظاهر أن المراد أن المذكورات لا تدخل تحت شرط المعاملة بمجرد ذكرها قبل إجراء

بذلك ليدخل في قوله: «بتك بما اشتريت، أو بما قام علي، أو بما اشتريت واستأجرت وربح كذا»^(١).

(وإن طرأ عيب وجب ذكره)، لنقص المبيع به عما كان حين شراءه^(٢)، (وإن أخذ أرشاً) بسببه (أسقطه) لأن الأرض جزء من الثمن، فكأنه اشتراه بماعده، وإن كان قوله: «أشريته بكذا» حقاً، لطوء النقصان الذي هو بمنزلة الجزء.

ولو كان الأرض بسبب جنائية لم يسقط^(٣) من الثمن، لأنها حق متجدد لا يقتضيها العقد كنتاج الدابة، بخلاف العيب وإن كان حادثاً بعد العقد حيث يضمن، لأنه

⇒ الصيغة والأبارة قبلها إذا لم يدخل عند الصيغة، لأن العبرة إنما هي بالصيغة لا بما ذكر قبلها، بل فائدة ذكرها إعلام المشتري بذلك ليدخل ذلك في قول البائع «بتك بما اشتريت». ولكن في شمول بتك بما اشتريت لما عدا الثمن من المذكورات تأمل، إلا أن يقال: إن ذكرها قبل الصيغة واشتراط دخولها يكفي في صحة إدخالها في «ما اشتريت» ولو مجازاً. فليتأمل.

(١) هذا قيد لجميع الصيغ المزبورة لا خصوص الأخيرة.

(٢) في حاشية منسوبة إلى الشارح: الشراء بالمد والقصر، قال الجوهري: وحينئذ يجوز الياء قبل الهاء في شراء لأجل الهمة وحذفها كما هنا، ويحتمل أن يكون فعلاً ماضياً.

(٣) أي بسبب جنائية من الغير على العبد المبيع مثلاً، فإنه لا يسقط من الثمن، لأنه حق جديد لا يقتضيه عقد البيع. وهذا بخلاف العيب وإن كان حادثاً بعد العقد، فإنه مضمون في بعض الموارد كالموجود قبل العقد.

قال في المسالك: الفرق بين الجنائية والعيب أن أرض العيب ثابت بأصل العقد، فكأنه مستثنى من الثمن، بخلاف الجنائية الطارئة فانها حق آخر كنتاج الدابة ولا يريد مثله في العيب الحادث بعد العقد وقبل القبض أو بعده في زمن الخيار، لأن ذلك كله مستحق بأصل العقد ومقتضاه، فكان كالموجود حاله. نعم لو نقص بالجنائية وجب عليه الأخبار بالنقص.

بمقتضى العقد أيضاً، فكان كالموجود حالته. ويُفهم من العبارة إسقاط مطلق الأرض، وليس كذلك. وبما قيدناه صرح في الدروس كغيره.

(ولا يقوم أبعاد الجملة) ويُخبر بما يقتضيه التفسير^{١١} من الثمن وإن كانت متساوية، أو أخبر بالحال^{١٢}، لأن المبيع المقابل بالثمن هو المجموع لا الأفراد وإن يُقسط

(١) كان بسط الثمن على الجملة وعين لكل واحد قسطاً وإن كان أفراد الجملة متساوية من حيث القيمة، إذ مع ذلك أيضاً لا يتحقق البيع مراوحة، لأنه مع وجود النص كما [في الكافي ج ٥ ص ١٩٧] أن المبيع المقابل بالثمن في المراوحة هو المجموع لا الأفراد، خلافاً لابن جنيد على ما حكى عنه من تجويزه في المائلة، كقفيزي حنطة إذا باع نصفها مراوحة.

(٢) عطف على «كانت متساوية»، يعني ولا يقوم أبعاد الجملة وإن أخبر بالحال. والمراد بإخباره بالحال كأن يقول: اشترت المجموع بكذا وقومته مع نفسي فأصاب هذه القطعة من الثمن كذا، ونحو ذلك.

الظاهر أن هذا إشارة إلى خلاف ما في التذكرة، قال العلامة في محكي التذكرة: وأما لو أخبر بالحال فقال: اشترت المجموع بكذا - إلى آخر ما ذكرنا من العبارة في بيان الحال، قال: فإنه يجوز إجماعاً.

وجه عدم جواز تقويم أبعاد الجملة ولو مع الإخبار بالحال: أن الإخبار بالحال لا يجعله بيع مراوحة وإن كان البيع صحيحاً لكن لا يقع مراوحة، لما ذكرنا آنفاً من أن المبيع المقابل بالثمن في المراوحة هو المجموع لا الأفراد.

في المسالك في شرح قول المحقق في هذه المسألة «إلا بعد أن يخبر بذلك» قال: ومقتضى الاستثناء أنه لو أخبر بالحال جاز بيعه مراوحة وليس كذلك، ولعل المسألة كونه بصورة المراوحة فاستثناءها مجازاً -- انتهى.

الغرض من نقل عبارة المسالك أن «أو» في قول الشارح «أو أخبر بالحال» عاطفة وليست بمعنى التخيير كما توهمه بعض المحشين. فليتأمل.

الثمن عليها في بعض الموارد^(١)، كما لو تلف بعضها أو ظهر مستحقاً.
 (ولو ظهر كذبه) في الأخبار بقدر الثمن، أو ما في حكمه أو جنسه، أو وصفه، (أو غلظه) ببيئة أو إقرار (تخير المشتري) بين ردّه وأخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد، لغروه. وقيل: له أخذه بحط الزيادة وربحها^(٢)، لكذبه مع كون ذلك هو مقتضى المراجعة شرعاً^(٣). ويضعف بعدم العقد على ذلك فكيف يثبت مقتضاه.
 وهل يُشترط في ثبوت خيار المشتري على الأول بقاؤه على ملكه؟ وجهان، أوجههما عدم، لأصالة بقائه^(٤) مع وجود المقتضى، وعدم صلاحية ذلك للمانع، فع التلف أو انتقاله عن ملكه انتقالاً لازماً، أو وجود مانع من ردّه كالاستيلاء يردّ مثله أو قيمته إن اختار الفسخ، ويأخذ الثمن أو عوضه مع فقده.
 (ولا يجوز الإخبار بما اشتراه من غلامه) الحر^(٥) (أو ولده) أو غيرها (حيلة، لأنه

١) وكأن هذا إشارة إلى ضعف ما استند إلى الشافعي من جواز بعض المبيع مراجعة، بأن يقسم الثمن على القيمتين فما خصّ كل واحد منها فهو ثمنه، واستدل على ذلك بالتقسيت في موارد. وهو باطل، وذلك لأن جواز التقسيت في مورد لا يستلزم جوازه في جميع الموارد، وهذا واضح.

٢) أي ربح الزيادة، كما لو كذب في الزيادة وفي ربحها، كأن كان لم يزد على الثمن شيئاً أصلاً.
 ٣) أي أخذه بحط الزيادة وربحها - أي ربح الزيادة - هو مقتضى المراجعة، بدعوى أن مقتضى المراجعة كون الثمن الواقعي رأس ماله لا ما عيّنه كذباً أو غلطاً.

يندفع: بأن المعاملة إنما وقعت على الثمن الذي عيّنه لا على الثمن الواقعي، فما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد. وهذا معنى قوله: ويضعف بعدم العقد على ذلك - الخ.

٤) أي بقاء الخيار مع وجود المقتضى له وهو الكذب أو الغلط.

٥) أي خادمه، فلو كان عبداً له لا يصح الشراء منه. لأن العبد وما في يده لمولاه، فلا يصح الشراء من نفسه.

خديعة) وتدليس ، فلو فعل ذلك أثم وصح البيع ، 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 مواطأة على الزيادة ، وإن لم يكن سبق منه بيع (جاز) ، لانتفاء المانع حينئذ ، إذ لا مانع من معاملة من ذكر .

(و) كذا (لا) يجوز (الأخبار بما قوم عليه التاجر)^(١) على أن يكون له الزائد من غير أن يعقد معه البيع ، لأنه كاذب في إخباره ، إذ مجرد التقويم لا يوجب (والثمن) على تقدير بيعه كذلك (له) أي للتاجر (وللدلال الأجرة) ، لأنه عمل عملاً له أجرة عادةً ، فإذا فات المشتري رجع إلى الأجرة . ولا فرق في ذلك بين ابتداء التاجر له به^(٢) ، واستدعاء الدلال ذلك منه^(٣) ، خلافاً للشيوخين رحمهما الله^(٤) حيث حكى بملك الدلال الزائد في الأول ، استناداً إلى أخبار صحيحة^(٥) يمكن حملها على الجعالة ، بناءً على أنه لا يقدح فيها هذا النوع من الجهالة^(٦) .

(١) يعني إذا قوم التاجر على الدلال متاعاً لا يجوز للدلال بيعه مراجعةً ، لأنه لم يشتره من المالك . فلو باع كذلك لا يصح مراجعة ، لأنه كاذب في إخباره . ولكن أصل البيع صحيح ، لكونه مأذوناً فيه من قبل المالك ، فالثمن على تقدير بيعه كذلك للتاجر وللدلال الأجرة .

(٢) كأن قال له : بع هذا المتاع بكذا ولك ما زاد منه .

(٣) كما لو قال : أخبرني بثمان هذا المتاع وأبيع علي شيئاً لا بعينه ، ففعل التاجر ذلك .

(٤) كما في محكي المقنعة والنهاية .

(٥) كما في (التهذيب ج ٧ ص ٥٤ ، والکافي ج ٥ ص ١٩٥) وغير ذلك من الأخبار المذكورة في التهذيب وغيره .

(٦) وذلك لأن الجهالة القاذحة في الجمالة ما يفضي إلى التنازع ، وهو مني هنا ، إذ الزيادة أي

(وثالثها - المواضعة . [وهي] كالمراوحة في الأحكام) من الإخبار على الوجوه المذكورة (إلا أنها بنقصة معلومة) فتقول : بعتك بما اشتريته ، أو تقوّم عليّ ووضيعة كذا أو حطّ كذا . فلو كان قد اشتراه بمائة فقال : «بعتك بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة» فاثمن تسعون ، أو «لكل عشرة» زاد عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من الدرهم ، لأن الموضوع في الأول من نفس العشرة عملاً بظاهر التبعيض^(١) ، وفي الثاني من خارجها ، فكأنه قال : من كل أحد عشر . ولو أضاف الوضيعة إلى العشرة احتمل الأمرين ، نظراً إلى احتمال الإضافة لـ «اللام» و«من» .

والتحقيق هو الأول ، لأن شرط الإضافة بمعنى «من» كونها تبيينية لا تبعيضية^(٢)

➤ مقدار كانت فهي للواسطة ، لأنها تراضيا على ذلك . هكذا قرره بعض المحققين من المحشين .

(١) فكأنه قال : «بعتك بمائة ووضيعة درهم» هو بعض كل عشرة من العشرات التي كانت ثمناً للمبيع ، فيصير الوضع من نفس العشرات المزبورة . وهذا بخلاف ما لو قال «لكل عشرة» ، فإن الموضوع من خارج العشرة ، إذ المتبادر من هذه العبارة أن الوضيعة للعشرة لا من العشرة ، فيكون التقدير لكل عشرة تسلم لي ، فيوضع للتسعين تسعة ويبقى من المائة واحد ، فيوضع له جزء من أحد عشر جزءاً على قياس تسعة وتسعين ، فيبقى تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم . وهذا معنى قوله : «زاد عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من الدرهم» . فعلى هذا يلزم على المشتري أن يدفع إلى البائع تسعين درهماً مع عشرة أجزاء من الدرهم . وبعبارة أخرى لعلها أوضح : أن في الصورة الثانية تكون الوضيعة من خارج العشرة تسعة دراهم وضيعة لتسعين درهم لكل عشرة درهم .

(٢) وعن الزمخشري تجويزه . قال في محكي الكشف في تفسير قوله تعالى «ومن الناس من يشتري لهو الحديث» أنه يجوز الإضافة بمعنى من التبعيضية ، كأنه قيل ومن الناس من

﴿ يشترى بعض الحديث الذي هو اللهو منه. وهكذا عن جماعة أخرى، فعدم الجواز غير مسلم، بل الجواز هو الأقوى. فعليه في صورة عدم القرينة يُحتمل الأمران ويستكافأ الاحتمالان، فينتجر إلى بطلان البيع للجهل بمقدار الثمن، كما لعله واضح. ثم هذا كله مبني على ما هو من المسلمات عند أهل الفن من تقسيم الإضافة إلى الأقسام الثلاثة المعروفة، ولكن الذي يقتضيه التحصيل: أن مفهوم الإضافة في جميع الموارد واحد، وهو الإسناد إلى الشيء، كإسناد الغلام إلى الرجل أو المكر إلى الليل أو الخاتم إلى الفضة أو الكوكب إلى الخرقاء كما في «كوكب الخرقاء»، فيقال «غلام الرجل» أو «مكر الليل» وهكذا. نعم لا بد من ملازمة ومناسبة بين المضاف والمضاف إليه، ككونه مألؤه أو واقعاً فيه أو كونه من جنسه ونحو ذلك حتى يصح الإسناد، ولهذا يقال: لا بد للإضافة من أدنى ملازمة، لأن هذه الإعتبارات داخلة في معنى الإضافة كما هو المسلم عند النحويين، فقالوا تارة إنها بمعنى اللام وأخرى بمعنى في أو من. نعم تلك الإعتبارات مصححة للإضافة.

ونظير هذا الخلط والاشتباه ما وقع منهم في هزة الإستفهام، قال في مغني اللبيب في باب حرف الألف: والثاني أن تكون للإستفهام، وحقيقته طلب الفهم. ثم ساق الكلام في شرائط استعمالها وكيفية وقوعها في التراكيب، إلى أن قال: قد تخرج الهزمة عن الاستفهام الحقيقي فتدثر لثمانية معان، ثم ذكر المعاني مفصلاً ولم يفتن بأن معنى الهزمة هو إنشاء الاستفهام لا الاستفهام الحقيقي حتى يكون في غيره كالتوبيخ والتقرير ونحو ذلك مما ذكره مجازاً. والإنشاء خفيف المؤنة، فتارة سببه رفع الجهل وأخرى التوبيخ ونحو ذلك، فبني جميع الموارد معنى الهزمة هو إنشاء الاستفهام لا طلب الفهم حقيقة. نعم دواعي الإنشاء مختلفة كما ذكرنا تارة لرفع الجهل وأخرى لغيره مما ذكرناها. فليتأمل جداً.

ونظير هذا التوهم وقع منهم في معنى ليت ولعل ونحوه، والتزموا بانسلاخها عن معناها الحقيقي

بمعنى كون المضاف جزئياً من جزئيات المضاف إليه بحيث يصح إطلاقه على المضاف وغيره، والإخبار به عنه كـ «خاتم فضة»، لاجزاء من كل كـ «بعض 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.

(ورابعها - التولية^(١) وهي الإعطاء برأس المال)، فيقول بعد علمها بالثمن وما تبعه: «وليتك هذا العقد»، فإذا قبل لزمه مثله جنساً^(٢) وقدرأ وصفة^(٣). ولو قال: «بعتك» أكمله بالثمن أو بما قام عليه ونحوه، ولا يفتقر في الأول إلى ذكره^(٣). ولو قال:

﴿ في حق الله تعالى، لاستلزامه الجهل، ولم يشعروا بأن معنى ليت هو إنشاء التني لا التني الحقيقي حتى يستحيل في حقه تعالى. وبالجملة فالمسألة عند التأمل التام لا تحتاج إلى مزيد بيان وتكلف برهان.﴾

(١) معنى التولية لغة: تفويض أمر إلى شخص بحيث يتصرف فيه كتصرف من ولأه كماً وكيفاً، وبهذه المناسبة يُسمى البيع المزبور «تولية»، لجعل الثمن مثل رأس المال جنساً وقدرأ وصفة^(٢)، ولذا لا يفتقر في الأول إلى ذكر الثمن في العقد بل يكفي علمها به خارجاً. (٢) ظاهر عدم جواز التولية في غير المثلي - كما عن التذكرة - أنه لا بد من كون الثمن مثلياً ليأخذ المولى مثل ما بذله، فلو اشتراه بعرض لم تحيز التولية.

فيه: أنه لا دليل على التخصيص بالمثلي، قال في الجواهر: انه لا ريب في جوازه إذا انتقل ذلك العرض لأخي من يراد توليته، كما أنه يقوى جوازها بقيمة العرض - إلى آخر ما حُقق في هذا المقام.

(٣) أي لا يفتقر في «وليتك» إلى ذكر الثمن. ثم الظاهر أن الأحكام الجارية في المراجعة والمواضعة جارية فيها أيضاً، ولعل عدم ذكرها فيها لوضوحها وعدم الاحتياج إلى ذكرها. فليتأمل.

«وليتك السلعة احتمل في الدروس الجواز»^(١).

(والشريك جائز)، وهو، أن يجعل له فيه نصيباً بما يخصه^(٢) من الثمن، بل أن يقول: «شركتك» بالتضعيف (بنصفه بنسبة ما اشترت، مع علمهما) بقدره، ويجوز تعديته بالهمزة، ولو قال: «أشركتك بالنصف» كفى 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. ويُحتمل حمل الثاني على التنصيف^(٣).

(وهو) أي الشريك (في الحقيقة بيع الجزء المشاع برأس المال^(٤)) لكنه يختص عن مطلق البيع بصحته بلفظه.

(١) قال في الجواهر: لا يبعد الاجتزاء بجعل المفعول السلعة، بل في كثير من نصوصها وقعت مفعولاً للتولية وإن لم تكن في صورة العقد، بل لا إشعار في شيء من النصوص بجعل المفعول العقد، فيجعل المفعول السلعة إن لم يكن أولى من كون المفعول العقد في الإستغناء عن الثمن، فلا ريب في مساواته له.

(٢) أي إن يجعل له فيه نصيباً بما يخص النصيب من الثمن، فلو كان النصيب النصف فن الثمن أيضاً النصف وهكذا.

(٣) وهو قوله «أطلق»، أي أطلق قوله «أشركتك» ولم يقيد بشيء من المحصص.

(٤) فيكون حينئذ قسماً من التولية ومندرجاً فيها، وذلك لشمول إطلاق التولية للبعض أيضاً. ووجه اختصاصه بالذكر وجعله قسماً خامساً صحته بلفظ الشريك، فهو غير خارج عن الأقسام ولكن لازمه عدم جریان المراجعة والمواضعة فيه. وفيه نظر بل منع. قال في محكي التذكرة: لو كان المشتري قد اشترى شيئاً وأراد أن يُشرك فيه غيره معه ليصير له بعضه يقسط من الثمن جاز بلفظ البيع والمراجعة والتولية والمواضعة - انتهى. وذلك لعدم دليل على المنع بعد إطلاق الأدلة أو عمومها على الجواز. فليتأمل.

(الفصل الثامن : في الربا)

بالقصر ، وألفه بدل من واو (ومورده) أي محل وروده (المستجانبان إذا قدر بالكيل أو الوزن وزاد أحدهما) عن الآخر قدرأ^(١) ولو يكونه مؤجلاً .
وتحريمه مؤكّد ، وهو من أعظم الكبائر (والدرهم منه أعظم) وزراً (من سبعين زنية) بفتح أوله . وكسره ، كلها بذات محرم ، رواه هشام بن سالم^(٢) عن الصادق عليه السلام .
(وضابط الجنس) هنا^(٣) : (ما دخل تحت اللفظ الخاص) كالتمر والزبيب واللحم ، (فالتمر جنس) لجميع أصنافه^(٤) (والزبيب جنس) كذلك (والحنطة والشعير)^(٥) هنا (جنس) واحد (في المشهور) وإن اختلفا لفظاً واشتملا على أصناف ، لدلالة الأخبار

١) احتراز به عن الزيادة صفةً ، فإنها لا تضر . ولا يخفى أن الزيادة من حيث الأجل وإن كان يوجب نقصاناً في المالية ، ضرورة أن متناً من الحنطة حالاً يكون أكثر قيمةً من المؤجل غالباً ، خصوصاً إذا كان الأجل طويلاً ، ولكن تحريم الربا كما يُستفاد من الأدلة ليس من حيث زيادة المالية بل نفس الزيادة موجبة للتحريم . فما ربما يتوهم من أن المؤجل يكون أنقص من حيث المالية لا وجه له ، لما ذكرنا من أن نفس الزيادة توجب الحرمة . نعم حكمة تحريم الربا هي المحافظة على الأموال ، ولكن الحكمة لا تطرد ولا تنعكس ، كما هو محرّر في محله .

٢) [الوسائل ، كتاب التجارة ، الباب ١ من أبواب الربا ، الحديث ١] .

٣) المراد بالجنس في هذا الباب هو المعبر عنه في المنطق بالتنوع ، وأهل اللغة يسمونه جنساً أيضاً ، ولا مشاحة في الاصطلاح .

٤) وكذا ما يُعمل منه الذهب والصير ونحوه .

٥) وهكذا ما يكون منها ، كالسويق وهو الدقيق إذا قلّي أي نضج ، وغير ذلك مما يُعمل منها .

الصحيحة^(١) على اتحادهما الخالية عن المعارض. وفي بعضها أن الشعيم من الحنطة^(٢)، فدعوى اختلافهما^(٣) نظراً إلى اختلافهما صورةً وشكلاً ولوناً وطعماً وإدراكاً وحساً واسماً غير مسموعة. نعم هما في الزكاة جنسان^(٤) إجماعاً.

(واللحوم تابعة للحيوان) فلهن الضأن والمعز جنس، لشمول «إلغهم» لهما، والبقرة والجاموس جنس، واليزاب والبخاتي^(٥) جنس.

(ولاربا في المعداد) مطلقاً^(٦) على أصح القولين. نعم يكره،
(ولا بين الوالد وولده) فيجوز لكل منها أخذ الفضل على الأصح، والأجود اختصاص الحكم بالنسبي مع الأب، فلا يتعدى إليه^(٧) مع الأم، ولا مع الجد ولو للأب، ولا إلى ولد الرضاع، اقتصاراً بالرخصة على مورد اليقين، مع احتمال التعدي في الأخيرين، لإطلاق اسم الولد عليها شرعاً.
(ولا) بين (الزوج وزوجته) دواماً ومتعةً على الأظهر^(٨)،

(١) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب ٨ من أبواب الربا].

(٢) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب ٨ من أبواب الربا، الحديث ٢].

(٣) هذا إشارة إلى خلاف ابن ادريس قدس سره، حيث استدلل باختلافهما في الأمور المذكورة على اختلافهما جنساً، وتنبه على أن ما ذكره اجتهد في مقابل النص، فلا يكون مسموعاً.

(٤) لاختلاف مفهومها لغةً وعرفاً.

(٥) البخاتي بفتح الموحدة: الإبل الخراسانية.

(٦) خلافاً للشيخ في النسبة.

(٧) أي فلا يتعدى إلى الولد مع الأم.

(٨) ولكن قد يناقش في بعض مصاديقها بما كان زمانها قصيراً جداً، بدعوى انصراف الزوجة عنها، وهو غير بعيد.

(ولا بين المسلم والحربي، إذا أخذ المسلم الفضل) وإلّا ثبت. ولا فرق في الحربي بين المعاهد وغيره، ولا بين كونه في دار الحرب والاسلام.

(ويثبت بينه) أي بين المسلم (وبين الذمي) على الأشهر. وقيل: لا يثبت كالحربي^(١)، للرواية^(٢) المخصوصة له كما خصّصت غيره. وموضع الخلاف ما إذا أخذ المسلم الفضل، أما إعطاؤه إياه فحرام قطعاً،

(ولا في القسمة)^(٣) لأنها ليست بيعاً ولا معاوضةً، بل هي تمييز الحق عن غيره. ومن جعلها بيعاً مطلقاً أو مع اشتغالها على الرد أثبت فيها الربا.

(ولا يضر عقد الثبن والزوان)^(٤) بضم الزاي وكسرهما وبألهمز وعدمه (اليسير) في أحد العوضين دون الآخر، أو زيادة عنه^(٥)، لأن ذلك لا يقدر في إطلاق المثلية والمساواة قدرًا، ولو خرجا عن المعتاد ضراً. ومثلها يسير التراب وغيره مما لا ينفك الصنف عنه غالباً، كالذُردي^(٦) في الدهس والزيت.

(ويُتخلّص منه) أي من الربا إذا أريد بيع أحد المتجانسين بالآخر متفاضلاً (بالضميمة)^(٧) إلى الناقص منها، أو الضميمة إليهما مع اشتباه الحال^(٨)، لتكون

(١) كما عن المفيد والمرضى وغيرهما.

(٢) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب ٧ من أبواب الربا، الحديث ٥].

(٣) فلو كانت الشركة في رطب وتمر متساويين فأخذ أحدهما الرطب جاز، لأن القسمة ليست بيعاً ولا معاوضةً حتى يثبت فيها الربا، خلافاً للشافعي حيث جعلها بيعاً يثبت فيه الربا.

(٤) وهو حبّ يخالط البر.

(٥) أي زيادة كل من المقد والزوان في أحد العوضين عن الآخر.

(٦) وهو ما يبقى في الأسفل، مثل الزيت والدهس.

(٧) أي الضميمة من غير جنسه.

الضميمة في مقابل الزيادة .

(ويجوز بيع مئدة عَجْوَةٍ^(١٠) ودرهم بمدّين ، أو درهمين ، ومدّين ودرهمين وأمداد ودرهم ، ويصرف كل إلى مخالفه) وإن لم يقصده ، وكذا لو ضُمَّ غير ربوي^(١١) .

ولا يُشترط في الضميمة أن تكون ذات وَقَع^(١٢) في مقابل الزيادة ، فلو ضم ديناراً إلى ألف درهم ثمناً لألّفي درهم جاز ، للرواية^(١٣) ، وحصول التفاوت عند المقابلة . وتوزيع الثمن عليها باعتبار القيمة على بعض الوجوه لا يقدر^(١٤) ، لحصوله حينئذ بالتقسيت لا بالبيع ، فإنه إنما وقع على المجموع ، فالتقسيت غير معتبر ولا مفتقر إليه .

(٨) أي مع اشتباه الناقص منها ، فإن التخلص من الربا لا يتحقّق إلا بالضميمة إلى الناقص ، فلا بدّ في الفرض من الضميمة إليها حتى يحصل العلم بالضميمة إلى الناقص ، فإن الضميمة إلى الزائد دون الناقص لا فائدة فيها في التخلص من الربا .

(٩) قيل هي ضرب من أجود التمر - كذا عن مجمع البحرين .

(١٠) كما لو ضم ثوباً مثلاً .

(١١) أي ذات أهمية لكونه ثميناً .

(١٢) [الوسائل ، كتاب التجارة ، الباب ٢٠ من أبواب الربا] .

(١٣) أشاره إلى خلاف الشافعي على ما حكى عنه ، محتجاً بحصول التفاوت عنه والمقابلة على بعض الفروض ، وذلك كما لو بيع مدّ ودرهم بمدّين والدرهم بحسب القيمة الفعلية - أي القيمة الحاضرة - يكون ثمناً لمدّ ونصف ، ففي الفرض المزبور يحصل التفاوت بين الثمن والمثمن ، لصيرورة النصف الآخر من المدّ مقابلاً للمدّ التام .

لكن هذا الاحتجاج مدفوع ، إذ التفاوت المزبور لا يقدح في صحة المعاملة ، إذ حصول هذا التفاوت حينئذ إنما يكون بالتقسيت لا بالبيع ، لأنه وقع على المجموع بالمجموع ، فالتقسيت غير معتبر ولا ملحوظ في المعاملة ولا مفتقر إليه .

نعم لو عريض سبب يوجب^(١) - كما لو تلف الدرهم المعين قبل القبض أو ظهر مستحقاً وكان في مقابله ما يوجب الزيادة المفضية إلى الربا - احتمال بطلان البيع حينئذ ، للزوم التفاوت في الجنس الواحد . والبطلان^(٢) في مخالف التالف خاصة ، لأن كلاً من الجنسين قد قوبل بمخالفه^(٣) ، فإذا بطل بطل ما قوبل به خاصة . وهذا هو الأجود والموافق لأصول المذهب ، والمصحح لأصل البيع^(٤) ، وإلا كان مقتضى المقابلة لزوم الربا من رأس .

(و) يُتخلص من الربا أيضاً (بأن يبيعه بالمماثل ويهبه الزائد) في عقد واحد ، أو بعد البيع (من غير شرط) للهبه في عقد البيع ، لأن الشرط حينئذ زيادة في العوض المصاحب له^(٥) ، (أو) بأن يُقرض كل منها صاحبه ويتبارعا) بعد التقابض الموجب للملك كل منها ما اقترضه وصيرورة عوضه في الذمة . ومثله ما لو وهب كل منها

(١) أي يوجب التقسيط ، وذلك كما لو باع مدّاً ودرهماً بمدّين ودرهمين مثلاً وتلف قبل القبض الدرهم المفروض أنه نصف المبيع لكون قيمة المدّ درهماً ، بطل البيع في نصف الثمن ويبقى النصف الآخر . وحيث كان منزلاً على الاشاعة كان النصف في كل من الجنسين ، فيكون نصف المدّين ونصف الدرهمين في مقابل المدّ ، فيلزم الزيادة المفضية إلى الربا الموجبة لبطلان البيع .

(٢) عطف على بطلان البيع ، أي احتمال البطلان في مخالف التالف فقط دون الجميع .
(٣) والأولى أن يقال : إن كلاً من الجنسين قد صرف إلى مخالفه فراراً من الربا تعبداً لأنه قوبل بمخالفه ، وذلك لأن البيع - كما مر - انما وقع على المجموع ، بالمجموع فحينئذ إذا بطل ما صرف إليه خاصة .

(٤) حيث إن المصحح للمبيع وعدم لزوم الربا إنما هو الصرف المذكور ، أي الصرف إلى مخالفه ، وإلا كان مقتضى المقابلة لزوم الربا من أول الأمر ومن رأس .

(٥) أي المصاحب للشرط .

الآخر عوضه^(١).

ولا يقدح في ذلك كله كون هذه العقود غير مقصودة بالذات، مع أن العقود تابعة للقصد^(٢)، لأن قصد التخلص من الربا الذي لا يتم إلا بالقصد إلى بيع صحيح، أو قرض، أو غيرهما كافٍ في القصد إليها، لأن ذلك غاية مترتبة على صحة العقد مقصودة، فيكفي جعلها غاية، إذ لا يُعتبر قصد جميع الغايات^(٣) المترتبة على العقد. (ولا يجوز بيع الرطب بالتمر للنص^(٤) المعلن بكونه ينقص إذا جف، وكذا كل ما ينقص مع الجفاف) كالعنب بالزبيب، تعدية للعلة المنصوصة إلى ما يشاركه فيها. وقيل: يثبت في الأول من غير تعدية ردًا لقياس العلة. وقيل: بالجواز في الجميع ردًا لخبر الواحد، واستنادًا إلى ما يدل بظاهره على اعتبار الماثلة بين الرطب واليابس^(٥).

(١) أي عوض ما اقترضه الآخر، في هذه المسألة - أي إقراض كل منها صاحبه - له صورتان للتخلص من الربا: إحداهما التبارؤ، أي إبراء كل منها صاحبه، وأخرى هبة كل منها ذمة صاحبه له، إذ هبة ما في الذمة لا مانع منه، فينتج نتيجة الإبراء، وهو إفراغ ذمة المقرض من عوض ما اقترضه، ومن صور التخلص: أن يهب كل منها جنسه للآخر من غير قصد المعاوضة بين الهبتين وعدم اشتراط الهبة في الهبة.

(٢) حاصل هذا الإشكال: أن هذه العقود غير مقصودة في الواقع، وليست مقصودة بالذات. والجواب: إنه لا تعتبر في العقود كونها مقصودة بالذات وبداعي نفسها، بل الذي اعتبر فيها قصد معانيها ولو لأجل أمر آخر، كالتخلص من الربا ونحوه، وذلك واضح.

(٣) في هذه العبارة نوع مسامحة، إذ لا يُعتبر في العقد قصد الغايات، بل إنها سبب تمشي القصد إلى العقد. فليتأمل.

(٤) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب ١٤ من أبواب الربا، الحديث ١ - ٢].

(٥) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب ١٤ من أبواب الربا، الحديث ٣ - ٤].

وما اختاره المصنف أقوى، وفي الدروس جعل التعدية إلى غير المنصوص أولى^(١).
(ومع اختلاف الجنس) في العوضين (يجوز التفاضل نقداً) إجماعاً (ونسبته) على
الأقوى، للأصل^(٢) والأخبار^(٣). واستند المانع إلى خبر^(٤) دلّ بظاھرہ على الكراهة،
ونحن نقول بها.

(ولا عبرة بالأجزاء المائية في الخبز، والحلّ، والدقيق) بحيث يُجهل مقداره في كل
من العوضين الموجب لجهالة مقدارهما. وكذا لو كانت مفقودةً من أحدهما كالخبز
اليابس واللبن، لإطلاق الحقيقة عليهما، مع كون الرطوبة يسيرة غير مقصودة كقليل
الزّوان والتبن في الحنطة (إلا أن يظهر ذلك للحس ظهوراً يبتأ) بحيث يظهر التفاوت
بينهما فيمنع، مع احتمال عدم منعه مطلقاً^(٥)، كما أطلقه في الدروس وغيره، لبقاء
الاسم الذي يترتب عليه تساوي الجنسین عرفاً.

(ولا يباع اللحم بالحيوان مع التماثل كلحم الغنم بالشاة) ان كان مذبوحاً، لأنه في
قوة اللحم، فلا بدّ من تحقق المساواة. ولو كان حياً فالجواز قوي، لأنه حيثنذ غير
مقدّر بالوزن.

(ويجوز) بيعه به (مع الاختلاف) قطعاً، لانتفاء المانع مع وجود المصحح.

(١) أي أولى من عدم التعدية.

(٢) وهو إطلاق «أحلّ الله البيع» ونحوه.

(٣) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب ١٣ من أبواب الربا، الحديث ١-٢].

(٤) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب ١٣ من أبواب الربا، الحديث ٣].

(٥) أي وإن ظهر للحس ظهوراً يبتأ.

(الفصل التاسع : في الخيار)^{١١}

(وهو أربعة عشر) قسمًا ، وجمعه بهذا القدر من خواص الكتاب :
 (الأول - خيار المجلس) أضافه إلى موضع الجلوس مع كونه غير معتبر في ثبوته ،
 وإنما المعتبر عدم التفريق ، إما تجوزاً^{١٢} في إطلاق بعض أفراد الحقيقة ، أو حقيقة
 عرفية .

(وهو مختص بالبيع) بأنواعه ، ولا يثبت في غيره من عقود المعاوضات وإن قسام
 مقامه ، كالصلح .

ويثبت للمتبايعين ما لم يفترقا (ولا يزول بالحائل) بينهما . غليظاً كان أم
 رقيقاً^{١٣} ، مانعاً من الاجتماع أم غير مانع ، لصدق عدم التفريق معه ، (ولا بمفارقة) كل
 واحد منهما (المجلس مصطحبين) وإن طال الزمان ما لم يتباعد ما بينهما عنه^{١٤} حالة
 العقد ، وأولى بعدم زواله لو تقاربا عنه .

(ويسقط باشتراط سقوطه في العقد) عنها ، أو عن أحدهما بحسب الشرط ،
 (وباسقاطه بعده) عنها أو عن أحدهما بحسب الشرط ، (وباسقاطه بعده) بأن يقول :

(١) الخيار والخيرة هو الاختيار ، وشرعاً عبارة عن ملك إقرار العقد وإزالته بعد وقوعه .

(٢) مفعول له لقوله «إضافة» ، أي تجوز في إطلاق بعض أفراد الحقيقة على العام ، وهو عدم
 التفريق ، أو أن المجلس حقيقة عرفية معناه مطلق عدم التفريق .

(٣) خلافاً لبعض الشافعية حيث زعموا زوال الخيار بحدوث حاجز بينهما يمنع اجتماعهما ، كما
 لو بني جدار بينهما .

(٤) ضمير «عنه» راجع إلى ما في قوله «ما بينهما» ، وهو كناية عن التباعد . والمراد أن بقاء
 الخيار مشروط بعدم حصول التباعد أكثر من التباعد الذي بينهما حالة العقد ، وذلك
 لصدق الافتراق حينئذ الموجب لسقوط الخيار .

أسقطنا الخيار ، أو أوجبنا البيع ، أو التزمناه ، أو اخترناه ، أو ما أدى ذلك .
(وإنفارقة أحدهما صاحبه) ولو بخطوة اختيار^(١) ، فلو أكرها أو أحدهما عليه لم يسقط ، مع منعها من التخايير^(٢) ، فإذا زال الإكراه فلها الخيار في مجلس الزوال ، ولو لم يُنْعَمَا من التخايير لزم العقد .

(ولو التزم به أحدهما سقط خياره خاصة) إذا لا ارتباط لحق أحدهما بالآخر .
(ولو فسخ أحدهما وأجاز الآخر قُدِّم الفاسخ) وإن تأخر عن الإجازة ، لأن إثبات الخيار إنما قُصِدَ به التمكن من الفسخ دون الإجازة ، لأصالتها^(٣) (وكذا) يقدم الفاسخ على المجيز (في كل خيار مشترك) ، لاشتراك الجميع في العلة التي أشرنا إليها .
(ولو خيَّرَه فسكت فخيرها ما بقي) أما الساكت فظاهر ، إذ لم يحصل منه ما يدل على سقوط الخيار ، وأما الخيَّرَ فلأن تخييره صاحبه أعم من اختياره العقد ، فلا يدل عليه . وقيل : يسقط خياره ، استناداً إلى رواية لم تثبت عندنا^(٤) .

(١) وفيه تأمل وإشكال ، لعدم صدق الإفتراق بمجرد خطوة واحدة عرفاً ، ولا تعرض في النصوص التي عثرنا عليها للخطوة . نعم في الجواهر : بلا خلاف يعتد به ، لعدم تحديدها في الشرع ، فيكني بسمها المحقق بالخطوة قطعاً . وفيه كما أشرنا إليه : إن الإفتراق لا يصدق بخطوة واحدة ، لعدم مساعدة العرف عليه .

(٢) أصل معنى «التخايير» اختيار العقد والبقاء عليه ، بأن يقول : تخايرنا إمضاء العقد . ويتحقق ذلك بمنهما من التكلم ، بأن يسدّوهما أو هددّا على التكلم . ولكن المراد بالتخايير هنا اختيار الفسخ ، لأن اختيار العقد لا يتوقف على الكلام ، بل لو تفرقا ساكتين لزم ، وإنما يتوقف عليه الفسخ ، وذلك واضح .

(٣) وذلك لأن الإجازة ليست إلا إبقاء أثر العقد ، فالأثر المذكور بعد تحقق العقد لا يحتاج إلى شيء . وهذا معنى أصالتها ، بخلاف الفسخ ، فإنه يحتاج إلى سبب .

(٤) وعن الشيخ سقوطه ، للخبر «البيعان بالخيار ما لم يفترقا» أو بقول أحدهما لصاحبه

(الثاني - خيار الحيوان ، وهو ثابت للمشتري خاصةً على المشهور . وقيل : لها ، وبه رواية صحيحة^(١) . ولو كان حيواناً بحيران قوي ثبوته لها كما يقوى ثبوته للبانع وحده لو كان الثمن خاصةً - وهو ما قرن بالباء - حيواناً^(٢) .

ومدة هذا الخيار (ثلاثة أيام مبدؤها من حين العقد) على الأقوى ، ولا يسدح اجتماع خيارين^(٣) فصاعداً . وقيل : من حين التفريق ، بناءً على حصول الملك به^(٤) .

(ويسقط باشتراط سقوطه في العقد (أو إسقاطه بعد العقد) كما تقدم ، (أو تصرفه) أي تصرف ذي الخيار ، سواء كان لازماً كالبيع أم لم يكن كالهبة قبل القبض ، بل مطلق الانتفاع كركوب الدابة - ولو في طريق الرد^(٥) - ونعلها وحلب ما يُحلب ، (ولبس الثوب ، وقصارتها^(٦) ، وسكنى الدار) .

جـ «اختر» ، نقلت عن بعض العامة في [نيل الأوطار ج ٥ ص ٩٦] .

(١) [الوسائل ، كتاب التجارة ، الباب ٣ من أبواب خيار الحيوان ، الحديث ٣] .

(٢) هذا تعريف للثمن ، فالفرق بين الثمن والثمن في البيع : أن الثمن نقداً كان أو عرضاً هو الذي قرن بالباء .

قوله «حيواناً» خبر لكان ، فجملة «و هو ما قرن بالباء» وقعت معترضة بين لو كان الثمن وخبرها حيواناً ، أي لو كان الثمن خاصةً حيواناً .

(٣) هذا تنبيه على خلاف الشيخ - على ما حكى عنه - من أن مبدأه من حين التفريق ، وإلا لزم اجتماع المثليين ، واجتماع المثليين كالضدين محال . وفيه : إن هذا في العلل التكوينية لا التشريعية ، فإنها معارفات لا مؤثرات حقيقة ، كما حرّر في محله .

(٤) أي بالتفريق كما هو المحكي عن الشيخ .

(٥) هذا مبني على أن مطلق الانتفاع والتصرف موجب لسقوط الخيار تعبداً ولو لم يكن دليلاً على الرضا بالبيع .

(٦) هذا مبني على كون الخيار للطرفين ، كما لو كان ثمن الحيوان الثوب أو الدار وتصرف فيها

ولو قصد به الاستخبار ولم يتجاوز مقدار الحاجة، ففي منعه من الردّ وجهان^(١). أما مجرد سوق الدابة إلى منزله فإن كان قريباً بحيث لا يعدّ تصرفاً عرفاً فلا أثر له، وإن كان بعيداً مفراطاً احتمل قوياً منعه. وبالجمله فكل ما يعدّ تصرفاً عرفاً يمنع، وإلا فلا.

(الثالث - خيار الشرط. وهو بحسب الشرط إذا كان الأجل مضبوطاً) متصلاً بالعقد أم منفصلاً، فلو كان منفصلاً صار العقد جائزاً بعد لزومه^(٢) مع تأخره عن المجلس^(٣).

(ويجوز اشتراطه لأحدهما ولكل منهما، ولأجنبي عنهما، أو عن أحدهما^(٤)) ولأجنبي مع أحدهما عنه وعن الآخر ومعهما^(٥). واشتراط الأجنبي تحكيم لا توكيل^(٦)

جـ البائع بما ذكر سقط خياره بذلك التصرف.

(١) من أنه تصرف عرفاً، والتصرف مزيل للخيار. ومن أن لفظ «التصرف» منصرف عنه. وذلك لأن التصرف المسقط للخيار هو الذي له كاشفية ولو نوعاً عن الرضا بالبيع.

(٢) أي لزومه بعد التفريق عن المجلس.

(٣) أي مع تأخر خيار الشرط عن خيار المجلس، إذ لو امتدّ خيار المجلس إلى وقت الشرط لم يحصل اللزوم.

(٤) أي يجوز اشتراط الخيار عنهما لأجنبي، بأن يكون الأجنبي بدلاً عنهما في حق الخيار بحسب الشرط، فقلوه «عنهما» متعلق بضمير «الخيار» في قوله «و يجوز اشتراطه» أي يجوز اشتراط الخيار بدلاً عنهما ولا يكون متعلقاً بأجنبي، كما ربما يتوهم.

(٥) بأن يكون الخيار لأجنبي، أي يكون الحاكم بالخيار من قبيل كل منهما أجنبياً مع جعله لأحدهما أيضاً، فيكون الخيار لشخصين الأجنبي عن قبلهما وأحدهما. وقوله «معهما» عطف على قوله «مع أحدهما»، يعني يجوز جعل الخيار للأجنبي مع المتبايعين، فيكون

عمن يجعل عنه ، فلا اختيار له معه^(٧) .

(واشتراط المؤامرة) وهي مفاعلة من الأمر ، بمعنى اشتراطها أو أحدها اشتماراً من سميائه^(٨) والرجوع إلى أمره مدّة مضبوطة ، فيلزم العقد من جهتها ويتوقف^(٩) على أمره ، فإن أمر بالفسخ جاز للمشروط له استنباره الفسخ^(١٠) . والظاهر أنه لا يتعيّن عليه ، لأن الشرط بمجرد استنباره ، لا التزام قوله .

وإن أمره بالإلتزام لم يكن له الفسخ قطعاً ، وإن كان الفسخ أصلح عملاً بالشرط ، ولأنه لم يجعل لنفسه خياراً .

فالحاصل : أن الفسخ يتوقف على أمره ، لأنه خلاف مقتضى العقد ، فيرجع إلى الشرط . وأما الإلتزام بالعقد فلا يتوقف^(١١)

وظاهر معنى «المؤامرة» وكلام الأصحاب : أن المستأمر - بفتح الميم - ليس له

⇒ الخيار للثلاثة الأجنبي عن قبلها والمتبايعين . فقوله «مع أحدهما عنه» يرجع ضمير عنه إلى أحدهما ، أي يجوز اشتراطه لأحدهما عن نفسه وعن متبايع الآخر وهكذا المتبايعان . وهذا واضح بعد التأمل .

(٦) خلافاً لما حكى عن أبي حنيفة وأحمد من أنه توكيل ، لأنه نائب عنه في الاختيار ، فإذا ثبت للنائب فثبوته للمنوب عنه أولى .

وفيه : أنه خلاف ظاهر الإشتراط ، إذ ظاهره أنه لم يجعل لنفسه خياراً حتى يكون الأجنبي نائباً عنه ، كما لعله واضح .

(٧) أي فلا اختيار له مع الأجنبي .

(٨) الاستنبار : طلب الأمر من سميائه للرجوع إلى أمره .

(٩) أي يتوقف العقد على أمره .

(١٠) أي جاز الفسخ لمن شرط له الاستيثار إن أمر من سميائه بالفسخ .

(١١) أي لا يتوقف على أمره ، لأن الإلتزام هو مقتضى العقد ، فلا يحتاج إلى شيء آخر .

الفسخ ولا الالتزام، وإنما إليه الأمر والرأي خاصة. فقول المصنف رحمه الله: (فإن قال المستأمر: فسخت أو أجزت فذاك، وإن سكت فالأقرب للزوم، ولا يلزم) المستأمر^(١) (الاختيار) إن قرىء المستأمر بالفتح - مبنياً للمجهول - أشكل^(٢) بما ذكرناه. وإن قرىء بالكسر - مبنياً للفاعل - بمعنى المشروط له المؤامرة لغيره، فعناه: إن قال «فسخت» بعد أمره^(٣) له بالفسخ، أو «أجزت» بعد أمره له بالأجازة لزم، وإن سكت ولم يلتزم ولم يفسخ - سواء فعل ذلك بغير استئثار أم بعده ولم يفعل مقتضاه - لزم، لما بيّناه من أنه لا يجب عليه امتثال الأمر، وإنما يتوقف فسخه على موافقة الأمر.

وهذا الاحتمال أنسب^(٤) بالحكم، لكن دلالة ظاهر العبارة على الأول أرجح، خصوصاً بقرينة قوله: «ولا يلزم الاختيار». فإن اللزوم المنفي^(٥) ليس إلا عن جعل له المؤامرة وقوله: (وكذا) كل من جعل له الخيار فإن المجعول له هنا الخيار هو الأجنبي المستشار لا المشروط له، إلا أن للمشروط له حظاً من الخيار عند أمر الأجنبي [له] بالفسخ.

(١) إن قرىء بالفتح كان معناه: لا يجب عليه اختيار شيء من الأمر بالفسخ أو الامضاء، بل له السكوت حتى تنتضي مدة المؤامرة، لأنه لا يجب عليه امتثال الأمر فيلزم العقد.

(٢) هذا خبر لقوله «فقول المصنف»، يعني إن قرىء المستأمر بالفتح أشكل قول المصنف بما ذكرناه من أن المستأمر بالفتح ليس له الفسخ ولا الالتزام.

(٣) أي بعد أمر المستأمر بالفتح.

(٤) أي احتمال قراءته بالكسر أنسب.

(٥) أي المنفي في قوله «لا يلزم»، وأما المتسأمر بالكسر فإنه يلزمه اختيار البيع مع أمر المستأمر بالالتزام، فلا يصح تعلق النفي به.

وكيف كان فالأقوى أن المستأمر - بالفتح - ليس له الفسخ ولا الإجازة ، وإنما إليه الأمر ، وحكم امتثاله ما فصلناه^(١) . وعلى هذا فالفرق بين اشتراط المؤامرة لأجنبي ، وجعل الخيار له واضح ، لأن الغرض من المؤامرة الإنتهاء إلى أمره ، لا جعل الخيار له ، بخلاف من جعل له الخيار .

وعلى الأول^(٢) يشكل الفرق بين المؤامرة وشرط الخيار .

(١) من أنه إن أمر بالفسخ جاز له الفسخ ، وإن أمر بالالتزام لم يكن له الفسخ .
(٢) يعني بالأول قراءة المستأمر بالفتح . وجه الإشكال : أن المستأمر في هذا الفرض فرد من أفراد من شرط له الفسخ على رأي المصنف ، فلا يبقى حيثنذ فرق بين المؤامرة وشرط الخيار ، فلا ينبغي إفرادها بالذكر .

ثم هذا كله مما يتعلق ببيان المقصود وشرح العبارة ، ولكن الأظهر بل المتعين أن المستأمر الواقع في المتن يقرأ بالكسر ، وذلك للفرق الواضح بين اشتراط المؤامرة وشرط الخيار كما صرح به الفقهاء من دون ذكر خلاف فيما أعلم ، وهو أن المستأمر بالفتح ليس له الفسخ ولا الالتزام إنما إليه الأمر ، بخلاف من جعل له الخيار .

أيضاً قول المصنف «و لا يلزم الاختيار» معناه أنه يلزم المستأمر أن يلتزم بأمر المستأمر بالفتح فسخاً أو إمضاءً ، بل يكفي له السكوت في لزوم العقد . فيكون هذا توضيحاً لقوله «وإن سكت فالأقرب للزوم» ، وليس معناه الالتزام بالعقد كما استظهره الشارح قدس سره وجعله قرينة على قراءة المستأمر بالفتح ، كما أشار إليه بقوله : فإن اللزوم المنفي ليس إلا عمن له المؤامرة . إذ اللزوم بهذا المعنى - أي اختيار العقد - فإنه يجب على المستأمر عند أمر الأجنبي باللزوم ، ولكن هذا ليس معنى قوله «ولا يلزم الاختيار» كما ذكرنا . وهكذا قوله «و كذا كل من جعل له الخيار» أي لا يلزم عليه إعمال خياره بل له السكوت حتى ينقضي المدة المضروبة لإعمال خياره ، فيلزم البيع بنفسه . وهذا واضح خصوصاً مع عدم لفظ «كل» في عبارة المصنف في بعض النسخ كما قيل . والله العالم .

والمراد بقوله: «وكذا كل من جعل له الخيار»^(١)، أنه إن فسخ أو أجاز نفذ، وإن سكت إلى أن انقضت مدة الخيار لزم البيع، كما أن المستأمر هنا لو سكت عن الأمر أو المستأمر - بالكسر - لو سكت عن الاستثمار لزم العقد^(٢)، لأن الأصل فيه اللزوم إلا بأمر خارج، وهو منتفٍ.

(ويجب اشتراط مدة المؤامرة) بوجه منضبط، حذراً من الغرر^(٣)، خلافاً للشيخ حيث جَوَّز الإطلاق.

(الرابع - خيار التأخير) أي تأخير إقباض الثمن والمثمن (عن ثلاثة) أيام (فيمن باع ولا قبض) الثمن (ولا أقبض) المبيع (ولا شرط التأخير)^(٤) أي تأخير الإقباض والقبض. فللبائع الخيار بعد الثلاثة في الفسخ. (وقبض البعض كلا قبض) لصدق عدم قبض الثمن وإقباض^(٥) المثمن مجتمعاً ومنفرداً. ولو قبض الجميع أو أقبضه فلا

(١) أي وكذا قوله «كل من جعل له الخيار» قرينة أيضاً على كون المستأمر بالفتح، وذلك لأن من جعل له الخيار هو الأجنبي لا المشروط له. ومراده بالخيار الأجنبي أن له الأمر بالفسخ لا الفسخ بل الفسخ للمشروط له عند أمر الأجنبي، بمعنى أن الأجنبي يصير سبباً لتمكين المشروط له من الفسخ عند أمره بالفسخ. فهذا يصح نسبة الخيار إلى الأجنبي أيضاً، فلا منافاة بينه وبين ما أشار إليه فيما سياتي بقوله: «لأن الغرض من المؤامرة الانتهاء إلى أمره لا جعل الخيار له»، فإن الجعل المنفي فيما أشار إليه هو الجعل على سبيل الاستقلال. فليتأمل جداً حتى يرتفع توهم التنافي بين الكلامين.

(٢) بل بعد الاستثمار أيضاً كما ذكره سابقاً.

(٣) وهو الوقوع في أمر لا يؤمن معه الضرر.

(٤) احتراز به عن النسبته والسلف.

(٥) عطف على قبض الثمن، أي لصدق عدم قبض الثمن وعدم قبض المثمن، سواء كان قبض

خيار وإن عاد إليه بعده .

و شرط القبض المانع كونه باذن المالك ، فلا أثر لما يقع بدونه . وكذا لو ظهر الثمن مستحقاً أو بعضه . ولا يسقط بمطالبة البائع باثني بعد الثلاثة وإن كان قرينة الرضا بالعقد .

ولو بذل المشتري الثمن بعدها^(١) قبل الفسخ ، ففي سقوط الخيار وجهان^(٢) : ومنشأهما الإستصحاب ، وزوال الضرر .

(وتلفه) أي المبيع (من البائع مطلقاً) في الثلاثة وبعدها ، لأنه غير مقبوض ، وكل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه . ونسبته بالإطلاق على خلاف بعض الأصحاب^(٣) ، حيث زعم أن تلفه في الثلاثة من المشتري ، لانتقال المبيع إليه وكون التأخير لمصلحته . وهو غير مسموع في مقابلة القاعدة الكلية الثابتة بالنص والإجماع .

(الخامس - خيار ما يفسد ليومه . وهو ثابت بعد دخول الليل) هذا هو الموافق لمذلول الرواية^(٤) . ولكن يُشكل بأن الخيار لدفع الضرر ، وإذا توقف ثبوته على دخول الليل مع كون الفساد يحصل في يومه لا يتدفع الضرر ، وإنما يتدفع بالفسخ

جـ بعض منها مجتمعاً مع قبض بعض من الآخر أم منفرداً عنه ، فإنه في كلا الفرضين يصدق عدم القبض .

(١) أي بعد الثلاثة .

(٢) أحدهما عدم السقوط ، وذلك لثبوت الخيار قبل البذل فيستصحب والآخر السقوط ، لأن المقتضى لثبوته تضرر البائع بالتأخير وقد زال . وعن التذكرة القطع بسقوطه .

(٣) وهو على ما حكى المفيد والمرضى وسائر ومن تبعهم .

(٤) [الوسائل ، الباب ١١ من أبواب الخيار ، الحديث ١] .

قبل الفساد . وقَرَضَه المصنف في الدروس «خيار ما يفسده المبييت» . وهو حسن ، وإن كان فيه خروج عن النص ، لتلافيه بخبر الضرار^(١) . واستقرب^(٢) تعديته إلى كل ما يتسارع إليه الفساد عند خوفه ولا يتقيّد بالليل .

واكتفى في الفساد بنقص الوصف وفوات الرغبة ، كما في الخضراوات واللحم والعنب وكثير من الفواكه . واستشكل^(٣) 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 الدالّ على هذا الحكم ، لقصوره عن إفادة الحكم متناً وسنداً^(٤) . وخبر الضرار المتفق عليه^(٥) يفيد في الجميع .

(السادس - خيار الرؤية . وهو ثابت لمن لم يَر) إذا باع أو اشترى بالوصف . ولو اشترى برؤية قديمة فكذلك^(٦) يتخير لو ظهر بخلاف ما رآه . وكذا من طرف البائع ، إلا أنه^(٧) ليس من أفراد هذا القسم ، بقرينة قوله : «ولا بدّ فيه من ذكر الجنس»

(١) [الوسائل ، الباب ١٧ من أبواب التجارة ، الحديث ١ - ٢ - ٣] .

(٢) أي استقرب المصنف تعديته ، أي تعديّة هذا الخيار .

(٣) أي استشكل المصنف في الدروس .

(٤) أما من حيث المتن فلأن مدلول الرواية غير موافق لهذا التعميم كما هو واضح ، وأما من حيث السند فلأنها مرسلة . ولكن في المسالك ما ملخصه : إنه يمكن استفادة التعميم من إجماع الرواية ، وأن ضعفها متجبر بعدم رادّها . وهذا هو الأقوى .

(٥) أي خبر الضرار ، وهو «لا ضرر ولا إضرار» ، المتفق عليه يشبّه الخيار في جميع هذه الصور .

(٦) أي فكذلك يتخير مع أنه لا يُعتبر فيه ذكر الوصف ، فتخصيص خيار الرؤية بما يُعتبر فيه ذكر الوصف ليس على ما ينبغي .

(٧) أي إلا أن الشراء برؤية قديمة أو البيع كذلك ليس من أفراد هذا القسم ، إذ لا يُشترط فيه

- إلى آخره، فإنه مقصور على ما لم ير [أصلاً]، إذ لا يُشترط وصف ما سبقت رؤيته .
وإنما يثبت الخيار فيما لم ير (إذا زاد في طرف البائع ، أو نقص في طرف المشتري)
ولو وُصف^(١) لها فزاد ونقص باعتبارين^(٢) تخيراً وقُدّم الفاسخ منها .
وهل هو على الفور أو التراخي؟ وجهان^(٣) : أجودهما الأول ، وهو خيرته في
الدروس .

(ولابدّ فيه) أي في بيع ما يترتب عليه خيار الرؤية ، وهو العين الشخصية الغائبة
(من ذكر الجنس والوصف) الرافعين للجهالة (والإشارة إلى معيّن) ، فلو انتفى
الوصف بطل^(٤) ، ولو انتفت الإشارة كان المبيع كلياً لا يوجب الخيار لو لم يطابق
المدفوع ، بل عليه إبداله .

(ولو رأى البعض ووصف الباقي تخيّر في الجميع مع عدم المطابقة) وليس له

➤ ذكر الوصف ، بل يكفي فيه بالرؤية القديمة .

(١) أي وصف شخص ثالث لها من غير رؤية واحد منها .

(٢) وذلك كما إذا وصف العبد المبيع بأنه خياط خاصة ، فبان أنه كاتب خاصة فباعتبار عدم
كونه خياطاً فهو ناقص من طرف المشتري فالخيار له ، وباعتبار أنه كاتب فهو زائد من
طرف البائع فالخيار للبائع ، فحينئذ تخيّر كل منهما وقدم الفاسخ منها ، وذلك لعدم فائدة
الخيار لو قدم غيره ، وهو الملتزم بمقتضى العقد .

(٣) وجه الأول الإقتصار على المتيقّن فيما خالف الأصل ، إذ الأصل في البيع هو اللزوم ، خرج
منه أول أزمّة إمكان الفسخ ويبقى الباقي تحت الأصل . وجه الثاني استحصال بقاء
الخيار . وهنا بحث أصولي لا يسمه هذا المختصر ، فليطلب من محله .

(٤) لم يذكر الجنس ، وذلك لأن فرض المسألة فيما لو تعلق البيع بشيء يصح بيعه في الجملة ،
وهذا لا يمكن إلا بذكر جنسه في الجملة وإكماله بذكر قيوده ووصفه ويبطل بالإخلال به .
وهذا المعنى لا يتم في الجنس ، فلهذا لا يحتاج إلى ذكره ، فلي تأمل .

الاقتصار على فسخ ما لم يز^(١)، لأنه مبيع واحد .
 (السابع - خيار الغبن) يسكون الباء وأصله الخديعة ، والمراد هنا البيع أو الشراء
 بغير القيمة^(٢) (وهو ثابت) في المشهور لكل من البائع والمشتري (مع الجهالة) بالقيمة
 (إذا كان الغبن) وهو الشراء بزيادة عن القيمة أو البيع بنقصان عنها (بما لا يُتغابن) أي
 يُتسامح (به غالباً) والمرجع فيه إلى العادة ، لعدم تقديره شرعاً . وتُعتبر القيمة وقت
 العقد ، ويرجع فيها^(٣) إلى البيّنة عند الاختلاف ، وفي الجهالة إليها^(٤) للمطلع على
 حاله . والأقوى قبول قوله فيها^(٥) بيمينه مع إمكانها^(٦) في حقه .
 ولا يسقط الخيار ببذل الغابن التفاوت وإن اتنى موجه ، استصحاباً لما ثبت
 قبله . نعم لو اتفقا على إسقاطه بالعوض صح كغيره من الخيار .
 (و) كذا (لا يسقط بالتصرف)^(٧) سواء كان المتصرف الغابن أم المغبون ، وسواء
 خرج به عن الملك كالبيع أم منع مانع من ردّه كالاستيلاء ، أم لا (إلا أن يكون المغبون
 المشتري^(٨) وقد أخرجه عن ملكه) فيسقط خياره ، إذ لا يمكنه ردّ العين المنتقلة إليه

-
- (١) لأنه مبيع واحد يستلزم الاقتصار عليه التبعّض في الصفقة ، وهو ضرر على البائع .
 (٢) أي دون القيمة الأصلية .
 (٣) أي ويرجع في القيمة إلى البيّنة عند الاختلاف .
 (٤) أي ويرجع في الجهالة إلى البيّنة . وقوله «للمطلع على حاله» يعني البيّنة التي تكون مطلعة
 على حال المدعي في الجهالة .
 (٥) أي في الجهالة ، وذلك لأنها أمر ممكن وليست من الأمور التي لا تخفى غالباً .
 (٦) أي إمكان الجهالة في حقه ، بأن لم يكن من أهل السوق المطلع على قيمة المبيع . ثم هذا في
 فرض عدم البيّنة ، وأما مع وجودها فهي مقدمة ، فلا تصل النوبة إلى التمين .
 (٧) إلا إذا كان بعد العلم بالغبن والرضا بالبيع ، فإن الظاهر من كلامهم هو السقوط .
 (٨) لا وجه لاختصاص الحكم بالمشتري ، وذلك لاشتراكها في الحكم . وسيصرح الشارح

ليأخذ الثمن. ومثله ما لو عرض له ما يمنع من الردّ شرعاً كالإستيلاء وإن لم يخرج عن الملك. هذا هو المشهور، وعليه عمل المصنف رحمه الله في غير الكتاب.

(وفيه نظر للضرر) على المشتري مع تصرفه فيه على وجه يمنع من ردّه لو قلنا يسقط خياره به (مع الجهل) بالغبن أو بالخيار، والضرر منفي بالخبر، بل هو مستند خيار الغبن، إذ لا نص فيه بخصوصه (وحيثئذ فيمكن الفسخ) مع تصرفه كذلك (والزامة بالقيمة) إن كان قيمياً (أو المثل) إن كان مثلياً جمعاً بين الحقين، (وكذا لو تلفت العين أو استولد الأمة)، كما يثبت ذلك^(١) لو كان المتصرف المشتري والمغبون البائع، فإنه إذا فسخ ولم يجد العين يرجع إلى المثل أو القيمة. وهذا الاحتمال^(٢) متوجه، لكن لم أقف على قائل به. نعم لو عاد إلى ملكه بفسخ، أو إقالة، أو غيرهما، أو موت الولد جاز له الفسخ إن لم ينافي الفورية.

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 الردّ كالإستيلاء، أو يرد^(٣) على المنفعة خاصة كالإجارة، أو يوجب تغير العين بالزيادة العينية كغرس الأرض أو الحكيمة

⇨ بجرىان الحكم في البائع أيضاً بقوله: هذا كله إذا لم يكن تصرف - الخ.

(١) أي الفسخ وإلزامه بالقيمة. أو المثل يثبت كما يثبت لو كان المتصرف المشتري والمغبون البائع.

(٢) المراد بهذا الاحتمال هو المذكور بقوله: فيمكن الفسخ - الخ. وأما المذكور بقوله: كما يثبت ذلك لو كان المتصرف المشتري والمغبون البائع - الخ، فقد ذكر في شرح الشرائع أنه صرح به جماعة من الأصحاب.

(٣) أي التصرف يرد على المنفعة.

كتقاصرة الثوب، أو المشوية^(١) كصبغه، أو النقصان بعيب ونحوه، أو بامتزاجها بثلاثها بما يوجب الشركة بالمساوي^(٢)، أو الأجود، أو الأرءأ، أو غيرها، أو بهما^(٣) على وجه الاضمحلال، كالزيت يُعمل صابوناً، أو لا يوجب شيئاً من ذلك^(٤).
ثم اما أن يزول الملتع من الردّ قبل الحكم ببطلان الخيار^(٥)، أو بعده، أو لا يزول، والمغبون إما البائع، أو المشتري، أو هما^(٦).
فهذه جملة أقسام المسألة، ومضروبوها يزيد عن مائتي مسألة^(٧)، وهي مما تعم بها

- (١) أي يكون التصرف عينية من وجه وحكيمة من وجه آخر، كما سيصرح به.
- (٢) أي بالمثل المساوي.
- (٣) أي بالمثل والغير.
- (٤) أي لا يوجب شيئاً من التغييرات المذكورة كركوب الدابة ولبس الثوب.
- (٥) وهو حين الحكم بأخذ العوض، فالمراد ببطلان الخيار بطلان الخيار الموجب لأخذ العين.
- (٦) وعن بعض فضلاء المحشين استحالة ذلك، حيث قال: قد عرفت أن الغبن في طرف البائع إنما هو إذا باع بأقل من القيمة السوقية وفي طرف المشتري إذا اشترى بأزيد منها، ولا يتفاوت الحال بكون الثمن والمثل من الأثمان أو العروض أو مختلفين، وحينئذ فلا يتعقل كونها مغبونين معاً، وإلازم كون الثمن أقل من القيمة السوقية وأكثر منها، وهو محال.
- قال شيخ مشايخنا في المكاسب: وقد تعرّض غير واحد ممن قارب عصرنا لتصوير ذلك في بعض الفروض. ثم يقل هناك بعض منها واستشكل فيها كلها، والحق أنه غير معقول، والوجه المتصور أنها كلها خارجة عن محل البحث. فليتم.
- (٧) وتفصيله على ما حكى عن سلطان العلماء: إن التصرف إما أن يكون في المبيع أو في الثمن أو فيها، وعلى التقادير الثلاثة إما أن يخرج عن الملك بعقد لازم أو جائز أو يمنع من الردّ

البلوى، وحكمها غير مستوفى في كلامهم.

وجملة الكلام فيه: أن المغبون أن كان هو البائع لم يسقط خياره بتصرف المشتري مطلقاً، فإن فسخ ووجد العين باقية على ملكه لم تتغير تغيراً يوجب زيادة القيمة، ولا يمنع من ردها أخذها. وإن وجدها متغيرةً بصفة محضة كالطحن والقصارة فللمشتري أجره عمله.

ولو زادت قيمة العين بها^(١) شاركه في الزيادة بنسبة القيمة^(٢). وإن كان صفةً من وجه وعيناً من آخر - كالصبيغ^(٣) - صار شريكاً بنسبته كما مر، وأولى هنا.

⇒ مانع، وعلى التقادير التسعة أما أن يزول المانع قبل الحكم بالبطان بالخيار أو بعده أو لا يزول. فهذه سبع وعشرون. وأيضاً إما أن ينصرف في المنفعة بلازم كالأجارة أو بغير لازم كالسكنى المطلقة أو بما يوجب تغيير العين بالزيادة العينية أو الحكيمة أو المشوبة، أو بالنقصان بعيب كقطع عضو الحيوان، أو بنحو العيب كترك علف الحيوان السمن حتى صار مهزولاً، وعلى التقديرين الأخيرين إما أن يكون النقص بفعله أو بفعل غيره أو بالتصرف بامتزاجها بمثل مساوي يوجب الشركة أو أجود أو أردأ أو بغير المثل مع إمكان التمييز أو مع عدمه أو بالمثل وغيره على وجه الاضمحلال أو لا يوجب شيئاً من ذلك. فهذه أيضاً ستة عشر مضروبها في الثلاثة الأول ثمانية وأربعون، تضاف إلى السبعة والعشرين تبلغ خمسة وسبعين، وعلى جميع التقادير المذكورة المغبون إما البائع أو المشتري أو هما، فيرتقي إلى مائتين وخمسة وعشرين. انتهى.

وينبغي أن لا يخفى أن هذا التفصيل ليس بخاص، ولذا أورد عليه البعض الآخر من المحشين، فلا بد من التأمل التام حتى ينكشف الحال.

(١) أي بالصفة.

(٢) إذ العين مختصة بالبائع.

(٣) الصبيغ بالكسر: اسم لما يُصبغ به، وبالفتح مصدر - كذا عن الصحاح.

ولو كانت الزيادة عيناً محضة كالفرس أخذ المبيع وتخبر بين قلع الفرس بالارش^(١) وإبقائه بالأجرة ، لأنه وضع بحق . ولورضي ببقائه بها^(٢) واختار المشتري قلعه فالظاهر أنه لا أرض له ، وعليه تسوية الحفر حينئذ^(٣) ، ولو كان زرعاً وجب إبقاؤه إلى أوان بلوغه بالأجرة .

وإن وجدها^(٤) ناقصة أخذها مجاناً كذلك إن شاء .

وإن وجدها ممتزجةً بغيرها فإن كان بمسارٍ أو أردأ صار شريكاً إن شاء^(٥) ، وإن كان بأجود ففي سقوط خياره أو كونه شريكاً بنسبة القيمة ، أو الرجوع إلى الصلح أوجه^(٦) .

ولو مزجها بغير الجنس بحيث لا يتميز فكالمعدومة^(٧) ،

(١) أي أرض المشتري ، لأنه يصير معيوباً بسبب القلع .

(٢) أي ببقائه بالأجرة .

(٣) أي حين اختيار المشتري القلع بخلاف الصورة الأولى .

(٤) أي وجد العين ناقصةً أخذها مجاناً إن شاء ، وإلا فليرض بالبيع .

(٥) وإلا فليرض بالبيع . ولا يجيء احتمال سقوط الخيار هنا ، لأنه لا مانع من الرد من جانب المشتري ، إذ الممتزج إما مساو له أو أردأ ، فالبايع يصير شريكاً أن شاء وإلا يفسخ ، بخلاف الإمتزاج بالأجود .

(٦) قال في محكي المسالك : والثالث لا يخلو من قوة لبقاء ماله وأصاله بقاء اختياره .

(٧) فيرجع حينئذ إلى المثل أو القيمة . ولكن فيه تأمل ، وذلك لأن عدم تميز عينه لا يوجب خروجه عن ملكه ما لم تصر مستهلكةً بحيث يصدق أنها تالفة عرفاً ، كمقدار قليل من العسل أو مائع آخر ضُب في حوض ماء وصار مستهلكاً فيه ، فإنه لا يوجب الشركة مع صاحب حوض الماء بحيث يصير سبباً لعدم جواز تصرف صاحب الحوض في مائه . وأما في غير هذا الفرض ففتضى القواعد الفقهية أنه يوجب الشركة ، فليعمل على مقتضاها .

وإن وجدها منتقلة عن ملكه بعقد لازم كالبيع والعقق رجع إلى المثل ، أو القيمة . وكذا لو وجدها على ملكه مع عدم إمكان ردّها كالمستولدة .

ثم إن استمر المانع استمر السقوط^(١) ، وإن زال قبل الحكم بالعوض^(٢) - بأن رجعت إلى ملكه^(٣) أو مات الولد - أخذ العين مع احتمال العدم ، لبطلان حقه بالخروج^(٤) ، فلا يعود .

ولو كان العود بعد الحكم بالعوض ، ففي رجوعه إلى العين وجهان : من بطلان حقه من العين^(٥) ، وكون العوض للحيلولة^(٦) وقد زالت .

ولو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار ألزم بالفسخ ، فإن امتنع فسخه الحاكم ، فإن تعذر فسخه المغبون .

وإن وجدها منقولة المنافع جاز له الفسخ وانتظار انقضاء المدة^(٧) ، وتصير ملكه من حينه^(٨) . وليس له فسخ الإجارة .

(١) أي سقوط الخيار الموجب لأخذ العين لا الخيار الموجب لأخذ المثل أو القيمة ، فإنه ثابت كما ذكره .

(٢) أي قبل الحكم بالعوض وأدائه لا الحكم فقط .

(٣) أي إلى ملك المشتري .

(٤) أي الخروج عن تسلط المشتري .

(٥) فلا يعود الحق بعد بطلانه .

(٦) فلا يستمر البطلان بل يعود الحق عند زوال الحيلولة .

(٧) ربما أورد عليه بناءً على فورية الخيار ، إذ استحقاق غيره المنفعة لا يسوّغ تأخير الخيار .

وفيه : أن المراد أنه يجوز فسخه على الفور ولكن لا يرجع على العين بل ينتظر انقضاء مدة الإجارة ، وهذا واضح .

(٨) أي من حين الفسخ لا من حين انقضاء الإجارة ، فتصح التصرفات غير المنافية لحق

ولو كان النقل جائزاً - كالسكنى المطلقة - ^(١) فله الفسخ .

هذا كله إذا لم يكن تصرف في الثمن تصرفاً يمنع من ردّه ، وإلا سقط خياره ^(٢) ، كما لو تصرف المشتري في العين ^(٣) . والاحتمال السابق ^(٤) قائم فيها ، فإن قلنا به دفع مثله أو قيمته .

وإن كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره بتصرف البائع في الثمن مطلقاً ، فيرجع إلى عين الثمن ، أو مثله ، أو قيمته . وأما تصرفه فيما عُيّن فيه فإن لم يكن ناقلاً عن المملك على وجه لازم ^(٥) ، ولا مانعاً من الردّ ، ولا منقصاً للعين ، فله ردّها . وفي الناقل والمانع ما تقدم ^(٦) .

ولو كان قد زادها فأولى ببجوازها ، أو نقصها ، أو مزجها ، أو أجرها فوجهاً ، وظاهر كلامهم أنه غير مانع ، لكن إن كان النقص من قبّله ردّها مع الأرض ، وإن كان من قبّل الله تعالى فالظاهر أنه كذلك كما لو تلفت .

ولو كانت الأرض مغروسة فعليه قلعه من غير أرض ^(٧) إن لم يرض البائع بالأجرة . وفي خلطه بالأردأ الأرض وبالأجود إن بذل له بنسبته ^(٨) فقد أنصفه ، وإلا

⇒ المستأجر . ولا تتوقف على انقضاء مدة الإجارة .

(١) احتراز به عن الرّقبي والعمرى ، فإنهما لازمان كما تقدم في محله .

(٢) كما عن المشهور .

(٣) أي في فرض كونه هو المغبون ، فإنه سقط خياره على ما تقدم من المشهور .

(٤) أي الاحتمال الذي ذكره المصنف بقوله : فيه نظر للضرر .

(٥) فلو لم يكن لازماً أمكن استدراكه بالفسخ .

(٦) من سقوط الخيار على المشهور وقيام الاحتمال الذي ذكره المصنف .

(٧) لأنه يجب عليه تفريغ المبيع ويجب عليه أيضاً الحفر .

(٨) أي إن بذل المشتري له بنسبة الأجود فقد أنصفه ، وإلا فاشكال : من أنه مزج بغيره

فإشكال .

(الثامن - خيار العيب . وهو كل ما زاد عن الحلقة الأصلية) وهي خلقة أكثر النوع الذي يُعتبر فيه ذلك^(١) ذاتاً وصفةً (أو نقص) عنها (عيناً كان) الزائد والنقص (كالأصنع) زائدة على الخمس ، أو ناقصة منها ، (أو صفة كالحمي ولو يوماً) بأن يشتريه فيجده محمواً ، أو يحمم قبل القبض وإن برىء ليومه . فإن وجد ذلك في المبيع سواء أنقص قيمته أم زادها^(٢) فضلاً عن المساواة (فللمشتري الخيار مع الجهل) بالعيب عند الشراء (بين الردّ والأرش ، وهو) جزء من الثمن نسبته إليه (مثل نسبة التفاوت بين القيمتين) فيؤخذ ذلك (من الثمن) بأن يقوم المبيع صحيحاً ومعيباً ويؤخذ من الثمن مثل تلك النسبة^(٣) ، لا تفاوت ما بين المعيب والصحيح^(٤) ، لأنه قد يحيط

→ فيسقط خياره مطلقاً فصار شريكاً ، ومن أنه يسقط بالنسبة إلى العين خاصة ، فرجع بالمثل أو القيمة .

(١) المشار إليه هو «ما» في «كلها» ، أو يُعتبر أن يكون واجداً له ولا يكون زائداً ذاتاً . بأن يكون له يد زائدة مثلاً لو كان حيواناً ، أو صفة بأن يكون قصيراً أو طويلاً بحيث لا يكون متناسب الأعضاء ، وهكذا غيره .

(٢) كالحصص ، فإنه يزيد في قيمته مع أنه عيب .

(٣) وذلك كما لو كان الثمن تسعة دراهم وكان في المبيع عيب وكان صحيحه يسوى خمسة عشر ومعيه عشرة دراهم ، فالتفاوت بين القيمتين بالثلث ، فبأخذ من الثمن الثلث ، وهكذا .

(٤) كما هو المحكي عن ابن بابويه والمفيد قدس سرهما . قوله «لا تفاوت ما بين المعيب والصحيح» وهو نقص قيمة المعيب . نعم هو متجه بالنسبة إلى الفاصب ونحو .

في محكي الجواهر : هو متجه في الأرض بالنسبة إلى الفاصب ونحوه ، بل وإلى البائع حيث

بالتن أو يزيد عليه ، فيلزم أخذه العوّض والمعوض ، كما إذا اشتراه بخمسين وقسّم معيّاً بها وصحيحاً بجائز أو أزيد ، وعلى اعتبار النسبة يرجع في المثال بخمسة وعشرين^(١) ، وعلى هذا القياس .

(ولو تعددت القيم) إما لاختلاف المقومين ، أو لاختلاف قيمة أفراد ذلك النوع المساوية للمبيع ، فإن ذلك قد يتفق نادراً ، والأكثر - ومنهم المصنف رحمه الله في الدروس - عبّروا عن ذلك باختلاف المقومين (أخذت قيمة واحدة متساوية النسبة إلى الجميع) أي منتزعة منه نسبتها إليه بالسوية (فن القيمتين) يؤخذ (نصفها) ، ومن الثلاث ثلثها ، (ومن الخمس خمسها) وهكذا .

و ضابطه : أخذ قيمة منتزعة من المجموع نسبتها إليه كنسبة الواحد إلى عدد تلك القيم^(٢) ، وذلك لانتفاء الترجيح^(٣) .

⇒ يفسخ بخياره مثلاً وكان قد تعيب في يد المشتري عيباً مضموناً ، فإنه يأخذ حينئذ تفاوت ما بين القيمتين ، لا من الثمن بالنسبة مع احتماله - إلى آخر ما قال في هذه المسألة .
(١) لأن التفاوت ما بين خمسين ومائة بالنصف ، فيرجع في المثال بنصفه ، وهو خمسة وعشرون ، وهكذا .

(٢) كما لو كان عدد القيم اثنين يؤخذ نصفها ، كما أن الواحد نصف الاثنين . ولو كان عدد القيم ثلاثة يؤخذ ثلثه ، لأن الواحد ثلث الثلاثة ، وهكذا . وهذا معنى قوله : نسبتها إليه كنسبة الواحد .

(٣) وقد ذكر الشيخ الأنصاري قدس سره في كتاب المكاسب محتملات المسألة من تقديم بينة الأقل وبينة الأكثر والقرعة وبعض المحتملات الأخرى إلى أن قال : ولكن الأدون من الكل ما عليه المنظم من وجوب الجمع بينها بقدر الإمكان - إلى آخر ما حققه وفصله قدس سره هناك .

وطريقه: أن تُجمع القيم الصحيحة على جدة^(١)، والمعيبة كذلك، وتنسب إحداها إلى الأخرى، ويؤخذ بتلك النسبة.

ولا فرق بين اختلاف المقومين في قيمته صحيحاً ومعيباً، وفي إحداها. وقيل: يُنسب معيب كل قيمة إلى صحيحها ويُجمع قدر النسبة ويؤخذ من المجتمع بنسبتها^(٢). وهذا الطريق منسوب إلى المصنف، وعبارته هنا وفي الدروس لا تدل عليه.

وفي الأكثر يتحد الطريقان. وقد يختلفان في سير، كما لو قالت إحدى البيتين: إن قيمته اثنا عشر صحيحاً وعشرة معيباً، والأخرى: ثمانية صحيحاً وخمسة معيباً، فالتفاوت بين القيمتين الصحيحتين ومجموع المعيبتين الربع، فيرجع برع الثمن - وهو

(١) ولا يخفى أن هذا الطريق لا يطابق الضابط المذكور، إذ الضابط المذكور أخذ قيمة منترعة من المجموع كما ذكر، بخلاف الطريق المذكور، إذ ينسب فيه مجموع القيم المعيبة إلى مجموع القيم الصحيحة. ولعله لكونه متحد المآل مع الضابط مع كونه أسهل - اختاره وجعله طريقاً إلى الضابط. ووجه اتحادهما: أن نسبة المجموع إلى المجموع هي بعينها نسبة الأجزاء إلى الأجزاء، كما هو ظاهر بعد التأمل.

(٢) أي من المجتمع بنسبة القيم، أي كنسبة الواحد إلى عدد القيم، فإن كان العديد اثنين يؤخذ نصفه وإن كان ثلاثاً يؤخذ ثلثه وهكذا. وقد أوضحه الشارح قدس سره بقوله: وعلى الثاني يؤخذ التفاوت - إلى آخره.

حاصل ما أفاده أنه إذا كان عدد القيم اثنين أحدهما صحيحه اثني عشر ومعيبه عشرة وثانيها صحيحه ثمانية ومعيبه خمسة، فالتفاوت بين القيمتين على قول البيته الأولى هو السدس. وهو واضح. وعلى الثانية ثلاثة أثمان. لأن الخمسة ناقصة عن الثمانية بثلاثة أثمان. ومجموع ذلك من الاثني عشر ستة ونصف، إذ سدس الاثني عشر وثلاثة إثنان منه أربع ونصف، فيؤخذ نصف المجموع - وهو ثلاثة ورابع - فحصل التفاوت بين الطريقين.

ثلاثة من اثني عشر - لو كان كذلك ، وعلى الثاني يؤخذ تفاوت ما بين التيمتين على قول الأولى وهو السدس ، وعلى قول الثانية ثلاثة أثمان . وبمجموع ذلك من الاثني عشر ستة ونصف ، يؤخذ نصفها : ثلاثة وربع . فظهر التفاوت .

ولو كانت ثلاثاً فقالت إحداها : كالأولى ، والثانية : عشرة صحيحاً وثمانية معيباً ، والثالثة : ثمانية صحيحاً وستة معيباً . فالصحيحة ثلاثون ، والمعيبة أربعة وعشرون ، والتفاوت ستة هي الخمس^(١) . وعلى الثاني يجمع سدس الثمن وخمسه وربعه ، ويؤخذ ثلث المجموع ، وهو يزيد عن الأول بثلث خمس^(٢) .

ولو اتفقت على الصحيحة كاثني عشر ، دون المعيبة ، فقالت إحداها : عشرة ، والأخرى : ستة ، فطريقته : تنصيف المعيبتين ونسبة النصف إلى الصحيحة ، أو تجمع المعيبتين^(٣) مع تضعيف الصحيحة^(٤) وأخذ مثل نسبة المجموع إليه وهو الثلث^(٥) . وعلى الثاني^(٦) يؤخذ من الأولى السدس ، ومن الثانية النصف ، ويؤخذ نصفه ، وهو الثلث

(١) فيرجع بخمس الثمن ، وهو اثنان من عشرة وخمسان من اثنين في فرض كون الثمن إثناً عشر .

(٢) وذلك لأن سدس الثمن - وهو إثنان عشر - إثنان وخمسة إثنان من عشرة وخمسان من اثنين ، فيصير مجموع خمس الاثني عشر اثنين وخمسين من اثنين ، وربعه ثلاثة كما هو واضح ، وبمجموع ذلك يبلغ سبعة وخمسين ، وثلث هذا المجموع يبلغ اثنين وخمسين وثلث خمس . وذلك لأن ثلث الستة إثنان وثلث الواحد والخمسين - أي ثلث سبعة أخماس - خمسان وثلث . هذا واضح بعد التأمل .

(٣) على ما ذكره الشارح قدس سره بقوله : وطريقه - إلى آخر ، ومآلها واحد .

(٤) فتصير أربع وعشرين .

(٥) أي أربعة من اثني عشر .

(٦) أي الطريق الثاني ، لأن التفاوت بين الستة والثمانية هو الربع والتفاوت بين الستة والعشرة

أيضاً.

ولو انعكس - بأن اتفقتا على الستة معيياً وقالت إحداها: ثمانية صحيحاً، وأخرى: عشرة - فإن شئت جمعتها وأخذت التفاوت وهو الثلث، أو أخذت نصف الصحيحتين ونسبته إلى المعيبة وهو الثلث أيضاً. وعلى الثاني يكون التفاوت ربعاً وخمسين، فنصفه - وهو ثمن وخمسة - ينقص عن الثلث ^(١) بنصف خمس ^(٢). وعلى هذا القياس.

(ويسقط الرد بالتصرف) في المبيع، سواء كان قبل علمه بالعيب أم بعده، وسواء كان التصرف ناقلاً للملك أم لا، مغيراً للعين أم لا، عاد إليه بعد خروجه عن ملكه أم لا. وما تقدم في تصرف الحيوان آت هنا ^(٣) (أو حدوث عيب بعد القبض) مضمون على المشتري، سواء كان حدوثه من جهته أم لا.

واحترزنا بـ «المضمون عليه» عما لو كان حيواناً وحدث فيه العيب في الثلاثة من غير جهة المشتري، فإنه حينئذ لا يمنع من الرد ولا الأرض، لأنه مضمون على البائع.

⇒ حُسمان.

(١) خبر لقوله: فنصفه، أي فنصفه ينقص عن الثلث.

(٢) وذلك لأنه لو كان الثمن اثنا عشر كان ثمنه واحداً ونصفاً وخمسة اثنين وخمسين، إذ خمس العشرة من أثني عشر إثنان وخمسة الاثنان الباقي من الاثني عشر حُسمان. وبمجموع ذلك يبلغ أربعة إلا نصف خمس، فينقص عن ثلث الاثني عشر - وهو الأربعة - بنصف خمس.

(٣) أي ما تقدم من أنه لو قصد به الإستخيار ولم يتجاوز مقدار الحاجة فني منعه من الرد وجهان - إلى آخر ما ذكره هناك.

ولو رضي البائع برده^(١) مجبوراً بالأرض أو غير مجبور جاز .
وفي حكمه^(٢) ما لو اشترى صفقة متعددة وظهر فيه عيب وتلف أحدها ، أو
اشترى اثنان صفقة فامتنع أحدهما من الرد ، فإن الآخر يُمنع منه^(٣) وله الأرض وإن
أسقطه^(٤) الآخر ، سواء اتحدت العين أم تعددت ، اقتسماها أم لا .
وأولى بالمنع^(٥) من التفريق الوراث 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
ردّهما ، أو إمساكهما بأرض المبيع .
وكذا يسقط الردّ دون الأرض إذا اشترى من ينعتق عليه ، لانعتاقه بنفس الملك ،
ويمكن رده إلى التصرف^(٦) ، وكذا يسقط الردّ باسقاطه مع اختياره الأرض أو لا

-
- (١) أي ردّ المبيع الذي حدث فيه العيب بعد القبض حيث سقط الردّ .
(٢) أي في حكم حدوث عيب بعد القبض في سقوط الردّ ما لو اشترى صفقة واحدة مبيعاً
متعدداً وعلم بعيب فيه وتلف إحدى الأعيان المتعددة ، حيث إن في الردّ ضرراً على
البائع ، لتبعض الصفقة عليه .
(٣) أي من الردّ .
(٤) أي أسقط الأرض .
(٥) يعني وأولى بالمنع ، أي المنع من الردّ من تعدد المشتري وتفرقه من جهة الردّ والإمضاء
الوراث عن واحد إذا تفرقوا في الردّ والإمضاء ، فقوله : الوراث مفضل وتعدد المشتري
مفضل عليه ، وحاصله : إن الوراث أولى بالحكم في الصورة المفروضة من تعدد المشتري ،
ووجه الأولوية كما ذكره الشارح قدس سره أن التعدد هنا طارئ على العقد بخلاف تعدد
المشتري .
(٦) وذلك لأن الشراء مصداق للتصرف فيشملة . فليتأمل .

معه .

(و) حيث يسقط الردّ (يبقى الأرض^(١)) .

ويسقطان) أي الردّ والأرض معاً (بالعلم به) أي بالعيب (قبل العقد) ، فإن قدومه عليه عالمًا به رضا بالعيب (وبالرضا به بعده) غير مقتيد بالأرض ، وأولى منه^(٢) إسقاط الخيار ، (وبالبراءة) أي براءة البائع (من العيوب ولو إجمالاً)^(٣) كقوله : «برئت من جميع العيوب» على أصح القولين^(٤) . 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 ، لأن الخيار بها ثابت بأصل العقد وإن كان السبب حينئذ غير مضمون^(٥) .

(وإلا باق) عند البائع (وعدم الحيض) ممن شأنها الحيض بحسب سنّها (عيب)

(١) خلافاً لما حكى عن ابن حمزة من أنه جعل التصرف بعد العلم مانعاً من الأرض أيضاً .

(٢) وجه الأولوية : أن الرضا بالعيب غير صريح في إسقاط الأرض ، بخلاف إسقاط الخيار ، فإن مقتضاه صريح في إسقاط كل من الردّ والأرض .

(٣) كأن يقول : بعتك هذا بكل عيب .

(٤) خلافاً للمحكي عن الإسكافي والقاضي حيث منعوا منه للجهالة ، لأن العيوب غير معلومة . ويندفع : بأن التبري الإجمالي يشمل كل عيب ، فيدخل تحته جزئيات العيوب ، فلا يضر مثل هذه الجهالة .

(٥) فلا يرد ، أنها براءة مما لا يجب عليه ، إذ الخيار ثابت بأصل العقد لا بوجودها حتى تكون البراءة مما لم يجب ، وإن كان السبب وهو العيب حينئذ - أي حين العقد - غير مضمون ، لعدم وقت العقد . مع أن إسقاط ما لم يجب مما لا دليل على المنع منه على سبيل الكلية ، حتى في أمثال هذه المسألة . فليتأمل .

ويظهر من العبارة الإكتفاء بوقوع الإباق مرة قبل العقد، وبه صرح بعضهم^(١).
والأقوى اعتبار اعتياده. وأقل ما يتحقق بمرتين . .

ولا يشترط إباقه عند المشتري، بل متى تحقق ذلك عند البائع جاز الرد. ولو
تجدد عند المشتري في الثلاثة من غير تصرف فهو كما لو وقع عند البائع . . .

ولا يُعتبر في ثبوت عيب الحيض مضي ستة أشهر كما ذكره جماعة^(٢)، بل يثبت
بمضي مدة تحيض فيها أسنانها في تلك البلاد .

(وكذا الثفل) بضم المثلة، وهو ما استقر تحت المانع من كُدرة (في الزيت) وشبهه
(غير المعتاد) أما المعتاد منه فليس بعيب، لاقتضاء طبيعة الزيت وشبهه كون ذلك فيه
غالباً. ولا يُشكل 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^(٣).

(التاسع - خيار التدليس) وهو تفعيل من الدَّلس محرَّكاً، وهو الظلمة، كأن
المدَّلس يُظلم الأمر ويُبهمه حتى يوهم غير الواقع. ومنه اشتراط صفة فتفتوت،
سواء كان من البائع أم من المشتري.

(١) قال العلامة في محكي التذكرة: والمرّة الواحدة في الإباق تكفي في كونه العيب كالبوطي في
إبطال العتّة.

(٢) فإنهم اعتبروه، وفي الرياض: لو اشترى أمة لا تحيض في ستة أشهر فضاعداً ومثلها
تحيض فله الردّ وفافاً للنهاية. والظاهر أنه لا يعتبر ذلك، بل يثبت كما قال الشارح بمضي
مدة تحيض فيها أسنانها في تلك البلاد .

(٣) كما في معرفة مقدار السنن مع ظرفه جملة من غير العلم تفصيلاً.

(فلو شرط صفة كمال^(١) كالبكارة أو توهما) المشتري كمالاً ذاتياً (كتحمير الوجه ووصل الشعر^(٢) فظهر الخلاف تخيّر) بين الفسخ والإمضاء بالتمن (ولا أرش) لاختصاصه بالعيب، والواقع ليس بعيب بل فوات أمر زائد^(٣).

ويُشكل ذلك^(٤) في البكارة من حيث أنها بمقتضى الطبيعة وفواتها نقص يحدث على الأمة ويؤثر في نقصان القيمة تأثيراً يتيماً، فيتخير بين الرد والأرش. بل يُحتمل ثبوتها^(٥) وإن لم يُشترط لما ذكرناه، خصوصاً في الصغيرة التي ليست محل الوطء، فإن أصل الخلقة والغالب 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 عارضةً.

وإنما يثبت الحكم مع العلم بسبق الثيبوبة على البيع بالبيّنة أو إقرار البائع أو قرب زمان الاختبار^(٦) إلى زمان البيع، بحيث لا يمكن تجدد الثيبوبة فيه عادةً. وإلا

(١) وربما يشكل الفرق بين خيار التدليس في الفرض المذكور، وخيار الإشتراط، حيث لا يسلم الشرط لمشرطه كما سيجيء حكمه. وقيل في الفرق بينهما: إن خيار التدليس إنما هو فيما شرط صفة كمال للمبيع فظهر خلافه، والاشتراط إنما هو فيما شرط غير ما هو كمال ولو كان وصفاً أو شرط ما ليس بوصف أصلاً، هكذا قيل. فليتأمل.

(٢) في الحديث لعن الواصلة والمستوصلة [الوسائل، كتاب التجارة، الباب: ١٩ من أبواب ما يكتسب به، الحديث، ٧]، فالواصلة التي تصل الشعر بالشعر، والمستوصلة التي يفعل بها ذلك - كذا عن الصحاح.

(٣) أي زائد على الخلقة.

(٤) أي عدم ثبوت الأرش.

(٥) أي الرد والأرش.

(٦) أي قرب زمان الاختبار والاستعلام بالنسبة إلى زمان البيع كالساعة مثلاً، إذ تجدد

فلا خيار ، لأنها قد تذهب بالعلة والنزوة وغيرها^(١) .
نعم لو تجددت في زمن خيار الحيوان أو خيار الشرط ترتب الحكم .
ولو انعكس الفرض - بأن يشترط الثيبوبة فظهرت بكراً - فالأقوى تخييره أيضاً
بين الرد والإمساك بغير أرش ، لجواز تعلق غرضه بذلك^(٢) . فلا يقدر فيه كون البكر
أتم غالباً .
(وكذا التصرية)^(٣) وهو جمع لبن الشاة وما في حكمها في ضرعها بتركها بغير
حلب ولا رضاع ، فيظن الجاهل بجاهل أكثر ما تحلبه فيرغب في شرائها بزيادة ، وهو
تدليس محرم .
وحكمه ثابت (للشاة) إجماعاً (والبقرة) والناقاة على المشهور ، بل قيل : إنه إجماع .
فإن ثبت فهو الحجة وإلا فالمنصوص^(٤) الشاة . وإلحاق غيرها بها قياس ، إلا أن يعلل
بالتدليس العام فيلحقان بها . وهو متبجح .
وطرد بعض الأصحاب^(٥) الحكم في سائر الحيوانات حتى الآدمي^(٦) ، وفي
الدروس أنه ليس بذلك البعيد للتدليس .

جاء الثيبوبة فيها بحسب العادة بعيد جداً .

(١) أي بالمرض والنزوة وغيرها ، كإدخال الإصبع أو دخول حيوان في فرجها ونحو ذلك .

(٢) كما إذا لم يمكنه إزالة البكارة لضعفه .

(٣) التصرية مصدر قولك صريت إذا جمعت ، من الصري وهو الجمع ، يقال صرى الماء في
الحوض ونحوه أي جمعه ، وصريت الشاة إذا لم يحلبها أياماً حتى اجتمع في ضرعها .

(٤) [الوسائل ، الباب ١٣ من أبواب التجارة ، الحديث ١] .

(٥) وهو ابن الجنيد كما في الدروس .

(٦) مع أن اللبن غير مقصود منهم .

وتثبت التصرية ان لم يعترف بها البائع ولم تقم بها بيّنة (بعد اختبارها ثلاثة أيام) فإن اتفقت^(١) فيها الحلبيات عادةً أو زادت اللاحقة فليست مصراً، وإن اختلفت في الثلاثة فكان بعضها ناقصاً عن الأولى نقصاناً خارجاً عن العادة وإن زاد بعدها في الثلاثة يثبت الخيار بعد الثلاثة^(٢) بلا فصل على الفور.

ولو ثبتت بالإقرار أو البيّنة جاز الفسخ من حين الثبوت مدة الثلاثة^(٣) ما لم يتصرف بغير الاختبار^(٤) بشرط النقصان. فلو تساوت أو زادت هبةً من الله تعالى

(١) أي تساوت بحسب المقدار.

(٢) وجه تقييد هذا الخيار ببعد الثلاثة على إطلاقه غير ظاهر. إذ سبب هذا الخيار هو مجرد ظهور النقصان، لأنه لا يسقط بالزيادة بعده في الثلاثة، كما صرح به بقوله: وإن زادهما في الثلاثة. إذ لا يظهر وجه لهذا القيد سوى احتمال الزيادة بعد ذلك في الثلاثة، فإذا لم تؤثر هذه الزيادة في رفع الخيار فلا وجه للقيّد المزبور.

نعم، قد يتفق الاحتياج إلى مضي الثلاثة في تحقّق الخيار، وذلك إذا وقع النقصان في آخر الحلبيات في الثلاثة.

(٣) ولا ينفى أنه لا يعلم وجه للفرق بين ثبوت التصرية بالاختيار، حيث حكم فيه بثبوت الخيار على الفور وبين ثبوتها بالبيّنة أو الإقرار، إذ حكم فيه بالخيار من حين الثبوت مدة الثلاثة.

ثم إن الاستفادة من الدليل في هذا المقام أن التصرية ليست في حد ذاتها سبباً للخيار، بل من حيث أنها تدليس. ومن المعلوم أن التدليس إذا لم يكن موجباً للنقصان أو كان ولكن زال في يومه لا يوجب الخيار، كما إذا دلّس بالتصرية وزال النقصان في الثلاثة، فإنه لا دليل على إيجابه للخيار. وإن كان مقتضى الجسود على إطلاق بعض الروايات ذلك، ولكن لا يمكن المساعدة عليه، حيث أنه لا يوجب النقصان المزبور ضرراً على المشتري.

(٤) فلو تصرف تصرفاً غير التصرف الاختباري كركوبه مثلاً سقط خياره.

فالأقوى زواله^(١). ومثله ما لو لم يعلم بالعيب حتى زال^(٢).

(ويرد معها) إن اختار ردها (اللين) الذي حليه منها (حتى المتجدد) منه بعد العقد أو (مثله لو تلف)^(٣). أما رد الموجود فظاهر، لأنه جزء من المبيع، وأما المتجدد فلا إطلاق النص^(٤) بالرد الشامل له. ويشكل بأنه غاء المبيع الذي هو ملكه، والعقد إنما يفسخ من حينه^(٥)، والأقوى عدم رده. واستشكل في الدروس.

ولو لم يتلف اللين لكن تغير في ذاته أو صفته^(٦) - بأن يعمل جُبناً أو مخيضاً ونحوهما - ففي رده بالأرث إن نقص أو مجاناً أو الانتقال إلى بدله أوجه، أجودها الأول^(٧).

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

(١) أي زوال الخيار، خلافاً لمحكمي الخلاف حيث أثبت الخيار للعلة التي هي التصرية وإن لم ينقص اللين، لظاهر النص.

(٢) أي زال العيب.

(٣) أي مثل اللين لو تلف، فإن تعذر المثل ينتقل إلى القيمة.

(٤) [الوسائل، الباب ١٣ من أبواب التجارة، الحديث ١].

(٥) أي من حين الفسخ لا من حين العقد.

(٦) التنوير الذاتي كالجبن والوصي كالمخيض.

(٧) وجهه: أن عين ماله موجود، ومع إمكان العين فلا وجه للانتقال إلى البدل. وأما الأرث فلا أنه نقص حصل في مال البائع بسببه فلا بد من جبرانه. وأما وجه الثاني: فلأن النقص الحاصل في مال البائع وإن كان سببه هو المشتري إلا أن البائع قد أدخل هذا النقص على نفسه بسبب تصرّيته المبيع، فكأنه سبب هذا النقص. وأما وجه الثالث: فلأن العين غير موجودة على ما كان، فلا بد من الانتقال إلى البدل.

الحيوان ، فإن الخيار في ثلاثة الحيوان فيها وفي ثلاثة التصرية بعدها .
ولو ثبتت التصرية بعد البيع بالإقرار أو البيّنة فالخيار ثلاثة ، ولا فورية فيه^(١)
على الأقوى ، وهو اختياره في الدروس . ويُشكل حينئذ الفرق^(٢) ، بل ربما قيل
بانتفاء فائدة خيار التصرية حينئذ ، لجواز الفسخ في الثلاثة بدونها . ويندفع بجواز
تعدد الأسباب ، وتظهر الفائدة فيما لو أسقط أحدها .
ويظهر من الدروس تقييد خيار التصرية بالثلاثة مطلقاً^(٣) ، ونقل عن الشيخ أنها
لمكان خيار الحيوان . ويُشكل باطلاق توقفه على الإختبار ثلاثة^(٤) ، فلا يجامعها

-
- (١) أي لا فور في الخيار في الثلاثة .
(٢) أي بين خيار الحيوان وخيار التصرية ، بل الظاهر أنه لمكان خيار الحيوان ، كما حكى
المنصف عن الشيخ .
(٣) أي سواء ثبتت التصرية بالإختبار أو غيره .
(٤) حيث لم يقيد الإختبار بشيء من أجزاء الثلاثة أوله أو وسطه أو آخره . وقوله «فلا
يجامعها» أي فلا يجامع خيار الحيوان التصرية ، أي خيار التصرية إذا كان ثبوت التصرية
في آخر الثلاثة والحكم بكون الجزء الأخير من الثلاثة أيضاً منها ، فيصح أن يقال : إن
خيار التصرية في الثلاثة بهذا الاعتبار مسامحة ومجاز في القول .
هذا معنى قوله : والحكم بكونه يتخير في آخر جزء منها يوجب المجاز في الثلاثة . أي يوجب
المجاز في إطلاق الثلاثة على الجزء الأخير منها . والضمير في قوله «تشبت» يرجع إلى
التصرية في «بدونه» الإختبار .

ثم هذا كله يتعلق بشرح العبارة ، ولكن إشكال عدم مجامعة خيار الحيوان خيار التصرية إذا
كان ثبوتها بالاختبار متوجهاً على جميع التقادير ، لأن خيار الحيوان ثابت في جميع
الثلاثة . بخلاف خيار التصرية ، فإنه بعد الإختبار ، فلا يمكن ثبوته في جميع الثلاثة . بل لو

حيث لا تثبت بدونه . والحكم بكونه يتخير في آخر جزء منها يوجب المجاز في الثلاثة .
(العاشر - خيار الاشتراط) حيث لا يسلم الشرط لمشرطه بائناً ومشترياً
(ويصح اشتراط سائغ في العقد إذا لم يؤدَّ إلى الجهالة في أحد العوضين أو يمنع منه
الكتاب والسنة) . وجعل ذلك ^(١) شرطاً بعد قيد «السائغ» تكلف .

(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 . وكذا القول في جانب المعوض (أو عدم وطء الأمة ^(٢)) أو
شرط (وطء البائع إياها) بعد البيع مرة أو أزيد أو مطلقاً . هذه أمثلة ما يمنع منه
الكتاب والسنة .

(و) كذا (يطل) الشرط (باشترط غير المقدور) للمشروط عليه (كاشتراطه
حمل الدابة فيما بعد ، أو أن الزرع يبلغ السنبيل) سواء شرط عليه أن يبلغ ذلك بفعله أم
بفعل الله ، لاشتراكهما في عدم المقدورية .

(ولو شرط تبقيّة الزرع) في الأرض إذا بيع أحدهما دون الآخر (إلى أو ان السنبيل
جاز) لأن ذلك مقدور له . ولا يُعتبر تعيين مدة البقاء ، بل يحمل على المتعارف من
البلوغ ، لأنه منضبط .

ح ثبت بالبينة أو بالإقرار أيضاً كذلك ، لأن إقامة البينة أيضاً تحتاج إلى مضي زمان بعد البيع
ولو قليلاً ، بخلاف خيار الحيوان ، فإنه متصل بالبيع . فليتأمل .

(١) أي عدم الجهالة وعدم منع الكتاب والسنة ، فإن ذكرها شرطاً بعد اشتراط كونه سائناً
تكلف واضح .

(٢) ولا يخفى : أن عدم وطء الأمة ليس مما منع منه الكتاب والسنة ، إذ عدم وطء المشتري
للأمة جائز في الشرع كوطئها ، لأنه ليس شيء منها مخالفاً للكتاب والسنة .

(ولو شرط غير السائع بطل) الشرط (وأبطل العقد) في أصح القولين ، لامتناع بقائه بدونه ، لأنه غير مقصود بانفراذه^(١) وما هو مقصود لم يسلم ، ولأن للشرط قسماً من الثمن^(٢) ، فإذا بطل يُجهل الثمن . وقيل : يبطل الشرط خاصةً ، لأنه الممتنع شرعاً دون البيع ، ولتعلق التراضي بكل منهما . ويضعف بعدم قصده منفرداً ، وهو شرط الصحة .

(ولو شرط عتق المملوك) الذي باعه منه (جاز) لأنه شرط سائع بل راجح ، سواء شرط عتقه عن المشتري أم أطلق . ولو شرطه عنه في صحته قولان ، أجودهما المنع ، إذ لا عتق إلا في ملك^(٣) .

(فإن اعتقه) فذاك (وإلا تخير البائع) بين فسخ البيع وإمضائه ، فإن فسخ استرده وإن انتقل قبله عن ملك المشتري . وكذا يتخير لو مات قبل العتق ، فإن فسخ رجع

(١) حاصل هذا التعليل : إن التراضي إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص ، فإذا تعدّرت الخصوصية لم يبق التراضي ، لانتفاء المقيّد بانتفاء القيد ، فالمعاوضة بين الثمن والمثمن بدون وجود الشرط معاوضة أخرى محتاجة إلى تراض جديد .

فيه : منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفاؤه إلى معاوضة جديدة عن تراض جديد ، ويجرّد الارتباط لا يقتضي ذلك ، وذلك نظير ما إذا تعدّر بعض أحد العوضين أو انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة في البيع كالكتاب والصحة ، فإنه لا إشكال في عدم فساد المعاملة بذلك .

(٢) وفيه : منع مقابلة الشرط بجزء من العوضين شرعاً وعرفاً ، بل المقابلة إنما هي بين المالكين والتقييد أمر معنوي لا يعدّ مالاً ، وإن كانت مالية المال تزيد وتنقص بوجوده وعدمه . ولا ينتقض بثبوت الأرض في العيب ، لأنه للنص .

(٣) وقد يُشكل ذلك : بأنه لا دليل على لزوم كون المملوك في ملك المعتق عنه . نعم يجب أن يكون مملوكاً لملك ، ولا يفهم من الأدلة أزيد من ذلك . فليتأمل .

بقيته يوم التلف ، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة . وكذا لو انعتق قهراً .
(وكذا كل شرط لم يسلم) لمشرطه ، فإنه (يفيد تخييره) بين فسخ العقد المشروط فيه وإمضائه (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) .

وقيل : يجب الوفاء بالشرط ، ولا يتسلط المشتري له على الفسخ إلا مع تعذر وصوله إلى شرطه ، لعموم الأمر بالوفاء بالعقد الدال على الوجوب ، وقوله والمؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله . فعلى هذا لو امتنع المشتري عن الوفاء بالشرط ولم يمكن إجباره رفع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه إن كان مذهبه ذلك ، فإن تعذر فسخ حينئذ إن شاء .

وللمصنف رحمه الله في بعض تحقیقاته تفصیل^(١) ، وهو : أن الشرط الواقع في العقد

(١) وفيه : أن الكلام المحكي عن المصنف قدس سره لا يمكن أن يكون تفصيلاً لهذه المسألة ، قال شيخ مشايخنا في المكاسب : أقول ما ذكره قدس سره في بعض تحقیقاته لا يحسن عدّه تفصيلاً في محل الكلام مقابل لما اختاره في اللمعة ، لأن الكلام في اشتراط فعل سائق وأنه هل يصير واجباً على المشتري عليه أم لا كما ذكره الشهيد في المتن ، فمثل اشتراط كونه وكبلاً ليس إلا كاشتراط ثبوت الخيار أو عدم ثبوته له ، فلا يقال إنه يجب فعله أو لا يجب . نعم ، وجوب الوفاء - بمعنى ترتيب آثار ذلك الشرط المتحقق بنفس العقد - مما لا خلاف فيه ، إذ لم يقل أحد بعدم ثبوت الخيار أو آثار اللزوم بعد اشتراطها في العقد . وبالجمله فالكلام هنا في اشتراط فعل يوجد بعد العقد . نعم كلام الشهيد في اللمعة أعم منه ومن كل شرط لم يسلم لمشرطه ، ومراده تعذر الشرط . وكيف كان فمثل اشتراط الوكالة أو الخيار وعدمه خارج عن محل الكلام ، إذ لا كلام ولا خلاف في وجوب ترتب آثار هذا الشرط

اللازم إن كان العقد كافياً في تحققه ولا يحتاج بعده إلى صيغة فهو لازم لا يجوز الإخلال به كشرط الوكالة في العقد، وإن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد - كشرط العتق - فليس بلازم، بل يقلب العقد اللازم جائزاً. ويجعل السرفيه: أن اشتراط «ما العقد كافٍ في تحققه» كجزء من الإيجاب والقبول، فهو تابع لها في اللزوم والجواز، واشتراط «ما سيوجد» أمر منفصل عن العقد وقد علق عليه العقد، والمعلق على الممكن ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزاً.

والأقوى للزوم مطلقاً، وإن كان تفصيله أجود مما اختاره هنا.

(الحادي عشر - خيار الشركة، سواء قارنت العقد - كما لو اشترى شيئاً فظهر بعضه مستحقاً - أو تأخرت بعده إلى قبل القبض كما لو امتزج المبيع (بغيره بحيث لا يتميز) فإن المشتري يتخير بين الفسخ لعيب الشركة والبقاء، فيصير شريكاً بالنسبة. وقد يُطلق على الأول تبعض الصفقة أيضاً.

(وقد يُسمى هذا عيباً مجازاً) لمناسبته للعيب في نقص المبيع بسبب الشركة، لا اشتراكها في نقص وصف فيه، وهو هنا منع المشتري من التصرف في المبيع كيف شاء، بل يتوقف على إذن الشريك، فالتسلط عليه ليس بتمام، فكان كالعيب بفوات وصف فيجبر بالخيار.

وإنما كان إطلاق العيب في مثل ذلك على وجه المجاز، لعدم خروجه به عن خلقته الأصلية، لأنه قابل بحسب ذاته للتملك منفرداً ومشتركاً، فلا نقص في خلقته، بل في صفته على ذلك الوجه.

(الثاني عشر - خيار تعذر التسليم. فلو اشترى شيئاً ظناً إمكان تسليمه) بأن

⇒ عليه، ولا في عدم انفساخ العقد بعدم ترتب الآثار، ولا في أن الشروط عليه يجبر على ترتيب الآثار - إلى آخر ما حققه في هذا المقام.

كان طائراً يُعتاد عوده أو عبداً مطلقاً^(١) أو دابة مرسلة (ثم عجز بعده) بأن أبقي وشردت ولم يعد الطائر ونحو ذلك (تخيّر المشتري) لأن المبيع قبل القبض مضمون على البائع ، ولما لم يزل ذلك منزلة التلّف - لا مكان الانتفاع به على بعض الوجوه -^(٢) جبر بالتخيّر ، فإن اختار التزام البيع صح .

وهل له الرجوع بشيء يحتمله ، لأن فوات القبض نقص حدث على المبيع قبل القبض ، فيكون مضموناً على البائع . ويضعّف بأن الأرض ليس في مقابلة مطلق النقص ، لأصالة البراءة^(٣) وعملاً بمقتضى العقد ، بل في مقابلة العيب المتحقّق بنقص الخلقة أو زيادتها كما ذكر ، وهو هنا منفي .

(الثالث عشر - خيار تبعض الصفقة . كما لو اشترى سلعتين فُتسحق إحداها) فإنه يتخيّر بين التزام الأخرى بقسطها من الثمن والفسخ فيها .

ولا فرق في الصفقة المتبعضة بين كونها متاعاً واحداً فظهر استحقاق بعضه أو أمتعة - كما مثل هنا ، لأن أصل الصفقة البيع الواحد ، سُمي البيع بذلك لأنهم كانوا يتصافقون^(٤) بأيديهم إذا تبايعوا ، يجعلونه دلالة على الرضا به ، ومنه قول النبي ﷺ لعروة البارقي لما اشترى الشاة : «بارك الله لك في صَفَقَةِ يمينك»^(٥) .

وإنما خُصّ تبعض الصفقة هنا بالسلعتين لإدخاله الواحدة في خيار الشركة ، ولو

(١) الإطلاق كالإرسال في الدابة ، وقد يُطلق أحدهما على الآخر .

(٢) وذلك كمتق العبد في الكفارة أو يبيعه مع الضميمة ونحو ذلك .

(٣) فيقتصر فيها خالف الأصل على موضع النص ، وهو النقص بالعيب خاصة .

(٤) وفي مجمع البحرين : الصَّفَقُ : الضرب الذي له صوت ، ومنه التصفيق باليد ، أي التصويت بها .

(٥) المغني لابن قدامة ج ٥ ص ٤٥ .

جعل موضوع تبعض الصفقة أعم - كما هو -^(١) كان أجدود ، وان اجتمع حينئذ في السلعة الواحدة خياران^(٢) بالشركة ، وتبعض الصفقة ، فقد تجتمع أنواع الخيار أجمع في مبيع واحد ، لعدم التنافي .

(الرابع عشر - خيار التفليس) إذا وجد غريم المفلس متاعه فإنه يتخير بين أخذه مقدماً على الغرماء ، وبين الضرب بالثمن معهم . (وسأتي تفصيله) في كتاب الدّين ، ومثله غريم الميث مع وفاء التركية بالدين ، وقيل : مطلقاً^(٣) . وكان المناسب جعله قسماً آخر حيث تحرّى الاستقصاء^(٤) هنا لأقسام الخيار بما لم يذكره غيره .

(الفصل العاشر : في الأحكام)

(وهي خمسة) :

(الأول - النقد والنسيئة) أي البيع الحالّ والمؤجلّ ، سمي الأول نقداً باعتبار كون ثمنه متقوداً ولو بالقوة ، والثاني مأخوذاً من «النسيء» وهو تأخير الشيء ، تقول : أنسأت الشيء إنساءً : إذا أخرته ، والنسيئة : اسم وُضع موضع المصدر .
واعلم أن البيع بالنسيئة إلى تعجيل الثمن والمثمن وتأخيرها والتفريق أربعة أقسام :

(١) أي كما هو كذلك .

(٢) هذا دفع دخل ، وهو أن السلعة الواحدة إذا حصل فيها تبعض الصفقة فقد اجتمع فيها خياران : خيار الشركة ، وخيار تبعض الصفقة . فأجاب عن هذا بقوله : فقد يجتمع أنواع الخيار - الخ . وحاصله : أنه لا محذور فيه ، لعدم التنافي بين أنواع الخيار .

(٣) أي سواء وفي أم لم يف .

(٤) أي حيث قصد هنا ذكر تمام أقسام الخيار واستيفاءها .

فالأول «النقد» والثاني «بيع الكالي» بالكالي^(١) بالهمز اسم فاعل أو مفعول من المراقبة لمراقبة كل واحد من الغريين صاحبه لأجل دينه . ومع حلول الثمن وتأجيل الثمن هو «النسيئة» . وبالعكس «السلف» . وكلها صحيحة عدا البيع الثاني ، فقد ورد النهي عنه^(٢) وانعقد الإجماع على فساده .

(وإطلاق البيع يقتضي كون الثمن حالاً ، وإن شرط تعجيله) في متن العقد (أكده) ، لحصوله بدون الشرط ، (فإن وُقَّت التعجيل) بأن شرط تعجيله في هذا اليوم مثلاً (تخيراً) البائع (لو لم يحصل) الثمن (في الوقت) المعين ، ولو لم يعين له زماناً لم يفد سوى التأكيد في المشهور . ولو قيل : بثبوت مع الإطلاق أيضاً^(٣) لو أُخِلَّ به عن أول وقته كان حسناً ، للإخلال بالشرط^(٤) .

(١) عن شرح الشرائع : هو بالهمزة بيع النسيئة بالنسيئة على ما قرره جماعة من أهل اللغة اسم فاعل من المراقبة ، كأن كل واحد من المتبايعين كلاً صاحبه ، أي راقبه لأجل ماله الذي في ذمته ، وفيه حينئذ إضمار ، أي بيع مال الكالي بـمال الكالي ، أو اسم مفعول كالدافع ، فلا إضمار . وعن بعض أهل اللغة : أنه مأخوذ من كلاً بمعنى تأخر ، وحينئذ لا حاجة إلى الإضمار ، بل كل من العوضين كالي ، أي متأخر تسليمه ، ويستقيم ظاهر اللفظ بدون تقدير شيء .

(٢) التهذيب ج ٥ ص ٤٨ الحديث ٧ .

(٣) أي إطلاق التعجيل ، يعني لم يقمّد التعجيل لوقت معين ، فحينئذ لو قيل بثبوت التخيّر للبائع لو أخر الثمن عن أول وقت التعجيل كان حسناً .

(٤) أي للإخلال بشرط التعجيل الذي دلّ عليه إطلاق العجيل . وهذا بخلاف التعجيل الذي هو مقتضى إطلاق البيع ، فإن إخلاله لا يوجب الخيار ، فإنه لا اشتراط فيه حتى يوجب إخلاله الخيار . ويحتمل قوياً ثبوت الخيار فيه أيضاً ، لأن التعجيل إذا كان مقتضى إطلاق البيع فهو كالشرط الذي يبتنى عليه العقد وإن لم يذكر في ضمن العقد . فليتأمل .

وإن شرط التأجيل اعتبر ضبط الأجل ، فلا يُنَاطُ (أي لا يُعَلَّقُ) بما يحتمل الزيادة والتقصان كـمقدم الحاج) أو إدراك الغلة ، (ولا بالمشترك) بين أمرين أو أمور ، حيث لا يَخْصُصُ لأحدهما (كنفهم) من منى ، فإنه مشترك بين أمرين^(١) (وشهر ربيع) المشترك بين شهرين ، فيبطل العقد بذلك . ومثله التأجيل إلى يوم معين من الأسبوع كـالخميس .

(وقيل) : يصح (يُحْمَلُ على الأول) في الجميع^(٢) ، لتعليقه الأجل على اسم معين وهو يتحقق بالأول ، لكن يُعتبر علمها بذلك قبل العقد ليتوجه قصدها إلى أجل مضبوط ، فلا يكتفي ثبوت ذلك شرعاً مع جهلها أو أحدهما به ، ومع القصد لإشكال في الصحة ، وإن لم يكن الإطلاق محمولاً عليه . ويُحتمل الإكتفاء في الصحة بما يقتضيه الشرع في ذلك ، قصده أم لا ، نظراً إلى كون الأجل الذي عيّنه مضبوطاً في نفسه شرعاً ، وإطلاق اللفظ منزلاً على الحقيقة الشرعية^(٣) .

(ولو جعل لحالاً ثناً ولمؤجل أزيد منه ، أو فاوت بين أجلين) في الثمن - بأن قال : بعثك حالاً بمائة ومؤجلاً إلى شهرين بمائتين ، أو مؤجلاً إلى شهر بمائة وإلى شهرين بمائتين (بطل) ، لجهالة الثمن بتردده بين الأمرين . وفي المسألة قول ضعيف بلزوم أقل

(١) وهما الثاني عشر والثالث عشر .

(٢) أي جميع أمثلة المشترك .

(٣) وذلك كشهر ربيع والنفر من منى ونحو ذلك ، فإنها ينزل على المعنى الشرعي منها إذا وردت في موضع حكم ، فكذا فيما إذا عيّنا الأجل بهذه الأمور .

فيه : إن هذا قياس مع الفارق . وذلك لأنه يُعتبر قصدها إلى أجل مضبوط ، فلا يكتفي ثبوت ذلك شرعاً مع جهلها به وعدم قصدها إليه ، على أنه في المقيس عليه أيضاً لا يُحْمَلُ على الأول منها ، بل يُحْمَلُ على إطلاقها من دون قيد ، كما هو محرّر في محله .

الثمنين إلى أبعد الأجلين ، استناداً إلى رواية ضعيفة^(١).
(ولو أجل البعض المعين) من الثمن وأطلق الباقي ، أو جعله حالاً (صح) ،
للاضطرار . ومثله ما لو باعه سلعتين في عقد بثمن إحداها نقدً والأخرى نسيئة .
وكذا لو جعله أو بعضه نجوماً^(٢) معلومة .

(ولو اشتراه البائع) في حالة كون يبيعه الأول (نسيئة صح) البيع الثاني (قبل الأجل
وبعده بجنس الثمن وغيره بزيادة) عن الثمن الأول (ونقصان) عنه ، لا انتفاء المانع في
ذلك كله ، مع عموم الأدلة على جوازه . وقيل : لا يجوز بيعه بعد حلوله بزيادة عن
ثمنه الأول ، أو نقصان عنه مع اتفاقهما^(٣) في الجنس ، استناداً إلى رواية قاصرة السند
والدلالة^(٤) .

(إلا أن يشترط في يبيعه) الأول (ذلك) أي يبيعه من البائع^(٥) (فيبطل) البيع الأول ،
سواء كان حالاً أم مؤجلاً ، وسواء شرط يبيعه من البائع بعد الأجل أم قبله على
المشهور ، ومستنده غير واضح . فقد عُلِّلَ باستلزامه الدور ، لأن يبيعه له يتوقف على
ملكته له المتوقعة على يبيعه^(٦) .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٥٣ الحديث ٣ .

(٢) أي جعل الكل مؤجلاً بأجال مختلفة ، بأن جعل نصفه مثلاً في شهر وكذا ونصفه الآخر في
شهر آخر ، وهكذا بعضه .

(٣) أي اتفاق الثمنين .

(٤) (التهذيب ج ٥ ص ٤٨ الحديث ٧) .

(٥) أي يبيعه ثانياً من البائع .

(٦) بيانه : إن بيع المشتري المزبور موقوف على ملكته للبيع المزبور ، فإنه لا بيع إلا في ملك ،
والمفروض توقف هذه الملكية على بيع البائع ، والحال أن بيع البائع - حسب الشرط -
متوقف على بيع المشتري ، فبالمال يتوقف بيع البائع على نفس يبيعه .

وفيه^(١): أن المتوقف على حصول الشرط هو لزوم البيع لا انتقاله إلى ملكه، كيف لا واشتراط نقله إلى ملك البائع من المشتري مستلزم لانتقاله إليه، غاية أن تملك البائع موقوف على تملك المشتري، وأما أن تملك المشتري موقوف على تملك البائع فلا، ولأنه وارد في باقي الشروط^(٢)، خصوصاً شرط بيعه للغير مع صحته إجماعاً. وأوضح للملك المشتري^(٣) ما لو جعل الشرط بيعه من البائع بعد الأجل، لتخلل ملك المشتري فيه.

. وعُلِّل بعدم حصول القصد إلى نقله عن البائع. ويضَعَّف بأن الغرض حصول القصد إلى ملك المشتري وإنما رَتَّب عليه نقله ثانياً، بل شرط النقل ثانياً يستلزم

(١) أي فيما ادعى من الدور أنه إنما يتم لو توقف كل من البيعين على الآخر، وفي المقام ليس كذلك، لأن المتوقف على حصول الشرط - وهو البيع الثاني - لزوم البيع الأول لا انتقاله إلى ملك المشتري. ليكون المتوقف على حصول الشرط هو البيع الأول. وكيف لا يكون كذلك والحال شرط نقله إلى ملك البائع من المشتري مستلزم لانتقاله إليه، فإنه لو لا الانتقال لم يصح شرط نقله، فبالبيع الأول حصل الانتقال من دون توقف على شيء وتملك المشتري. نعم، تملك البائع موقوف على تملك المشتري، فالتوقف ليس في الطرفين حتى يستلزم الدور.

(٢) أي ما ذكر من الدور وارد أيضاً في باقي الشروط، وذلك كما لو شرط عليه العتق، فإن البيع يتوقف على العتق والعتق على البيع بناءً على الدور المذكور، خصوصاً في شرط البيع من الغير. ووجه خصوصية البيع للغير مناسبته لمورد البحث.

(٣) وجه الأوضحية في الفرض - وهو ما لو جعل الشرط بيعه من البائع بعد الأجل - تحلل ملك المشتري فيه، فإنه في هذه المدة قد خرج عن ملك البائع، فلا بد وأن يدخل في ملك المشتري وإلا بقي في تلك المدة بلا مالك، فيكون أوضح بما شرط عليه ذلك في الحال. فليتأمل.

القصد إلى النقل الأول لتوقفه عليه .

ولا تفاقمهم على أنها لو لم يشترطاً ذلك في العقد صح وإن كان من قصدهما رده ، مع أن العقد يتبع القصد . والمصحح له ما ذكرناه من أن قصد رده بعد ملك المشتري له غير منافٍ لقصد البيع بوجه ، وإنما المانع عدم القصد إلى نقل الملك إلى المشتري أصلاً بحيث لا يترتب عليه حكم الملك .

(ويجب قبض الثمن لو دفعه إلى البائع) مع الحلول مطلقاً^(١) ، (وفي الأجل) أي بعده (لا قبله) ، لأنه غير مستحق حينئذ ، وجاز تعلق غرض البائع بتأخير القبض إلى الأجل ، فان الأغراض لا تنضبط . (فلو امتنع) البائع من قبضه حيث يجب (قبضه الحاكم) إن وجد ، (فإن تعذر) قبض الحاكم ولو بالمشقة البالغة في الوصول إليه ، أو امتناعه^(٢) من القبض (فهو أمانة في يد المشتري لا يضمنه لو تلف بغير تفريط ، وكذا كل من امتنع من قبض حقه) .

ومقتضى العبارة : أن المشتري يقيه بيده مميّزاً على وجه الأمانة ، وينبغي مع ذلك أن لا يجوز له التصرف فيه ، وأن يكون غماؤه للبائع تحقيقاً لتعنته له . وربما قيل : ببقائه على ملك المشتري^(٣) وإن كان تلفه من البائع ، وفي الدروس أن للمشتري التصرف فيه فيبقى في ذمته .

(ولا حرج في زيادة الثمن ونقصانه) على البائع والمشتري (إذا عرف المشتري القيمة)^(٤) ، وكذا إذا لم يعرف ، لجواز بيع الغبن إجماعاً . وكأنه أراد نفي الحرج على وجه

(١) أي سواء تعلق غرضها بتأخير القبض أم لا ما لم يشترطه في متن العقد .

(٢) أي إلى الحاكم أو امتناع الحاكم من القبض لعذر شرعي .

(٣) لا يثنى ما فيه من الإشكال ، لأن التلف إنما هو من المالك لا غيره .

(٤) لا وجه لاختصاص المعرفة بالمشتري ، بل البائع أيضاً كذلك على فرض صحة هذا

لا يترتب عليه خيار، فيجوز بيع المتاع بدون قيمته وأضعافها، (إلا أن يؤدي إلى السفه)^(١) من البائع أو المشتري، فيبطل البيع. ويرتفع السفه بتعلق غرض صحيح بالزيادة والنقصان، إما لقلتها أو لترتب غرض آخر يقابله، كالصبر بدين حال ونحوه^(٢).

(ولا يجوز تأجيل الحالّ بزيادة) فيه ولا بدونها، إلا أن يشترط الأجل^(٣) في عقد لازم فيلزم الوفاء به. ويجوز تعجيله بنقصان منه بإبراء أو صلح^(٤).
(ويجب) على المشتري إذا باع ما اشتراه مؤجلاً (ذكر الأجل في غير المساومة، فيتخير المشتري بدونه) أي بدون ذكره بين الفسخ والرضاء به حالاً، (للتدليس) وروي أن للمشتري من الأجل مثله^(٥).

(الثاني - في القبض. إطلاق العقد) بتجريده عن شرط تأخير أحد العوضين. أو تأخيرها إذا كانا عينين^(٦) أو أحدهما (يقتضي قبض العوضين، فيتقابضان معاً لو

في الشرط.

(١) لم يعلم وجه لهذا القيد، لأنه لا دليل عليه. نعم بيع السفينة باطل لأنه محجور عليه، فالبيع السفهي - وهو الذي لم يتعلق به غرض صحيح في حد ذاته - ما لم يطرأ عليه عنوان آخر كإسراف أو تمييز مثلاً لا دليل على بطلانه. فلي تأمل.

(٢) كما إذا كان على البائع دين حال للمشتري فيبيعه شيئاً انقص من قيمته حتى يصبر بدينه ولم يطالبه حالاً.

(٣) أي إلا أن يشترط الأجل فقط من دون زيادة، ولهذا اقتصر عليه.

(٤) ظاهره أنه لا بد من أحدهما مستقلاً وإلا يبقى الحق في ذمته، ولكن نفس التعجيل بشرط النقصان مصداق للصلح، فلا يحتاج إلى شيء، إذ الصلح ليس له صيغة خاصة.

(٥) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب ٢٥ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٢].

(٦) شرط تأخيرها إذا كانا عينين، لأنها لو كانا في الذمة وشرط تأخيرها بطل، لأنه بيع

تمانعا) من التقدم (سواء كان الثمن عيناً أو ديناً). وإنما لم يكن أحدهما أولى بالتقديم، لتساوي الحقيقتين في وجوب تسليم كل منهما إلى مالكة.

وقيل: يُجبر البائع على الإقباض أولاً، لأن الثمن تابع للمبيع.

ويضعف باستواء العقد في إفادة الملك لكل منهما، فإن امتنعاً أجبرها الحاكم معاً مع إمكانه، كما يُجبر الممتنع من قبض ماله، فإن تعذر فكالدين إذا بذله المديون فامتنع^(١) من قبوله.

(ويجوز اشتراط تأخير إقباض المبيع مدة معينة) كما يجوز اشتراط تأخير الثمن (والانتفاع به منفعة معينة) لأنه شرط سائغ، فيدخل تحت العموم.

(والقبض في المنقول) كالحيوان والأقشة والمكيل والموزون والمعدود (نقله، وفي غيره التخلية) بينه وبينه بعد رفع اليد عنه. وإنما كان القبض مختلفاً كذلك، لأن الشارع لم يحده، فيرجع فيه إلى العرف، وهو دالٌّ على ما ذكر^(٢). وفي المسألة أقوال أخر هذا أجودها:

فإنها ما اختاره في الدروس من أنه في غير المنقول التخلية وفي الحيوان نقله. وفي الاعتبار^(٣) كيله، أو وزنه، أو عدّه، أو نقله، وفي الثوب وضعه في اليد^(٤). واستند في

⇒ الكال بالكال.

(١) وقد سبق حكمه تفصيلاً آنفاً.

(٢) لا يخفى أن العرف لا يدلُّ على خصوص النقل في المنقول، بل قد يتحقق عرفاً بالأخذ باليد أيضاً وإن لم ينقل عن محله.

(٣) أي فيما يُعتبر باعتبار مخصوص لرفع الجهالة كيله أو وزنه.

(٤) والصحيح وضعه كما في الدروس.

اعتبار الكيل أو الوزن في المعتبر بهما إلى صحيحة معاوية بن وهب^(١) عن الصادق عليه السلام. وفي دلالتها عليه نظر^(٢). وإلحاق المعداد بهما^(٣) قياس. والفرق بين الحيوان وغيره ضعيف.

ومنها - الإكتفاء بالتخلية مطلقاً^(٤)، ونفى عنه البأس في الدروس بالنسبة إلى نقل الضمان^(٥)، لا زوال التحريم والكراهة عن البيع قبل القبض. والعرف يأباه، والأخبار^(٦) تدفعه.

وحيث يكتفى بالتخلية فالمراد بها رفع المانع للمشتري من القبض بالإذن فيه، ورفع يده ويد غيره عنه إن كان.

ولا يُشترط مضي زمان يمكن وصول المشتري إليه، إلا أن يكون في غير بلده، بحيث يدلّ العرف على عدم القبض بذلك. والظاهر أن اشتغاله بملك البائع غير مانع منه وإن وجب على البائع التفريغ.

(١) [التهذيب ج ٧ ص ٣٥].

(٢) وجه النظر: أن في الرواية المزبورة «ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيّله أو تزنه». فإنه بقرينة السؤال عن البيع قبل القبض - كما في الرواية - ربما يُشعر بأن القبض في المكيل والموزون هو الكيل أو الوزن.

فيه: أن ذكر الكيل والوزن لعله مقارن للقبض غالباً، لا أنه هو القبض، فلا دلالة في الرواية على أن الكيل والوزن هو القبض.

(٣) أي إلحاق المعداد بالكيل والوزن.

(٤) أي من أي جنس كان من غير فرق.

(٥) أي نقل ضمان المتاع بعد التخلية إلى المشتري، فيخرج البائع عن عهدة الضمان، دون زوال التحريم أو الكراهة على القولين، فإنها باقيا حتى يقبض المشتري المتاع.

(٦) [الوسائل، الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود].

ولو كان مشتركاً في توقفه على إذن الشريك قولان، أجمعهما العدم^(١)، لعدم استلزامه التصرف في مال الشريك. نعم لو كان منقولاً توقف على إذنه^(٢)، لافتقار قبضه إلى التصرف بالنقل، فإن امتنع من الإذن نصب الحاكم من يقبضه أجمع، بعضه أمانة وبعضه لأجل البيع. وقيل: يكفي حينئذ^(٣) التولية وإن لم يُكتف بها قبله^(٤). (وبه) أي بالقبض كيف فُرض (ينتقل الضمان إلى المشتري إذا لم يكن له خيار) مختص به، أو مشترك بينه وبين أجنبي، فلو كان الخيار لهما^(٥) فتلغه بعد القبض زَمَنَهُ^(٦) منه أيضاً.

وإذا كان انتقال الضمان مشروطاً بالقبض (فلو تلف^(٧) قبله فن البائع) مطلقاً^(٨) (مع أن النماء) المنفصل المتجدد بين العقد والتلف (للمشتري). ولا يُبعد في ذلك^(٩)، لأن

(١) وعن المسالك: هذا في غير المنقول - إلى أن قال - ووجه التوقف فيه على الإذن إن وضع اليد والتسلط على التصرف لا يمكن بدون التصرف في حصة الشريك. وفيه: إن التولية الكافية في غير المنقول لا يستلزم تصرفاً، مع أن التصرف بدون الإذن وإن كان محرماً إلا أنه لا ينافي تحقق القبض والإقباض به عرفاً وشرعاً، كما عن الجواهر التصريح به.

(٢) وقد تقدم أنفاً أن التصرف بدون الإذن لا ينافي تحقق القبض وإن فعل محرماً.

(٣) أي حين امتناعه من الإذن.

(٤) أن قبل أن يتمتع.

(٥) أي للبائع والمشتري.

(٦) أي فتلغه بعد القبض زمن الخيار من المشتري أيضاً، كما إذا لم يكن له خيار أصلاً.

(٧) أي بأقاة سماوية لا بجنائية جان.

(٨) أي سواء كان للمشتري خيار أم لا.

(٩) قيل: فيه إشارة إلى خلاف بعض العامة، حيث حكم بأن التلف تابع للمنفعة، فكل من

استوفى المنفعة يكون التلف من ماله، ومنافع المبيع بعد البيع للمشتري فيكون ضمانه عليه.

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 تخيّر المشتري
 بين الرجوع بالثمن - كما لو تلف من الله تعالى - وبين مطالبة المثلّف بالمثل أو القيمة .
 ولو كان التلف من المشتري فهو بمنزلة القبض^(١) .

(وإن تلف بعضه أو تعيّب) من قبّل الله أو قبّل البائع (تخيّر المشتري في الإمساك
 مع الأرض والفسخ) ، ولو كان العيب من قبّل أجنبي فالأرض عليه للمشتري إن
 التزم ، وللبائع إن فسخ .

(ولو غُصّب من يد البائع) قبل إقباضه (وأُسرع عوده) بحيث لم يفت من منافعه
 ما يُعتدّ به عرفاً (أو أمكن) البائع (نزعه بسرعة) كذلك (فلا خيار) للمشتري ، لعدم
 موجهه ، (وإلا) يمكن تحصيله بسرعة (تخيّر المشتري) بين الفسخ والرجوع على البائع
 بالثمن إن كان دفعه ، والإلتزام بالمبيع وارتقاب حصوله ، فينتفع حينئذ بما لا يتوقف
 على القبض كعتق العبد .

ثم إن تلف في يد الغاصب فهو مما تلف قبل القبض فيبطل البيع^(٢) ، وإن كان قد
 رضي بالصبر مع احتمال كونه^(٣) قبضاً ، وكذا لو رضي بكونه في يد البائع ، وأولى
 بتحقيق القبض هنا^(٤) .

(١) لأنه ملكه قد أتلفه بنفسه .

(٢) بمعنى بطلان لزومه لا أصله . وحينئذ تخيّر المشتري بين الرجوع بالثمن وبين مطالبة
 المثلّف بالمثل أو القيمة ، كما مرّ نظيره .

(٣) أي مع احتمال كون الرضا بذلك قبضاً .

(٤) أي الرضا بكونه في يد البائع أولى بتحقيق القبض ، وجه الأولوية : أن الرضا بكونه في يد

(ولا أجرة على البائع في تلك المدة) التي كانت في يد الغاصب وإن كانت العين مضمونة عليه، لأن الأجرة بمنزلة الثمن المتجدد، وهو غير مضمون^(١). وقيل: يضمنها، لأنها بمنزلة النقص الداخل قبل القبض^(٢)، وكالثمن المتصل^(٣). والأقوى اختصاص الغاصب بها (إلا أن يكون المنع منه)، فيكون غاصباً إذا كان المنع بغير حق، فلو حبسه ليتقاضا، أو ليقبض الثمن حيث شرط تقدم قبضه فلا أجرة عليه، للإذن في إمساكه شرعاً^(٤).

وحيث يكون المنع سائغاً فالنفقة على المشتري، لأنه ملكه، فإن امتنع من الإنفاق رفع البائع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه، فإن تعذر أنفق بسبب الرجوع ورجع كمنظاره^(٥).

(وليكن المبيع) عند إقباضه (مقرّغاً) من أمتعة البائع وغيرهما مما لم يدخل في المبيع، ولو كان مشغولاً بزرع لم يبلغ وجب الصبر إلى أوانه إن اختاره البائع، ولو

➤ الغاصب إذا كان قبضاً مع كونه يد عدوان، فالرضا بكونه في يد البائع قبضاً يكون أولى، لأن يده يد استيلاء والقبض يقع بإذنه، فكأنه أخذه من البائع وأعطاه أمانة.

(١) أي غير مضمون على البائع بل على الغاصب خاصة.

(٢) وعلى هذا القول يرجع البائع على الغاصب بما اغترمه للمشتري، وأما على القول الأول - كما هو الأقوى - فالضمان مختص بالغاصب، ولكن فيه منع ضمان كل نقص داخل على المبيع ولو سلم، فضمان ما يشبه النقص قياس مع الفارق.

(٣) كما لو كان الحيوان سميناً فصار مهزولاً ولكن ضعفه ظاهر.

(٤) فلا يوجب ضماناً. وعن جامع المقاصد احتمال الضمان معه أيضاً، لأن جواز الحبس غير سقوط حق المتفعة، ولا يلزم من ثبوت الأول الثاني، ولا يمتنع ضعف هذا الاحتمال، إذ لا أثر له مع جريان أصل البراءة بعد عدم الدليل.

(٥) كالوديفة ونحوها.

كان فيه مالا يخرج إلا بهدم وجب أرشه على البائع^(١). والتفريغ وإن كان واجباً إلا أن القبض لا يتوقف عليه، فلو رضي المشتري بتسلمه مشغولاً تم القبض ويجب التفريغ بعده.

(ويكره بيع المكييل والموزون قبل قبضه) للنهي عنه المحمول على الكراهة جمعاً^(٢). (وقيل: يحرم إن كان طعاماً) وهو الأقوى، بل يحرم بيع مطلق المكييل والموزون، لصحة الأخبار^(٣) الدالة على النهي، وعدم مقاومة المعارض لها على وجه يوجب حمله على خلاف ظاهره، وقد تقدم^(٤).

(ولو ادعى المشتري نقصان المبيع) بعد قبضه (حلف إن لم يكن حضر الاعتبار)^(٥)، لأصالة عدم وصول حقه إليه، (وإلا يكن) كذلك - بأن حضر الاعتبار - (أحلف البائع) عملاً بالظاهر من أن صاحب الحق إذا حضر اعتباره يحتاط لنفسه ويعتبر مقدار حقه.

ويمكن موافقة الأصل للظاهر^(٦) باعتبار آخر، وهو: أن المشتري لما قبض حقه

(١) هذا فيما لو علم المشتري بالحال، ولو جهله فله الفسخ أيضاً، كما عن المسالك التصريح به.

(٢) [التهذيب ج ٧ الطبعة الحديثة ص ٣٥].

(٣) [التهذيب ج ٧ الطبعة الحديثة ص ٣٦].

(٤) أي في باب السلف.

(٥) أي لم يحضر اعتبار المبيع بوزن أو كيل ونحوه.

(٦) المراد بالأصل هنا هو حمل الأفعال أو الأقوال على الصحة، كما هو محرر في محله. ففما نحن فيه لما قبض المشتري حقه ولم يدع النقصان كان في قوة المعارف بوصول حقه إليه كلاً، فإذا ادعى بعد القبض نقصان حقه لا يسمع منه، لأنه يخالف لهذا الأصل.

لكن لا يخفى: أن العمدية دعوى تسالم الفقهاء وعدم خلافهم في هذه المسألة دون مثل هذا التعليل. وفيه مناقشة ظاهرة، ومخالف للقواعد المقررة في باب القضاء.

كان في قوة المعترف بوصول حقه إليه كمالاً، فإذا ادعى بعد ذلك نقصانه كان مدعياً لما يخالف الأصل. 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^{١١} بخلاف الحاضر.

(ولو حوّل المشتري الدعوى)^{١٢} حيث لا يقبل قوله في النقص (إلى عدم إقباض الجميع) من غير تعرض لحضور الاعتبار وعدمه أو معه (حلف)، لأصالة عدم وصول حقه إليه (ما لم يكن سبق بالدعوى الأولى) فلا تسمع الثانية لتناقض كلاميه^{١٣}. 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 لزمه.

(الثالث: فيما يدخل في المبيع) عند إطلاق لفظه (و) الضابط: أنه يُراعى فيه اللغة والعرف^{١٤} العام أو الخاص، وكذا يُراعى الشرع بطريق أولى، بل هو مقدّم عليهما.

١) كالاتحاد على قول البائع مثلاً، لا للإذعان على أنه تمام حقه.

٢) لا يخفى: أنه لا فرق بين هذه الدعوى والسابقة إلا بحسب التعبير، إذ دعوى عدم إقباض الجميع عبارة أخرى عن دعوى نقصان المبيع، فلا يكون من تحويل دعوى إلى أخرى، فالعمدة في الفرق بين المسألتين من حيث الحكم هو التسالم وعدم الخلاف. فليتأمل.

٣) وهما دعواه نقصان المبيع مع الحضور الدالّ على قبض الجميع ودعواه عدم إقباض الجميع.

٤) ولا يخفى: أن فرض المسألة فيما إذا لم يعلم مرادها، وإلا يحمل كلامها على ما علم إرادتها منه وإن كان خارجاً عن المتفاهات العرفية، بأن يكون غلطاً، كأن يقول: «بعتك هذا الثوب» مشيراً إلى فرس مثلاً. ففي مفروض المسألة إن كان لها عرف خاص حمل كلامها عليه، سواء كان هو عرف الشرع أو غيره، وإلا حمل على العرف العام، أي على المعنى

ولعله أدرجه في العرف ، لأنه عرف خاص . ثم إن اتفقت^(١) وإلا قدم الشرعي ، ثم العرفي ، ثم اللغوي .

(ففي بيع البستان) بلفظه (تدخل الأرض والشجر) قطعاً (والبناء) كالجدار وما أشبهه من الركائز^(٢) المثبتة في داخله لحفظ التراب عن الاستقال . أما البناء المعد للساكن ونحوه ، ففي دخوله وجهان : أجودهما اتباع العادة^(٣) .

(ويدخل فيه الطريق ، والشرب) للعرف . ولو باعه بلفظ «الكرم» تناول شجر العنب ، لأنه مدلوله لغةً ، وأما الأرض والعريش والبناء والطريق والشرب فيُرجع فيها إلى العرف ، وكذا ما اشتمل عليه من الأشجار وغيره . وما شك في تناول اللفظ

الذي يفهمه أهل ذلك اللسان في حال المعاملة ، سواء كان ذلك معنى عرفياً طارئاً على المعنى اللغوي أو كان هو المعنى اللغوي كما هو الغالب في الألفاظ الدارجة . إذ الظاهر إرادة ذلك من لفظها لا الحقيقة الشرعية .

ما ذكره الشارح قدس سره إنما هو في الخطابات الشرعية ، حيث أنها تحمل على الحقائق الشرعية في الجملة . وفي تقديم العرفي على اللغوي أو العكس بحث محرز في الأصول . وكيف كان فالمناط هو الإنفهام العرفي من الألفاظ بأي سبب كان ، وبدونه لا يصح الإعتماد على شيء من الإستحسانات التي ذكرها في الأصول .

(١) المراد باتفاق الثلاثة عدم الاختلاف فيها ، إما بأن لا يكون هناك نقل أصلاً ، أو يكون نقل عرفي أو شرعي أو كلاهما . ولكن لا يختلفان مع اللغوي في جزء خاص من البستان كالجدار مثلاً ، فالجدار عند الجميع جزء من البستان وإن كان لفظ «البستان» عندهم مختلف بحسب الوضع .

(٢) جمع ركيزة . أي ما هو مركوز في البناء ونحوه .

(٣) فما دخل عادة في البستان دخل في المبيع وما لم يدخل عادة لم يدخل ، والأقرب عدم الدخول ولم تكن العادة قرينة على الدخول .

له لا يدخل .

ويدخل (في الدار الأرض والبناء أعلاه وأسفله ، إلا أن يتفرد الأعلى عادةً) فلا يدخل إلا بالشرط أو القرينة ، (والأبواب) المثبتة . وفي المنفصلة - كالألواح الدكاكين - وجهان : أجودهما الدخول ، للعرف . وانفصالها^(١) للإرتفاق ، فتكون كالجزء وإن انفصلت . وإطلاق العبارة يتناولها . وفي الدروس قيدها بالمثبتة ، فيخرج .

(والأغلاق المنصوبة) دون المنفصلة كالأقفال (والأخشاب المثبتة) كالمتخذة لوضع الأمتعة وغيرها ، دون المنفصلة وإن انتفع بها في الدار ، لأنها كالات الموضوعات بها ، (والسُّلم المثبت) في البناء ، لأنه حينئذ بمنزلة الدرجة ، بخلاف غير المثبت ، لأنه كالآلة ، وكذا الرف . وفي حكمها الخوابي^(٢) المثبتة في الأرض والحيطان . (والمفتاح) وإن كان منقولاً ، لأنه بمنزلة الجزء من الأغلاق المحكوم بدخولها . والمراد غير مفتاح القفل ، لأنه تابع لغلّقه . ولو شهدت القرينة بعدم دخوله لم يدخل . وكذا يدخل الحوض والبئر والحمام المعروف بها^(٣) والأوتاد ، دون الرحى وإن كانت مثبتة ، لأنها لا تعدّ منها ، وإثباتها لسهولة الإرتفاق^(٤) بها .

(ولا يدخل الشجر) الكائن بها (إلا مع الشرط ، أو يقول : بما أعلق عليه بابها ، أو

(١) أي انفصال الألواح عن الدكاكين لأجل التسهيل ورفع المشقة ، فتكون كجزء الدكاكين .

فإطلاق الأبواب يشمل ألواح الدكاكين ، ففتوى المصنف هنا مخالفة لفتاوى الدروس .

(٢) أي تدخل في المبيع الرف والخوابي . الرف بالفتح : خشبة أو نحوها تثبت في الحائط توضع عليها حوائج البيت . والخوابي جمع خابية ، وهي الجرة الضخمة .

(٣) أي المعروف بالدار ، أي الذي يُعرف أنه لهذه الدار والمعد للارتفاع به في الدار ليكون من مرافقها .

(٤) أي إثبات الرحى لسهولة الإرتفاق بها ، لا لأنها من أجزاء الدار .

ما دار عليه حائطها)، أو شهادة القرائن بدخوله كالمساومة^(١) عليه، وبذل ثمن لا يصلح إلا لها، ونحو ذلك.

(و) يدخل (في النخل الطَّلَع إذا لم يؤبَّر)^(٢) بتشقيق طلع الإناث وذَر طلع الذكور فيه ليحيى ثمرة أصلح، (ولو أبَر فالثمرة للبائع)، ولو أبَر البعض فلكل حكمه^(٣) على الأقوى. والحكم مختص بالبيع، فلو انتقل النخل بغيره لم يدخل الطلع مطلقاً متى ظهر كالثمرة.

(و) حيث لا يدخل في البيع (يجب تبقيتها إلى أوان أخذها عرفاً) بحسب تلك الشجرة، فإن اضطرب العرف فالأغلب، ومع التساوي ففي الحمل على الأقل أو الأكثر، أو اعتبار التعيين^(٤)، وبدونه يبطل، أوجه.

(١) أي على الشجر، بأن يذكروا الشجر عند المعاملة والمساومة.

(٢) بلا خلاف ظاهر، وعن جماعة دعوى الإجماع عليه، ولمفهوم القيد في بعض الأخبار المعتبرة.

(٣) المراد بتأبير البعض تأبير بعض النخيل دون بعض آخر، وأما لو أبَر بعض طلع النخلة كان جميع طلعها للبائع، وذلك لصديق أنه قد باع نخلاً قد أبَر، فيشمله نص أنه للبائع وكان غير المؤبَر تابعاً للمؤبر. هذا محصل ما حكى عن التذكرة.

(٤) وجه الحمل على الأقل: أنه المتيقن، إذ الأكثر يواقفه في هذا الحد، وإنما يخالفه في القدر الزائد، فيأخذ القدر المتيقن. ووجه الأكثر: أن شراء الأصل دون الثمرة لازمه الرضا ببقاء الثمرة ما دام البقاء مصلحة للثمرة، فلو كان بقاء الثمرة ضرراً عليه فهو أدخله على نفسه، فيجب عليه ببقاء الثمرة ما دام البقاء مصلحة لها. وأما احتمال بطلان المعاملة، من جهة الجهل بمقدار أمد التصرف المستلزم للجهل المبطل للمعاملة، فما لا ينبغي الالتفات إليه، إذ لازمه بطلان بيع أثمار قبل أوان قطعه. وهذا مما لا يمكن الالتزام به، ضرورة وجوب

(وطلع الفحل) للبائع متى ظهر (وكذا باقي الثمار مع الظهور) وهوانعقادها ، سواء كانت بارزة أم مستترة في كيام أو وُرد . وكذا القول فيما يكون المقصود منه الورد أو الورق^(١) . ولو كان وجوده على التعاقب فالظاهر منه حال البيع للبائع والمستجد للمشتري ، ومع الامتزاج يرجع إلى الصلح .

(ويجوز لكل منهما) أي من البائع الذي بقيت له الثمرة والمشتري (السقي) مراعاةً للملكة (إلا أن يستتراً) معاً فيمنعان ، (ولو تقابلا في الضرر والنفع رجحنا مصلحة المشتري) ، لأن البائع هو الذي أدخل الضرر على نفسه بسبيع الأصل^(٢) وتسليط المشتري عليه الذي يلزمه جواز سقيه . وتوقف في الدروس ، حيث جعل ذلك احتمالاً ونسبه إلى الفاضل ، واحتمل تقديم صاحب الثمرة ، لسبق حقه^(٣) . ويُشكل تقديم المشتري^(٤) حيث يوجب نقصاً في الأصل يحيط بقيمة الثمرة وزيادة ، فينبغي تقديم

→ تبقية ثمرة النخل مثلاً إلى أن يتناهى حلاوتها إذا أخذت بساً ، وما يؤخذ رطباً إذا تناهى رطبها ، وهكذا . مع أن المدة فيها غير معلومة إلا بحسب العادة والتخمين .
(١) كالحناء والتوت .

(٢) وإنما علل الشارح الإدخال على نفسه بخصوص بيع الأصل وإن كان بيع الثمرة أيضاً كذلك لاشتراكه في التعليل ، وهو إدخال الضرر على نفسه بالبيع ، ولذا تعرض فيما سأتى له بقوله : يُشكل تقديم المشتري - الخ ، أي مشتري الثمرة . وناقش في إطلاقه ، لأن البحث هنا في بيع الأصل كالبستان ونحوه لا الثمرة وإن كان حكمه حكم بيع الأصل من هذه الجهة . فيندفع إيراد تخصيص التعليل ببيع الأصل مع أن بيع الثمرة أيضاً كذلك ، كما توهمه بعض من المحشين .

(٣) أي لأن حقه كان أسبق وكان يقتضي الاستمرار كيف شاء ، وإن باع الأصل كان بقاء الثمرة مستثنى . هكذا عبارة المسالك .

(٤) أي مشتري الثمرة . وهذا الإشكال على تقديم مصلحة المشتري على الإطلاق كما هو

مصلحة البائع مع ضمانه لقيمة الثمرة جمعاً بين الحقين .

(و) يدخل (في القرية البناء) المشتمل على الدور وغيرها (والمرافق) كالطرق والساحات ، لا الأشجار والمزارع إلا مع الشرط . أو العرف كما هو الغالب الآن ، أو القرينة . وفي حكمها الضيعة في عرف الشام^(١) .

(و) يدخل (في العبد) والأمة (ثيابه الساترة للعورة) دون غيرها ، اقتصاراً على المتيقن دخوله ، لعدم دخولها في مفهوم العبد لغةً . والأقوى دخول ما دلّ العرف عليه من ثوب ، وثوبين ، وزيادة ، وما يتناول به مخصوصه من غير الثياب كالخزام والقلنسوة والحفّ وغيرها . ولو اختلف العرف بالحر والبرد دخل ما دلّ عليه حال البيع دون غيره . وما شك في دخوله لا يدخل للأصل . ومثله الدابة ، فيدخل فيها النعل دون آلتها ، إلا مع الشرط والعرف .

(الرابع - في اختلافهما) . ففي قدر الثمن يحلف البائع مع قيام العين والمشتري مع تلفها) على المشهور ، بل قيل : إنه إجماع . وهو^(٢) بعيد ، ومستنده رواية^(٣) مرسلة . وقيل : يقدر قول المشتري مطلقاً ، لأنه ينفي الزائد . والأصل عدمه ، وبراءة ذمته .

⇒ مقتضى التعليل وهو إدخال البائع الضرر على نفسه حتى في مورد يوجب السقي نقصاً في الأصل بحيث يحيط نقص الأصل بقيمة الثمرة وزيادة ، في هذه الصورة لا سقي ويمكن الالتزام بتقديم مصلحة مشتري الثمرة ، بل ينبغي تقديم مصلحة البائع ، فله الأصل مع ضمانه لقيمة الثمرة للمشتري . هذا محصل ما أفاده في هذا المقام ولا يرد عليه شيء من الإيرادات التي أوردها على العبارة . فليتأمل .

(١) أي في حكم القرية الضيعة في عرف الشام ، يعني يعبرون عن القرية بالضيعة ، والتعبير بالقرية ليس متعارفاً عندهم .

(٢) أي الإجماع بعيد .

(٣) [الوسائل ، كتاب التجارة ، الباب ١١ من أبواب أحكام العقود ، الحديث ١] .

وفيه قوة إن لم يثبت الإجماع على خلافه، مع أنه خيرة التذكرة^(١).
وقيل: يتحالفان ويبطل البيع، لأن كلاً منهما مدع ومنكر، لتشخص العقد بكل واحد من الثنتين^(٢). وهو خيرة المصنف في قواعده، وشيخه فخر الدين في شرحه^(٣).
وفي الدروس نسب القولين إلى الندور.

وعلى المشهور لو كانت العين قائمة لكنها قد انتقلت عن المشتري استقلالاً لازماً كالبيع والعق، ففي تنزيله منزلة التلف^(٤) قولان: أجودهما عدم، لصدق القيام عليها وهو البقاء، ومنع مساواته للتلف في العلة الموجبة للحكم.
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. ولو امتزج بغيره، فإن بقي التمييز - وإن عسر التخليص - فالعين قائمة، وإلا فوجهان. وعدمه أوجه، لعدم صدق القيام عرفاً، فإن ظاهره أنه أخص من الوجود^(٥).

(و) لو اختلفا (في تعجيله) أي الثمن (وقدر الأجل) على تقدير إتفاقها عليه في

(١) أي لو كان إجماع لما خالفه العلامة.

(٢) فلا يتفقان على قدر مشترك ويختلفان في الزائد حتى يكون أحدهما مدعياً والآخر منكراً، فيتحقق ضابط التحالف. وفيه: إن القدر المشترك الذي يتفقان فيه - وهو الأقل - موجود كما هو واضح، فلا يكونان متداعيين.

(٣) أي شيخ المصنف في شرحه على قواعد العلامة، وهو كتاب الإيضاح.

(٤) وذلك لمساواته له في الخروج عن الانتفاع بالنسبة إلى المشتري.

(٥) إذ موضوع الحكم هو صدق القيام عرفاً، لا مطلق كونه موجوداً في الخارج.

الجملة (وشرط رهن أو ضمّن عن البائع يحلف) البائع ، لأصالة عدم ذلك كله^(١) . وهذا مبني على الغالب من أن البائع يدعي التعجيل وتقليل الأجل حيث يتفقان على أصل التأجيل ، فلو اتفق خلافه فادعى هو الأجل أو طوله - لغرض يتعلق بتأخير القبض - قُدّم قول المشتري للأصل .

(وكذا) يُقَدّم قول البائع لو اختلفا (في قدر المبيع) للأصل . وقد كان ينبغي مثله في قدر الثمن بالنسبة إلى المشتري لولا الرواية .

ولا فرق بين كونه مطلقاً ، أو معيناً كهذا الثوب ، فيقول : بل هو والآخر .

هذا إذا لم يتضمن الاختلاف في الثمن كبعتك هذا الثوب بألف فقال : بل هو والآخر .
بألفين . والأقوى التحالف ، إذ لا مشترك هنا يمكن الأخذ به .

(وفي تعيين المبيع) كما إذا قال : بعتك هذا الثوب فقال : بل هذا (يتحالفان) ، لادعاء كل منهما ما ينفيه الآخر ، بحيث لم يتفقا على أمر ويختلفا فيما زاد ، وهو ضابط التحالف^(٢) ، فيحلف كل منهما عيناً واحدة على نفي ما يدعيه الآخر^(٣) ، لا على إثبات ما يدعيه ، ولا جامعة بينهما^(٤) . فإذا حلّفا أنفسخ العقد ورجع كل منهما إلى عين ماله^(٥)

(١) حتى بالنسبة إلى التعجيل ، فإن معنى الاختلاف في التعجيل أن المشتري يدعي خلافه ، وهو اشتراط الأزيد ، والأصل عدمه .

(٢) أي ضابط التحالف عدم الاتفاق على أمر والاختلاف فيما زاد .

(٣) إذ الحلف إنما هو وظيفة المنكر والنافي هو المنكر .

(٤) أي جامعة بين الإثبات والنفي ، وكأنه إشارة إلى تضعيف ما حكى عن قواعد العلامة من احتمال ذلك . ووجه الاحتمال : أنه أفصل للحكم وأسهل للحاكم ، إذ قد ينكل أحدهما فينفي عن ردّ تلك العين . ووجه الضعف : أن يمين الإثبات إنما هو بعد النكول ، فلا يتقدّم عليه .

(٥) إن كانت موجودة وإلا إلى بدله . ثم هذا كله فيما لو تحالفا ، وأما لو نكل أحدهما ففيه

أو بدلهما. والبالديء منها باليعين من أدعى عليه أولاً، فإن حلف ونكل الثاني وقضينا بالنكول يثبت ما يدعيه الحالف، وإلا حلف ميميناً ثانية 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. وإن كان في يد البائع لم يكن له التصرف فيه، لاعترافه بكونه للمشتري وله ثمنه في ذمته^(١)، فإن كان قد قبض^(٢) الثمن ردّه على المشتري وله أخذ الثوب قصاصاً^(٣)، وإن لم يكن قد قبض الثمن أخذ الثوب قصاصاً أيضاً، فإن زادت قيمته عنه فهو مال لا يدعيه أحد^(٤).

→ تفصيل ذكره بقوله: فإن حلف الأول ونكل الثاني - إلى آخر ما فصله.

محصل ما حققه في هذا المقام: أنه إذا حلف البائع على نفي ما يدعيه المشتري بقي على ملكه، فإذا حلف البائع على نفي ما يدعيه المشتري من بيعه الثوب الأحمر مثلاً ولم يحلف المشتري ثبت أن البائع باع الثوب الأبيض وبقي الثوب الأحمر على ملكه، فإن كان في يد المشتري انتزعه منه ويدفع إليه الثوب الأبيض، فعلى المشتري للبائع قيمة الثوب الأبيض لا الأحمر، فلو دفع قيمة الأحمر لم يكن له مطالبة البائع به لاعترافه بكونه للبائع، حيث إن المبيع بحسب مدعاه هو الثوب الأحمر. فعلى موازين القضاء والحكم الظاهري على المشتري قيمة الثوب الأبيض. ولكن الحكم الظاهري لا ينافي الواقع، فلو كان المبيع في الواقع هو الثوب الأحمر فللمشتري أخذه قصاصاً عن قيمة الثوب الأبيض التي دفعها بأمر القاضي.

(١) أي واعترافه بكونه له ثمنه في ذمته.

(٢) أي قبض البائع ردّه على المشتري بمقتضى الحكم الظاهري.

(٣) أي قصاصاً عن الثمن الذي ردّه على المشتري بحكم الحاكم وهو القاضي.

(٤) ولكن في الواقع لا يتجاوز عنها، فليس لثالث أن يتصرف فيه للعلم الإجمالي بكونه

وفي بعض نسخ الأصل : (وقال الشيخ والقاضي : يحلف البائع كالاختلاف في الثمن) وضُرب عليه في بعض النسخ المقررة على المصنف رحمه الله .
 (و) حيث يتحالفان (يبطل العقد من حينه) أي حين التحالف (لا من أصله) فناء الثمن المنفصل المتخلل بين العقد والتحالف للبائع ، وأما المبيع فيشكل حيث لم يتعين^(١)، نعم لو قيل به^(٢) في مسألة الاختلاف في قدر الثمن توجه حكم نداء المبيع^(٣) .
 (و) اختلافهما (في شرط مفسد يقدم مدعي الصحة) ، لأنها الأصل في تصرفات المسلم .

(ولو اختلف الورثة نُزِّل كل وارث منزلة مورثه) فتحلف ورثة البائع لو كان الاختلاف في قدر المبيع ، والأجل ، وأصله ، وقدر الثمن مع قيام العين ، وورثة المشتري مع تلفها .
 وقيل : يُقدّم قول ورثة المشتري في قدر الثمن مطلقاً ، لأنه الأصل ، وإنما خرج عنه مورثهم بالنص^(٤) ، فيقتصر فيه على مورده المخالف للأصل . وله وجه ، غير أن قيام الوارث مقام المورث مطلقاً أجود^(٥) ، لأنه بمنزلة . ولو قلنا بالتحالف ثبت بين

➤ لأحدهما ، فلا بد من التخلص منه بالقرعة ونحوها .

(١) ولكن لا ينبغي الإشكال فيه ، لأنه متعين في الواقع ، فيتبعه غناؤه ، ولا يلزم تعيينه في الظاهر من هذه الجهة ، ويمكن تعيينه بالقرعة .

(٢) أي قيل بالتحالف في مسألة الاختلاف في قدر الثمن .

(٣) أي حكم نداء المبيع بأنه للمشتري لاتفاقاً على أنه ملكه .

(٤) وهو الرواية التي أشار إليها بقوله : ومستنده رواية مرسله ، وذكرنا محلها في [الوسائل ، الباب ١١ من أبواب أحكام العقود ، الحديث ١] .

(٥) ولعله بدعوى أن العرف لا يفرق بين ما لو كان الاختلاف بين المتبايعين أو وارتبها ، وأن

الورثة قطعاً^{١١}.

(الخامس - إطلاق الكيل والوزن) والنقد (ينصرف إلى المعتاد) في بلد العقد لذلك المبيع أن اتحد، (فإن تعدّد فالأغلب) استعمالاً وإطلاقاً، فإن اختلفاً في ذلك ففي ترجيح أيهما نظر، ويمكن حينئذ وجوب التعيين كما لو لم يغلب. (فإن تساوت) في الاستعمال في المبيع الخاص (وجب التعيين) لاستحالة الترجيح بدونه واختلاف الأغراض، (ولو لم يعيّن بطل البيع) لما ذكر.

(وأجرة اعتبار المبيع) بالكيل، أو الوزن، أو النقد (على البائع) لأنه لمصلحته، (واعتبار الثمن على المشتري، وأجرة الدّلال على الأمر) ولو أمراه فالسابق^(٢) إن كان مراد كل منهما الماكسة معه (ولو أمراه بتولي الطرفين) الإيجاب والقبول (فعليهما) أجرة واحدة^(٣) بالتصنيف، سواء اقترنا أم تلاحقا. ولو منعنا من تولي الطرفين من

ج كل ما كان للمورث يُنقل إلى الوارث. وفيه: إن كل ما للمورث ينتقل إلى الوارث إنما هو في الحقوق لا الأحكام، ومحل الفرض إنما هو الأحكام كما لا يخفى.

(١) وذلك لأنه لا نص في المسألة حتى يصير سبباً للخدشة فيها، بخلاف الفرض السابق.

(٢) أي لو أمر البائع بالبيع والمشتري بالشراء وكان مراد كل منهما مع الدلال الماكسة لا البيع، فالأجرة على السابق منهما. ولكن لا يخفى: أن الماكسة - وهو السعي في تقليل العوض رعاية لمصلحة المتعاملين - في المعاملة الواحدة غير معقول، وذلك لضرورة ابتناء البيع نوعاً على المغالبة والماكسة، فرعاية مصلحة كل منهما ملازمة لغبن الآخر، فلا يمكن اجتماعها في المعاملة الواحدة، فلا يصح امرهما معاً، سواء كان الأمران متقارنين أم متلاحقين. وهذا لعلّه واضح.

(٣) بناء على أن ذلك عمل واحد، فهي أجرة واحدة مؤرّعة عليهما. وفيه: أن الإيجاب والقبول أمران متغايران يمكن أخذ الجعل على كل واحد منهما أو على أحدهما دون الآخر

الواحد امتنع أخذ أجرتين. لكن لا يتجّه حمل كلام الأصحاب^(١): «أنه لا يجمع بينهما لواحد» عليه، لأنه قد عبّر به من يرى جوازه، بل المراد: أنه لا يجمع بينهما لعمل واحد وإن أمره البائع بالبيع والمشتري بالشراء، بل له أجره واحدة عليهما^(٢)، أو على أحدهما كما فصلناه.

(ولا يضمن الدّلال) ما يتلف بيده من الأمتعة (إلا بتفريط) والمراد به ما يشمل

➤ والاختلاف في مقدار الجعل ونحو ذلك، فليكن المراد عدم جواز أخذ المجلعين على البيع والشراء الواحد، وهو الأثر الحاصل من تمام الإيجاب والقبول، حيث أن الجعل على البيع إلزام من الدّلال بتحصيل قبول المشتري، إذ البيع لا يتحقّق إلا برضا المشتري، فتحصيل قبول المشتري لازم على الدّلال بمجرد الجعل على البيع، فليس له أن يأخذ جعلاً آخر، وكذلك العكس.

فاحكي عن الأصحاب من أنه لا يتولاهما الواحد - أي لا يتولى لواحد الجعل على تمام البيع من البائع والمشتري - وهذا المعنى، وأما تولي اثنين ذلك - على أن يأخذ كل منهما الجعل من كل منهما على فعل ما هو مقدمة لتحصيل الأثر - فلا مانع منه، والله العالم.

(١) الظاهر أن هذا بحث مع المصنف، حيث قال في محكي الدروس: ولو منعنا من تولي الطرفين من الواحد امتنع أخذ أجرتين، وعليه يحمل كلام الأصحاب أنه لا يجمع بينهما لواحد. انتهى.

محض كلام الشارح قدس سره أن منع أخذ أجرتين لا يمتني في كلام الأصحاب على عدم جواز تولي الطرفين من الواحد، ولا يتجّه حمل كلام الأصحاب أنه لا يجمع بينهما على ذلك، لأنه قد عبّر به من يرى جوازه، بل المراد أنه لا يجمع بينهما لعمل واحد وإن أمره البائع بالبيع والمشتري بالشراء.

(٢) إن أمره بتولي الطرفين أو أجره واحدة على أحدهما إن كان مراد كل منهما الماكسة كما فصله. ثم هذا مما يتعلق بشرح العبارة، وقد تكلمنا في صدر المسألة بما هو مربوط بها، فليراجع.

التعدي^(١) مجازاً أو اشتراكاً (فيحلف على عدمه) لو ادّعى عليه التفريط ، لأنه أمين 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 ، كما يُقبل قول الغاصب^(٢) فيها على أصح القولين .

(خاتمة):

(الإقالة فسخ لا بيع) عندنا^(٣)، سواء وقعت بلفظ الفسخ أم الإقالة (في حق المتعاقدين والشفيع) وهو الشريك ، إذ لا شفعة هنا بسبب الإقالة . وحيث كانت فسخاً لا بيعاً (فلا يثبت بها شفعة) للشريك ، لاختصاصها بالبيع . ونَبّه بقوله «في حق المتعاقدين» على خلاف بعض العامة حيث جعلها بيعاً في حقها ، ويقول «و الشفيع» على خلاف آخرين ، حيث جعلوها بيعاً في حقه دونها ، فيثبت له بها الشفعة . (ولا تسقط أجرة الدال) على البيع (بها) ، لأنه استحقها بالبيع السابق ، فلا

(١) هذا دفع لما يرد على المصنف من حصره ضمان الدال بالتفريط . مع أن التعدي أيضاً كذلك ، وحاصل الدفع : أن التفريط قد يُطلق على التعدي على سبيل عموم المجاز أو الاشتراك ، وتحقيق ذلك في الأصول .

(٢) كما إذا تنازع المالك والغاصب في قيمة عين المغصوبة ، فيقدم قول الغاصب مع يمينه .

(٣) خلافاً لما حكى عن أكثر العامة من أنها بيع . معلّلين بأنها نقل ملك كالبيع . وفساده ظاهر غني عن البيان . وعن بعض آخر الخلاف إنما هو إذا وقعت بلفظ الإقالة ، وأما إذا وقعت بلفظ الفسخ فهو فسخ قولاً واحداً .

يبطله الفسخ اللاحق. وكذا أجرة الوزان، والكيال، والناقذ بعد صدور هذه الأفعال، لوجود سبب الاستحقاق.

(ولا تصح بزيادة في الثمن) الذي وقع عليه البيع سابقاً (ولا بنقيصته)، لأنها فسخ ومعناه رجوع كل عوض إلى مالكة، فإذا شرط فيها ما يخالف مقتضاها فسد الشرط^(١) وفسدت بفساده. ولا فرق بين الزيادة العينية والحكية كالإل نظر بالثمن. (ويرجع) بالإقالة (كل عوض إلى مالكة) إن كان باقياً، وغاؤه المتصل تابع له. أما المنفصل فلا رجوع به، وإن كان حتملاً لم ينفصل، (فإن كان تالفاً فثله) إن كان مثلياً (أو قيمته) يوم التلف إن كان قيمياً، أو تعذر المثل.

ولو وجده معيباً رجع بأرشه، لأن الجزء أو الوصف الفائت بمنزلة التالف. وألفاظها «تفاسخنا» و«تقايلنا» معاً أو متلاحقين، من غير فصل يعتد به، أو يقول أحدهما: «أقلتك»، فيقبل الآخر، وإن لم يسبق التماس. واحتمل المصنف في الدروس الإكتفاء بالقبول الفعلي.

(١) كما هو مقتضى كل شرط منافٍ لمقتضى العقد، ولكن في مخالفته لمقتضى العقد تأمل وإشكال، وليس مقتضى الإقالة إلا رجوع كل مال إلى مالكة. وهذا يمكن تحققه، سواء كان معه شرط أم لا. وكيف كان فالعمدة هو دعوى الاجماع والرواية. قال في حاشية الحدائق: أقول قال الشيخ في المبسوط: الإقالة فسخ، سواء كان قبل القبض أو بعده في حق المتعاقدين وفي غيرهما، بدلالة أنه لا يجوز الزيادة في الثمن ولا النقصان إجماعاً، وأما الرواية فمن الحلبي قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً، فكرهه ثم رده على صاحبه، فأبى أن يقبله إلا بوضعية. قال: لا يصلح أن يأخذ بوضعية، فإن جهل فأخذه فباع بأكثر من ثمنه رد على الأول ما زاد [الكافي ج ٥ ص ١٩٥].

كتاب الدين

(وهو قسمان) :

[القسم الأول - القرض] بفتح القاف وكسر ها ، وفضله عظيم (والدرهم) منه بثمانية عشر درهماً^(١) مع أن درهم الصدقة بعشرة . قيل : والسرف 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 .

واعلم أن القرض لا يتوقف على قصد القرية ، ومطلق^(٢) الثواب يتوقف عليها ، فليس كل قرض يترتب عليه الثواب . بخلاف الصدقة ، فإن القرية معتبرة فيها ، فإطلاق كون درهم القرض بثمانية عشر إما مشروط بقصد القرية ، أو تفضل من الله تعالى من غير اعتبار الثواب بواسطة الوجهين^(٣) ، وقد يقع الفضل على كثير من فاعلي البر من غير اعتبار القرية كالكرم^(٤) .

(١) كما في الوسائل كتاب التجارة الباب : ٦ من أبواب الدين والقرض الحديث : ٤ .

(٢) سواء ما يترتب عليه قرضاً أو غيره ، لأن الثواب أجر يُستحق في مقابل امتثال الأمر ، وهو يتوقف على قصد القرية . بخلاف التفضل ، فإنه لا يكون في مقابل عمل .

(٣) أي الوجهين المذكورين في السر .

(٤) كما ورد في الخبر : أن من تركها ولو لغير الله سقاء الله من الرحيق المختوم . وما هو المعروف

ويفتقر القرض إلى إيجاب وقبول .

(والصيغة أقرضتك ، أو انتفع به ، أو تصرف فيه) ، أو ملكتك ، أو أسلفتك ، أو خذ هذا ، أو اصرفه (وعليك عوضه) ، وما أدى هذا المعنى ، لأنه من العقود الجائزة^(١) . وهي لا تنحصر في لفظ ، بل تتأدى بما أفاده معناها . وإنما يحتاج إلى ضمنية «و عليك عوضه» ما عدا الصيغة الأولى^(٢) ، فإنها صريحة في معناه لا تفتقر إلى انضمام أمر آخر . (فيقول المقرض : قبلتُ وشبهه) مما دلَّ على الرضا بالإيجاب . واستقرب في الدروس الاكتفاء بالقبض ، لأن مرجعه إلى الإذن في التصرف . وهو حسن من حيث إباحة التصرف^(٣) .

أما إفادته للملك المترتب على صحة القرض فلا دليل عليه ، وما استدُلَّ به لا يؤدي إليه^(٤) .

⇒ من التفضلات الالهية المترتبة على الخصال الحميدة كالعدالة وحسن الخلف والسخاوة ونحو ذلك مما لا يُعتبر فيه قصد التقرب .

(١) والأقوى أنه من العقود اللازمة ، فليس للمقرض فسخه والرجوع بالعين المقرضة لو كانت موجودة ، كما هو مقتضى العقود الجائزة . نعم له عدم الإنتظار ومطالبة المقرض بالأداء ولو قبل قضاء وطره . ولعل المراد بالجواز هذا المعنى .

(٢) وذلك لأن الإذن في التصرف أو الانتفاع ونحو ذلك أعم من استحقاق ردّ العوض الذي هو جزء من ماهية القرض . فلا يدلُّ عليه كما هو واضح .

(٣) أي ما استدلَّ به بقوله «لأن مرجعه إلى الإذن في التصرف» حسن من حيث إباحة التصرف لا من حيث إفادته للملك المترتب على صحة القرض ، وذلك لأن الإذن في التصرف لا يقتضي إلا إباحة التصرف لا الملك .

(٤) أي إلى الملك المترتب على صحة القرض . هذا ، والأقوى جريان المعاطاة فيه للسيرة

(ولا يجوز اشتراط النفع)، للنهي^(١) عن قرض يجزّ نفعا (فلا يفيد الملك)^(٢) لو شرطه، سواء في ذلك^(٣) الربوي وغيره، وزيادة العين والمنفعة (حتى) لو شرط (الصالح عوض المكثرة، خلافاً لأبي الصلاح) الحلي رحمه الله وجماعة حيث جَوَّزُوا هذا الفرد من النفع، استناداً إلى رواية^(٤) لا تدلّ على مطلوبهم. وظاهرها إعطاء الزائد الصحيح بدون الشرط. ولا خلاف فيه بل [لا] يكرهه، وقد روي أن النبي ﷺ اقترض بكرة^(٥) فرداً بازلاً رباعياً^(٦) وقال: إن خير الناس أحسنهم قضاءً.

➤ المستمرة، بل السيرة فيه أقوى منها في البيع كما لا يخفى، فيستحق ماهيته بقبض العين من دون احتياج إلى صيغة.

(١) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب: ١٩ من أبواب الدين والقرض، الحديث ٩ - ١١].
(٢) ولكن الظاهر أنه لا دليل على عدم إفادته الملك، بل المستفاد من الأدلة هو بطلان شرط الزيادة فقط.

(٣) أراد بذلك التنبيه على أن شرط الزيادة في القرض ممنوع مطلقاً، بخلاف البيع فإنه يمنع فيه شرط الزيادة في الربويات خاصة، كما هو مذكور في محله.

(٤) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب: ١٢ من أبواب الصرف، الحديث ٥]. فإن ظاهر الرواية لا يدلّ على اشتراط النفع، إذ ظاهرها إعطاء الزائد بدون الشرط. وهذا مما لا خلاف فيه.

(٥) هذا الخبر مروي من طريق العامة في صحيح مسلم ج ٥ ص ٥٤. ولكن ليس فيه لفظ «بازل».

(٦) الكبير من الإبل بمنزلة الغلام من الناس. والبازل: الذي تمّ له ثمان سنين، ثم يقال له بازل عام وبازل عامين وهكذا كل سنة. هكذا في حاشية الحقائق الناضرة. ومعنى بازل عام وبازل عامين أنه مضى من سنّه بعد كونه بازلاً عاماً أو عامان وهكذا، لأنه ليس له اسم بعد

(وإنما يصح إقراض الكامل) على وجه يرتفع عنه الحُجْر في المال، وأراد كمال المتعاقدين معاً بإضافة المصدر إلى الفاعل والقابل^(١).

(وكل ما تتساوى أجزاؤه) في القيمة والمنفعة وتتقارب صفاته كالخوب والأدهان (يثبت في الذمة مثله، وما لا يتساوى) أجزاؤه كالحَيوان (تثبت قيمته يوم القبض) لأنه وقت الملك^(٢).

(وبه) أي بالقبض (يملك) المقترض القرض على المشهور، لا بالتصرف. قيل: لأنه فرع الملك فيمتنع كونه شرطاً فيه وإلا دار^(٣). وفيه: منع تبعيته للملك مطلقاً، إذ يكتفي فيه إذن المالك، وهو هنا حاصل^(٤) بالعقد، بل الإيجاب.

⇒ ما صار بازلاً.

الرباعي - كما حكى في مجمع البحرين عن معاني الأخبار - أنه من الإبل ما دخل في السنة السابعة، لأنه ألقى رباعيته. وعلى هذا التفسير لا يصح توصيف البازل بالرباعي إلا على سبيل التقريب. فليتأمل.

(١) ولا يخفى ما فيه من المسامحة في العبارة، إذ المصدر - وهو الإقراض - معناه إعطاء القرض، وهذا معنى لا ينطبق على قابل القرض وهو المقترض، فلا بد وأن يكون المراد بالإقراض هنا معنى قابلاً لأن يُطلق على الفاعل والقابل، كإيجاد القرض ونحوه حتى يصح إطلاقه وإضافته إليها. فليتأمل.

(٢) قال في الجواهر: ولا اعتبار بوقت المطالبة أو الأداء قطعاً.

(٣) بيان الدور هو: أن التصرف فيه لا يجوز إلا بعد أن يصير ملكاً له، لقبح التصرف في مال الغير، ولا يصير ملكاً له حتى يتصرف فيه، فيلزم توقف التصرف على الملك والمالك على التصرف، وهذا دور صريح.

(٤) وفيه: أن البحث إنما هو في التصرف المتوقف على الملك لا مطلق التصرف، كما في سائر

وحيث قلنا بملكه بالقبض (فله ردّ مثله) مع وجود عينه (وإن كره المقرض)، لأنّ العين حينئذ تصير كغيرها من أمواله، والحق يتعلّق بذمته، فيتخيّر في جهة القضاء. ولو قلنا بتوقف الملك على التصرف وجب دفع العين مع طلب مالها. ويمكن القول بذلك وإن ملكناه بالقبض، بناءً على كون القرض عقداً جائزاً^(١) ومن شأنه رجوع كل عوض إلى مالكة إذا فسخ، كالهبة والبيع بخيار.

(ولا يلزم^(٢) اشتراط الأجل فيه) لماله ولا لغيره^(٣)، لأنّه عقد جائز^(٤)، فلا يلزم ما يشترط فيه، إلحاقاً لشرطه بحزئه. نعم لو شرط أجل القرض في عقده لازم لم على ما سبق.

المعاوضات، فإنها على تقدير بطلانها لا يجوز التصرف بالإذن الحاصل في ضمن العقد، مع أنه لا إشكال في عدم كفاية الإذن المطلق في التصرفات المتوقفة على الملك كالبيع والعتق ونحوهما، كما هو محرّر في محله. وكيف كان فغائلة الدور لا ترتفع بما ذكر. كما هو واضح بعد التأمل.

(١) ويحتمل أن يكون المراد بالجواز عدم وجوب إهمال المقرض إلى قضاء الوطر من العين المقرضة، وإن كان مقتضى العرف والسياسة عدم المطالبة حتى يقضي وطره منها، لا الجواز بمعنى استرداد العين كالعقود الجائزة. فعلى هذا لا يجب على المقرض ردّ العين عند الفسخ، بل هو مختير في جهات القضاء.

(٢) أي لو شرط لا يلزم الوفاء به.

(٣) أي اشتراط الأجل في القرض لمال القرض ولا لغير مال القرض.

(٤) قد مرّ الكلام فيه، وهو أن المحتمل إرادتهم بالجواز غير المعنى المعروف في العقود الجائزة، وهو جواز ردّ العين، بل جواز مطالبة بدله متى شاء، كما هو معلّم وادعي عليه الإجماع. وهذا لا ينافي لزومه، وحينئذ فالأقرب لزوم ما يشترط فيه من الأجل ونحوه، كاشتراط أدائه في محل خاص كما صرحوا بذلك.

(ويجب) على المديون (ثبوت القضاء) سواء قدر على أدائه أم لا، بمعنى العزم - وإن عجز - على الأداء إذا قدر، وسواء كان صاحب الدين حاضراً أم غائباً، لأن ذلك من مقتضى الإيمان، كما يجب العزم على أداء كل واجب وترك كل محرم. وقد روي^(١): أن كل من عزم على قضاء دينه أعين عليه، وأنه ينقص من مؤنته بقدر قصور نيته. (وعزله عند وفاته^(٢)، والایصاء به لو كان صاحبه غائباً) لتمييز الحق، ويسلم من تصرف الوارث فيه. ويجب كون الوصاية إلى ثقة، لأنه تسليط على مال الغير وإن قلنا بجواز الوصاية إلى غيره^(٣) في الجملة.

(ولو جهله ويش منه تصدق به عنه) في المشهور. وقيل: يتعين دفعه إلى الحاكم، لأن الصدقة تصرف في مال الغير بغير إذنه. ويضعف بأنه إحسان محض إليه^(٤)، لأنه إن ظهر ولم يرض بها ضمن له عوضها، وإلا فهي أنفع من بقاء العين المعزولة المعرضة لتلفها بغير تفریط المسقط لحقه^(٥). والأقوى التخيير بين الصدقة والدفع

(١) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب ٥ من أبواب الدين، الحديث: ٣].

(٢) كما أدعي عدم الخلاف فيه. قال في المسالك: وأما العزل عند الوفاة فظاهر كلامهم، خصوصاً على ما يظهر من المختلف أنه لا خلاف فيه، وإلا لأمكن تطرق القول بعدم الوجوب، لأصالة البراءة مع عدم النص. انتهى.

ثم على فرض وجوب العزل لا يلزم منه ارتفاع ضمان المقرض به، إذ لا دليل عليه، فاستصحاب الضمان محكم مطلقاً، سواء فرط في حفظه أم لا.

(٣) أي إلى غير الثقة، كما إذا أوصى بماله بصرفه في الأمور المستحبة، فإنه لا يلزم أن يكون الموصى إليه ثقة، لأنه لا يكون تسليطاً على مال الغير.

(٤) وما على المحسنين من سبيل، وإنه كمجهول المالك، لا اشتراكها في عدم التمكن من الوصول إلى صاحبه، وهو المناط في حكم مجهول المالك، كما هو مذكور في محله.

(٥) وقد تقدم أنه لا دليل على أن العزل هنا موجب لارتفاع ضمان المقرض.

إلى الحاكم، وإبقائه في يده .

(ولا تصح قسمة الدين) المشترك بين شريكين^{١١} فصاعداً على المشهور (بل الحاصل) منه (لهما، والتاوي) بالمشاة وهو المالك (منهما).

وقد يُحتال للقسمة بأن يحيل كل منهما صاحبه بحصته التي يريد إعطاءها صاحبه ويقبل الآخر، بناءً على صحة الحوالة من البريء^{١٢}، وكذا لو اصطلحا على ما في الذم بعضاً^{١٣} ببعض وفقاً للمصنف في الدروس .

(ويصح بيعه بحال) وإن لم يقبض من المديون^{١٤} وغيره، حالاً كان الدين أم مؤجلاً. ولا يمنع تعذر قبضه حال البيع^{١٥} من صحته، لأن الشرط إمكانه في الجملة لا حالة البيع .

ولا فرق في بيعه بالحال بين كونه مشخصاً ومضموناً على الأقوى، للأصل^{١٦}، وعدم صدق اسم الدين عليه، (لا بمؤجل) لأنه بيع دين بدين .

وفيه نظر، لأن الدين الممنوع منه: ما كان عوضاً حال كونه ديناً بمقتضى تعلّق

(١) وذلك بأن تراضيا على أن ما في ذمة زيد من المال المشترك لأحدهما وما في ذمة عمرو لآخر .

(٢) حيث إن المسلم صحة الحوالة من المديون، وأما صحة الحوالة ممن ليس في ذمته شيء ففيه إشكال وخلاف .

(٣) «بعضاً» عطف بيان على محل «ما» الموصولة، على حدّ قوله تعالى «فامسحوا برؤوسكم وأرجلكم» من حيث إن «أرجلكم» عطف على محل «رؤوسكم» .

(٤) متعلّق ببيعه، أي يصح بيعه من المديون وغيره .

(٥) أي لا يمنع تعذر قبضه حال البيع بسبب كونه مؤجلاً عن صحته، لأن الشرط إمكانه في الجملة لا خصوص حال البيع .

(٦) أي أصالة العموم في البيع وعدم صدق الدين على المضمون .

الباء^(١) به ، والمضمون عند العقد ليس بدين وإنما يصير ديناً بعده فلم يستحق بيع الدين به ، ولأنه يلزم مثله في بيعه بحال ، والفرق غير واضح .
ودعوى إطلاق اسم الدين عليه إن أرادوا به قبل العقد فممنوع ، أو بعده^(٢) فمشترك ، وإطلاقهم له عليه عرفاً إذا بيع به فيقولون : «باع فلان ماله بالدين» مجاز 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 .

(وبزيادة) عن قدره (ونقيصة ، إلا أن يكون ربوياً) فتعتبر المساواة .

(ولا يلزم المديون أن يدفع إلى المشتري إلا ما دفع المشتري) إلى البائع (على رواية^(٣) محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام) ، وقريب منها رواية^(٤) أبي حمزة عن الباقر عليه السلام . وإنما اقتصر على الأولى لأنها أصرح ، وعمل بمضمونها الشيخ وجاعة ، ويظهر من المصنف الميل إليه . وفي الدروس لا معارض لها ، لكن المستند ضعيف ، وعموم^(٥) الأدلة تدفعه ، ومحمل^(٦) على الضمان مجازاً ، لشبهه بالبيع في

(١) أي تعلق الباء بالدين ، لأن معنى «بيع الدين بالدين» أن يكون عوضاً حالكونه ديناً . مع أن العوض المؤجل ليس بدين عند عقد البيع وإنما يصير ديناً بعده .

(٢) أي إطلاق اسم الدين إن أرادوا به قبل العقد فممنوع ، أو بعده فمشترك بين المؤجل والحال . وكيف كان فالتعليل لمنع بيع الدين بالمؤجل - بأنه بيع دين بدين - لا وجه له .

(٣) قال : قلت للرضا عليه السلام : رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له : ادفع إلي ما لفلان عليك فقد اشتريته منه . قال : يدفع إليه قيمة ما دفع إلى صاحب الدين وبريء الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه الوسائل ، الباب : ١٥ من أبواب الدين والقرض ، الحديث : [٣] .

(٤) [الوسائل ، الباب : ١٥ من أبواب الدين والقرض ، الحديث : [٢] .

(٥) أي عموم أدلة البيع .

المعاوضة ، أو على فساد البيع للربا وغيره ، فيكون الدفع مأذوناً فيه من البائع في مقابلة ما دفع ويبقى الباقي للمالكه . والأقوى مع صحة البيع لزوم دفع الجميع ، ويجب مراعاة شروط الربا والصرف^(٧) . ولو وقع صلحاً اغتفر الثاني^(٨) خاصةً .
(ومنع ابن ادريس من بيع الدين على غير المديون) إستناداً إلى دليل قاصر ، وتقسيم غير حاصر^(٩) (والمشهور الصحة) مطلقاً^(١٠) ، لعموم الأدلة .

(٦) يعني الشراء في الرواية محمول على الضمان ، بمعنى أن المطالب أراد بالشراء الضمان ، فضمن عن المديون ما عليه ودفع شيئاً قيمته أقل من الدين ، وليس للضامن أن يأخذ من المضمون عنه أزيد عما دفع ، فيكون له حينئذ قيمة ما دفع ويرى المديون من جميع ما بقي عليه .

(٧) أي لو كان العوضان من الأثمان والروبيين .

(٨) وذلك لدخول الربا في كل معاوضة ، مصالحة كانت أو غيرها .

(٩) قال في الحاشية المنسوبة إليه : حاصل استدلال ابن ادريس على المنع من بيعه على غير المديون يرجع إلى حصر أدعي صحته ، وهو أن المبيع إما عين معينة أو في الذمة ، والأول إما بيع عين مرئية مشاهدة فلا يحتاج إلى وصف ، وإما عين غير مشاهدة فيحتاج إلى وصفها وذكر جنسها وهو بيع خيار الرؤية . وأما الذي في الذمة فهو السلف المفتقر إلى الأجل المعين والوصف الخاص . قال : والدين ليس عيناً مشاهدة ولا معينة موصوفة ، إذ للمديون التخيير في جهات القضاء وليس بسلّم إجماعاً ، ولا قسم رابع هنا لنا .

ثم اعترض على نفسه : بأنه خلاف الاجماع ، لانقاده على صحة بيع الدين . ثم أجاب : بأن العمومات قد تخص ، والأدلة هنا عامة تخصها ببيعه على غير من هو عليه .

ثم عَقَّب ذلك : بأنه تحقيق لا يبلغه إلا بحقق الأصول والفقه ، وضابط فروع المذهب عالم بأحكام مُحَكِّم لمداره وتقريراته وتقسياته .

ثم استدل أيضاً بالاجماع على عدم صحة جعل الدين مضاربة إلا بعد قبضه . ثم أطنب في ذلك

(ولو باع الذمي ما لا يملكه المسلم) كالخمر والخنزير (ثم قضى منه دين المسلم صح قبضه ولو شاهده) المسلم^(١١)، لإقرار الشارع له على ذلك، لكن بشرط استتاره به كما هو مقتضى الشرع، فلو تظاهره لم يجوز. ومن ثم يقيد بالذمي، لأن الحربي لا يقتر على شيء من ذلك، فلا يجوز تناوله منه.

(ولا تحلّ الديون المؤجلة بختار المفلس) عملاً بالأصل^(١٢) (خلافًا لابن الجنييد رحمه الله) حيث زعم أنها تحل، قياساً على الميت. وهو باطل، مع وجود الفارق

بما لا يحصل له.

أنت خير بأن التقسيم الذي ادعى فيه الحصر لا دليل عليه، وأما ما ادعاه من الإجماع وارد عليه، وما اعتذر عنه من التخصيص متوقف على قيام التخصيص، وهو مفقود. والمنع من المضاربة على الدين لا مدخل له في المنع من بيعه أصلاً، وإلا لمنع من بيعه على من هو عليه كما يمنع من مضاربه، وإنما المانع عندهم من المضاربة أمر آخر أشرنا إليه في بابه. ولا فرق بين البيع للدين والسلم فيه إلا بالأجل، وهو لا يصير المجهول معلوماً. انتهى.

وإنما ذكرناها بطولها لتوضيح قوله: إستناداً إلى دليل قاصر - الخ.

١٠) أي على المديون وغيره.

١١) كما في بعض الروايات، ولكن مع مراعاة الاستتار، بأن كانت المشاهدة من باب الصدقة والإتفاق، ففي خبر داود بن سرحان: فباع خنازيراً وخمراً وهو ينظر فقضاه. قال: لا بأس، أما للمقتضي فحلل وأما للبائع فحرّام [الوسائل، الباب: ٢٨ من أبواب الدين والقرض، الحديث: ١].

الخبر المزبور وإن كان مطلقاً لكن يجب تقييده بالذمي، لأن الحربي لا يقتر على شيء، فلا يجوز تناوله منه.

١٢) وهو استحساب الأجل.

بتضرر الورثة إن مُنعوا من التصرف إلى أن يحلَّ، وصاحب الدين إن لم يُمنعوا^(١)، بخلاف المفلس لبقاء ذمته .

(وتحلَّ الديون المؤجلة (إذا مات المديون)، سواء في ذلك مال السَّلم، والجناية المؤجلة، وغيرهما، للعموم، وكون^(٢) أجل السَّلم يقتضي قسطاً من الثمن، وأجل الجناية بتعيين الشارع . ولتحقق الفرق بين الجنايات لا يدفع عموم النص .

(ولا تحلَّ بموت المالك) دون المديون للأصل، خرج منه موت المديون فيبقى الباقي . وقيل : تحلَّ، استناداً إلى رواية^(٣) مرسلة، وبالقِيَاس على موت المديون . وهو باطل .

(وللمالك انتزاع السلعة) التي نقلها إلى المفلس قبل الحَجْر ولم يستوف عوضها مع

(١) أي بتضرر صاحب الدين، وذلك لاحتمال تلف حصته بلا ضمان أحد لو صبر إلى أن يحلَّ وقته، والميت لا ذمة له بل تنتقل إلى تركته، بخلاف المفلس، فإن ذمته باقية حتى يؤدي ما عليه .

(٢) هذا دفع لما ربما يتوهم من الإشكال في تساوي الديون المؤجلة من حيث الحلول بعد موت المديون، وذلك للفرق بينها، إذ أجل السَّلم يقتضي قسطاً من الثمن وأجل الجناية بتعيين الشارع، ولتحقق الفرق بين الجنايات كما هو مقرر في محلها، فكيف تكون مساوية ؟ فدفع هذا الإشكال بقوله : وكون أجل السَّلم - إلى آخره . «فكون أجل السلم» مبتدأ وقوله «لا يدفع عموم النص» خبره، وحاصله : إن هذه التعليقات لا تدفع عموم النص الدال على حلول جميع الديون، والنص في [الوسائل، الباب ١٢ من أبواب الدين والقرض، الحديث ١ - ٢ - ٣] .

فن هذا البيان ظهر أن كلمة «وليتحقق» تصحيف، والصحيح «ولتحقق الفرق»، أي لوجود الفرق بين الجنايات من حيث التأجيل والتعجيل، كما هو مذكور في مضائه .

(٣) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب : ١٢ من أبواب الدين والقرض، الحديث : ١] .

وجودها مقدماً فيها على سائر الدثيان (في الفلس إذا لم تزود زيادة متصلة) كالسمن والطور ، فإن زادت كذلك لم يكن له أخذها ، لحصولها على ملك المفلس ، فيمتنع أخذ العين بدونها ومعها^(١) .

(وقيل : يجوز انتزاعها (وان زادت) لأن هذه الزيادة صفة محضة وليست من فعل المفلس ، فلا تعدّ مالاً له ، ولعموم «من وجد عين ماله فهو أحق بها»^(٢) .
وفي قول ثالث : يجوز أخذها ، لكن يكون المفلس شريكاً بمقدار الزيادة .

(ولو كانت الزيادة منفصلة) كالولد وإن لم ينفصل ، والثمره وإن لم تقطف (لم يمنع) من الانتزاع وكانت الزيادة للمفلس . ولو كانت بفعله - كما لو غرس ، أو صيغ الثوب ، أو خاطه ، أو طحن الحنطة - كان شريكاً بنسبة الزيادة^(٣) .

(وغرماء الميت سواء في تركته مع القصور) فيقسم على نسبة الديون ، سواء في ذلك صاحب العين وغيره (ومع الوفاء لصاحب العين أخذها في المشهور) ، سواء كانت التركة بقدر الدين أم أزيد ، وسواء مات محجوراً عليه أم لا . ومستند المشهور صحيحة^(٤) أبي ولّاد عن الصادق عليه السلام .

(وقال ابن الجنيد : يختص بها وإن لم يكن وفاء) كالمفلس ، قياساً ، واستناداً إلى رواية^(٥) مطلقة في جواز الاختصاص . والأول باطل ، والثاني يجب تقييده بالوفاء جمعاً .

(١) أي بدون الزيادة ومعها .

(٢) [الوسائل ، كتاب الحجر ، الباب : ٥] .

(٣) وذلك لأنها حصلت بفعل محترم ، بخلاف الفاصب فإنه لا احترام لفعله ، لأنه عدوان .

(٤) [الوسائل ، كتاب التجارة ، الباب : ٥ من أحكام الحجر ، الحديث : ٣] .

(٥) [الوسائل ، كتاب التجارة ، الباب : ٥ من أحكام الحجر ، الحديث : ١] .

وربما قيل : باختصاص الحكم بمن مات محجوراً عليه ، وإلا فلا اختصاص مطلقاً^(١) ، وصحيح النص^(٢) يدفعه .

(ولو وُجدت العين ناقصةً بفعل المفلّس) أخذها إن شاء (وضرب بالنقص مع الغرماء مع نسبته) أي نسبة النقص (إلى الثمن) بأن تنسب قيمة الناقص إلى الصحيحة ويضرب من الثمن الذي باعه به بتلك النسبة كما هو مقتضى قاعدة الأرض ، ولشلا يجمع بين العوض والمعوض في بعض^(٣) الفروض . وفي استفادة ذلك من نسبة النقص إلى الثمن خفاء^(٤) .

(١) أي سواء كانت التركة وافية أم لا .

(٢) أي النص المشار إليه آنفاً .

(٣) وهو ما إذا كان نقصان القيمة بقدر الثمن ، كما لو كان قيمة العبد مائتين والثمن مائة وقطع يده التي أرشها الآن مائة أيضاً ، فإنه لو لم يضرب من الثمن الذي باع العبد به بنسبة قيمة الناقصة إلى الصحيحة بل يضرب بالنقص بنسبته إلى الثمن - كما هو ظاهر عبارة المصنف - يجمع بين العوض وهو الثمن والمعوض وهو الأرض في الفرض المزبور .

(٤) لتصورها عن إفادة المقصود ، حيث إن مقصود المصنف من العبارة ما ذكرناه ، وهو أن ينسب قيمة الناقصة إلى الصحيحة ، فإرادته من النقص قيمة الناقصة ومن الثمن قيمة الصحيحة .

ثم هذا مما يتعلق بشرح العبارة ، ولكن الظاهر من عبارة المصنف أن ينسب النقص إلى نفس الثمن لا قيمة الناقصة إلى الصحيحة ، وحينئذ لا محذور فيه أصلاً ، إذ المراد من النقص هو الذي يستلزم نقص الثمن المسمى ، وأما إذا لم يستلزم ذلك - كما يتفق في الحيوان الخصي - فإن خصاءه لا يصير سبباً لنقص ثمنه ، بل ربما يوجب ازدياد قيمته ، ففي الفرض المذكور ليس لصاحب العين إلا أخذها إن شاء .

ولو كان النقص بفعل غيره ، فإن وجب أرشه ضرب به قطعاً . ولو كان من قبل الله تعالى فالأقوى أنه كذلك ، سواء كان الفاتت مما يتقسط عليه الثمن بالنسبة كعبد من عبيدين أم لا كيد العبد ، لأن مقتضى عقد المعاوضة عند فسخه رجوع كل عوض إلى صاحبه أو يبدله .

واعلم أن تخصيص النقص بفعل المفلس لا يظهر له نكتة ، لأنه إما مساو لما يحدث من الله تعالى ، أو الأجنبي على تقدير الفرق^(١) ، أو حكم الجميع سواء على القول الأقوى .

(ولا يقبل إقراره في حال التفليس بعين ، ولتعلق حق الغرماء بأعيان ماله قبله^(٢) ، فيكون إقراره بها في قوة الإقرار بمال الغير ، وللتجبر عن التصرف المالي المانع من نفوذ الإقرار . (ويصح) إقراره (بدين) لأنه عاقل مختار فيدخل في عموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» . والمانع في العين منتفٍ هنا ، لأنه في العين منافع لحق الديان المتعلق بها (و) هنا (يتعلق بذمته ، فلا يشارك الغرماء المقر له) جمعاً بين

⇒ فهذا الإيراد - وهو الجمع بين العوض والمعوّض في بعض الفروض - غير وارد في هذه المسألة ، لما ذكرنا من المراد بالنقص في قول المصنف : مع نسبته إلى الثمن نسبة نفس النقص إلى نفس الثمن لا قيمة الناقصة إلى الصحيحة - إلى آخر ما ذكرناه آنفاً ، فليتأمل جداً .

(١) أي الفرق بين ما يحدث من الله تعالى وبين ما يحدث من الأجنبي ، فإن بعض الفقهاء فرق بينهما . وحاصل الاستشكال : إن مذهب المصنف إن كان هذا الفرق فالتقص الحاصل من المفلس إما حكمه حكم ما يحدث من الله تعالى أو حكم ما يحدث من الأجنبي ، لامتناع ارتفاع النقيضين ، فالتخصيص بفعل المفلس غير وجيه ، بل لا بدّ من ذكر أحدهما معه ، وإن لم يكن مذهب الفرق بل الحكم بالضرب في الجميع - كما قواه الشارح قدس سره بقوله : أو حكم الجميع سواء على القول القوي - فوجه عدم حسن التخصيص أظهر .

(٢) أي قبل التفليس .

الحقين .

(وقضى الشيخ رحمه الله) وتبعه العلامة في بعض كتبه (المشاركة) للسخر^(١)، ولعموم الإذن في قسمة ماله بين غرمائه ؛ وللفرق بين الإقرار والإنشاء^(٢)، فإن الإقرار إخبار عن حق سابق، والحَجْرُ إنما يبطل إحداث الملك^(٣)، ولأنه كالبيّنة، ومع قيامها لا إشكال في المشاركة .

ويُشكل بأن ردّ إقراره ليس لنفسه، بل لحق غيره، فلا يتنافيه الخبر. ونحن قد قبلناه على نفسه بالزامة بالمال بعد الحَجْر، ومشاركة المقرّ له الغرماء هو المانع من النفوذ الموجب لمساواة الإقرار للإنشاء في المعنى. وكونه كالبيّنة مطلقاً ممنوع، فما اختاره المصنف أقوى .

وموضع الخلاف ما لو أسنده إلى ما قبل الحَجْر، أما بعده فإنه لا ينفذ معجلاً قطعاً. نعم لو أسنده إلى ما يلزم ذمته - كإتلاف مال أو جناية - شارك، لوقوع السبب بغير اختيار المستحق فلا تقصير، بخلاف المعامل^(٤).

(ويُمنع المفلس من التصرف) المبتدأ (في أعيان أمواله) المنافي لحق الغرماء، لا من مطلق التصرف. واحترزنا بالمبتدأ عن التصرف في ماله بمثل الفسخ بخيار، لأنه ليس بابتداء تصرف، بل هو أثر أمر سابق على الحَجْر.

وكذا لو ظهر له عيب فيما اشتراه سابقاً فله الفسخ به. وهل يُعتبر في جواز الفسخ

(١) أي إقرار العقلاء على أنفسهم جائز [الوسائل، الباب: ٣ من كتاب الإقرار، الحديث: ٢٢].

(٢) كالبيع ونحوه.

(٣) والإقرار ليس إحداثاً للملك، بل إخبار عن حق سابق قبل الحَجْر.

(٤) فإنه مقصر بسبب معاملته ببيع ونحوه.

الغبطة ، أم يجوز اقتراحاً^(١)؟ الأقوى الثاني ، نظراً إلى أصل الحكم ، وإن تخلّفت الحكمة^(٢) . وقيل : تُعتبر الغبطة في الثاني دون الأول^(٣) .

وفُرق المصنف رحمه الله بينهما : بأن الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحة ، فلا يتقيد بها ، بخلاف العيب . وفيه نظر بين ، لأن كلاً منها ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة^(٤) ، وإن كانت الحكمة المسوّغة له هي المصلحة ، والإجماع على جواز الفسخ بالعيب وإن زاد القيمة ، فضلاً عن الغبطة فيه .

وشمل التصرف في أعيان الأموال ما كان بعرض أو غيره ، وما تعلّق بنقل العين والمنفعة . وخرج به التصرف في غيره^(٥) ، كالنكاح ، والطلاق ، واستيفاء القصاص ، والعفو عنه وما يفيد تحصيله كالإحتطاب ، والإتهاب ، وقبول الوصية وإن منع منه بعده^(٦) ، وبالمنافي^(٧) عن وصيته وتدبيره ، فإنها يخرجان من الثالث بعد وفاء الدين ،

(١) أي بصرف الميل النفساني بدون لحاظ مصلحة .

(٢) أي بأن لم يكن مصلحة للفرم .

(٣) أي يُعتبر نفع الفرما في الثاني ، وهو ما لو ظهر له عيب دون الأول ، وهو الفسخ بخيار .

(٤) أي لأن كلاً من الخيارين ثابت بأصل العقد ولو لم يكن مصلحة ، فليست علة الخيار المصلحة ، بل المسوّغة للخيار هي الحكمة ، وهي غير العلة التي يدور مدارها الحكم ، كما هو محرز في محله .

(٥) أي وخرج من المنع بقيد التصرف في أعيان أمواله التصرف في غيره ، فيجوز التصرف في غيره .

(٦) أي وإن كان ممنوعاً بعد التصرفات التي قلنا بجوازها من التصرفات فيما حصل بسبب تصرفاته الجائزة ، لأنه صار من جملة أعيان أمواله . وهذا مبني على أن المفلس ممنوع من التصرف في أمواله ، حتى أنواله التي حصلها بعد الحنجر .

(٧) أي واحترزنا بقيد المنافي عن وصيته وتدبيره ، إذ لا ضرر على الفرما في مثل هذا

فتصرفه في ذلك ونحوه جائز، إذ لا ضرر على الغرماء فيه.

(وتُبَاع) أعيان أمواله القابلة للبيع، ولو لم تقبل كالمنفعة أوجرت، أو صولح عليها وأضيف العوض إلى أثمان ما يباع (وتُقَسَّم على الغرماء) إن وفي^(١)، وإلا فعلى نسبة أموالهم.

(ولا يَذْخَر للمُؤَجَّلَة) التي لم تحلّ حالة القسمة (شيء). ولو حلّ^(٢) بعد قسمة البعض شارك^(٣) في الباقي، وضرب بجميع المال^(٤)، وضرب باقي الغرماء ببقيّة ديونهم^(٥) (ويحضر كل متاع في سوقه) وجوباً مع رجاء القيمة وإلا استحباً، لأن بيعه فيه أكثر لطلابه واضبط لقيمته.

(ويُحَسَّس لو ادعى الإعسار حتى يشته) باعتراف الغريم، أو بالبيّنة المطلعة على باطن أمره إن شهدت بالإعسار مطلقاً^(٦)، أو بتلف المال حيث لا يكون منحصراً في أعيان مخصوصة^(٧)، وإلا كفى إطلاعها على تلفها.

جـ التصرف.

(١) غرض الشارح من التقييد بالوفاء إنما هو تفصيل ما أجمله المصنف، وأنه إن وفي فذاك وإلا فعلى نسبة أموالهم، فلا يرد عليه أنه لا حاجة إلى التقييد بالوفاء، إذ القسمة صحيحة على كل حال.

(٢) أي حلّ الدين المؤجل.

(٣) أي شارك الدائن في باقي المال.

(٤) أي المال الذي حلّ من قرض وغيره.

(٥) وذلك لأن بعض ديونهم قد استوفوا، بخلاف من لم يستوف شيئاً من دينه.

(٦) أي من دون إسناد الإعسار إلى شيء، تلف مال أو غيره.

(٧) بأن يُحْتَمَل أن يكون له مال في غير أعيان مخصوصة، فإنه لا يكتفي بالبيّنة في الفرضين إلا

ويعتبر في الأولى - مع الإطلاع على باطن أمره بكثرة مخالطته، وصبره على ما لا يصبر عليه ذوو اليسار عادةً - أن تشهد باثبات يتضمن بالنفي الصِّرف^(١)، بأن يقول: إنه معسر لا يملك إلا قوت يومه، وثياب بدنه، ونحو ذلك. وهل يتوقف ثبوته مع اليقينة مطلقاً^(٢) على اليمين؟ قولان:

وإنما يجبس مع دعوى الإعسار قبل إثباته لو كان أصل الدين مالاً كالقرض، أو عوضاً عن مال كثمن المبيع، فلو اتنى الأمران - كالجنابة والاتلاف - قبل قوله في الإعسار بيمينته، لأصالة عدم المال^(٣). وأما أطلقه المصنف إتكالاً على مقام الدين في الكتاب^(٤).

(فإذا ثبت) إعساره (خُلِّي سبيله)، ولا يجب عليه التكسب لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾^(٥).

جـ أن تكون مطلعة على باطن أمره بالصحبة المؤكدة، إذ في غير هذه الصورة لا تتمكن اليقينة من العلم بهدم ماله، فإن الأموال قد تخفى ولا يعرف تفصيلها، وما يتخيل من العلم إنما هو مجرد حدس عند التأمل. وقد تقدم في باب الشهادات أنه من شروطها العلم القطعي بالمشهود به.

(١) وذلك لأن الشهادة بالنفي الصرف لا يثبت إعساره، لأنه أعم بحسب المستفاهم العرفي. والشهادة بالإثبات الذي يتضمن النفي أن يقول: إنه معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه، ونحو ذلك.

(٢) أي سواء كان قيام اليقينة بالإعسار المطلق أو بتلف الأموال.

(٣) أي استصحاب عدمه، وهذا بخلاف ما لو كان أصل الدين مالاً، فإنه لا يجري فيه هذا الأصل، لأن المفروض أنه كان له مال غاية الأمر يدعي الأعسار.

(٤) إذ البحث إنما هو في الدين وأمثال الاتلاف، والجنابة لا يُسمى ديناً كما هو واضح.

(٥) البقرة: الآية ٢٨٠.

(وعن علي عليه الصلاة والسلام)^(١) بطريق السكوني: أنه كان يحبس في الدين ثم يُنظر، فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء، فيقول: اصنعوا به ما شئتم (إن شئتم فأجروه، وإن شئتم استعملوه، وهو يدل على وجوب التكسب) في وفاء الدين، (واختاره ابن حمزة والعلامة) في المختلف، (ومنع الشيخ وابن ادريس) للآية^(٢)، وأصالة البراءة.

(والأول أقرب) لوجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبة، والمكسب قادر، ولهذا تحرم عليه الزكاة، وحينئذ فهو خارج من الآية. وإنما يجب عليه التكسب فيما يليق بحاله عادة ولو بمؤاجرة نفسه، وعليه تُحمل الرواية.

(وإنما يُحجّر على المديون إذا قصرت أمواله عن ديونه) فلو ساوته أو زادت لم يُحجّر عليه إجماعاً، وإن ظهرت عليه أمارات الفلاس. لكن لو طُلب بالدين فامتنع تخيّر الحاكم بين حبسه إلى أن يقضي بنفسه، وبين أن يقضي عنه من ماله، ولو بيع ما خالف الحق^(٣) (وطلب الغرماء الحَجْر)، لأن الحق لهم، فلا يتبرع الحاكم به عليهم. نعم لو كانت الديون لمن له عليه ولاية^(٤) كان له الحَجْر، أو بعضها مع التماس الباقيين^(٥).

(١) [الوسائل، الباب: ٧ من كتاب الحَجْر، الحديث: ٣].

(٢) وهي الآية المتقدمة آنفاً، لأنه في فرض القدرة غير ذي عسرة، فالآية غير منافية للوجوب، بل مؤيدة له.

(٣) أي ما خالف حق الغرماء.

(٤) أي لشخص للحاكم على ذلك الشخص ولاية، كيتيم ولا ولي له غير الحاكم.

(٥) أي أو بعض الديون لمن للحاكم عليه ولاية كالمجنون مثلاً مع التماس باقي الغرماء كان للحاكم الحَجْر أيضاً، كما لو كان جميع الديون لمن له عليه ولاية.

ولو كانت لغائب لم يكن للحاكم ولايته ، لأنه لا يستوفي له^(١) ، بل يحفظ أعيان أمواله . ولو التمس بعض الغرماء ، فإن كان دينهم يفي بماله ويزيد جاز الحَجْر^(٢) وعم^(٣) ، وإلا فلا على الأقوى .

(بشرط حلول الدين) فلو كان كله أو بعضه مؤجلاً لم يُحَجَّر ، لعدم استحقاق المطالبة حينئذ . نعم لو كان بعضها حالاً جاز مع قصور المال عنه والتماس أربابه . (ولا تُباع داره ، ولا خادمه ، ولا ثياب تحمّله) . ويُعتبر في الأول والأخير ما يليق بحاله كماً وكيفاً^(٤) ، وفي الوسط ذلك لشرف أو عجز ، وكذا دابة ركوبه . ولو احتاج إلى المستعَدَد استثنى كالمُتَّحِد ، ولو زادت عن ذلك في أحد الوصفين^(٥) وجب الاستبدال ، أو الإقتصار على ما يليق بحاله .

(١) أي لأن الحاكم لا يستوفي للغائب ديونه ، بل على الحاكم حفظ أعيان أموال الغائب لا استيفاء ديونه .

(٢) أي إنما يحجر عليه مع التماس البعض إذا كانت ديونهم بقدر يجوز الحَجْر به عليه ، بأن كان دين الملتمس زائداً عن مال المفلّس ، وذلك لما مرّ من أنه إنما يُحَجَّر على المدين إذا قصرت أمواله من ديونه ، فلو ساوتها أو زادت لم يُحَجَّر عليه .

وقوله «يُفي بماله ويزيد» إشارة إلى ما عن العلامة من أن وفاء دينه للمال كاف في جواز حَجْره ولا يلزم أن يكون دينه زائداً عن مال المفلّس ، ففي محكي التذكرة ما حاصله : أنه يجوز الحَجْر بالتمسّس ببعض أرباب الديون الحالة وإن لم يكن دين الملتمس زائداً عن ماله .

(٣) أي وعمّ الحَجْر له ولغيره من ذي الدين الحال الذي يستحق المطالبة به ، فتقسّم أمواله بين الملتمس وغيره من الدّيّان على نسبة ديونهم .

(٤) بدون شرط من شرف أو عجز لأنها من ضروريات المعاش ، وهذا بخلاف الوسط .

(٥) أي الكمّ والكيف وجب الاستبدال في الكيف أو الإقتصار على ما يليق بحاله في الكمّ .

(وظاهر ابن الجنيد بيعها)^(١) في الدين (واستحب للغريم تركه، والروايات متضاربة بالأول)^(٢) وعليه العمل .
وكذا تُجرى عليه نفقة يوم القسمة^(٣)، ونفقة واجبي النفقة . ولو مات قبلها قُدم كفته، ويُقتصر منه على الواجب وسطاً مما يليق به عادةً، ومؤنة تجهيزه .
وهذه الأحكام استطردها في كتاب الدين لمناسبتها - وإن جرت العادة باختصاص الفلاس بباب -، ورعايةً لإدراج الأحكام بسبيل الاختصار .

(القسم الثاني - ذَّين العبد) :

خصه بناءً على الغالب من توليه ذلك، دون الأمة . ولو أبدله بالملوك - كما عبَّر غيره - عمّ .

(لا يجوز له التصرف فيه) أي في الدين بأن يستدين^(٤)، لا فيما استدانه وإن كان حكمه كذلك^(٥)، لدخوله في قوله : (ولا فيما بيده) من الأموال (إلا باذن السيد) سواء قلنا بملكه أم أحلناه، (فلو استدان باذنه) أو إجازته (فعلى المولى وإن أعتقه) . وقيل :

(١) أي ظاهر ابن الجنيد بيع الأشياء المزبورة الدار والخادم وثياب التجميل، ولكن استحب الغريم ترك البيع، فقلوه «واستحب الغريم تركه» من تنمة قول ابن الجنيد .

(٢) [الوسائل، كتاب التجارة، الباب : ١١ من أبواب الدين والقرض، الحديث : ١] .

(٣) بل ما قيل يوم القسمة أيضاً، ولعلّ تخصيصه بيوم القسمة لكون الكلام فيها . قال في المسالك : وتجري على المفلس نفقة من تجب عليه نفقته وكسوته، ويُتبع في ذلك عادة أمثاله إلى يوم قسمة أمواله .

(٤) يعني المراد منه معناه المصدرى لا بمعنى المفعول .

(٥) أي تصرفه فيما استدانه .

يتبع به مع العتق ، استناداً إلى رواية^(١) لا تنهض حجة فيما خالف القواعد الشرعية ، فإن العبد بمنزلة الوكيل وإنفاقه على نفسه وتجارته بإذن المولى إنفاق لمال المولى ، فيلزمه كما لو لم يُعتق ، ولو كانت الإستدانة للمولى فهو عليه قولاً واحداً .
(ويقتصر) المملوك (في التجارة على محل الإذن) فإن عيّن له نوعاً أو مكاناً أو زماناً تعيّن ، وإن أطلق تخيّر .

(وليس له الاستدانة بالأذن في التجارة) لعدم دلالتها عليها^(٢) إلا أن تكون لضرورتها ، كتقل المتاع وحفظه مع الاحتياج إليه (فتلزم ذمته) لو تعدّى المأذون نطاقاً أو شرعاً^(٣) (لو تلف يتبع به بعد عتقه) ويساره (على الأقوى) ، وإلا ضاع . ولو كانت عينه باقية رجع إلى مالكه ، لفساد العقد^(٤) .

(وقيل : يسعى فيه) العبد معجلاً^(٥) ، استناداً إلى إطلاق رواية^(٦) أبي بصير ، ومُحلت على الإستدانة للتجارة ، لأن الكسب للمولى^(٧) فإذا لم يلزمه فعله^(٨) لا يدفع من ماله .

(١) [الوسائل ، كتاب التجارة ، الباب : ٣٦ من أبواب الدين والقرض ، الحديث : ٢] .

(٢) أي لعدم دلالة التجارة على الإستدانة .

(٣) أي المأذون شرعاً كالضرورة المذكورة .

(٤) أي عقد القرض بسبب عدم الإذن .

(٥) أي قبل العتق .

(٦) إذ فيها «ويستسعى العبد في الدين» ، فإطلاقه يشمل ما لو كان الدين للتجارة وغيرها

[الوسائل ، الباب : ٣٦ من أبواب الدين والقرض ، الحديث : ١] .

(٧) هذا تعليل لعدم إرادة الإطلاق من قوله : ويستسعى العبد في الدين .

(٨) أي فإذا لم يلزم المولى فعل العبد - وهو الإستدانة - لا يدفع من ماله ، إذ سعي العبد من مال المولى ، فلا يجوز للعبد أن يسعى فيه معجلاً .

والأقوى أن استدانتَه لضرورة التجارة إنما يلزم مما في يده، فإن قصر استسعى في الباقي، ولا يلزم المولى من غير ما في يده، وعليه^(١) تُحمَل الرواية.

(ولو أخذ المولى ما اقترضه) المملوك بغير إذنه أو ما في حكمه^(٢) (تخيّر المقرض بين رجوعه على المولى)، لترتب يده على ماله مع فساد القرض (وبين اتباع العبد) بعد العتق واليسار، لأنه^(٣) كالغاصب أيضاً. ثم إن رجوع على المولى قبل أن يُعتق المملوك لم يرجع المولى عليه، لأنه لا يثبت له في ذمة عبده مال. وإن كان عبده وكان عند أخذه للمال عالماً بأنه قرض، فلا رجوع له على المملوك أيضاً لتفريطه. وإن كان قد غره - بأن المال له - إتجه رجوعه عليه لمكان الغرور، وإن رجع المقرض على العبد بعد عتقه ويساره فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف في يده، إلا أن يكون قد غرَّ المولى فلا رجوع له عليه.

(١) أي رواية أبي بصير تُحمَل على أن استدانتَه لضرورة التجارة، وإنما يلزم مما في يده، فإن قصر استسعى في الباقي، ولا يلزم المولى من غير ما في المزبور.

هذا، ولكن يُشكل هذا الحمل بأنه لا شاهد له، مع أنه في القرض المزبور مأذون شرعاً، لأن استدانتَه لضرورة التجارة، فكيف لا يلزم المولى من غير ما في يده؟

(٢) أي بغير ما حكم إذنه كضرورة التجارة.

(٣) أي لأن العبد كالغاصب أيضاً، كما أن المولى كالغاصب، وذلك لفساد القرض، فيدهما يد عدوان على العين المقترضة. ولكن لو عتق للمولى أن يرجع إليه في فرض غروره بأن المال له.

وهذا نظير ما لو أ تلف مال المولى حالكونه مملوكاً، فإنه في حال مملوكيته لا يثبت في ذمته للمولى مال، ولكن بعد عتقه لا مانع لرجوع المولى إليه، فكان ينبغي أن يثبت عليه.



مرکز تحقیقات اسلامی علوم اسلامی

كتاب الرهن^{١)}

(وهو وثيقة للدين)^{٢)} والوثيقة فعيلة بمعنى المفعول ، أي موثوق به لأجل الدين ،
والتاء فيها لنقل اللفظ من الوصفية إلى الإسمية كتاء الحقيقة لا للتأنيث ، فلا يرد عدم
المطابقة بين المبتدأ والخبر^{٣)} في التذكير والتأنيث . وأتى بالدين معرّفاً من غير نسبة له
إلى المرتهن حذراً من الدور^{٤)} ، باعتبار أخذه في التعريف ، وفي بعض النسخ : لدين
المرتهن .
ويمكن تخلصه منه^{٥)} بكشفه بصاحب الدين ، أو من له الوثيقة ، من غير أن يؤخذ
الرهن في تعريفه .

١) وهو لغة : الثبات والدوام ، ومنه «النعمة الراهنة» أي الشابتة والدائمة . ويُطلق على
الحبس ، ومنه قوله سبحانه «كل نفس بما كسبت رهينة» أي بما كسبت من خير أو شر
محبوسة .

٢) أي موثوق به لأجل الدين ، بحيث لو تعدّر استيفاءه ممن هو عليه استوفى منه .

٣) وفيه : إن الضمير الواقع مبتدئ لخبر مؤنث إذا كان مرجعه مذكراً يجوز فيه الأمران ، كما
هو مذكور في محله .

٤) وذلك لأن المرتهن هو الذي يقبل الرهن ، فهذا الوصف العنوانى يتوقف معرفته على
تعريف الرهن ، وهذا هو الدور الصريح .

٥) أي تخلص التعريف من الدور بكشف لفظ «المرتهن» لصاحب الدين أو من له الوثيقة ،
بأن يكون إشارة إلى صاحب الدين من دون لحاظ معناه الإشتقاقى .

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^(١) إنما هو لاستيفاء الدين ، على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق ، أو تعذر العين .

وفيه^(٢) تكلف ، مع أنه قد يبق بحاله فلا يكون ديناً . وفيه^(٣) على تقدير عدم الإضافة إلى المرتين إمكان الوثيقة بدون الرهن ، بل بالوديعة والعارية ومطلق وضع اليد ، فيؤخذ مقاصدة عند جحود المديون الدين ، وهو توثيق في الجملة . ويفتقر الرهن إلى إيجاب وقبول كغيره من العقود .

[عقد الرهن]

(والإيجاب رهنتك ، أو وثقتك) بالتضعيف ، أو أرهنتك بالهمزة (أو هذا رهن عندك ، أو على مالك) أو وثيقة عندك ، أو خذه على مالك ، أو بمالك ، أو أمسكه حتى أعطيك مالك بقصد الرهن (وشبهه) مما أدى هذا المعنى .

(١) أي المبيع وثمنه ، وهذا عطف على عدم جواز الرهن .

(٢) أي في التعليل الثاني ، وهو أن الرهن عليها تكلف . وذلك لئلا تسمى مثل ذلك ديناً ، مع أن الثمن والمبيع وغيرهما قد تبقى أعيانها من دون خَلَلٍ فيها ولو بالمال ، فأمثال هذه لا يصح إطلاق الدين عليها لا حقيقة ولا مجازاً .

(٣) أي في التعريف على تقدير عدم الإضافة إلى المرتين إيراد آخر ، وهو إمكان الوثيقة بدون الرهن بل بالوديعة ونحوها ، فلا يكون مانعاً ، مع أن التعريف لابد أن يكون جامعاً مانعاً .

وإنما لم ينحصر هذا العقد في لفظ كالعقد اللازمة ولا في الماضي، لأنه جائز من طرف المرتهن الذي هو المقصود الذاتي منه، فعُلِّب فيه جانب الجائز مطلقاً^(١). وجوزَه المصنف في الدروس بغير العربية، وفاقاً للتذكرة.

(وتكني الإشارة^(٢) في الأخرس) وإن كان عارضاً (أو الكتابة معها) أي مع الإشارة^(٣) بما يدل على قصده، لا بمجرد الكتابة، لا مكان العبث، أو إرادة أمر آخر. فيقول المرتهن «قبلت» وشبهه) من الألفاظ الدالة على الرضا بالإيجاب، وفي اعتبار المضي والمطابقة بين الإيجاب والقبول^(٤) وجهان. وأولى بالجواز هنا^(٥)، لوقوعه ممن هو ليس بلازم من طرفه.

(ويُشترط دوام الرهن) بمعنى عدم توقيته بمدة. ويجوز تعليق الإذن في التصرف^(٦) على انقضاء أجل وإطلاقه، فيتسلط عليه من حين القبول والقبض إن اعتبرناه (فإن ذكر أجلاً) للتصرف (أشترط ضبطه) بما لا يَحْتَمِل الزيادة والنقصان،

(١) أي عُلِّب جانب الجائز من الطرفين في عدم انحصاره في لفظ ولا في الماضي.

(٢) أي الإشارة المفهمة، سواء كانت باليد أو غيرها، إذ لا تنحصر في عضو مخصوص.

(٣) أي الإشارة بأن قصده من الكتابة هو إيجاب الرهن، إذ مجرد الكتابة غير كافية، لإمكان العبث ونحوه، فلا يعلم منه قصد الرهن. ولا بد أن يكون القبول مع هذا الإيجاب، فلو تراخى عنه كثيراً لا يعتد به، إذ يُعتبر في العقد الموالاة بين الإيجاب والقبول حتى يتحقق العقد والمعاقدة.

(٤) بأن يكونا ماضيين مثلاً.

(٥) أي في القبول، لوقوعه ممن هو ليس بلازم من طرفه وهو المرتهن.

(٦) اعلم أنه لا يجوز التصرف في العين المرهونة إلا بإذنها، ويجوز تعليق الإذن في التصرف على انقضاء أجل كما يجوز إطلاقه، فيتسلط عليه من حين القبول والقبض إن اعتبرناه.

أما لو شرطه للرهن بطل العقد^(١).

(ويجوز اشتراط الوكالة) في حفظ الرهن وبيعه وصرفه في الدين (للمرتهن وغيره، والوصية له^(٢) ولو ارثته) على تقدير موت الراهن قبله.

(وإنما يتم) الرهن (بالقبض على الأقوى) للآية^(٣) والرواية^(٤). ومعنى عدم تماميته^(٥) بدون كونه جزء السبب للزومه من قبل الراهن، كالقبض في الهبة بالنسبة إلى المتهب. وقيل: يتم بدونها للأصل^(٦). وضعف سند الحديث، ومفهوم الوصف في

(١) أي بطل عقد الرهن، لما تقدم من أنه يُشترط فيه دوام الرهن، فاشتراط أجل فيه منافٍ له كما لا يخفى. فتعليق أصل الرهن غير صحيح، وتعليق التصرف في العين المرهونة على انقضاء مدة لا بأس به. وهذا نظير ما قالوا في الوكالة من عدم جواز التعليق في أصلها ويجوز تعليق التصرف فيها.

(٢) أي ويجوز اشتراط الوصاية للمرتهن.

(٣) الآية قوله تعالى ﴿وإن كنتم على سفر فهأن مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣].

(٤) والرواية: لا رهن إلا مقبوضاً [الوسائل، الباب ٣ من كتاب الرهن، الحديث ١].

(٥) أي معنى قول المصنف: وإنما يتم - إلى آخره، أن القبض جزء السبب للزوم الرهن من قبل الراهن، والجزء الآخر للزومه هو العقد، فلم يتحقق القبض لم يتحقق للزوم، فللراهن الرجوع قبل إقباضه، كما أن القبض في الهبة شرط بالنسبة إلى ملك المتهب. والتشبيه بالهبة من هذه الجهة - أي من حيث اشتراط القبض بالنسبة إلى ملك المتهب لا من حيث اللزوم - إذ عقد الهبة في حد ذاته ليس بلازم على الزاheb، بخلاف الرهن فإنه بعد تماميته لازم على الراهن.

(٦) أي أصالة عدم اشتراط القبض، ومرجعها ظهور أدلة العقود باطلاقتها في كونها هي الأسباب المدلولاتها من غير حاجة إلى شيء آخر.

الآية . واشترطه بالسفر فيها وعدم الكاتب يرشد إلى كونه للإرشاد^(١) ، ويؤيده كون استدامته ليست بشرط ، بل قبض^(٢) المرتهن ، لجواز توكيله الراهن فيه . وهذا أقوى .

وعلى اشتراطه (فلو جُنَّ) الراهن (أو مات ، أو أغمي عليه ، أو رجع فيه قبل إقباضه بطل) الرهن ، كما هو شأن العقود الجائزة عند عروض هذه الأشياء .

وقيل : لا يبطل ، للزومه من قبيل الراهن ، فكان كاللازم مطلقاً^(٣) ، فيقوم وليه مقامه ، لكن يُراعي ولي المجنون مصلحته ، فإن كان الحظ في إلزامه - بأن يكون شرطاً في بيع يتضرر بفسخه - أقبضه وإلا أبطله .

ويضعف بأن لزومه على القول به^(٤) مشروط بالقبض ، فقبله جائز مطلقاً^(٥) ، فيبطل كالهبة قبله .

ولو عرض ذلك^(٦) للمرتهن فأولى بعدم البطلان لو قيل به^(٧) ثم ولو قيل به في طرف الراهن فالأقوى عدمه هنا . والفرق^(٨) تعلق حق الورثة والغرماء بعد موت

(١) أي يرشد كل واحد منها إلى كون القبض للإرشاد إلى التوثيق ، لأنه مظنة تضييع المال . وإلا فالسفر وعدم الكاتب ليسا شرطين للقبض .

(٢) أي قبض المرتهن أيضاً ليس بشرط ، لجواز توكيله الراهن فيه . ولا يخفى : أن هذا لا ينافي شرعية القبض فيه ، إذ لا تُعتبر المباشرة بل يجوز التوكيل فيه كما ذكره .

(٣) أي من الطرفين ، فيقوم وليه في استحقاق الإقباض مقامه .

(٤) أي على القول بال لزوم .

(٥) أي جائز من قبل كل منها ، فيبطل كالهبة قبل القبض .

(٦) أي الأشياء المزبورة من المجنون وغيره .

(٧) أي لو قيل بعدم البطلان في طرف الراهن .

(٨) فينا في الرهن لحق الورثة . ولكن لا يخفى : أن فرض المسألة إنما هو فيما عرض ذلك قبل

الراهن بماله ، بخلاف موت المرتهن ، فإن الدين يبقى فتيق وثيقته ، لعدم المنافي . وعلى هذا لا يجبر الراهن على الإقباض ، لعدم لزومه بعد ، إلا أن يكون مشروطاً في عقد لازم ، فيبني على القولين .

(ولا يشترط دوام القبض) للأصل بعد تحقق الإمتثال به (فلو أعاده إلى الراهن فلا بأس) وهو موضع وفاق .

(وتقبل إقرار الراهن بالإقباض) لعموم ^(٢) «إقرار العقلاء» (إلا أن يعلم كذبه) كما لو قال : رهنته اليوم داري التي بالحجاز - وهما بالشام - وأقبضته إياها فلا يقبل ، لأنه محال عادة ، بناءً على اعتبار وصول القابض ^(٣) أو من يقوم مقامه إلى الرهن في

⇒ القبض . فبناءً على اشتراطه يبطل الرهن بعروض ذلك قبله ، فحينئذ لا فرق بين موت الراهن والمرتحن ، إذ لا يبقى رهن حتى يكون وثيقة . ولعل مراده من البطان بموت المرتحن عدم لزومه ، فيقوم الوارث مقامه في القبض . فليتأمل .

(١) أي على تقدير عدم البطان بموت المرتحن لا يجبر الراهن على الإقباض ، لعدم لزوم الرهن إلا أن يكون مشروطاً في عقد لازم فيبنى على القولين ، وهما : إن الشرط في العقد اللازم هل يقلبه جائزاً ، فلا يجب على المشروط عليه فعله ، وإنما فائدته جعل البيع معرضاً للزوال بالفسخ عند عدم سلامة الشرط ، أو أنه يجب الوفاء بالشرط ، فلو امتنع المشروط عليه لزم إجباره ؟ وقد تقدم ذلك مفصلاً في بحث خيار الإشتراط . فالرهن المشروط في عقد البيع مثلاً يجب فيه القبض .

قال في المسالك ، ويظهر من الشهيد أن الرهن المشروط في العقد اللازم يستحق القبض وإن قلنا بكونه شرطاً في اللزوم . وفي القواعد استشكل في استحقاق المرتحن المطالبة به على القول بالإشتراط . انتهى .

(٢) [الوسائل ، كتاب الإقرار ، الباب ٣ الحديث ٢] .

(٣) هذا هو الأقوى ، لأن المتفاهم من الإقباض عرفاً تسليط القابض ، ولا يتحقق التسليط

تحقيقه .

(فلو ادعى) بعد الإقرار بالقبض (المواطأة)^(١) على الإقرار والإشهاد عليه ، إقامة لرسم الوثيقة حذراً من تعذر ذلك^(٢) إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض سُمعت دعواه لجريان العادة بذلك (فله إحلاف المرتين) على عدمها^(٣) وأنه وقع موقعه .

هذا إذا شهد الشاهدان على إقراره ، أما لو شهدا على نفس الإقباض لم تُسمع دعواه ولم يتوجه اليمين ، وكذا لو شهدا على إقراره به فأنكر الإقرار ، لأنه^(٤) تكذيب للشهود . ولو ادعى الغلط في إقراره وأظهر تأويلاً ممكناً فله إحلاف المرتين أيضاً ، وإلا فلا على الأقوى .

جـ بدون وصول القابض إليه . وهذا واضح .

(١) أي ادعى التميؤ والتوثقة على الإقرار عند الشاهدين وإشهادهما عليه إقامة لرسم الوثيقة ، أي لأجل كتابة الوثيقة والشهادة عليها .

(٢) أي تعذر الإشهاد إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض ، لعدم وجود الشاهد عند القبض أو لمانع آخر .

(٣) أي على عدم المواطأة وأن الإقرار وقع موقعه . ويحتمل عدم سماع دعواه ، لأنها خلاف ظاهر الإقرار ، فهو بحسب الظاهر مكذب لإقراره الأول . فليتأمل .

(٤) أي لأن كل واحد من دعواه المواطأة وإنكار الإقرار تكذيب للشهود . وهذا بخلاف ما إذا شهد الشاهدان على إقراره ، فإنه لا يستلزم بادعائه المواطأة تكذيب الشهود ، حيث أنه في الفرض موافق مع الشهود في لفظ الإقرار ولكن يدعي المواطأة على الإقرار لا نفسه .

(٥) أي وإن لم يظهر تأويلاً ممكناً ليس له إحلاف المرتين على الأقوى . وعمن العلامة في التذكرة أنه استقر توجّه اليمين له على المرتين وإن لم يظهر تأويلاً ، فقلوله « على الأقوى » إشارة إلى خلاف العلامة .

(ولو كان) الرهن (بيد المرتين فهو قبض) لصدق كونه رهناً مقبوضاً^(١)، ولا دليل على اعتباره مبتدأ بعد العقد. وإطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين المقبوض بإذن وغيره كالمغصوب، وبه صرح في الدروس. والوجه^(٢) واحد، وإن كان منهيّاً عن القبض هنا^(٣)، لأنه^(٤) في غير العبادة غير مفسد. وقيل: لا يكفي ذلك، لأنه على تقدير اعتباره في اللزوم ركن، فلا يُعتدّ بالمنهي عنه منه، وإنما لا يقتضي الفساد حيث تكمل الأركان، ولهذا لا يُعتدّ به^(٥) لو ابتدأه بغير إذن الراهن.

(و) على الاكتفاء به (لا يفتقر إلى إذن) جديد^(٦) (في القبض، ولا إلى مضي زمان) يمكن فيه تجديده، لتحقق القبض قبله^(٧)، فاعتبار أمر آخر تحصيل للحاصل^(٨)، وللأصل.

(١) كما هو مفاد الآية [البقرة: ٢٨٣].

(٢) وهو صدق كونه رهناً مقبوضاً.

(٣) أي في المغصوب. ولكن لا يخفى: أنه بعد معاملة الرهن لا يبقى غصب حتى يكون منهيّاً عنه، ولا يُعتبر في صحة القبض أزيد من كونه حين الرهن برضى الراهن لصدق كونه رهناً مقبوضاً، ولا دليل على اعتباره ابتداءً.

(٤) قد ذكرنا ما حاصله: إنه بعد الرهن لا يفتقر موضوع للنهي حتى يكون مفسداً أو غير مفسد.

(٥) قد عرفت ما حاصله: أن المعتر في قبض الرهن كون الراهن في حال الرهن راضياً بكونه في يد المرتين ولو كان ابتداءً بغير إذن الراهن، ولا دليل على اعتبار شيء آخر.

(٦) أي غير الإذن السابق، وذلك فيما لو كان القبض السابق باذن كما في الوديعة ونحوها.

(٧) أي قبل كل واحد من الإذن الجديد ومضى زمان يمكن فيه القبض.

(٨) أي تحصيل للقبض الحاصل.

وقيل: يُشترطان في مطلق القبض السابق^(١). وقيل: في غير الصحيح، لأن المعبر منه ما وقع بعد الرهن^(٢)، وهو لا يتم إلا بإذن كالمبتدأ^(٣)، والإذن فيه يستدعي تحصيله، ومن ضروراته مضي زمان، فهو دالٌّ عليه^(٤) بالمطابقة، وعلى الزمان بالإلتزام، لكن مدلوله المطابق مستنفٍ، لإفضائه إلى تحصيل الحاصل واجتماع الأمثال، فيبقى الإلتزامي. ويضعف بمنع إعتبار المقيّد بالبعدية^(٥)، بل الأعم، وهو حاصل، والزمان المدلول عليه التزاماً من توابعه ومقدماته، فيلزم من عدم اعتباره

(١) أي سواء كان صحيحاً مأذوناً فيه كالعارية والوديعة أو غيره كالقُصْب والبيع الفاسد.
(٢) هذا تعليل لاعتبار الإذن في غير الصحيح، كما يُشعر به تضعيفه للتعليل المزبور بقوله:
ويضعف بمنع اعتبار المقيّد - إلى آخر ما حققه، مع قوله: نعم لو كان قبضه بغير إذن - إلى آخره. ولا يخفى أن عبارة الكتاب غير وافية بتمام المقصود، وإِنما استفدناه من عبارته قدس سره في المسالك في هذه المسألة.

(٣) أي هذا القبض لا يتم إلا بإذن كالقبض الابتدائي من المرتين. وبعبارة لعلها أوضح: إن المعبر من القبض في الرهن ما وقع بعد الرهن لا قبله، والقبض لا يتم إلا إذا كان بإذن من الراهن، كما لا يتم القبض الابتدائي إلا بالإذن، والإذن فيه بعد الرهن يستدعي تحصيل القبض. ومن ضروراته أنه يقع في زمان، لأنه من الزمانيات، فالإذن الدال على الزمان دالٌّ بالمطابقة - باعتبار دلالة على تحصيله - وعلى الزمان بالإلتزام، لكن مدلوله المطابق مستنفٍ لحصوله، وتحصيل الحاصل واجتماع المثليين محال كما هو محرّر في محله. فيبقى الإلتزامي وهو الزمان.

(٤) أي الإذن الجديد دالٌّ على القبض بالمطابقة وعلى الزمان بالإلتزام.

(٥) أي ويضعف هذا التعليل بمنع اعتبار القبض المقيّد بالبعدية، بل المعبر القبض الأعم، أي مطلق القبض، سواء كان قبل عقد الرهن أم بعده.

انتفاؤه . نعم لو كان قبضه بغير إذن توجه اعتبارهما لما تقدم^(١) . وعلى تقديره^(٢) فالضمان باقٍ إلى أن يتحقق ما يزيله من قبيل المالك على الأقوى .
 (ولو كان) الرهن (مشاعاً فلا بد من إذن الشريك في القبض ، أو رضاه بعده)
 سواء كان مما يُنقل أم لا ، لاستلزامه التصرف في مال الشريك ، وهو منهي عنه بدون إذنه ، فلا يُعتدّ به شرعاً .
 ويُشكل فيما يكتفي فيه بمجرد التخلية ، فإنها لا تستدعي تصرفاً ، بل رفع يد الراهن عنه وتمكينه منه .

وعلى تقدير اعتباره^(٣) فلو قبضه بدون إذن الشريك وفعل محرماً فهل يتم القبض ؟ قولان ، منشؤهما النهي المانع ، كما لو وقع بدون إذن الراهن . وهو اختيار

(١) أي لما تقدم من أنه على تقدير اعتباره في اللزوم ركن ، فلا يعتدّ بالمنهي عنه منه . ثم هذا تمام الكلام فيما يتعلق بشرح العبارة .
 ولكن لا يخفى : أن القبض المنهي عنه إنما هو قبل معاملة الرهن ، فإذا توافقت على كونه رهنًا ورضيا به زال عنه النهي ، إذ مناط القبض - كما هو التحقيق - كون العين المرهونة بيد المرتين مقرونًا برضى الراهن ، وهذا المعنى حاصل عند توافقهما على رهن عين المرهونة .
 فلا نهي حينئذٍ حتى يوجب الفساد .
 وبعبارة أخرى : إن المنهي عنه هو قبض الناصب مثلاً ، وهو خارج عن المعاملة ، والذي يُعتبر في الرهن هو كونه في سلطة المرتين برضى من الراهن ولو كان سببه هو القبض المنهي عنه . فليتأمل .

(٢) أي وعلى تقدير اعتبارهما فالضمان باقٍ إلى أن يتحقق من قبل المالك ما يزيله ، من الإذن الجديد ومضي الزمان . هذا ، ولكن الأظهر ارتفاع الضمان بمجرد الرضى بكونه في يده بعنوان الرهن ، لزال عنوان الغصب بذلك ، وذلك واضح .
 (٣) أي اعتبار إذن الشريك .

المصنف ، وأن النهي إنما هو بَلَقَّ الشريك فقط ، للإذن من قِبَلِ الراهن الذي هو المعتبر شرعاً . وهو أوجد . ولو اتفقا^(١) على قبض الشريك جاز ، فيُعتبر سماعه^(٢) الإذن فيه .

(والكلام : إما في الشروط ، أو اللواحق)

(الأول : شرط الرهن أن يكون عيناً مملوكة يمكن قبضها ويصح بيعها) .
هذه الشرائط منها ما هو شرط الصحة وهو الأكثر ، ومنها ما هو شرط في اللزوم كالمملوكة ، باعتبار رهن ملك الغير^(٣) . ولا يضر ذلك^(٤) ، لأنها شروط في الجملة ، ولأن المملوكة تشتمل على شرط الصحة في بعض محترزاتها^(٥) .
(فلا يصح رهن المنفعة) كسكنى الدار وخدمة العبد ، لعدم إمكان قبضها ، إذ لا يمكن إلا بإتلافها ، ولتعذر تحصيل المطلوب في الرهن منها ، وهو استيفاء الدين منه ، وهي إنما تستوفي شيئاً فشيئاً ، وكلما حصل منها شيء عُذِمَ ما قبله . كذا قيل . وفيه نظر^(٦) .

-
- (١) أي لو اتفق الراهن والمرتهن على جعل الشريك وكيلاً في القبض .
 - (٢) أي سماع الشريك إذن الراهن والمرتهن له في قبضه للرهن .
 - (٣) حيث إن رهن ملك الغير صحيح لكن لزومه متوقف على الإجازة .
 - (٤) أي ذكر هذه الشروط من دون تمييز بعضها عن بعض مع أن بعضها شروط الصحة وبعضها شرط اللزوم لا يضر ، لأنها شروط في الجملة .
 - (٥) أي في بعض محترزات المملوكة ، كما في رهن ما ليس قابلاً للمملوكة أصلاً ، كالحر أو ما لا يملكه المسلم كالخمر والتخزير ونحو ذلك ، فيصح أن يقال : إن المملوكة شرط للصحة .
 - (٦) قال في الحاشية : وجه النظر أن استيفاء الدين من حين الرهن ليس بشرط بل منه أو من عوضه ولو يبيعه قبل الاستيفاء ، كما لو رهن ما يتسارع عليه الفساد قبله . والمنفعة يمكن

(ولا الدين) 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. ويحتمل جوازه على هذا القول^(١)، ويكتفى بقبض ما يعينه المديون، لصدق قبض الدين عليه عرفاً، كهبة ما في الذمة.

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، والإعتذار له^(٢) عن ذلك بعدم المناقاة بين عدم اشتراطه واعتبار كونه

فيها ذلك، بأن يؤجر العين ويجعل الأجرة رهناً. وقريب منه القول في القبض، لإمكانه بتسليم العين ليستوفي منها المنفعة ويكون عوضاً رهناً. إلا أن يقال: إن ذلك خروج عن المتنازع، لأن رهن الأجرة جائز وإنما كان الكلام في المنفعة نفسها، والفرق بينها وبين ما يتسارع إليه الفساد إمكان رهنه والمانع عارض بخلاف المنفعة - تأمل. انتهى.

(١) أي القول باشتراط القبض، فحيثئذ يكتفى بقبض ما يعينه المديون لصدق قبض الدين عليه عرفاً كما في هبة ما في الذمة، مع أنه يعتبر فيها القبض، فإنها صحيحة بلا إشكال. وفيه: إنه لو وهب ما في الذمة، فإن كان لغير من عليه الحق لم يصح لأنها مشروطة بالقبض، وإن كان له صح وصرف إلى الإبراء، بل هو مصداق للإبراء، لأنه يتحقق ولو بغير لفظ كالإشارة مثلاً، فهبة ما في ذمة المديون له إنما هو إبراء في الحقيقة، إذ لا يستتر فيه لفظ مخصوص كما ذكرنا.

(٢) المعتذر الشيخ علي الكركي قدس سره وهو المحقق الثاني، قال في محكي شرح القواعد: تعجب الشهيد في غير موضعه، لأن قوله بأن القبض غير شرط في تحقق عقد الرهن

مما يقبض مثله مع تصريحه بالبناء المذكور ، غير مسموع^(١) .
 (ورهن المدبّر إبطال لتدبيره على الأقوى) لأنه من الصيغ الجائزة ، فإذا تعقّبها ما ينافيها أبطله ، لكونه رجوعاً ، إذ لا يتم المقصود من عقد الرهن إلا بالرجوع^(٢) . وقيل : لا يبطل به ، لأن الرهن لا يقتضي نقله عن ملك الراهن ، ويجوز فكه ، فلا يستحقّ التنافي بمجرده ، بل بالتصرف . وحينئذ فيكون التدبير مراعى بفكه فيستقر ، أو يأخذه في الدين فيبطل . واستحسنه في الدروس .

(ولا رهن الخمر والخنزير إذا كان الراهن مسلماً أو المرتهن) وإن وضعهما على يد ذي^(٣) ، لأن يد الودعي كيد المستودع . خلافاً للشيخ حيث أجازاه كذلك ، محتجاً بأن

➤ والحكم بصحته لا ينافي اشتراط كون الرهن مما يقبض مثله ، نظراً إلى أن مقصوده لا يحصل إلا بكونه مما يقبض ، كما أرشدت إليه الآية الكريمة . وأحدها غير الآخر ، إذ الأول ناظر إلى الحكم بصحة الرهن من دونه إذا كان المرهون مما يقبض ، والثاني إلى أن ما لا يقبض مثله عادة لا يصح رهنه . وأين هذا من ذاك ، انتهى .

(١) وحاصله بعد أن صرح في التذكرة بكون الحكم مبنياً على اشتراط القبض وعدمه فلا يصح مع اشتراط القبض ويصح بدونه ، فلا يتم الاعتذار عن المنافاة بعد تثميله بالدين ، إذ المنافاة واضحة بعد التصريح المذكور كما لا يخفى .

(٢) أي إلّا بالرجوع عن التدبير .

(٣) هذا في صورة كون المرتهن مسلماً والراهن ذمياً ، وهذا قول الشيخ في محكي الخلاف ، حيث قال فيه : إذا استقرض ذي من مسلم مالاً ورهن بذلك خمرًا يكون على يد ذي آخر يبيعها عند محلّ الحق فباعها وأتى بتمنّها جاز له أخذه . واحتج الشيخ قدس سره بأن حق الوفاء إلى الذمي فيصح ، كما لو باع الذمي الخمر والخنزير في غير صورة الرهن وأوفى الرهن بتمنّها ، فإنه لا إشكال في جواز أخذ المرتهن قيمتها . فأورد الشارح قدس سره

حق الوفاء إلى الذمي فيصح ، كما لو باعها وأوفاه ثمنها . والفرق واضح .
(ولا رهن الحر مطلقاً) من مسلم وكافر ، عند مسلم وكافر ، إذ لا شبهة في عدم ملكه .

(ولو رهن ما لا يملك) الرهن وهو مملوك لغيره ^(١) (وقف على الإجازة) من مالكة ، فإن أجازته صح على أشهر الأقوال من كون عقد الفضولي موقوفاً مطلقاً ^(٢) ، وإن رده بطل .

(ولو استعار للرهن صح) ثم إن سَوَّغَ له المالك الرهن كيف شاء جاز مطلقاً ^(٣) ، وإن أطلق في جوازه فيتحير - 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 ، فإن تخطى حينئذ كان فضولياً ، إلا أن يرهن على الأقل ، فيجوز بطريق أولى .

ويجوز الرجوع في العارية ما لم تُرهن عملاً بالأصل ^(٤) . (وتلزم بعقد الرهن) فليس للمعير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن ، وإن جاز له مطالبة الراهن بالفاك عند

→ عليه بقوله : والفرق واضح ، وذلك لأنَّ فائدة الرهن تسليط المرتين على المهرن بالبيع ونحوه مما يتضمن الإستيفاء ، وهو هنا ممتنع ، والوضع عند الذمي لا يرفع هذا المحذور ، لأنَّ يد الوَدْعِي بمنزلة يد المستودع .

(١) هذا احترازٌ عما لا يقبل الملك أصلاً كالخمر والخنزير .

(٢) أي في جميع العقود الفضولية موقوفاً لا باطلاً رأساً كما هو القول الآخر ، ولا موقوفاً في عقد النكاح وباطلاً في غيره كما عن بعض آخر .

(٣) أي جاز مطلقاً بأي نحو كان ، من حيث المبلغ والمدة ونحوها .

(٤) أي أصالة إطلاق جواز الرجوع في العارية .

الحلول^١). ثم إن فكه ورده تاماً برىء (ويضمن الراهن لو تلف) وإن كان بغير تفريط^٢ (أو بيع) بمثله إن كان^٣ مثلياً، وقيمته يوم التلف إن كان قيمياً. هذا إذا كان التلف بعد الرهن، أما قبله فالأقوى أنه كغيره من الأعيان المعارة، وعلى تقدير بيعه فاللزام لمالكه ثمنه إن بيع بضمن المثل، ولو بيع بأزيد فله المطالبة بما يبيع به.

(ويصح رهن الأرض الخراجية) كالمفتوحة عسنة، والتي صالح الإمام عليه

(١) وفيه إشكال. نعم قد ادّعى عليه تسالم الفقهاء، قال في الجواهر: نعم لا إشكال في أن له - أي للمعير - المطالبة بالفك على كل حال بعد الحلول، بلا خلاف أجده فيه، بل قيل كأنه إجماعي. انتهى.

وجه الإشكال: أنه كما لا يجوز المطالبة بالفك قبل الحلول - حيث أنه مناف لمقتضى الرهن - كذلك بعد الحلول لاشتراكه في المحذور المذكور، وهو منافاته لمقتضى الرهن، كما لعله واضح.

نعم، هنا إشكال في أصل المسألة، وهو أن العارية من العقود المجازة فكيف تصير لازمة في الرهن؟ ويندفع بعد الإجماع على جواز رهن مال الغير بأذنه، وفي المسالك أجمع العلماء على جواز رهن مال الغير بأذنه، إذ المالك بنفسه أقدم على مقتضى الرهن وهو عدم جواز رجوعه فيه، مع أن تعلق الرهن قد يؤدي إلى خروج عين المرهونة عن ملكه، وهذا الإقدام قد أمضاه الشارع كمارية الأرض للدفن، فإنه لزمته بالعارض حيث لا يجوز نبش القبر.

(٢) لأنه مضمون على الراهن. قال في الجواهر: كما صرح به غير واحد، بل في المسالك جعلوها - أي العلماء - مضمونة على الراهن وإن تلفت بغير تفريط. انتهى.

وهذا مشعر بالإجماع، فلا يعارضه ما دلّ على عدم ضمان العارية.

(٣) الظرف متعلق بقول المصنف «يضمن»، أي يضمن بمثله إن كان مثلياً.

الصلاة والسلام أهلها على أن تكون ملكاً للمسلمين، وضرب عليهم^(١) الخراج كما يصح بيعها (تبعاً للأبنية والشجر) لا منفردة^(٢).

(ولا رهن الطير في الهواء) لعدم إمكان قبضه. ولو لم يشترطه أمكن الجواز^(٣). لإمكان الاستيفاء منه ولو بالصلح عليه (إلا إذا اعتيد عوده)، كالحمام الأهلي فيصح لإمكان قبضه عادةً.

(ولا السمك في الماء إلا إذا كان محصوراً مُشاهداً) بحيث لا يتعذر قبضه عادةً، ويمكن العلم به.

(ولا رهن المصحف عند الكافر، أو العبد المسلم) لاقتضائه الاستيلاء عليهما، والسبيل على بعض الوجود ببيع ونحوه (إلا أن يوضع على يد مسلم) لانتفاء السبيل بذلك، وإن لم يشترط بيعه للمسلم^(٤)، لأنه حينئذ لا يستحق الإستيفاء من قيمته إلا ببيع المالك أو من يأمره أو الحاكم مع تعذره، ومثله لا يعد سبيلاً، لتحقيقه^(٥)، وإن لم يكن هناك رهن.

(ولا رهن الوقف) لتعذر استيفاء الحق منه بالبيع، وعلى تقدير جواز بيعه بوجه

(١) أي وضرب على الكفار الخراج.

(٢) لأنها ملك المسلمين قاطبةً ولم يتعين لواحد.

(٣) قد استشكل فيه ما حاصله: إن غاية الرهن هو الاستيثاق، وفي الفرض لا يحصل الفرض، إذ في فرض عدم إمكان قبضه لا يمكن الاستيفاء منه ولو بالصلح عليه، حيث إن صحة الصلح مع الفرض المزبور محل إشكال أيضاً.

(٤) أي لم يشترط للمسلم بيعه، فللمسلم متعلق ببيعه.

(٥) أي لتحقيق مثل ذلك وإن لم يكن رهن، كما لو كان مديوناً للكافر وباع عبده المسلم لأداء دينه، فإن مثل ذلك لا يُسمى سبيلاً.

يجب أن يُشترى بثمنه ملكاً يكون وقفاً، فلا يتجه الإستيفاء منه مطلقاً^{١١}. نعم لو قيل بعدم وجوب إقامة بدله أمكن رهنه حيث يجوز بيعه.

(ويصح الرهن في زمن الخيار) لثبوت الثمن في الذمة وإن لم يكن مستقراً (وإن كان) الخيار (للبيع)^{١٢}، 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 أولهما، لا يصح الرهن على الثمن قبل انقضائه.

١١) أي لا يتجه الإستيفاء منه وإن جاز بيعه ليشترى بثمنه ملكاً يكون وقفاً.
١٢) سواء كان مختصاً به أم مشتركاً بينه وبين المشتري، وإتيانه بأن الوصلية إشارة إلى خلاف الشيخ وقوله بعدم انتقال العوضين في زمن خيار البائع، فلا شيء في ذمة أحد حتى يصح الرهن عليه. وأما إذا كان الخيار للمشتري خاصة، فهو موافق للمشهور من انتقال العوضين بمجرد العقد، فيترتب عليه أثره من جواز الرهن عليه ونحوه.
ثم هذا كله ظاهر عبارة المصنف بل صريحه، والشارح قدس سره أيضاً أراد هذا المعنى. وهذا هو الصحيح، لا ما توهمه بعض المحشين وحمل كلامه على ما لا يحصل له، فالتعرض له والجواب عنه مما ليس فيه كثير فائدة.

ثم هذا فيما إذا كان الرهن على الثمن في زمن الخيار كما فسرته الشارح، وأما لو كان على شيء آخر ففيه إشكال لو كان الخيار لها أو للبائع خاصة إذا كان الراهن هو المشتري، لأن الرهن من قبيل الراهن لازم فينا في خيار البائع، كما أنه ليس له بيعه وما أشبهه من التنازل للملك، لأن كل ذلك منافٍ لحق الخيار للبائع. وهذا واضح بعد التأمل.
نعم، لو كان الخيار للمشتري خاصة فلا إشكال، لأن رهنه مبطل للخياره. وهكذا يجوز للبائع رهنه لو كان الخيار له أولهما ويكون الرهن فسخاً للبيع. هذا محصل ما في المسالك في هذه المسألة.

(ويصح رهن العبد المرتد ولو عن فطرة)^(١) لأنه لم يخرج بها عن المملك، وإن وجب قتله، لأنه حينئذ كرهن المريض الميؤوس من برئه، ولو كان امرأة أو ميلاً، فالأمر أوضح، لعدم قتلها مطلقاً^(٢)، وقبول توبته^(٣).

(والجاني مطلقاً) عمداً وخطأ، لبقاء المالية وإن استحق العائد القتل، ولجواز العفو. ثم إن قُتل بطل الرهن، وإن فداه مولاه أو عني الولي بقي رهناً. ولو أسترَق بعضه بطل الرهن فيه خاصة. وفي كون رهن المولى له في الخطأ التزاماً بالفداء وجهان^(٤) كالبيع (فإن عجز المولى عن فكّه قَدِّمت الجناية) لسبقها، ولتعلق حق الجاني عليه بالرقبة، ومن قُتِل مات الجاني لم يُلْزَم السيد، بخلاف المرتين، فإن حقه لا ينحصر فيها^(٥)، بل تشركها ذمة الراهن.

(ولو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبل الأجل) بحيث لا يمكن إصلاحه كتجفيف العنب والرطب^(٦) (فليشترط بيعه ورهن ثمنه) فيبيعه الراهن ويجعل ثمنه رهناً، فإن امتنع منه رفع المرتين أمره إلى المحاكم لبيعه أو يأمر به، فإن تعذر جاز له البيع، دفعاً للضرر والخرج.

(١) لا يخفى: أن الصحة في الفطري مشكل، لأنه يجب إنثاله فينتفي غاية الرهانة. وهكذا

المريض المأيوس من برئه. فليتأمل.

(٢) أي لعدم قتل المرأة مليئة كانت أو فطرية.

(٣) أي توبة الميلى.

(٤) بل قولان، وقد تقدم في كتاب البيع في جناية العبد خطأ: من أنه إذا باعه بعد الجناية كان التزاماً بالفداء على أصح القولين.

(٥) أي لا ينحصر في الرقبة، بل تشترك الرقبة ذمة الراهن.

(٦) هذا مثال لما يمكن إصلاحه، وذلك كتجفيف الرطب، فيجب حينئذٍ على الراهن إصلاحه، لأن ذلك من مؤونة حفظه كنفقة الحيوان.

(ولو أطلق) الرهن ولم يشترط بيعه ولا عدمه (مُحل عليه)^(١) جمعاً بين الحقين مع كونه حالة الرهن صالحاً له. وقيل: يبطل، لعدم اقتضاء الإطلاق البيع وعدم صلاحيته، لكونه رهناً على الدوام، فهو في قوة الهالك. وهو ضعيف، لكونه عند العقد مالاً تاماً وحكم الشارع ببيعه - على تقدير امتناعه منه - صيانةً للبال جائز، لنفساده.

واحترز بقوله «قبل الأجل» عما لو كان لا يفسد إلا بعد حلوله، بحيث يمكن بيعه قبله^(٢)، فإنه لا يُمنع. وكذا لو كان الدين حالاً، لإمكان حصول المقصود منه. ويجب على المرتين السعي على بيعه بأحد^(٣) الوجوه، فإن ترك مع إمكانه ضمن^(٤)، إلا أن ينهأ المالك فينتفي الضمان. ولو أمكن إصلاحه بدون البيع لم يجز بيعه بدون إذنه، ومؤنة إصلاحه على الراهن كنفقة الحيوان.

(وأما المتعاقدان):

فيشترط فيها الكمال (بالبلوغ، والعقل، والرشد، والاختيار) وجواز التصرف (برفع الحجز عنها في التصرف المالي). ويصح رهن مال الطفل للمصلحة (كما إذا افتقر إلى الاستدانة لنفقته، وإصلاح

(١) أي حمل الإطلاق على جواز بيعه، وذلك لأن المقصود من الرهن إنما يستحق على هذا التقدير فيجب المصير إليه، فهذا قرينة على الحمل المزبور.

(٢) احترز به عما لو كان بعد الحلول، بحيث لا يمكن بيعه قبل الفساد لقصر الزمان ونحوه.

(٣) وهي بيع الراهن، فإن امتنع رفع المرتين أمره إلى الحاكم لبيعه أو يأمر به، فإن تعذر جاز بيع المرتين دفعة للضرر.

(٤) أي فإن ترك البيع مع إمكانه حتى يفسد ضمن.

عقاره، ولم يكن يبيع شيء من ماله أعود، أو لم يمكن وتوقفت^(١) على الرهن. ويجب كونه على يد ثقة يجوز إيداعه منه.

(و) كذا يصح (أخذ الرهن له، كما إذا أسلف ماله مع ظهور الغبطة، أو خيف على ماله من غرق أو نهب). والمراد بالصحة هنا الجواز بالمعنى الأعم، والمقصود منه الوجوب.

ويعتبر كون الرهن مساوياً للحق أو زائداً عليه، فيمكن استيفاءه منه. وكونه بيد الولي، أو يد عدل ليتم التوثق والإشهاد على الحق لمن يثبت به عند الحاجة إليه عادة^(٢). فلو أخل ببعض هذه ضمن مع الإمكان^(٣).

(ولو تعذر الرهن هنا) وهو في موضع الخوف على ماله (أقرض من ثقة عدل^(٤) غالباً) هكذا اتفقت النسخ، والجمع بين العدل والثقة تأكيد، أو حاول تفسير الثقة بالعدل لوروده^(٥) كثيراً في الأخبار وكلام الأصحاب محتملاً^(٦) لما هو أعم منه.

(١) أي الإستدانة.

(٢) أي ويعتبر الإشهاد للشخص الذي يثبت الحق به عند الحاجة إلى الإشهاد، يعني يجب على هذا الشخص الإشهاد ولياً كان أو غيره. وقوله «عادة» قيدٌ للحاجة.

(٣) أي مع إمكان الأمور المزبورة وإلا لم يضمن.

(٤) فلو لم يحصل الثقة لم يميز الإقراض. هذا في صورة احتمال التلف، إذ معنى الخوف على المال هذا، وأما في صورة العلم بالتلف فإقراضه من غير الثقة أولى من تركه.

قال في المسالك: ويشكل - أي عدم جواز الاقتراض حيث يؤدي تركه إلى تلف المال - إلى أن قال: وعلى تقدير عدم الوفاء وتحقق التلف بدون يمكن أولوية إقراضه لثبوته في ذمته، فيحمل تخلّصه أو وارثته منه.

(٥) أي لورود الثقة. [الوسائل، كتاب القضاء، أبواب صفات القاضي، الباب ١١ الحديث ٤

ووصف الغلبة للتنبيه على أن العدالة لا تُعتبر في نفس الأمر^(١) ولا في الدوام ، لأن عروض الذنب ليس بقادح على بعض الوجوه^(٢) كما عرفت في باب الشهادات ، والمعتبر وجودها غالباً .

(وأما الحق) :

(فيشترط ثبوته^(٣) في الذمة) أي استحقاقه فيها وإن لم يكن مستقراً (كالقرض وثن المبيع) ولو في زمن الخيار^(٤) (والدية بعد استقرار الجنائية) وهو انتهائها إلى الحد الذي لا يتغير موجباً لقبله^(٥) ، لأن ما حصل بها في معرض الزوال بالانتقال إلى

٦) أي حال كون وروده في الأخبار وكلام الأصحاب محتملاً للمعنى الذي هو أعم من العدالة ، فمحتملاً حال لقوله «لوروده في الأخبار» ، ففسره بالعدالة لرفع هذا الإحتمال .

١) أي في الواقع ، بل الظاهر كافي كما هو كذلك في باقي الموارد التي تُعتبر فيها .

٢) كما لو تاب عنه لو كانت كبيرة أو لم يصبر عليها لو كانت صغيرة ، كما هو مذكور في بحث العدالة .

٣) أي ثبوت الحق في الذمة ، بأن كان ديناً . واحترز به عن العين ، سواء كانت أمانة في يده كالوديعة والعارية غير المضمونة أم كانت مضمونة كالغصب والعارية المضمونة ، أما الأوّل فوضع فاق ، وأما الثاني - وهو العين المضمونة كالغصب ونحوه - فقد نسب إلى الأكثر عدم الجواز .

قال في الجواهر : ولعله للأصل بعد عدم دليل للصحة - إلى آخر ما حرّره في هذا المقام وأورد عليه من النقض والإبرام .

٤) لما تقدّم من صحة الرهن في زمن الخيار ، وهذا مثال لما لا يكون مستقراً .

٥) أي لا قبل انتهائها إلى الحد المذكور ، كما إذا جنى على أحد بقطع عضو منه يمكن سرايته إلى نفسه ، فإدام لم يستقر واحتمل الانتقال إلى نفسه لا يصح الرهن عليه .

غيره .

ثم إن كانت حالة أو لازمة للجاني - كشيبه العمد - جاز الرهن عليها مطلقاً^(١) (وفي الخطأ) المحض لا يجوز الرهن عليها قبل الحلول ، لأن المستحق عليه^(٢) غير معلوم ، إذ المعتبر من وُجد منهم عند حلولها مستجمعاً للشرائط ، بخلاف الدين المؤجل ، لاستقرار الحق والمستحق عليه .

ويجوز الرهن (عند الحلول^(٣) على قسطه) وهو الثلث بعد حلول كل حول من الثلاثة^(٤) .

(ومال الكتابة وإن كانت مشروطة على الأقرب) لأنها لازمة للمكاتب مطلقاً على الأصح . والقول الآخر أن المشروطة جائزة من قبل المكاتب ، فيجوز له تعجيز نفسه^(٥) ، فلا يصح الرهن على مالها ، لاتقاء فائدته ، إذ له إسقاطه متى شاء . وهو

(١) أي سواء كان بعد الحلول أم قبله ، وذلك لأن الدية من مال الجاني حينئذٍ والثبوت في الذمة متحقق ، فلا مانع منه .

(٢) أي لأن المستحق عليه - وهو العاقلة - غير معلوم قبل الحلول ، لاحتمال تبدل الأحوال ، فربما كان قبل الحلول كاملاً فخرج عند الحلول كالغني تحبذ له الفقر ونحوه ، والمعتبر من وجد منهم عند الحلول مستجمعاً للشرائط . وهذا بخلاف الدين المؤجل ، لاستقرار الحق ومعلومية المستحق عليه .

(٣) وذلك لأنه حينئذٍ مال ثابت في الذمة ، فجاز الرهن عليه .

(٤) وذلك لأن الدية في الخطأ المحض تستأدى في ثلاث سنوات ، فعند حلول كل حول من الثلاث قسط .

(٥) أي بفسخه عقد الكتابة ، إذ بعد فسخ عقد الكتابة يرجع رفاً ، فلا يبق موجب للرهن وهو مال الكتابة ، فيعجز نفسه عن اكتساب مال الكتابة . وهذا معنى تعجيزه نفسه ، وليس معنى التعجيز الإهمال وعدم الإشتغال بالاكتساب ونحوه ، كما ربما يتوهم .

على تقدير تسليمه غير مانع منه ، كالرهن على الثمن في مدة الخيار .
وفي قول ثالث : أن المشروطة جائزة من الطرفين ، والمطلقة لازمة من طرف السيد خاصة ، ويتوجه عدم صحة الرهن أيضاً كالسابق^(١) .
(ومال الجعالة بعد الرد) لثبوته في الذمة حينئذ (لا قبله) وإن شرع فيه ، لأنه لا يستحق شيئاً منه إلا بتمامه . وقيل : يجوز بعد الشروع ، لأنه يؤول إلى اللزوم ، كالثمن في مدة الخيار . وهو ضعيف ، والفرق واضح ، لأن البيع يكتفي في لزومه بإقائه على حاله فتتقضي المدة ، والأصل عدم الفسخ عكس الجعالة^(٢) .
(ولا بد من إمكان استيفاء الحق من الرهن) لتحصل الفائدة المطلوبة من التوثق به (فلا يصح) الرهن (على منفعة المؤجر عنه) مدة معينة ، لأن تلك المنفعة الخاصة لا يمكن استيفائها إلا من العين المخصوصة^(٣) ، حتى لو تعذر الاستيفاء منها بموت

- (١) أي يتوجه على القول الثالث عدم صحة الرهن أيضاً ، والمراد بالسابق القول بجواز المشروطة من قبل المكاتب فقط مع الجواب عنه بما أجيب به السابق ، وهو قوله : وهو على تقدير تسليمه غير مانع منه كالرهن على الثمن في مدة الخيار .
(٢) بيانه وتوضيح الفرق : أن البيع إذا بقي على حاله انقضت مدة الخيار وثبت له اللزوم ، والأصل فيه عدم الفسخ عكس الجعالة ، فإن العمل فيها لو ترك بحاله لم يستحق بسببه شيء ، والأصل عدم الإكمال الموجب للاستحقاق .
(٣) ومحصل الاستدلال : أنه يُعتبر في الحق أن يكون كلياً في الذمة حتى يصح الرهن عليه ويمكن استيفاؤه من العين المرهونة ، إذ لو كان الحق شخصياً لا يمكن استيفاؤه إلا من العين المخصوصة - بحيث لو تعذر الاستيفاء منها بموت ونحوه - بطلت الإجارة فبطل الحق .
وقد أورد عليه بما حاصله : إن إطلاق أدلة الرهن يشمل مثل هذا أيضاً ، ولا يلزم أن يكون استيفاء الحق من العين المرهونة بأخذها عوضاً عن الحق أو أخذ قيمتها لو باعها لاستيفاء

ونحوه بطلت الإجارة (فلو آجره في الذمة جاز) كما لو استأجره على تحصيل خياطة ثوب بنفسه أو بغيره ، لإمكان استيفائها حينئذ من الرهن ، فإن الواجب تحصيل المنفعة على أي وجه اتفق .

(وتصح زيادة الدين على الرهن) فإذا استوفى الرهن بقي الباقي منه متعلقاً بذمته (وزيادة الرهن على الدين) وفائدته سعة الوثيقة ، ومنع الراهن من التصرف في المجموع ، فيكون باعثاً على الوفاء ، وإمكان تلف بعضه فيبقى الباقي حافظاً للدين .

(وأما اللواحق فمسائل) :

(الأولى - إذا شرط^(١) الوكالة في الرهن لم يملك عزله) على ما ذكره جماعة منهم العلامة ، لأن الرهن لازم من جهة الراهن - وهو الذي شرطها على نفسه - فيلزم من جهته .

(ويضعف بأن المشروط في اللازم يؤثر جواز الفسخ لو أخل بالشرط ، لا وجوب الشرط) كما تقدم من أن المشروط في العقد اللازم يقلبه جائزاً عند المصنف وجماعة ،

حـ حقه من قيمتها ، بل يمكن استيفاء حقه من الرهن بنحو آخر في بعض الأحوال ، وذلك كما لو منع المستأجر من استيفاء المنفعة ، فإن قيمتها حينئذ تثبت في ذمته فتستوفى من الرهن ، فبالمال يصير الحق في الذمة ، وهذا كافٍ صحة الرهن .

ثم هذا الإيراد مما تقتضيه الأدلة بحسب الأصول والقواعد ، ولكن الإلزام بمقتضاء مشكل . قال في الجواهر : إلا أنني لم أجد خلافاً بينهم في عدم جواز الرهن على ذلك - إلى آخر ما حققه في المسألة .

(١) يعني إذا شرط المرتهن في عقد الرهن كونه وكيلاً من قبل الراهن في فعل شيء - كبيع عين المرهونة أو أمر آخر - لم يملك عزله بناءً على قول جماعة .

فحينئذ إنما يفيد إخلال الراهن بالوكالة تسلط المرتين على فسخ العقد، وذلك^(١) لا يتم في عقد الرهن، لأنه دفع ضرر بضرر أقوى. وإنما تظهر الفائدة^(٢) فيما لو كان الراهن قد شرطها في العقد اللازم كبيع (فحينئذ لو فسخ) الراهن (الوكالة فسخ المرتين البيع المشروط بالرهن) والوكالة (إن كان) هناك بيع مشروط فيه ذلك، وإلا^(٣) فإت الشرط على المرتين بغير فائدة.

ويشكل بما تقدم من وجوب الوفاء بالشرط عملاً بمقتضى الأمر^(٤)، خصوصاً في ما يكون العقد المشروط فيه كافياً في تحققه، كالوكالة^(٥) 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 المشروط فيه - وهو الرهن - إذا لم يكن في بيع لا يتوجه^(٦)، لأنه يزيد ضرراً،

(١) أي تسلط المرتين على فسخ العقد لا يترتب عليه فائدة له بل فيه ضرر عليه، لأن زوال وكالته ضرر عليه، ولا يتدارك هذا الضرر بفسخ عقد الرهن، بل فسخ عقد الرهن موجب لضررٍ أشد وأقوى.

(٢) أي إنما تظهر الفائدة فيما لو كان الراهن قد شرط الوكالة في عقد لازم غير عقد الرهن كبيع مشروط فيه الرهن والوكالة، فهناك تظهر فائدة الشرط، فإنه لو فسخ الراهن الوكالة فسخ المرتين البيع المشروط بالرهن والوكالة.

(٣) أي وإن لم يكن هناك بيع مشروط فيه الرهن والوكالة، بل شرط الوكالة في نفس عقد الرهن فإت الشرط على المرتين بغير فائدة.

(٤) وهو «أو فوا بالعقود».

(٥) حيث لا يُعتبر فيه لفظٌ مخصوص، بل مجرد الإذن فيه كافٍ في تحققها.

(٦) أي ليس بوجبه.

فلا يؤثر فسخه^(١) لها وإن كانت جائزة بحسب أصلها، لأنها قد صارت لازمة بشرطها في اللازم على ذلك الوجه .

(الثانية - يجوز للمرتين ابتياعه^(٢) من نفسه إذا كان وكيلاً في البيع ، ويتولى طرفي العقد ، لأن الغرض ببيعه بضمن المثل وهو حاصل ، وخصوصية المشتري ملغاة حيث لم يتعرض لها . وربما قيل^(٣) بالمنع ، لأن ظاهر الوكالة لا يتناوله . وكذا يجوز بيعه على ولده بطريق أولى . وقيل : لا (وهو مقدم به على الغرماء) حياً كان الراهن أم ميتاً^(٤) ، مفلساً كان أم لا ، لسبق تعلق حقه (ولو أعوز^(٥)) الرهن ولم يف ببالدين (ضرب بالباقي) مع الغرماء على نسبته .

(الثالثة - لا يجوز لأحدهما التصرف فيه) بانتفاع ، ولا نقل ملك ، ولا غيرها إذا لم يكن المرتين وكيلاً ، وإلا جاز له التصرف بالبيع والإستيفاء خاصة كما التزم (ولو كان له نفع) كاللدابة والدار (أوجر) باتفاقها ، وإلا أجره الحاكم .

(١) أي لا يؤثر فسخ الراهن الوكالة المشروطة في عقد الرهن ، لأن فسخها إنما يجوز إذا ترتب للمرتين على فسخ العقد المشروط فائدة ، وحيث لا فائدة فيه ولا يمكنه فسخ الرهن فلا يجوز للراهن فسخ الوكالة وإن كانت الوكالة جائزة بحسب أصلها ، لأنها صارت لازمة بشرطها في اللازم على ذلك الوجه .

(٢) أي يبيعه من نفسه .

(٣) وحكى عن ابن الجنيد منع بيعه من نفسه ، وكذا ولده وشريكه ومن يجري مجراها لأجل التهمة .

(٤) قد حكى الخلاف في تقديم المرتين على غرماء الميت ، فقد روي أنه حينئذ وغيره سواء . هكذا عن المسالك .

(٥) أي لو قصر الرهن عن الدين المرهون به .

(٦) لا مطلق التصرف كما مر في قول المصنف : ويجوز اشتراط الوكالة - إلخ .

وفي كون الأجرة رهنًا كما لأصل؟ قولان، كما في النماء المتجدد مطلقاً^(١).
 (ولو احتاج إلى مؤنة) كما إذا كان حيواناً (فعلى الراهن) مؤنته لأنه المالك، فإن كان في يد المرتهن وبهذا الراهن أو أمره بها، أنفق ورجع بما غرم، وإلا استأذنه، فإن امتنع أو تعذر استئذانه لغيبه أو نحوها، رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو بنية الرجوع، وأشهد عليه ليثبت استحقاقه بغير يمين ورجع، فإن لم يُشهد فالأقوى قبول قوله في قدر المعروف منه^(٢) يمينه، ورجوعه^(٣) به.
 (ولو انتفع المرتهن به بإذنه) على وجه العوض، أو بدونه مع الإثم (لزمه الأجرة) أو عوض المأخوذ كاللبن (وتقاصاً^(٤)) ورجع ذو الفضل بفضله. وقيل: تكون النفقة في مقابلة الركوب واللبن مطلقاً^(٥)، استناداً إلى رواية^(٦) مُحمّلت على الإذن في التصرف والإنفاق مع تساوي الحقين. ورجّح في الدروس جواز الانتفاع^(٧) بما يُخافُ فوّته على المالك عند تعذر استئذانه واستئذان الحاكم. وهو حسن.

(الرابعة - يجوز للمرتهن الإستقلال بالاستيفاء) إذا لم يكن وكيلاً (لو خاف جحود

- (١) ولكن يأتي في المسألة السابعة أن المتصل كالطول والسمن داخلٌ إجماعاً، فحمل الإطلاق على ما يشمله منافٍ لما هناك. فليتأمل.
- (٢) أي المتداول بين الناس من الإنفاق.
- (٣) عطف على قبول قوله، أي فالأقوى قبول قوله ورجوعه به، أي بقدر المعروف.
- (٤) التقاص: فعل كلٌ بصاحبه مثل فعل صاحبه به، والمراد هنا أخذ كل واحد حقه ورجع كل ذي فضل إلى صاحبه بفضله.
- (٥) أي سواء تفاوتت الحقتان بالزيادة والنقصان.
- (٦) [الوسائل، الباب ١٢ من كتاب الرهن].
- (٧) الظاهر أن المراد جواز الانتفاع مع العوض لا مجاناً.

(الوارث) ولا يثبت له على الحق (إذ القول قول الوارث مع يمينه في عدم الدين وعدم الرهن) لو ادعى المرتين الدين والرهن، والمرجع في الخوف إلى القرائن الموجبة للظن الغالب بمجوده. وكذا يجوز له ذلك لو خاف جحود الراهن ولم يكن وكيلًا، ولو كان له يمين مقبولة عند الحاكم لم يجوز له الاستقلال بدون إذنه. ولا يلحق بخوف الجحود احتياجه^(١) إلى اليمين لو اعترف، لعدم الضرر باليمين الصادق، وإن كان تركه تعظيماً لله أولى.

(الخامسة - لو باع أحدهما) بدون الإذن (توقف على إجازة الآخر)، فإن كان البائع الراهن بإذن المرتين أو إجازته بظل الرهن من العين والتمن، إلا أن يشترط كون الثمن رهناً، سواء كان الدين حالاً أم مؤجلاً^(٢)، فيلزم الشرط، وإن كان البائع المرتين كذلك^(٣) بقي الثمن رهناً، وليس له التصرف فيه إذا كان حقه مؤجلاً إلى أن يحل.

ثم إن واقفه جنساً ووصفاً صح^(٤)، وإلا كان كالرهن^(٥).

(١) أي احتياج المرتين إلى اليمين لو اعترف الوارث، فإنه يحتاج المرتين في بقاء حقه إلى اليمين الاستظهارية مع اعتراف الوارث، كما هو محرز في محله.

(٢) أي بطل الرهن مطلقاً لا عينه رهن ولا ثمنه، سواء كان الدين حالاً أم مؤجلاً، خلافاً لما حكى عن الشيخ من أن الإذن إن كان بعد حلول الحق يكون الثمن رهناً مكانه، وذلك لأن عقد الرهن يقتضي بيع الراهن عند حلوله، فينصرف الإذن إليه. هكذا حكى عن الشيخ قدس سره، وضعفه ظاهر.

(٣) أي بإذن الراهن أو إجازته.

(٤) أي صح التصرف فيه بأخذه عوضاً عن حقه، كما لو كان حقه متناً من الشعر الكذائي وثن الرهن أيضاً كذلك، فبأخذه عوضاً من حقه.

(٥) من أنه لا يجوز التصرف فيه إلا بإذن الراهن، وقد تقدم البحث فيه تفصيلاً. هذا، ولكن

(وكذا عتق الراهن) يتوقف على إجازة المرتهن، فيبطل برده ويلزم بإجازته أو سكوته إلى أن فُكَّ الرهن بأحد أسبابه. وقيل: يقع العتق باطلاً بدون الإذن السابق، نظراً إلى كونه لا يقع موقوفاً^(١)، (لا) إذا أعتق (المرتهن)، فإن العتق يقع باطلاً قطعاً متى لم يسبق الإذن، إذ «لا عتق إلا في ملك».

ولو سبق وكان العتق عن الراهن أو مطلقاً صح^(٢)، ولو كان عن المرتهن صح أيضاً، وينتقل ملكه إلى المعتق قبل إيقاع الصيغة^(٣) المقترنة بالإذن، كغيره من المأذونين فيه.

(ولو وطئها الراهن) بإذن المرتهن أو بدونه - وإن فعل محرماً - (صارت مستولدة مع الإحبال) لأنها لم تخرج عن ملكه بالرهن وإن مُنِع من التصرف فيها

→ الوجه بحسب القواعد - إن لم يكن إجماع على خلافها - عدم جواز تصرفه مطلقاً، إذ الإذن في جواز البيع بمجرد لا يستلزم الإذن في الاستيفاء، وهذا واضح.

(١) فيعتبر فيه التنجيز، لأنه من الإيقاعات. وفيه: إنه لا منافاة للتوقف المذكور مع التنجيز، لأن المالك هو المعتق وتعليق حق المرتهن مانع، فتى زال بإجازة أوفك عمل المقتضي عمله.

قال في المسالك: ونمنع منافاة التوقف المذكور للتنجيز كغيره من العقود التي يشترط فيها ذلك أيضاً، فإن التوقف المذكور الممنوع هو توقف المقتضي على شرط لا على زوال مانع. انتهى

(٢) أي قيد العتق بكونه عن الراهن أو أطلق ولم يقيد بكونه عن الراهن صح عن الراهن أيضاً، فإن الإطلاق ينصرف إلى الراهن.

(٣) هذا إشارة إلى ما هو المقرر عندهم من أنه لا عتق إلا في ملك، فلا بد للمحافظة على هذه القاعدة من انتقال ملك الراهن إلى المعتق آنأ ما قبل إيقاع الصيغة. وقد تكلمنا فيه فيما تقدم بما عندنا، فليراجع هناك.

(وقد سبق) في شرائط المبيع (جواز بيعها حينئذ) لسبق^{١١} حق المرتهن على الاستيلاء المانع منه.

وقيل: يمنع مطلقاً^{١٢}، للنهي عن بيع أمهات الأولاد المتناول بإطلاقه هذا الفرد. وفصل ثالث بإعسار الراهن فتباع، ويسارهِ فتلزمه القيمة تكون رهناً، جمعاً بين الحقين. وللمصنف في بعض تحقیقاته تفصيل رابع، وهو بيعها مع وطنه بغير إذن المرتهن، ومنعهُ مع وقوعه بإذنه.

وكيف كان فلا تخرج عن الرهن بالوطء ولا بالحبل، بل يمتنع البيع ما دام الولد حياً، لأنه مانع طارئ، فإن مات بيعت للرهن لزوال المانع.

(ولو وطنها المرتهن فهو زان) لأنه وطأ أمة الغير بغير إذنه.

(فإن أكرهها فعليه العُشر إن كانت بكرًا، وإلا) تكن بكرًا (فتصفه) للرواية^{١٣} والشهرة^{١٤}. (وقيل: مهر المثل)، لأنه عوض الوطء شرعاً. وللمصنف في بعض حواشيه قول بتخيير المالك بين الأمرين، ويجب مع ذلك أرش البكارة. ولا يدخل في المهر ولا العشر، لأنه حق جنائية وعوضُ جزئٍ فائتٍ، والمهر على التقديرين^{١٥} عوض الوطء.

ولا يُشكل بأن البكارة إذا أخذ أرشها صارت ثيباً فينبغي أن يجب مهر الثيب،

(١) فلا يصلح لمعارضتها الاستيلاء المانع من البيع يمنع مطلقاً.

(٢) قوله «مطلقاً» مقابل للتفصيل الآتي.

(٣) [الوسائل، الباب ٣٥ من أبواب نكاح العبيد والأماء، الحديث ٦].

(٤) لا يخفى: أن الشهرة بحيال ذاتها لا تصلح لأن تكون دليلاً، فالعمدة هي الرواية.

(٥) المراد بالمهر ما يشمل العُشر أو نصفه، لجواز إطلاق المهر عليها باعتبار أنها عوض البضع كالمهر، والمراد بالتقديرين المهر والعُشر أو نصفه.

لأنه قد صدق «وطئها بكراً وفوّت منها جزء»، فيجب عوض كل منها، لأن أحدهما عوض جزء، والآخر عوض منفعة.

(وإن طأوعته فلا شيء) لأنها بغني ولا مهر لبغي.

وفيه: أن الأمة لا تستحق المهر ولا تملكه، فلا ينافي بثبوته لسيدها مع كون التصرف في ملكه بغير إذنه «وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى»^(١). والقول بثبوته عليه مطلقاً أقوى، مضافاً إلى أرش البكارة كما مرّ. وقد تقدم مثله^(٢).

(السادسة - الرهن لازم من جهة الراهن حتى يخرج عن الحق) بأدائه ولو من متبرع غيره. وفي حكمه ضمان الغير له مع قبول المرتين، والحوالة به، وإبراء المرتين له منه. وفي حكمه^(٣) الإقالة المسقطّة للثمن المرهون به؛ أو للثمن المسلم فيه المرهون به.

والضابط براءة ذمة الراهن من جميع الدين، ولو خرج من بعضه ففي خروج الرهن أجمع، أو بقاءه كذلك، أو بالنسبة أوجه^(٤).

ويظهر من العبارة بقاءه أجمع^(٥)، وبه صرح في الدروس. ولو شرط كونه رهنًا

(١) الأنعام: الآية ١٦٥.

(٢) أي تقدم في بيع الحيوان مثله.

(٣) أي في حكم الإبراء الإقالة.

(٤) وجه خروج الرهن أجمع وقوع الرهن في مقابلة مجموع الدين من حيث هو مجموع وقد ارتفع بعضه فيرتفع المجموع، ضرورة ارتفاعه بارتفاع بعض أجزائه. ووجه بقاءه كذلك نظراً إلى الغالب من تعلق الأغراض باستيفاء الدين كله من الرهن.

(٥) وذلك لأنّ ظاهر الخروج من الحق خروجه منه كله، والخروج من البعض خلاف الظاهر.

على المجموع خاصةً تعيّن الأول، كما أنه لو جعله رهناً على كل جزء منه فالثاني .
 وحيث يحكم بخروجه عن الرهانة (فيبقى أمانة في يد المرتهن) مالكية لا يجب تسليمه إلا مع المطالبة ، لأنه مقبوض^(١) ، بإذنه وقد كان وثيقة وأمانة ، فإذا انتفى الأول بقي الثاني . ولو كان الخروج من الحق بإبراء المرتهن من غير علم الراهن وجب عليه إعلامه به^(٢) ، أو ردّ الرهن ، بخلاف ما إذا علم .
 (ولو شرط كونه مبيعاً^(٣) عند الأجل بطلا) الرهن والبيع ، لأن الرهن لا يؤقّت ، والبيع لا يُعلّق (و) لو قبضه كذلك (ضمنه بعد الأجل) لأنه حينئذ بيع فاسد ، وصحيحه مضمون ففاسده كذلك (لا قبله) لأنه حينئذ رهن فاسد ، وصحيحه غير مضمون ففاسده كذلك ، قاعدة مطردة^(٤) . ولا فرق في ذلك بين علمها بالفساد ، وجهلها ، والتفريق .

(السابعة - يدخل النماء المستجّد) المستفصل كالولد والثمرة (في الرهن على الأقرب) ، بل قيل : إنه إجماع ، ولأن من شأن النماء تبعية الأصل ، (إلا مع شرط عدم

(١) هذا تعليل لكونه أمانة مالكية لا شرعية ، ومن لوازم المالكية عدم وجوب تسليمها مالكها إلا بمطالبته ، فهو بمنزلة الوديعة . والشرعية مثل ما لو أطار الرّيح ثوباً إلى دار إنسان ، فإنه يجب ردّه إلى مالكه . وهذا ونحوه هو المعبر عنه بالأمانة الشرعية ، حيث إن الشارع جعله أميناً دون المالك ، فيجب المبادرة إلى ردّه إلى مالكه ، لأن المالك لم يرض بكونه في يده .

(٢) لأنه حينئذ ليس برهن ولا أمانة مالكية ، فيجب إعلامه به .

(٣) أي لو رهن على الدين المؤجل وشرط أن يكون مبيعاً للمرتهن عند الأجل بذلك الدين أو بقدر مخصوص إن لم يؤدّه ، فإنه لا يصح الرهن ولا البيع : أمّا الرهن فإنه لا يؤقّت ولا يصح توقيته بالوفاء ، وأمّا البيع فإنه لا يجوز تعليقه على شيء ، كما هو معرّر في محله .

(٤) بيتاً معناها أصلاً وعكساً في كتاب البيع ، فليراجع هناك .

الدخول) فلا إشكال حينئذ في عدم دخوله، عملاً بالشرط، كما أنه لو شرط دخوله ارتفاع الإشكال. وقيل: لا يدخل بدونه للأصل، ومنع الإجماع، والتبعية في الملك لا في مطلق الحكم. وهو أظهر، ولو كان متصلاً بالطول والسمن دخل إجماعاً.

(الثامنة - ينتقل حق الرهانة إلى الوارث بالموت)^(١) لأنه مقتضى لزوم العقد من طرف الراهن، ولأنه وثيقة على الدين، فيبقى ما بقي ما لم يُسقطه المَرْتَهَن (لا الوكالة، والوصية^(٢)) لأنها إذن في التصرف يقتصر بهما على من أذن له، فإذا مات بطلت كنفائده من الأعمال المشروطة بمباشر معين (إلا مع الشرط) بأن يكون^(٣) للوارث بعده أو لغيره فيلزم عملاً بالشرط.

(وللراهن الإمتناع من استئمان الوارث) وإن شرط له^(٤) وكالة البيع والاستيفاء، لأن الرضا بتسليم المورث لا يقتضيه^(٥)، ولا خلاف الأشخاص فيه (وبالعكس) للوارث الإمتناع من استئمان الراهن عليه^(٦) (فليتفقا على أمين) يضعائنه تحت يده وإن لم يكن عدلاً، لأن الحق لا يعدوها فيتقيد برضاها (وإلا) يتفقا (فالحاكم) يعين له عدلاً يقبضه لها.

(١) أي يموت المَرْتَهَن.

(٢) فإنها لا يتقلان بالموت إلى الوارث، وجه ما ذكره بقوله: لأنها إذن في التصرف - إلى آخر ما ذكره قدس سره.

(٣) أي بأن يكون أحدهما من الوكالة والوصية للوارث فيلزم عملاً بالشرط.

(٤) أي شرط للوارث وكالة البيع.

(٥) أي لأن رضا الراهن بتسليم العين المرهونة إلى الوارث ليس بها واستيفاء حقه منها لا يقتضي استئمان الوارث، وذلك لأن الرضا بتسليم العين أعم من الاستئمان، فلا يدل على الأخص وهو الاستئمان.

(٦) أي على الرهن.

وكذا لو مات الراهن فلورثته الامتناع من إبقائه في يد المرتهن، لأنه في القبض بمنزلة الوكيل تبطل^(١) بموت الموكل وإن كانت مشروطة في عقد لازم^(٢)، إلا أن يشترط استمرار الوضع^(٣) بعد موته، فيكون بمنزلة الوصي في الحفظ.

(التاسعة - لا يضمن المرتهن) الرهن إذا تلف في يده (إلا بتعذر أو تفريط^(٤))، ولا يسقط بتلفه شيء من حق المرتهن^(٥)، فإن تعدى فيه أو فُرض ضمنه (فتلزم قيمته يوم تلفه) إن كان قيمياً (على الأصح) لأنه وقت الانتقال إلى القيمة، والحق قبله^(٦) كان منحصراً في العين وإن كانت مضمونة.

ومقابل الأصح اعتبار قيمته يوم القبض، أو أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف، أو من حين التلف إلى حين الحكم عليه بالقيمة كالفاسب^(٧).

(١) أي تبطل وكالته بموت الموكل، والجملة صلة للوكيل، وحاصله: إنه بمنزلة الوكيل الذي تبطل وكالته بموت الموكل.

(٢) لأن الوكالة المشروطة في العقد اللازم إنما لا يملك عزلها ولا تبطل ما دامت حياة الراهن، وأما بعدها فتبطل كسائر أفراد الوكالة.

(٣) أي استمرار الرهن في يد المرتهن بعد الموت أيضاً، فيكون بمنزلة الوصية في الحفظ، أي من حيث كونه بمنزلة الوصي لا من حيث كونه مرتهناً.

(٤) التعدي هو فعل ما لا يجوز فعله كلبس الثوب ونحوه، والتفريط هو ترك ما يجب فعله من الحفظ.

(٥) وفي محكي المسالك: روي أنه لو تلف بغير تفريط يقع التقاص بين قيسته وبين الدين، وهو متروك.

(٦) أي الحق قبل التلف كان منحصراً في العين، وليس في القيمة شيء من الحق وإن كانت العين في ضمان المرتهن، إذ لا يستلزم ضمان العين ضمان قيمتها قبل تلفها.

(٧) أي كالفاسب في اختلاف الأقوال فيه.

ويضعف^(١) بأنه قبل التفريط غير مضمون فكيف تُعتبر قيمته فيه؟^(٢)، وبأن المطالبة لا دخل لها^(٣) في ضمان القيمي (فالأقوى الأول مطلقاً^(٤)).

هذا إذا كان الاختلاف بسبب السوق، أو نقص في العين غير مضمون^(٥)، أما لو نقصت العين بعد التفريط بهزأل ونحوه، ثم تلف اعتبر أعلى القيم المنسوبة إلى العين من حين التفريط إلى التلف. ولو كان مثلياً ضمنه بمثله إن وُجد، وإلا فقيمة المثل عند الأداء على الأقوى، لأن الواجب عنده إنما كان المثل وإن كان متعديراً، وانتقاله إلى القيمة بالمطالبة، بخلاف القيمي، لاستقرارها في الذمة من حين التلف مطلقاً^(٦).

(ولو اختلفا في القيمة حلف المرتهن) لأنه المنكر، والأصل براءته من الزائد.

وقيل: الراهن، نظراً إلى كون المرتهن صار خائناً بتفريطه، فلا يقبل قوله.

ويضعف: بأن قبول قوله من جهة إنكاره، لا من حيث كونه أميناً أو خائناً.

(العاشرة - لو اختلفا في) قَدَّر (الحق المرهون به، حلف الراهن على الأقرب) لأصالة عدم الزيادة، وبراءة ذمته منها، ولأنه منكر، وللرواية^(٧). وقيل: قول المرتهن استناداً إلى رواية^(٨) ضعيفة.

(١) هذا ردُّ للأولين.

(٢) أي فيما قبل التفريط.

(٣) هذا جوابٌ عن الأخير.

(٤) أي سواء زادت القيمة يوم التلف عنها يوم المطالبة أو يوم القبض أم لا.

(٥) كما لو كان من قِبل الله تعالى ونحوه.

(٦) أي سواء طالب أم لا.

(٧) [الوسائل، الباب ١٧ من كتاب الرهن، الحديث ١-٢].

(٨) [الوسائل، الباب ١٧ من كتاب الرهن، الحديث: ٤].

(ولو اختلفا في الرهن والوديعة) بأن قال المالك: هو وديعة، وقال الممسك: هو رهن (حلف المالك) لأصالة عدم الرهن، ولأنه منكر، وللرواية^(١) الصحيحة. وقيل: يحلف الممسك استناداً إلى رواية^(٢) ضعيفة. وقيل: الممسك إن اعترف له المالك بالدين، والمالك إن أنكره جمعاً بين الأخبار، وللقرينة. وضعفُ المقابل^(٣) يمنع من تخصيص الآخر.

(ولو اختلفا في عين الرهن) فقال: رهنك العبد، فقال: بل الجارية (حلف الراهن) خاصةً (وبطلا) لانتفاء ما يدعيه الراهن بإنكار المرتهن، لأنه جائز من قبله فيبطل بإنكاره^(٤) لو كان حقاً، وانتفاء ما يدعيه المرتهن بحلف الراهن. (ولو كان) الرهن (مشروطاً في عقد لازم تحالفاً) لأن إنكار المرتهن هنا يتعلق بحق الراهن، حيث إنه يدعي عدم الوفاء بالشرط الذي هو ركن من أركان ذلك العقد اللازم، فيرجع الاختلاف إلى تعيين الثمن، لأن شرط الرهن من مكملاته^(٥).

(١) [الوسائل، الباب ١٦ من كتاب الرهن، الحديث ١].

(٢) كما حكى عن الشيخ. والرواية في الوسائل الباب ١٦ من كتاب الرهن حديث ٣.

(٣) أي وضعف الدليل المقابل للدليل الآخر، وهو الرواية الضعيفة، والجمع بين الأخبار والقرينة يمنع من تخصيص الدليل الآخر، وهو الرواية الصحيحة. ومراعاة من القرينة اعتراف المالك بالدين، فإنه ربما يوهم بأن ما في يد الممسك رهن.

(٤) وذلك لأن لازم إنكاره عدم الرضا بكونه رهنًا الآن، فيبطل لو كان حقاً.

(٥) وذلك لأن الثمن المشروط بكون رهنه عبداً مغاير للثمن المشروط بكون رهنه أمة، فيرجع الاختلاف إلى تعيين الثمن، فكل واحد منها يدعي ثمناً غير ما يدعيه الآخر. فهو كما لو قال: بعتك بهذا العبد، فقال: بل بهذه الجارية. ولا يخفى أن الحكم في مثل ذلك التحالف.

فكل يدعي ثمناً غير ما يدعيه الآخر، فإذا تحالفا بطل الرهن، وفسخ المرتين العقد المشروط فيه إن شاء ولم يمكن استدراكه، كما لو مضى الوقت المحدود^(١) له. وقيل: يقدّم قول الراهن^(٢) كالأول.

(الحادية عشرة- لو أدى ديناً وعيّن به رهناً) بأن كان عليه ديون وعلى كل واحد رهن خاص فقصّد بالمؤدّي أحد الديون بخصوصه ليفك رهناً (فذاك) هو المستعین، لأن مرجع التعيين إلى قصد المؤدّي (وإن أطلق) ولم يسم أحدًا لفظاً لكن قصده (فتخالفا في القصد) فادعى كل منهما قصد الدافع ديناً غير الآخر (حلف الدافع) على ما ادعى قصده، لأن الإعتبار بقصده وهو أعلم به.

وإنما احتيج إلى اليقين مع أن مرجع النزاع إلى قصد الدافع، ودعوى الغريم العلم به غير معقول، لإمكان اطلاعه عليه^(٣) بإقرار القاصد. ولو تخالفا فيما تلفظ^(٤) بإرادته

⇒ وهذا معنى قوله: لأن شرط الرهن من مكملاته، لأن الرهن جزء الثمن كما ربما يتوهم ويُشكل بأن الرهن غير الثمن.

(١) ليس المراد بالوقت المحدود وقت الرهن، لأنه لا يصح الرهن المحدود، فإنه يشترط فيه الدوام كما تقدم، بل المراد وقت الثمن المحدود أدائه في وقت معين، وذلك كما لو باع مثلاً زيد داراً من عمرو بمائة دينار نسيئة إلى سنة وشرطاً في العقد المزبور رهناً على الثمن المزبور، ثم اختلفا بعد ذلك فينكره زيد ويدعيه عمرو، فكأنه يدعى على عمرو عدم الوفاء بالشرط. ثم إن أمكن استدراك الرهن - بأن بقي من الأجل المضروب للثمن بقية وانفقاً على رهن شيء ورضي زيد بامضاء العقد - فهو، وإن انقضى الأجل وأراد الفسخ فله ذلك. (٢) ووجهه ما تقدم من أن إنكار اشتراط الجارية وإنكار استحقاقه كافٍ في نفي استحقاقه، فيبقى النزاع في اشتراط رهن العبد، والقول قول الراهن فيه، لأنه منكر.

ثم إن ههنا بحثاً لا يسهل الكتاب، وقد تعرض له صاحب الجواهر قدس سره وغيره.

(٣) هذا تعليل للاحتياج إلى اليقين.

فكذلك . ويمكن ردّه إلى ما ذكره من التخالف في القصد ، إذ العبرة به ، واللفظ كاشف عنه .

(وكذا لو كان عليه دين خال) عن الرهن ، وآخر به رهن (فادعى الدفع عن المرهون به) ليفكّ الرهن ، وادعى الغريم الدفع عن الخالي ليبقى الرهن . فالقول قول الدافع مع يمينه ، لأن الاختلاف يرجع إلى قصده الذي لا يُعلم إلا من قبّله كالأول .
(الثانية عشرة - لو اختلفا فيما يُباع به الرهن) فأراد المرتهن بيعه بنقد والراهن بغيره (بيع بالنقد الغالب) سواء وافق مراد أحدهما أم خالفهما . والبائع المرتهن إن كان وكيلاً ، والغالب موافق لمراده ، أو رجع إلى الحق^(٥) ، وإلا فالحاكم (فإن غلب نقدان بيع بمشابه الحق) منها إن اتفق (فإن باينها عيّن الحاكم) إن امتنع من التعيين . وإطلاق الحكم بالرجوع إلى تعيين الحاكم يشمل ما لو كان أحدهما أقرب إلى الصرف إلى الحق وعدمه . وفي الدروس : لو كان أحدهما - وعن^(٦) به المتباينين - أسهل صرفاً إلى الحق تعيّن . وهو حسن . وفي التحرير : لو بايناه بيع بأوفرهما حظاً^(٧) . وهو أحسن ، فإنه ربما كان عُسر الصرف أصلح للمالك ، وحيث يباع بغير مراده ينبغي مراعاة الحظ له^(٨) كغيره ممن يلي عليه الحاكم .

٤) أي تخالفاً في لفظ تُلَفِّظُ به لأجل إرادة دين معيّن ، بأن قال الراهن : تلفّظت بكذا ، وقال المرتهن : تلفّظت بلفظ كذا ، ونحو ذلك .

٥) أي رجع إلى الحق ، وهو النقد الغالب ، وإن لم يكن موافقاً لمراده .

٦) أي عني المصنف بالضمير في قوله « أحدهما » المتباينين .

٧) أي يبيع بأكثرهما نفعاً .

٨) أي مراعاة الحظ للمالك كغيره من الأشخاص الذين ولي أمرهم الحاكم .

كتاب الحجر

(وأسبابه ستة) بحسب ما جرت العادة بذكره في هذا الباب ، وإلا فهي أزيد من ذلك مفرقة في تضاعيف الكتاب ، كالحجر على الراهن في المرهون ، وعلى المشتري فيما 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^(١) .
والستة المذكورة هنا هي : (الصغر ، والجنون ، والرق ، والفلس ، والسفه ، والمرض) المتصل بالموت .

(ويمتد حجر الصغير حتى يبلغ) بأحد الأمور المذكورة في كتاب الصوم ، (ويرشد ، بأن يصلح ماله) بحيث يكون له ملكة نفسانية تقتضي إصلاحه ، وتمنع إفساده وصرفه في غير الوجه اللائقة بأفعال العقلاء ، لا مطلق الإصلاح^(٢) . فإذا تحققت الملكة المذكورة مع البلوغ ارتفع عنه الحجر (وإن كان فاسقاً) على المشهور ، لإطلاق الأمر^(٣) بدفع أموال اليتامى إليهم بایناس الرشد ، من غير اعتبار أمر آخر

(١) وهو كالمترد المني ، فإنه في حال ارتداده محجور عن التصرف ، فلو أسلم تدفع إليه أمواله وإلا قُتل .

(٢) ولو عن غير ملكه ، كما هو ظاهر عبارة المصنف ، فإنه قد يتفق للسفيه مع عدم صدق الرشد عليه عرفاً .

(٣) كما في قوله تعالى ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا

معه . والمفهوم من الرشد عرفاً هو إصلاح المال على الوجه المذكور وإن كان فاسقاً .
وقيل : يُعتبر مع ذلك العدالة ، فلو كان مصلحاً لماله غير عدل في دينه لم يرتفع
عنه الحجر ، للنهي^(١) عن إيتاء السفهاء المال ، وما^(٢) رُوي أن شارب الخمر سفيه . ولا
قائل بالفرق^(٣) ، وعن ابن عباس^(٤) أن الرشد هو : الوَقَار ، والحلم ، والعقل .

وإنما يُعتبر على القول بها في الإبتداء لا في الاستدامة ، فلو عرض الفسق بعد
العدالة قال الشيخ : الأحوط أن يُحجر عليه . مع أنه شَرَطَهَا ابتداءً^(٥) . ويتوجه على
ذلك أنها لو كانت شرطاً في الابتداء لا اعتبرت بعده لوجود المقتضي .

(ويُنْتَخَر) من يُراد معرفة رشده (بما يلائمه) من التصرفات والأعمال ، ليظهر
إتصافه بالملكة وعدمه ، فن كان من أولاد التجار فَوُضَّ إليه البيع والشراء - بمعنى
مُما كسبه^(٦) فيها على وجهها - ويُراعى إلى أن يتم مساومته ثم يتولاه الولي إن شاء .

⇒ إليهم أموالهم (نساء الآية : ٦) .

(١) وهو قوله تعالى ' لا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَهُمْ ' [النساء : الآية ٥] .

(٢) [الوسائل] . كتاب الوصايا ، الباب ٥٣ ح ٢ ما بمعناه وفي ب ٤٥ من الوصايا ج ٨ عن أبي
جعفر عليه السلام أنه قال : كل من شرب الخمر فهو سفيه [.

(٣) أي ولا قائل بالفرق بين أفراد الفاسق شارب الخمر وغيره ، فيُعتبر مع ذلك العدالة .
ولكن الأقوى هو القول المشهور ، لأنَّ إطلاق السفيه على شارب الخمر ليس على
الحقيقة ، لصحة السلب عنه لَعَنَ بعد استجابه شرائط الرشد سوى العدالة ، كما هو واضح .

(٤) [الدر المنثور ج ٢ ص ١٢١] .

(٥) نقل كلام الشيخ إنما لتأييد أن القول باعتبار العدالة إنما هو في الابتداء ، وأما في الاستدامة
فهو على سبيل الاحتياط لا للزوم . ثم أورد عليه بقوله : ويتوجه على ذلك - أي على هذا
القول - أنها لو كانت شرطاً في الابتداء لا اعتبرت بعده لوجود المقتضي .

(٦) أي المداقة في أمر القيمة والمعاملة ، ونحوها المساومة والمقاولة والمحاوره . وأما تولي الولي

فإذا تكرر منه ذلك وسلم من الغبن والتضييع في غير وجهه فهو رشيد .
 وإن كان من أولاد مَنْ يُصان عن ذلك أختبر بما يناسب حال أهله ، إما بأن يُسَلَّم
 إليه نفقة مدّة لينفقها في مصالحه ، أو مواضعها التي عُيِّنَتْ له ، أو بأن يستوفي الحساب
 على معاملهم ، أو نحو ذلك ، فإن وَفَى بالأفعال الملائمة فهو رشيد . ومن تضييعه :
 إنفاقه في المحرمات ، والأطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله بحسب وقته ، وبلده ،
 وشرفه ، وضعته . والأمتعة واللباس كذلك .

وأما صرفه في وجود الخير من الصدقات ، وبناء المساجد ، وإقراء الضيف
 فالاقوى أنه غير قاذح مطلقاً ، إذ لا سَرَف في الخير^(١) ، كما لا خير في السَرَف .
 وإن كان أنثى اختبرت بما يناسبها من الأعمال كالغزل ، والخياطة ، وشراء آلاتها
 المعتادة^(٢) لِمِثَالِهَا بغير غبن ، وحفظ ما يحصل 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 والفأر ونحو ذلك . فإذا تكرر ذلك على وجه
 الملكة ثبت الرشد ، وإلا فلا .

ولا يقدر فيها وقوع ما ينافيها نادراً من الغلط والانخداع في بعض الأحيان ،

جـ للعقد إن شاء فلأنه لم يثبت رشده بعد ، بل لابد من تكرار الإمتحان والاختبار حتى يثبت
 رشده ثم يفوض الأمر إليه .

(١) الظاهر أن «لا سرف في الخير» مفاد حديث حتى يتم الاستدلال به ، ولكن لابد من
 تقييده بما لا يضر بحاله وبعياله . فليتامل .

(٢) أي اختبرت بشراء آلاتها ، أي فوض إليها الشراء . بمعنى مما كستها فيه لا الشراء
 حقيقة ، كما تقدم .

لوقوعه كثيراً من الكاملين. ووقت الاختبار قبل البلوغ، عملاً بظاهر الآية^(١).
 (ويثبت الرشد) لمن لم يُختبر (بشهادة النساء في النساء لا غير) لسهولة
 إطلاعهن عليهن غالباً، عكس الرجال^(٢) (وبشهادة الرجال مطلقاً) ذكر أكان
 المشهود عليه أم أنثى، لأن شهادة الرجال غير مقيدة. والمعتبر في شهادة الرجال
 اثنان، وفي النساء أربع، ويثبت رشد الأنثى بشهادة رجل وامرأتين أيضاً، وبشهادة
 أربع خنثى.

(ولا يصح إقرار السفیه بمال) ويصح بغيره كالنسب وإن أوجب النفقة، وفي
 الاتفاق عليه من ماله^(٣) أو بيت المال قولان، أجودهما الثاني^(٤)، وكالإقرار بالجناية
 الموجهة للقصاص وإن كان^(٥) نفساً، (ولا تصرفه في المال) وإن ناسب أفعال العقلاء.
 ويصح تصرفه فيما لا يتضمن إخراج المال كالطلاق، والظهار، والخلع.
 (ولا يُستلَم عوض الخلع إليه) لأنه تصرف مالي ممنوع منه.

(ويجوز أن يتوكل لغيره في سائر العقود) أي في جميعها. وإن كان قد ضَعُفَ
 إطلاقه عليه بعض أهل العربية، حتى عده في «درة الغواص من أوهام الخواص»^(٦)،

(١) وهو قوله تعالى ﴿فَإِنْ أَسْنَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدَهُمْ﴾ النساء آية ٥.

(٢) أي يثبت الرشد بشهادة النساء في النساء لا غير، وذلك لسهولة إطلاعهن عليهن غالباً،
 عكس الرجال فإنه لا يسهل للنساء أن يطلعن على الرجال، بل ربما لا يتيسر لهن غالباً،
 فلا يثبت الرشد بشهادتهن عليهم. وأما شهادة الرجال على النساء فلا قيد فيه، لسهولة
 إطلاعهم عليهن. وهذا معنى قوله: لأن شهادة الرجال غير مقيدة.

(٣) أي الاتفاق على المقر به من مال السفیه.

(٤) وذلك لأنه مُعَدُّ لمصالح المسلمين، وهذا منه.

(٥) أي وإن كان القصاص نفساً، فإنه يقبض منه ويقتل به.

(٦) هذا اسم كتاب للحريري صاحب كتاب «المقامات».

وجعله مختصاً بالباقي ، أخذاً له من السُّور وهو البقية ، وعليه جاء قول النبي ﷺ لابن غيلان لما أسلم على عشر نسوة : «أمسك عليك أربعاً و فارق سائرهن»^(١) ، لكن قد أجازته^(٢) بعضهم .

وإنما جاز- توكيل غيره له ، لأن عبارته ليست مسلوية مطلقاً ، بل مما يقتضي التصرف في ماله .

(ويمتدّ حَجْرُ المجنون) في التصرفات المالية وغيرها (حتى يفيق) ويكمل عقله (والولاية في مالهما) أي الصغير والمجنون (للأب والجد) له وإن علا (فيشتركان في الولاية) لو اجتمعا ، فإن اتفقا على أمر نفذ ، وإن تعارضا قُدِّم عقد السابق ، فإن اتفقا^(٣) في بطلانه ، أو ترجيح الأب ، أو الجد أوجه (ثم الوصي) لأحدهما مع فقدهما (ثم الحاكم) مع فقد الوصي .

(والولاية في مال السفه الذي لم يسبق رشده كذلك) للأب والجد - إلى آخر ما ذكر - عملاً بالاستصحاب^(٤) (فإن سبق) رشده^(٥) وارتفع الحجر عنه بالبلوغ معه ثم لحقه السفه (فللحاكم) الولاية دونهم ، لارتفاع الولاية عنه بالرشد ، فلا تعود إليهم إلا بدليل ، وهو منتفٍ . والحاكم ولي عام لا يحتاج إلى دليل^(٦) وإن تخلف في بعض

(١) [المغني ج ٧ ص ٥] .

(٢) أي أجاز إطلاق السائر على الجميع .

(٣) أي تقارن العقدين .

(٤) أي استصحاب حكم حال الصغر .

(٥) أي سبق رشده على سفهه .

(٦) أي إلى دليل خاص ، وإلا فالدليل على عموم ولايته موجود ، وإن تخلف فيما إذا قدم عليه غيره مما تقدم .

الموارد. وقيل: الولاية في ماله للحاكم مطلقاً^(١)، لظهور توقف الحجر عليه، ورفعها على حكمه في كون النظر إليه^(٢).

(والعبد ممنوع) من التصرف (مطلقاً) في المال وغيره، سواء أحلنا ملكه أم قلنا به، عدا الطلاق فإن له إيقاعه وإن كره المولى.

(والمريض ممنوع مما زاد عن الثلث) إذا تبرّع به، أما لو عاوض عليه بضمن مثله نفذ (وإن حُجِرَ) ما تبرّع به في مرضه بأن وهبه، أو وقفه، أو تصدق به، أو حابى^(٣) به في بيع، أو إجارة (على الأقوى) للأخبار^(٤) الكثيرة الدالة عليه منطوقاً ومفهوماً. وقيل: يضي من الأصل للأصل^(٥)، وعليه شواهد من الأخبار^(٦).

(ويثبت الحَجْر على السفهيه بظهور سفهه، وإن لم يحكم الحاكم به) لأن مقتضي له هو السفه، فيجب تحققه بتحقيقه، ولظاهر قوله تعالى ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا﴾^(٧)، حيث أثبت عليه الولاية بمجردة.

(١) أي وإن لم يسبق رشده.

(٢) أي لظهور توقف الحَجْر على السفهيه ورفع الحَجْر عليه على حكم الحاكم في كون النظر إلى الحاكم، فقوله «عليه» متعلق بالحجر، وقوله «على حكمه» متعلق بقوله «توقف»، وقوله «في كون النظر إليه» متعلق بقوله «لظهور»، أي لظهور توقف الحجر عليه - الخ. في كون الولاية في ماله والنظر مطلقاً إلى الحاكم، سواء سبق رشده أم لا.

(٣) الحياء بالكسر: إعطاء شيء بغير عوض. قال في الجمع: ومنه بيع الحباية، وهو أن يبيع شيئاً بدون غن مثله، فالزائد من قيمة المبيع عن الثمن عطية.

(٤) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب حكم تصرفات المريض].

(٥) أي أصالة سلطنته على ماله، فإنه مالك يتصرف في ملكه كيف شاء.

(٦) [الوسائل، كتاب الوصايا، الباب: ١٠، الحديث: ٤].

(٧) البقرة: الآية ٢٨٢.

(ولا يزول) الحجر عنه (إلا بحكمه) لأن زوال السفه يقتدر على الإجهاد وقيام الأمارات، لأنه أمر خفي فيناط بنظر الحاكم. وقيل: يتوقفان على حكمه لذلك. وقيل: لا فيها. وهو الأقوى، لأن مقتضى للحجر هو السفه، فيجب أن يثبت بثبوته ويزول بزواله، ولظاهر قوله تعالى «فَبِأَن آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»^(١) حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلا يتوقف على أمر آخر.

(ولو عامله العالم بحاله استعاد ماله) مع وجوده، لبطلان المعاملة (فإن تلف فلا ضمان) لأن المعامل قد ضيع ماله بيده، حيث سلمه إلى من نهى الله تعالى عن إيتائه. ولو كان جاهلاً بحاله فله الرجوع مطلقاً^(٢)، لعدم تقصيره. وقيل: لا ضمان مع التلف مطلقاً^(٣)، لتقصير من عامله قبل اختباره. وفصل ثالث: فحكم بذلك^(٤) مع قبض السفية المال بإذن مالكة، ولو كان بغير إذنه ضمنه مطلقاً^(٥)، لأن المعاملة الفاسدة لا يترتب عليها حكم، فيكون قابضاً للبال بغير إذن، فيضمنه، كما لو أتلّف مالا أو غصبه بغير إذن مالكة. وهو حسن.

(وفي إيداعه أو إعارته أو إيجارته فيتلف العين نظر) من تفريطه بتسليمه وقد

(١) النساء: الآية ٦.

(٢) أي وإن كان تالفاً.

(٣) أي مع العلم وعدمه لتقصيره في صورة الجهل، واقتصر عليه: بقوله لتقصير من عامله قبل اختباره، ولم يذكر صورة العلم لظهوره.

(٤) أي بعدم الضمان.

(٥) أي لو كان قبض السفية المال بغير إذن مالكة، كما لو باع من السفية ولم يأذن له في قبض المبيع فقبضه بغير إذن المالك، فيضمنه مطلقاً، سواء كان المعامل عالماً أم لا، وذلك لأن المعاملة الفاسدة وجودها كعدمها، فلا أثر لها في عدم الضمان.

نهي الله تعالى عنه بقوله « وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ »^(١)، فيكون بمنزلة من ألقى ماله في البحر، ومن عدم تسليطه على الإلتلاف، لأن المال في هذه المواضع أمانة يجب حفظه، والإلتلاف حصل من السفه بغير إذن، فيضمنه كالعصب، والحال أنه بالغ عاقل. وهذا هو الأقوى.

(ولا يرتفع الحُجر عنه ببلوغه خمساً وعشرين سنة) إجماعاً منا، لوجود المقتضي للحجر، وعدم صلاحية هذا السن لرفعه. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة، حيث زعم أنه متى بلغ خمساً وعشرين سنة يفك حجره به وإن كان سفياً.

(ولا يمنع من الحج الواجب مطلقاً) سواء زادت نفقته عن نفقة الحضر أم لا، وسواء وجب بالأصل أم بالعارض - كالمندور قبل السفه - لتعته عليه، ولكن لا يُسَلَّمُ النفقة، بل يتولاها الولي أو وكيله (ولا من) الحج (المندوب إذا استوت نفقته) حضراً وسفراً. وفي حكم استواء النفقة ما لو تمكن في السفر من كسب يجبر الزائد بحيث لا يمكن فعله في الحضر.

(وتنعقد يمينه) لو حلف (ويُكْفَرُ بالصوم) لو حنث، لمنعه من التصرف المالي، ومثله العهد والنذر. وإنما ينعقد ذلك حيث لا يكون متعلقه المال ليتمكن الحكم بالصحة، فلو حلف أو نذر أن يتصدق بمال لم ينعقد نذره، لأنه تصرف مالي.

هذا مع تعيته^(٢)، أما لو كان مطلقاً لم يبعد أن يراعى في إنفاذه الرشد.

(وله العفو عن القصاص) لأنه ليس بمالي (لا الدية) لأنه تصرف مالي، وله الصلح عن القصاص على مال، لكن لا يُسَلَّمُ إليه.

(١) النساء: الآية ٥.

(٢) أي ماله المخصوص كفرسه، أما لو كان كلياً ديناراً أو درهماً مثلاً لم يبعد أن يراعى رشده، فينعقد لو صار رشيداً وإلا فلا.

كتاب الضمان

والمراد به الضمان بالمعنى الأخص قسيم الحوالة والكفالة ، لا الأعم الشامل لهما (وهو التعهد بالمال) أي الالتزام به (من البريء)^(١) من مال مماثل لما ضمنه للمضمون عنه . وبقيد « المال » خرجت الكفالة ، فإنها تعهد بالنفس ، وبـ « البريء » الحوالة بناءً على اشتراطها بشغل ذمة المحال عليه للمحيل بما أحال به .
(ويُشترط كماله) أي كمال الضامن المدلول عليه بالمصدر^(٢) أو اسم الفاعل ، أو المقام (وحريته) فلا يصح ضمان العبد في المشهور ، لأنه لا يقدر على شيء^(٣) . وقيل :

(١) أي التعهد بالمال من شخص برىء من مال مماثل لما ضمنه ، يعني لم يكن في ذمته مال مماثل لما ضمنه للمضمون عنه . وهذا القيد للاحتراز عن الحوالة ، بناءً على اشتراط أن يكون ذمة المحال عليه مشغولة للمحيل .

(٢) أي كل واحد منها يصلح أن يكون الضامن مدلولاً عليه به .

(٣) كما هو مفاد الآية المباركة . ولكن لا يخفى : أن مدلول الآية إنما هو في حال الحجز وهو في حال المملوكية . لأنَّ ذمته مملوكة للمولى ، وأما بعد عتقه فهو مالك لنفسه ، فيصح ضمانه . بمعنى التزامه بإثبات شيء في ذمته في حال مملوكيته وأدائه بعد العتق - كما عن العلامة في المختلف .

ودعوى عدم جواز التصرف له في نفسه لنفسه بما يزيد على ضروريات تعيشه - كما نفى عنه البعد في الجواهر - مستبعد . نعم لو نهى السيد عنه يمكن أن يقال بوجوب امتثاله . فليتأمل .

يصح ويتبع به بعد العتق (إلا أن يأذن المولى فيثبت) المال (في ذمة العبد) لا في مال المولى^(١)، لأن إطلاق الضمان أعم من كل منها، فلا يدلّ على الخاص. وقيل: يتعلق بكسبه حملاً على المعهود من الضمان الذي يستعقب الأداء^(٢). وربما قيل بتعلقه بمال المولى مطلقاً^(٣)، كما لو أمره بالإستدانة، وهو متبجّه. (إلا أن يشترط كونه من مال المولى) فيلزم بحسب ما شرط ويكون حينئذٍ كالوكيل.

ولو شرطه من كسبه فهو كما لو شرطه من مال المولى، لأنه من جملته. ثم إن وفيّ الكسب بالحق المضمون وإلا ضاع ما قصر. ولو أعتق العبد قبل إمكان تجدد شيء من الكسب ففي بطلان الضمان أو بقاء التعلق به وجهان^(٤).
(ولا يشترط علمه بالمستحق) للمال المضمون، وهو المضمون له بنسبه ووصفه،

(١) وذلك لأنّ الإلتزام العرفي من الضمان وأن الفلاني ضامن مثلاً: أنّ المال يثبت في ذمة الضامن لا في ذمة الغير. نعم هذا يصلح لأن يكون تعليلاً لثبوت المال في ذمة العبد لا التعليل بأن إطلاق الضمان أعم من كل منها، فلا يدلّ على الخاص كما ذكره، وذلك لأنه لا يصح إطلاق الضمان على الأعم حقيقة، لما ذكرنا من أنّ معنى الضمان هو أنّ الضامن يثبت المال في ذمته لا غير.

نعم، لو كان الأذن في التزام العبد وتعده بالمال دون الضمان بالمعنى الحقيقي الذي هو أخصّ فلا دلالة للعام على الخاص. ولكن يرد عليه: أنّه لا دلالة أيضاً على أنّه في ذمة العبد، إلا أن يقال: كونه في ذمة العبد إنما هو لأجل عدمه في مال المولى، فإذا لا بدّ أن يتعلق بذمته.

(٢) فإن المعهود من الضمان ذلك لا ما في الذمّة، فإنّه يتبع به بعد العتق الذي هو غير معلوم.

(٣) أي من غير اختصاص بالكسب.

(٤) من فوات محل الكسب الذي هو للمولى بالعتق، ومن إطلاق الكسب على ما يتحقّق بعد العتق. لكن هذا في غاية البعد، بل غير صحيح، لأنّه بعد العتق مالك لنفسه ولكسبه، فليس للمولى أن يتصرف في كسب العبد بعد عتقه.

لأن الغرض إيفاء الدين ، وهو لا يتوقف على ذلك . وكذا لا يشترط معرفة قَدَر الحق المضمون . ولم يذكره المصنف ، ويمكن إرادته^(١) من العبارة بجعل المستحق مبنياً للمجهول . فلو ضمن ما في ذمته صح على أصح القولين ، للأصل ، وإطلاق النص^(٢) ، ولأن الضمان لا ينافيه الفرر^(٣) ، لأنه ليس معاوضة ، لجوازه من المتبرع .

هذا إذا أمكن العلم به بعد ذلك^(٤) كالمثال ، فلو لم يمكن - كـ «ضمنت لك شيئاً ما في ذمته» - لم يصح قطعاً ، وعلى تقدير الصحة^(٥) يلزمه ما تقوم به البيئته أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان ، لا ما يتجدد ، أو يوجد في دفتر ، أو يقتر به المضمون عنه ، أو يحلف عليه المضمون له برّد اليمين من المضمون عنه . لعدم دخول الأول^(٦) في الضمان ، وعدم ثبوت الثاني ، وعدم نفوذ الإقرار في الثالث على الغير ، وكون الخصومة حينئذ^(٧) مع الضامن والمضمون عنه فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة

(١) أي يمكن إرادة قدر الحق من العبارة ، وهو قوله «بالمستحق» بجعله مبنياً للمفعول لا مبنياً للفاعل ولا كليهما لاختلاف للصيغة فالآخر غير مذكور .

(٢) [الوسائل ، كتاب الضمان ، باب ٢ و ٣] .

(٣) لأن المتنافي من الفرر إنما هو في المعاوضات من البيع وغيره ، وأما الضرر المستند إلى الفرر فهو شيء أدخله على نفسه ، فهو مستند إلى فعله وإقدامه على ذلك ، فأدلة نفي الضرر لا تشمل . فليتأمل .

(٤) أي بعد الضمان كالمثال وهو ما في ذمته ، فإنه يمكن العلم به بعد الضمان .

(٥) وهو ما إذا أمكن العلم به بعد ذلك .

(٦) وهو ما يتجدد والثاني ما يوجد في دفتر ، وذلك لعدم ثبوته في الذمة بمجرد وجوده في الدفتر .

(٧) أي كون خصومة المضمون له حين ما يحلف عليه المضمون له برّد اليمين من المضمون عنه

غيره، كما لا يثبت ما يقرُّ به في الرابع^(١).

نعم، لو كان الحلف^(٢) برّد الضامن ثبت ما حلف عليه.

(و) كذا (لا) يُشترط علمه بـ (الغريم) وهو المضمون عنه، لأنه وفاء دين عنه وهو جائز عن كل مديون،

ويمكن أن يريد به الأعم منه ومن المضمون له، ويريد بالعلم به: الإحاطة بمعرفة حاله من نسب أو وصف، لسهولة^(٣) الاقتضاء وما شاكله، لأن الغرض إيفاء الدين^(٤)، وذلك لا يتوقف على معرفته كذلك (بل تميزهما)^(٥) أي المستحق

➤ مع كل من الضامن والمضمون عنه: أما خصومته مع الضامن فواضح، وأما مع المضمون عنه فلا، لأن ردّ اليمين من المضمون عنه وحلف المضمون له كاشف عن سبق الخصومة بينهما، وهذه الخصومة إنما تتحقق إذا كان الضمان بإذن المضمون عنه، لرجوع الضامن عليه بما يأخذه المأذون له عنه لا في صورة تبرع الضامن كما هو واضح. وتوجه اليمين على المضمون عنه ورده على المضمون له باعتبار هذا النزاع والخصومة، فلا يلزم الضامن في نزاعه مع المضمون له ما يثبت بمنازعة غيره، وهو المضمون عنه مع المضمون له.

(١) أي كما لا يلزمه في القسم الرابع - وهو حلف المضمون له برّد اليمين من المضمون عنه لعدم لزومه ما يثبت بمنازعة غيره - كذلك لا يثبت ما يقرُّ به المضمون له، فقوله «في الرابع» خبر لقوله «وكون الخصومة حينئذٍ مع الضامن والمضمون عنه».

(٢) أي لو كان حلف المضمون له برّد الضامن يثبت في ذمة الضامن ما حلف عليه المضمون له. هذا، ولا يخفى ما في العبارة من الإغلاق وعدم وفائه بالمراد، ولكن بعد التأمل الكامل يظهر المقصود. فليتأمل.

(٣) هذا تعليل لاعتبار العلم. وقوله «لأن الغرض» إلى آخره علة لعدم اعتباره، وذلك لأن إيفاء الدين لا يتوقف على معرفته كذلك.

(٤) هذا تعليل لعدم اشتراط علمه بالغريم.

والغريم، ليكن توجه القصد إليهما. أما الحق فليمكن أداؤه، وأما المضمون له فليمكن إيقاؤه، وأما المضمون عنه فليمكن القصد إليه.

ويشكل بأن المعتبر القصد إلى الضمان، وهو إلزام المال الذي يذكره المضمون له، وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين. فلو قال شخص: إني أستحق في ذمة آخر مائة درهم مثلاً، فقال آخر: ضمنته لك، كان قاصداً إلى عقد الضمان عنم كان عليه الدين مطلقاً، ولا دليل على اعتبار العلم بخصوصيته.

(ولابدّ له من إيجاب وقبول مخصوصين^(٦)) لأنه من العقود اللازمة الناقلة للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن (والإيجاب ضمننت، وتكفلت) ويتميز عن مطلق الكفالة بجعل متعلقها المال^(٧) (وتقبلت وشبهه) من الألفاظ الدالة عليه صريحاً (ولو قال مالكٌ عندي، أو عليّ، أو ما عليه عليّ فليس بصريح) لجواز إرادته أن للغريم تحت يده مالاً، وأنه قادر على تخليصه، أو أن عليه السعي، أو المساعدة، ونحوه.

وقيل: إن «عليّ»^(٨) ضمان، لاقتضاء عليّ الالتزام، ومثله في «ذمتي»، وهو

(٥) أي المستحق والغريم - إلى آخر ما فصل. ولا يخفى: أن هذا التفصيل مبني على احتمال كون لفظ «المستحق» الواقع في المتن مبنياً للمفعول، ومراده بالغريم الأعم من المضمون له والمضمون عنه، حتى لا تكون عبارة المصنف خالية عن ذكر المستحق مبنياً للمفعول مع أن ذكره لازم، فلا تغفل.

(٦) ككونها لفظين متطابقين، وفورية القبول ونحوها مما هو شرط في العقود اللازمة.

(٧) أي لو كان الإيجاب بـ «كفلت» لابدّ أن تتميز هذه الكفالة المراد بها الضمان عن مطلق الكفالة الشاملة للنفس والمال.

(٨) أي وقيل أن «عليّ» في قول القائل «مالك عليّ ضمان» لاقتضاء كلمة عليّ الالتزام.

متبَّه. أما «ضمانه علي» فكافٍ، لانتفاء الاحتمال، مع تصريحه^(١) بالمال (فيقبل المستحق) وهو المضمون له.

(وقيل: يكفي رضاه) بالضمان وإن لم يصرح بالقبول، لأن حقه يتحوّل من ذمة إلى أخرى، والناس يختلفون في حسن المعاملة وسهولة القضاء، فلا يذّ من رضاه به، ولكن لا يُعتبر القبول للأصل، لأنه وفاء دين^(٢).

والأقوى الأول، لأنه عقد لازم فلا يذّ له من إيجاب وقبول لفظين صريحين متطابقين عربيين، فعلى ما اختاره من اشتراطه يُعتبر فيه ما يُعتبر في العقود اللازمة. وعلى القول الآخر (فلا يُشترط فورية القبول) للأصل، وحصول الغرض. وقيل: لا يُشترط رضاه مطلقاً^(٣)، لما روي من ضمان علي عليه الصلاة والسلام دين الميت الذي امتنع النبي ﷺ من الصلاة عليه لمكان دينه^(٤).

(ولا عبرة بالغريم) وهو المضمون عنه، لما ذكرناه من أنه وفاء عنه، وهو غير متوقف على إذنه. (نعم لا يرجع عليه مع عدم إذنه) في الضمان وإن أذن في الأداء، لأنه متبرع^(٥)، والضمان هو الناقل للمال من الذمة (ولو أذن) له في الضمان (رجع)

(١) أي إذا صرح بالمال يرتفع احتمال الكفالة.

(٢) وفيه مضافاً إلى ما أشار قدس سره إليه في ردّه بقوله: والأقوى الأول - إلى آخره، أن الكلام إنما هو في الضمان الذي هو أحد العقود، ولا شك في اعتبار القبول فيه، وأما مطلق الرضا بوفاء الدّين فهو أمر آخر لا ربط له بعقد الضمان. فليتأمل.

(٣) أي لا مع القبول ولا عدمه.

(٤) [الوسائل، الباب ٣ من كتاب الضمان، الحديث ٢].

(٥) هذا تعليل لعدم الرجوع، أي إنه متبرع وليس بضامن من قبّل المضمون عنه، فليس له الرجوع إليه، والضمان هو الناقل لا التبرع وإن أذن في الأداء.

عليه (بأقل الأمرين مما أداه ومن الحق) فإن أدى أزيد منه كان متبرعاً بالزائد ، وإن أدى أقل لم يرجع بغيره ، سواء أسقط الزائد عنه بصلح أم إبراء^(١) .

ولو وهبه^(٢) بعد ما أدى الجميع البعض أو الجميع جاز رجوعه به ، ولو أدى عرضاً^(٣) رجع بأقل الأمرين من قيمته ومن الحق ، سواء رضي المضمون له به عن الحق من غير عقد ، أو بصلح .

(ويُشترط فيه) أي في الضامن (الملاءة) بأن يكون مالكاً لما يُسوفي به الحق المضمون ، فاضلاً عن المستثنيات في وفاء الدين (أو علم المستحق بإعساره) حين الضمان ، فلم يعلم به حتى ضمن تخير المضمون له في الفسخ .

وإنما تُعتبر الملاءة في الابتداء لا الإستدامة ، فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن له الفسخ ، لتحقق الشرط حالته . وكما لا يقدر تجدد إعساره فكذا تعذر الاستيفاء

(١) أي سواء أسقط المضمون له عن الضامن بصلح أم إبراء . وعن بعض العامة الرجوع بالجميع لو أبرأه منه أو من بعضه ، لأنه هبة من رب الدين للضامن خاصة ، فيجوز للضامن الرجوع بالجميع . وله وجه لو لم يكن إجماع على خلافه .

(٢) أي لو وهب المضمون له الضامن بعد ما أدى الضامن جميع الحق المضمون بعض المضمون أو جميعه جاز للضامن رجوعه به على المضمون عنه ، فقله « البعض أو الجميع » مفعول ثانٍ لو هب . ووجه ذلك واضح ، لأنه بعد ما أدى الضامن بحسب ضابطه جميع الحق إلى المضمون له صار الحق من جملة أمواله ، فله أن يتصرف فيه كيفما شاء ولا ربط له بالمضمون عنه ، فقتضى إذنه في الضمان للضامن أن يرجع عليه . وهذا بخلاف ما لو أبرأ المضمون له ذمة الضامن ، فإنه لا يبقى حينئذٍ موضوع للضمان ، كما لعله واضح .

(٣) كل شيء سوى الدراهم والدنانير يُسمى عرضاً ، وذلك كما لو كان ثوباً يساوي مائة وصالحه به على الحق المضمون وهو مائتان لم يرجع على المضمون عنه إلا بقيمة الثوب وهي مائة .

منه بوجه آخر^(١).

(ويجوز الضمان حالاً ومؤجلاً، عن حال ومؤجل) سواء تساوى المؤجلان في الأجل أم تفاوتتا، للأصل.

ثم إن كان الدين حالاً رجوع مع الأداء مطلقاً^(٢)؛ وإن كان مؤجلاً فلا رجوع عليه إلا بعد حلوله وأدائه مطلقاً (والمال المضمون: ما جاز أخذ الرهن عليه) وهو المال الثابت في الذمة وإن كان مترزلاً.

(ولو ضمن للمشتري عهدة الثمن)^(٣) أي دركه على تقدير الاحتياج إلى ردّه

(١) كامتناعه وعدم القدرة على إجباره ونحو ذلك.

(٢) أي إذا كان الدين حالاً وضمنه حالاً ومؤجلاً رجوع على المضمون عنه وقت الأداء مطلقاً، أي سواء كان الأداء حالاً أم مؤجلاً وإن كان الدين مؤجلاً وضمنه بمالٍ أو مؤجلاً، فلا رجوع له إلا إذا حل الأجل وأدى الدين مطلقاً، أي سواء أدى الضامن الدين حالاً أم مؤجلاً.

ولا يتوهم بأنه إذا أدى الدين معجلاً له الرجوع على المضمون عنه قبل حلول أجل الدين، وذلك لأن جعل الأجل نوع إرفاق للمديون، ورجوع الضامن قبل حلوله منافٍ لهذا الإرفاق، كما هو واضح.

(٣) وعن الصحاح يقال: «في الأمر عهدة» بالضم أي لم يحكم بعد، و«في عقله عهدة» أي ضعف، فكان الضامن ضمن ضعف العقد - إلى آخر ما قال في معناها.

وقد فسرها الشارح بالدرك بهذه المناسبة، إذ الدرك هو التبعة كما عن الصحاح أيضاً، قال في محكي الصحاح الدرك التبعة. وحيث أن معنى ضمان المشتري عهدة الثمن التزامه بتداركه من مال لو ثبت مستحقاً للغير كما حققه الشارح قدس سرّه.

ولا يخفى: أن الضمان للمشتري عهدة الثمن ليس من ضمان المال الثابت في الذمة، بل هو من ضمان

(لزمه) ضمانه (في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس كاستحقاق) للمبيع المعين ولم يُجْزِ المالك البيع، أو أجازته ولم يُجْزِ قبض البائع الثمن، ومثله تبين خلل في البيع اقتضى فساداً من رأس، كتحلف شرط، أو اقتران شرط فاسد، لا ما تجدد فيه البطلان كالفسخ بالتقاييل، والمجلس، والحيزان، والشرط، وتلف المبيع قبل القبض. لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه حين الضمان على تقدير طرؤه الانفساخ، بخلاف الباطل من أصله ولو في نفس الأمر.

(ولو ضمن له) أي للمشتري ضامن عن البائع (درك ما يحدث) المشتري في الأرض (من بناء أو غرس) على تقدير ظهورها مستحقة لغير البائع، وقلعه لها، أو أخذه أجرة الأرض (فالأقوى جوازه) لوجود سبب الضمان حالة العقد، وهو كون الأرض مستحقة للغير.

وقيل: لا يصح الضمان هنا، لأنه ضمان ما لم يجب، لعدم استحقاق المشتري الأرض على البائع حينئذ، وإنما استحققه بعد القلع.

وقيل: 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^(١).

حج العين، فتعريف المصنف لا يشمل.

قال في المسالك: وفي الحقيقة هذا فرد من أفراد ضمان الأعيان - إلى أن قال - أو أن هذا الفرد خارج من البين لمكان الضرورة، فإن ظاهرهم الإطباق على جوازه. فإطلاق الشارح قدس سره عليه في ذيل المسألة باشتغال الذمة لعله مسامحة. فليتأمل.

(١) أي بائعاً مسلطاً للمشتري على الانتفاع مجاناً، أي وجه ضمان البائع تسليطه للمشتري

ضمانه بعقده مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان .
وتظهر الفائدة 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^(١) ثابت وقت الضمان . ووجه العدم هنا : أن
الاستحقاق له إنما حصل بعد العلم بالعيب ، واختيار أخذ الأرض ، والموجود من
العيب حالة العقد ما كان يلزمه تعيين الأرض ، بل التخيير بينه وبين الرد ، فلم يتعين
الأرض إلا بعد الضمان .

والحق أنه أحد الفردين الثابتين تخييراً حالة البيع ، فيوصف بالثبوت قبل
اختياره ، كأفراد الواجب المخير .

(ولو أنكر المستحق القبض) من الضامن (فشهد عليه الغريم) وهو المضمون
عنه (قيل) لأنه إن كان أمراً 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 .

لكن إنما تقبل (مع عدم التهمة) بأن تفيده الشهادة فائدة زائدة على ما يفرمه لو
لم يثبت الأداء^(٢) فترد .

➤ على الانتفاع بالمبيع ، وغروره بأن له منافع مجاناً ، لأن الثمن بأزاء الأرض ، فيبقى ثمراتها
وسائر منافعها له مجاناً .

(١) وهذا مبني على ما تقدم من صحة ضمان المجهول فيما أمكن العلم به بعد ذلك ، حيث إن
الأرض مقداره غير معلوم عند العقد .

(٢) أي على تقدير عدم ثبوت الأداء من الضامن للمضمون له تفيده الشهادة فائدة زائدة

وللتهمة صور:

منها: أن يكون الضامن معسراً ولم يعلم المضمون له بإعساره ، فإنَّ له الفسخ حيث لا يثبت الأداء ، ويرجع على المضمون عنه فيدفع بشهادته عود الحق إلى ذمته . ومنها: أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحَبْر للقلس ، وللمضمون عنه عليه

→ على ما يفرمه ، كما في صورة اعتبار الضامن ، فإن للمضمون له الفسخ حينئذ ، فيعود الحق إلى ذمة المضمون عنه . والفائدة هي دفع عود الحق إلى ذمته ، فبشهادته يستفيد هذه الفائدة .

ومعنى كون الفائدة زائدة أنها تضم إلى ما يفرمه ، وليس معنى زائدة على ما يفرمه أن ما يفرمه فائدة حتى يشكل بأن ما يفرمه ليس بفائدة حتى تزيد فائدة أخرى عليها . وهذا يحصل ما حققه الشيخ علي قدس سره في هذا المقام .

نعم ، يبقى هنا إشكال ، وهو : أن الشهادة لا تفيد فائدة حتى تصير منشأً للتهمة . إذ لا بد للمضمون عنه في صورة سؤاله الضمان أن يدفع الحق إما إلى الضامن بشهادته له وإما إلى المضمون له بفسخه الضمان لا عسار الضامن .

ويندفع : بأن الغرض من شهادته عدم عود الحق إلى ذمته ، فيصير مديوناً للمضمون له ، والحال أنه لا يريد أن يكون مديوناً للمضمون له لكونه صعوبة الاقتضاء مثلاً ، إذ الأشخاص مختلفون في المعاملة ، وهذه نوع فائدة موجبة لاثام المضمون عنه .

هذا ، وفي الحاشية المنسوبة إلى السلطان ما حاصله : إن مرجع الضمير في قوله « زائدة على ما يفرمه » هو الضامن لا المضمون عنه ، يعني بشهادة المضمون عنه للضامن تسقط الغرامة عنه ، فهذا فائدة حصلت للضامن بسبب الشهادة ، ولو أفادت الشهادة فائدة زائدة على ذلك عائدة إلى المضمون عنه - كدفع عود الحق من الضامن إليه - كانت تهمة . وبعبارة أخرى : سقوط الغرامة ثانياً عن الضامن بسبب الشهادة فائدة عائدة إلى الضامن ، ودفع عود الحق من الضامن إلى المضمون عنه فائدة عائدة إلى المضمون عنه موجبة للتهمة . فليتأمل .

دين، فإنه يُوقَّر بشهادته مآل الملفّس، فيزداد ما يضرب به .
ولا فرق في هاتين بين كون الضامن متبرعاً وبسؤال، لأن فسخ الضمان يوجب
العود على المديون على التقديرين^(١)، ومع الإفلاس ظاهر .
وجعل بعضهم من صور التهمة: أن يكون الضامن قد صالح على أقلّ من الحق،
فيكون رجوعه - على تقدير كونه بسؤال - إنما هو بالمدفوع، فتجزّ شهادة المضمون
عنه تهمةً بتخفيف الدين عنه .

وفيه نظر، لأنه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن
بذلك^(٢)، فلا يرجع به وإن لم يثبت، فتندفع التهمة وتقبل الشهادة كما نبّه عليه^(٣)
المصنف بقوله: (ومع عدم قبول قوله) للتهمة، أو لعدم العدالة (لو غرم الضامن
رجع) على المضمون عنه (في موضع الرجوع) وهو ما لو كان ضامناً بإذنه (بما أداه
أولاً)^(٤) لتصادقها 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 بأقلّ الأمرين منه ومن الحق، لأنه لا يستحق الرجوع بالزائد عليه .

-
- (١) أي سواء كان ضمانه متبرعاً أم بسؤال المضمون عنه .
(٢) أي اعتراف الضامن بذلك الصلح، فلا يحتاج إلى الشهادة لتحصيل الفائدة، فتندفع
التهمة، فتقبل الشهادة .
(٣) أي على كفاية اعتراف الضامن في سقوط الزائد عن المضمون عنه، وذلك لأنّ قول
المصنف: ومع عدم قبول قوله - إلى آخره، يكون تنبيهاً على الاكتفاء بتصديق المضمون
عنه الأداء، فلا يحتاج إلى إثبات المضمون عنه بشهادته حتى تكون شهادته موجبةً
للتهمة .
(٤) أي أداه الضامن أولاً .

ومثله^(١) ما لو صدّقه على الدفع وإن لم يشهد، ويمكن دخوله في عدم قبول قوله.
(ولو لم يصدقه^(٢) على الدفع) الذي ادعاه (رجع) عليه (بالأقل) مما ادعى أداءه
أولاً وأدائه أخيراً، لأن الأقل إن كان هو الأول فهو يعترف^(٣) بأنه لا يستحق سواء،
وأن المضمون له ظلمه في الثاني، وإن كان^(٤) الثاني فلم يثبت ظاهراً سواء. وعلى ما
بيّناه^(٥) يرجع بالأقلّ منها ومن الحق.

(١) أي مثل ما تقدم ما لو صدّقه على أنّه دفع قدرأ، فإن كان مساوياً أو أنقص رجع به، وإلا
رجع بما دون الزائد وإن لم يشهد بذلك.

ويمكن دخول هذا في قول المصنف «ومع عدم قبول قوله»، من حيث إن تصديقه لا يثبت
حكماً على غيره فلا يقبل قوله حينئذٍ. فقول المصنف «ومع عدم قبول قوله» يشمل،
ولهذا لم يذكره صريحاً.

(٢) أي لم تصدق المضمون عنه على الدفع الذي ادّعاه الضامن.

(٣) أي يعترف الضامن بأنه لا يستحق سواء وأن المضمون له ظلمه في الدفع الثاني.

(٤) أي وإن كان الأقل الثاني فلم يثبت بحسب ظاهر الشرع سواء، لأنّه هو القدر المستحق
الذي في ذمة الضامن، فالزائد مشكوك والأصل عدمه.

(٥) أي على ما بيّناه سابقاً، وهو قوله: هذا مع مساواة الأول للحق أو قصورة - إلى آخر ما
قال. وذلك لأنّ الثاني لو كان زائداً عن الحق وإن كان أقل من الأول لم يرجع إليه بل يرجع
إلى الحق، فلا بد حينئذٍ أن يرجع بالأقل من الثلاثة، وذلك لأنّ الأقل إن كان ما غرمه أولاً
فلزعمه أنه لا يستحق سواء وأن الثاني ظلم، وإن كان الأقل ما غرمه ثانياً فلاّنه لم يثبت
ظاهراً سواء، وإن كان الأقل هو الحق فلاّنه إنما يرجع بالأقل من المدفوع والحق، وهذا
معنى قوله: يرجع بالأقلّ منها ومن الحق. فليتأمل.



مرکز تحقیقات و پژوهش‌های اسلامی

كتاب الحوالة

(الحوالة وهي التعهد بالمال من المشغول بمثله) للمحيل . هذا هو القدر المتفق عليه من الحوالة ، وإلا فالأقوى جوازها على البريء ، للأصل^(١) : لكنه يكون أشبه بالضمان ، لاقتضائه نقل المال من ذمة مشغولة إلى ذمة بريئة ، فكأن المحال عليه بقبوله لها ضامن لدين المحتال على المحيل ، ولكنها لا تخرج بهذا الشبه عن أصل الحوالة^(٢) ، فتلحقها أحكامها .

(ويُشترط فيها رضی الثلاثة) أما رضی المحيل والمحتال فوضع وفاق ، ولأن من عليه الحق مخير في جهات القضاء^(٣) من ماله ، ودينه المحال به من جهتها . والمحتال حقه ثابت في ذمة المحيل ، فلا يلزمه نقله إلى ذمة أخرى بغير رضاه . وأما المحال عليه فاشتراط رضاه هو المشهور^(٤) ، ولأنه أحد أركان الحوالة ، ولاختلاف الناس في الاقتضاء سهولة وصعوبة .

(١) أي أصالة الإطلاق في العقود ، مثل «أوفوا بالعقود» ونحوه ، وإطلاق بعض النصوص .
(٢) وذلك لأن المناط هو قصد المتعاملين ، إذ العقود تابعة للقصد ، كما أن عقد الصلح يترتب عليه أحكامه لا أحكام الإجارة والبيع وإن أفاد فائدها .
(٣) فلا يتعين عليه بعض الجهات قهراً .
(٤) بل عن الشيخ دعوى الإجماع عليه .

وفيه نظر، لأن المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة، فلا وجه للإفتقار إلى رضى من عليه الحق، كما لو وكله^(١) في القبض منه. واختلاف الناس في الإقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحق ومن نصبه، خصوصاً مع اتفاق الحقيين جنساً ووصفاً، فعدم اعتباره أقوى.

نعم، لو كانا مختلفين وكان الغرض استيفاء^(٢) مثل حق المحتال توجه اعتبار رضى المحال عليه، لأن ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة، فلا بد من رضى المتعاضين. ولو رضى المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور أيضاً.

وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاهما، لأن الحوالة عقد لازم لا يتم إلا بإيجاب وقبول، فالإيجاب من المحيل والقبول من المحتال.

ويُعتبر فيها ما يُعتبر في غيرها من: اللفظ العربي، والمطابقة، وغيرها. وأما رضى المحال عليه فيكفي كيف اتفق متقدماً ومتأخراً ومقارناً. ولو جَوَّزنا الحوالة على البريء اعتبر رضاه قطعاً.

ويُستثنى من اعتبار رضى المحيل^(٣) ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء، فلا يُعتبر رضى

(١) ولا يرد عليه بأنه قياس، مع أن الوكالة من العقود الجائزة والحوالة من العقود اللازمة، وهما مختلفتان في الآثار الشرعية المترتبة عليهما. وذلك لأنَّ التنظير ليس إلا من حيث اختلاف الناس في سهولة الإقتضاء وصعوبته، وهذا ليس من القياس الممنوع شرعاً، كما ربما يتوهم.

(٢) فلو كان الغرض الاستيفاء بأيّ كيفية كان لا يُعتبر رضى المحال عليه، إذ معناه أن المحتال راضٍ في أخذ حقه بأيّ كيفية كان.

(٣) ولا يخفى: أنه في الفرض المذكور ان المحيل هو المحال عليه بنفسه، فلا يحيل غيره في البين حتى يُعتبر رضاه أولاً يُعتبر. وكيف كان ففي التعبير مسامحة والمقصود واضح.

المحيل قطعاً ، لأنه وفاء دينه بغير إذنه .

والعبارة عنه حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتال : «أحللتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي» ، فيقبل ، فيقومان بركن العقد .

وحيث تتم الحوالة تلزم (فيتحول فيها المال) من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه (كالضمان) عندنا^(١) ، ويبرأ المحيل من حق المحتال بمجرد ما وإن لم يُبرئه المحتال^(٢) ، لدلالة التحول عليه في المشهور .

(ولا يجب) على المحتال (قبولها على الملىء) ، لأن الواجب أداء الدين ، والحوالة ليست أداءً وإنما هي نقل له من ذمة إلى أخرى ، فلا يجب قبولها عندنا . وما ورد^(٣) من الأمر بقبولها على الملىء - على تقدير صحته - محمول على الاستحباب .

(ولو ظهر إعساره) حال الحوالة بعدها (فسخ المحتال) إن شاء ، سواء شرط يساره أم لا ، وسواء تجدد له اليسار قبل الفسخ أم لا ، وإن زال الضرر ، عملاً بالاستصحاب^(٤) .

ولو انعكس - بأن كان موسراً حالتها فتجدد إعساره - فلا خيار ، لوجود الشرط . (ويصح ترامي الحوالة) بأن يحيل المحال عليه المحتال على آخر ثم يحيل الآخر

(١) وعند الجمهور ضم ذمة إلى ذمة : لا تحول المال من ذمة ، إلى ذمة أخرى .

(٢) خلافاً للشيخ ، فإنه قال : متى لم يبرئه فله الرجوع على المحيل ، لرواية معارضة بما هو أقوى منها من حيث العمل والشهرة .

(٣) كما عن النبي ﷺ : إذا أحيل بحقي على ملىء فليحتمل .

(٤) وذلك لأن الموجب للرجوع ليس هو الإعسار على الإطلاق ليزول بزواله ، بل الإعسار وقت العقد ، وهو متحقق يثبت حكمه بالاستصحاب .

محتاله على ثالث، وهكذا. ويبرأ المحال عليه في كل مرتبة كالأول^(١) (ودورها) بأن يحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الأول. وفي الصورتين المحتال مستحد، وإنما تعدد المحال عليه^(٢).

(وكذا الضمان) يصح تراميه، بأن يضمن الضامن آخر، ثم يضمن الآخر ثالث، وهكذا. ودوره بأن يضمن المضمون عنه الضامن^(٣) في بعض المراتب.

(١) أي كالمحيل الأول، فإن المحال عليه أيضاً محيل، فكما يبرأ المحيل الأول يبرأ المحيل الثاني. وهكذا.

(٢) وكذا المحيل يتمدد أيضاً، ولم يذكره لوضوحه، فالحصر إضافي.

(٣) قال في المسالك: وكما يصح ترامي الضمان يصح دوره، بأن يضمن الأصيل ضامنه أو ضامن ضامنه وإن تعدد لعدم المانع، فيسقط بذلك الضمان ويرجع الحق كما كان. نعم يترتب عليه أحكامه، كما لو وجد المضمون له الأصيل الذي صار ضامناً معسراً ونحو ذلك، فإن له الفسخ والرجوع إلى الضامن السابق. وقد يختلفان - بأن يضمن الحال مؤجلاً وبالعكس. انتهى ما أردنا نقله.

وحاصله: إن دور الضمان لا مانع له وإن كان يرجع الحق بسبب سقوط الضمان كما كان في ذمة المضمون عنه، فإنه يترتب على هذا الضمان أحكامه، وذلك كما لو وجد المضمون له الأصيل الذي صار ضامناً معسراً ونحو ذلك، فإن له الفسخ والرجوع إلى الضامن السابق. وقد يختلفان، بأن يضمن الحال مؤجلاً وبالعكس، وذلك كما لو كان في ذمة بكر مثلاً دين حال لعمر وضمن زيد لعمر الدين المزبور ثم ضمن المضمون عنه وهو بكر الضامن وهو زيد، بأن جعل المضمون عنه نفسه ضامناً لزيد ولكن مؤجلاً. فهذه فائدة للمضمون عنه حيث صار دينه مؤجلاً بعد ما كان حالاً.

وتظهر الفائدة أيضاً في الضمان بإذن وعدمه، فكل ضامن يرجع مع الإذن على مضمونه لا على الأصل، وإنما يرجع على الأصل الضامن الأول إن ضمن بإذنه.

ومنع الشيخ رحمه الله، لاستلزامه جعل الفرع أصلاً، ولعدم الفائدة. ويضعف:
بأن الإختلاف فيها غير مانع، وقد تظهر الفائدة في ضمان الحال مؤجلاً، وبالعكس،
وفي الضمان بإذن وعدمه. فكل ضامن يرجع مع الإذن على مضمونه لا على الأصل،
وإنما يرجع عليه الضامن الأول إن ضمن بإذنه.

وأما الكفالة فيصح تراميها، دون دورها^(١)، لأن حضور المكفول الأول يبطل ما

(١) وذلك كأن يكفل المكفول الأول الكفيل الآخر. وهذا غير ممكن، إذ الكفالة لا تكون إلا
مع حضوره، فإذا حضر سقطت الكفالة عن من كفله، وسقط أيضاً باقي الكفالات لحصول
القرض بحضوره. وهذا معنى قوله: لأن حضور المكفول الأول يبطل ما تأخر عنها، أي
حضور المكفول الأول يبطل الكفالات التي تأخرت عن الكفالة الأولى، فما في قوله «ما
تأخر» كناية عن الكفالات.

ولا يعني: أن المراد من الحضور الذي يبطل ما تأخر من الكفالات هو الحضور الذي يمكن فيه
تسليم المكفول له إياه لا مطلق الحضور، كما ربما يتوهم.

ثم لا بأس بإيراد ما حققه في المسالك هنا لمزيد توضيح للمسألة، قال: لما كان ضابط الكفالة
ثبوت حق على المكفول - وإن لم يكن مالاً - صح كفالة الكفيل من كفيل ثان، لأن الكفيل
الأول عليه حق للمكفول له، وهو إحضار المكفول الأول. وهكذا القول في كفالة كفيل
الكفيل وهكذا، وهو معنى الترامي. ثم يختلف حكم الإحضار فيهم، فإنّه متى أحضر
الكفيل الأخير مكفوله برئ من الكفالة خاصة وبقي على مكفوله إحضار من كفله وهكذا،
ولو أحضر الكفيل الأول مكفوله برئ الجميع لأنهم فرعه، وإن أحضر الكفيل الثاني
الكفيل الأول برئ هو وبرئ من بعده من الكفلاء وهكذا. ولو أبرأ المكفول له الأول غريمه
المكفول الأول - وهو الأصل - برؤاً أجمع لزوال الكفالة بسقوط الحق، ولو أبرأ غيره من
كفالاته - أي أسقط عنه حق الكفالة - برئ من بعده دون من قبله. ومتى مات واحد منهم
برئ من كان فرعاً له، فبموت من عليه الحق يبرؤون جميعاً، وبموت كفيل الأول يبرأ من

تأخر منها .

(و) كذا تصح (الحوالة بغير جنس الحق) الذي للمحتال على المحيل ، 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 بالدينانير . ولو انعكس^(١) فأحاله بحقه على من عليه مخالف - صح أيضاً ، بناءً على اشتراط رضى المحال عليه ، سواء جعلناها استيفاءً أم اعتياضاً بتقريب التقرير .

ولا يُعتبر التقابض في المجلس حيث تكون صرفاً ، لأن المعاوضة على هذا الوجه ليست بيعاً . ولو لم يُعتبر رضى المحال عليه صح الأول دون الثاني ، إذ لا يجب على المديون الأداء من غير جنس ما عليه .

وخالف الشيخ رحمه الله وجماعة فيها^(٢) ، فاشتراطوا تساوي 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 دينانير ، كيف يصير حق المحتال على

جـ بعده ، ويموت الثاني يبرأ الثالث ومن بعده دون من قبله ، وهكذا يموت الثالث يبرأ من بعده ولا يبرأ الأولان . وقد تقدم في الضمان والحوالة ورود الترامسي والدور فسيها ، أما الكفالة فلا يصح دورها وإن صح ترامسيها ، لأن حضور المكفول الأول يوجب براءة من كفله وإن تعدد ، فلا معنى لمطالبتة بإحضار من كفله . انتهى .

(١) العكس باعتبار أن الحوالة في المسألة الأولى بغير حقه وهذه الحوالة بحقه ، فإن حقه في الأولى الدراهم وأحاله بدنانير ، وهذا له عليه دراهم وأحاله بها على من للمحيل عليه الدينانير مثلاً ، فالحوالة في العرض مستقيماً بالجنس ، وإنما صار بغير الجنس بسبب المعاملة والمعارضة بين المحتال والمحال عليه . وإطلاق العكس مسامحة .

(٢) أي في الأصل والعكس .

المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك ؟ لأننا إن جعلناها استيفاء^(١) 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 بمحصل من جنس مال ، أو زيادة قَدْر ، أو صفة ، وإنما هي معاوضة إرفاق ومساعدة للحاجة ، فاعتبر فيها التجانس والتساوي . وجوابه يظهر مما ذكرناه^(٢) .

(وكذا) تصح (الحوالة بدين عليه لواحد على دين للمحيل على اثنين متكافلين) أي قد ضمن كل منهما ما في ذمة صاحبه^(٣) دفعة واحدة ، أو متلاحقين مع إرادة الثاني ضمان ما في ذمة الأول في الأصل لا مطلقاً ، لئلا يصير المالان في ذمة الثاني . ووجه جواز الحوالة عليها ظاهر ، لوجود المقتضي للصحة وانتفاء المانع ، إذ ليس إلا كونها متكافلين ، وذلك لا يصلح مانعاً . وثبّه بذلك على خلاف الشيخ رحمه الله حيث منع منه ، محتجاً باستلزامها زيادة الإرتفاق ، وهو ممتنع في الحوالة ، لوجوب موافقة الحق المحال به للمحال عليه من غير زيادة ولا نقصان قَدراً ووصفاً .

وهذا التعليل إنما يتوجّه على مذهب من يجعل الضمان ضم ذمة إلى ذمة^(٤) ، فيتخير

(١) هذا من كلام الشيخ ، يعني إن جعلناها استيفاءً يصير المحتال بمنزلة من استوفى دينه وأخذه من المحيل ثم أقرض الدين المذكور المحال عليه ، فالمحال عليه كأنه اقترض من المحتال . وحاصل كلامه : إنها لا تخلو من أحد أمرين ، وكلاهما باطلان .

(٢) وهو قوله : لأن إيفاء الدين بغير جنسه جائز - إلى آخر ما ذكره هناك .

(٣) تبّه به على أن الكفالة هنا أريد بها الضمان ، والظاهر أن تعبير المصنف هنا بالكفالة تبعاً للشيخ في المبسوط في نظير المسألة .

(٤) وذلك لأنه من حيث كونه ضم ذمة إلى ذمة يتخير في مطالبة كل منهما بمجموع الحق وقد كان أولاً له المطالبة لواحد فقط ، فحصل بذلك زيادة الإرتفاق . وأما على مذهبنا فلا يتم ،

حينئذ في مطالبة كل منهما بجموع الحق . أما على مذهب أصحابنا - من أنه ناقل للمال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه - فلا ارتفاق ، بل غايته انتقال ما على كل منهما إلى ذمة صاحبه ، فيبقى الأمر كما كان . ومع تسليمه لا يصلح للسماعية ، لأن مطلق الارتفاق بها غير مانع ^(١) إجماعاً ، كما لو أحاله على أملى منه وأحسن وفاءً .

(ولو أذى المحال عليه فطلب الرجوع) بما أداه على المحيل (لإتكااره الدين) وزعمه أن الحوالة على البريء بناءً على جواز الحوالة عليه (وادعاه المحيل ، تعارض الأصل) وهو براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل (والظاهر) وهو كونه مشغول الذمة ، إذ الظاهر أنه لو لا اشتغال ذمته لما أحيل عليه (والأول) وهو الأصل (أرجح) من الثاني حيث يتعارضان غالباً ، وإنما يتخلف في مواضع نادرة ^(٢) (فيحلف) المحال عليه على أنه بريء من دين المحيل (ويرجع) عليه بما غرم (سواء كان) العقد الواقع بينهما (بلفظ الحوالة أو الضمان) لأن الحوالة على البريء أشبه بالضمان فتصح بلفظه .

وأيضاً فهو يُطلق على ما يشملهما بالمعنى الأعم ، فيصح التعبير به عنها .

⇒ لكون الضمان عندنا ناقلاً للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن ، ففي المتكافلين ينقل ما على كل منهما إلى ذمة صاحبه . فيبقى الأمر كما كان من أن عليهما معاً أداء مجموع الدين لا على كل واحد أداء المجموع .

(١) بل الارتفاق المانع زيادة الجنس قدراً أو وصفاً ، إذ لا إشكال في جواز إحالته على شخص أملى - أي أغنى منه وأحسن أداءً مع أنه ارتفاق .

(٢) منها ما إذا شك في الطهارة بعد الفراغ منها في فعل من أفعالها ، فإنه لا يلتفت إلى الأصل ، وهو استصحاب عدم إتيان المشكوك . ومنها الشك بعد المحل في الصلاة ، فإن منشأ عدم الالتفات إلى الأصل - وإن كان هو النص - لكن لا من باب التعبد الصرف بل من حيث أن الظاهر إتيان المشكوك حين الاشتغال بالعمل ، فقدم الظاهر لهذه الجهة .

ويُحتمل الفرق بين الصيغتين ، فيقبل مع التعبير بالضمان دون الحوالة ، عملاً بالظاهر .

ولو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه بمثل الحق ، تعارض أصل الصحة والبراءة فيتساقطان^(١) ، ويبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل بإذنه ، فيرجع عليه . ولا يمنع وقوع الإذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها ، لاتفاقهما^(٢) على الإذن ، وإنما اختلفا في أمر آخر ، فإذا لم يثبت يبقى ما اتفقا عليه من الإذن في الوفاء المقتضي للرجوع . ويُحتمل عدم الرجوع ترجيحاً للصحة المستلزمة لشغل الذمة .

(١) لا يخفى : أنه لا تعارض بين أصل الصحة والبراءة ، بل أصل الصحة واردٌ ومقدّمٌ على أصل البراءة ، كما هو محرز في الأصول .

(٢) فلو فرض بطلان ما اقتضى كونها حوالة بقي الإذن ، فإنه قد يقال : إنه يفهم من ذلك عرفاً بقاء الإذن وإن بطلت الحوالة . فليتمل .



مرکز تحقیقات اسلامی علوم اسلامی

كتاب الكفالة

(وهي التعهّد بالنفس) أي التزام إحضار المكفول متى طلبه المكفول له، وشرطها رضى الكفيل والمكفول له، دون المكفول، لوجوب الحضور عليه^(١) متى طلبه صاحب الحق ولو بالدعوى، بنفسه أو وكيله، والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يأمره به.

ويفتقر إلى إيجاب وقبول بين الأولين، صادرين على الوجه المعتبر في العقد اللازم.

(وتصح جائئة ومؤجلة) أما الثاني فوضع وفاق، وأما الأول فأصح القولين، لأن الحضور حق شرعي لا ينأيه الحلول. وقيل: لا تصح إلا مؤجلة (إلى أجل معلوم) لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الآجال المشترطة.

(ويبرأ الكفيل بتسليمه) تسليماً تاماً، بأن لا يكون هناك مانع من تسلّمه كمتغلب أو حبس ظالم، وكونه في مكان لا يتمكن من وضع يده عليه، لقوة المكفول وضعف المكفول له، وفي المكان المعين إن يتيّناه في العقد، ويلد العقد مع الإطلاق.

(١) ويمكن المناقشة فيه بأنه شبه مصادرة، إذا الكلام في تحقّق الكفالة بدون رضى المكفول، فإنه لما منع أن يمنع صحة إطلاق الكفالة عليها بدون رضى المكفول، ولا أقل من الشك في شمول الأدلة لها. ولعلّه لهذا يحكى عن جماعة اعتبار رضاه أيضاً.

(وعند الأجل) أي بعده إن كانت مؤجلة (أو في الحلول) متى شاء إن كانت حالة ونحو ذلك^(١). فإذا سلّمه كذلك بريء، فإن امتنع سلّمه إلى الحاكم^(٢) وبريء أيضاً، فإن لم يمكن أشهد عدلين بإحضاره إلى المكفول له وامتناعه من قبضه. وكذا يبرأ بتسليم المكفول نفسه تاماً وإن لم يكن من الكفيل على الأقوى، وتسليم غيره له كذلك.

(ولو امتنع) الكفيل من تسليمه ألزمه الحاكم به، فإن أبى (فللمستحق) طلب (حبسه) من الحاكم (حتى يحضره، أو يؤدي ما عليه) إن أمكن أدائه عنه كالدين، فلو لم يمكن - كالتقصص، والزوجية، والدعوى بعقوبة توجب حداً أو تعزيراً - ألزم بإحضاره حتماً مع الإمكان، وله^(٣) عقوبته عليه، كما في كل ممتنع من أداء الحق مع قدرته عليه، فإن لم يمكنه الإحضار وكان له بدل - كالدية في القتل وإن كان عمداً، ومهر مثل الزوجة - وجب عليه البذل.

وقيل: يتعين إلزامه بإحضاره إذا طلبه المستحق مطلقاً^(٤)، لعدم انحصار الأغراض في أداء الحق. وهو قوي. ثم على تقدير كون الحق مالاً وأداه الكفيل، فإن كان قد أدّى بإذنه رجع عليه^(٥)، وكذا إن أدّى بغير إذنه مع كفالته بإذنه وتعدّر إحضاره، وإلا فلا رجوع.

- (١) كما إذا أحضره قبل الأجل ورضي المكفول له به، ونحو ذلك.
- (٢) ولكن الظاهر حصول البراءة حينئذٍ من دون حاجة إلى التسليم إلى الحاكم كما هو قول بعض، وإن كان التسليم إليه أحوط.
- (٣) أي وللحاكم عقوبة الكفيل على امتناعه.
- (٤) أي سواء كان الحق مما يمكن أدائه أم لا، وهذا مقابل لقوله: إن يمكن أدائه عنه - الخ.
- (٥) وذلك كمن أدّى المال بإذن من عليه، فإن له الرجوع إلى الآذن.

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 الأذن في الأداء ، لأنه كإذن البريء للمديون في أداء دينه .
وأما إذنه في الكفالة إذا تعدّر إحضاره^(١) واستدانه في الأداء ، فذلك من لوازم الكفالة ، والإذن فيها إذن في لوازمها .

(ولو علّق الكفالة) بشرط متوقّع ، أو صفة مترقّبة (بطلت) الكفالة (وكذا الضمان والحوالة) كغيرها من العقود اللازمة (نعم لو قال : إن لم أحضره إلى كذا كان عليّ كذا ، صحت الكفالة أبداً ولا يلزمه المال المشروط ، ولو قال : عليّ كذا إن لم أحضره ، لزمه ما شرطه من المال إن لم يحضره) على المشهور .

ومستند الحكمين رواية^(٢) داود بن الحصّين عن أبي العباس عن الصادق عليه السلام .
وفي الفرق بين الصيغتين من حيث التركيب العربي نظر ، ولكن المصنف والجماعة عملوا بمضمون الرواية جامدين على النص مع ضعف سنده^(٣) .

(١) حاصله : وأما الأداء بدون الإذن مع الإذن في الكفالة فهو من لوازم الكفالة شرعاً ، حيث إن الإذن في شيء إذن في لوازمه .

(٢) [الوسائل ، الباب ١٠ من كتاب أحكام الضمان ، الحديث ٢] .

(٣) لا يخفى : أن ضعف السند منجبرٌ بعمل جماعة من المحققين بمضمونه كالمصنف وآخرين .
وأما الإشكال في الفرق بين الصيغتين من حيث التركيب العربي فمّا لا ينبغي الالتفات إليه بعد صريح النص في الحكم ، فلا يمكن العدول عنه بمجرد إلتباس الفرق بين الصيغتين ، كما ذكره بعض المحققين . وما تكلف جماعة للفرق بوجوه ضعيفة ، فما لا يمكن المساعدة على شيء منها . والله العالم .

وربما تكلف متكلف للفرق بما لا يسمن ولا يغني من جوع، وإن أردت الوقوف على تحقيق الحال فراجع ما حوّرناه في ذلك بشرح الشرائع وغيره.

(وتحصل الكفالة) أي حكم الكفالة^(١) (بإطلاق الغريم من المستحق قهراً) فيلزمه إحضاره، أو أداء ما عليه إن أمكن^(٢)، وعلى ما اخترناه مع تعذر إحضاره. لكن هنا حيث يؤخذ منه المال لا رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه، إذ لم يحصل من الإطلاق^(٣) ما يقتضي الرجوع (فلو كان) الغريم (قاتلاً) عمداً كان أم شبهة (لزمه إحضاره أو الدية) ولا يقتض من العمد، لأنه لا يجب على غير المباشر.

ثم إن استمر القاتل هارباً ذهب المال على المخلص، وإن تمكن الولي منه في العمد وجب عليه رد الدية إلى الغارم وإن لم يقتض من القاتل، لأنها وجبت لمكان الحيولة وقد زالت، وعدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق^(٤).

ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله وتعدّر استيفاء الحق - من قصاص أو مال - وأخذ الحق من الكفيل، كان له الرجوع على الذي خلّصه، كتخليصه من يد

(١) أي يحصل حكم الكفالة من لزوم إحضاره أو أداء ما عليه إن أمكن لا نفس الكفالة - وهي التعمّد بالنفس - كما هو واضح.

(٢) وذلك مثل الدين دون القصاص ونحوه. ثم هذا قول المصنف - أي التخيير بين إحضاره وأداء ما عليه - وأما على ما اختاره الشارح قدس سره فيما تقدّم بقوله: وهو قويّ فيتمتع عليه الإحضار ومع تعذر الإحضار يجب عليه أداء ما عليه. وهذا معنى قوله: وعلى ما اخترناه مع تعذر إحضاره.

(٣) أي لم يحصل من إطلاق الغريم وتخليصه من يده ما يقتضي الرجوع، بخلاف الكفالة في صورة امتناع الكفيل من تسليمه إلى المكفول له، فإنّ للمكفول له طلب حبسه حتى يحضره أو يؤدي ما عليه على سبيل التخيير كما تقدم.

(٤) أي لا إلى تقصير المخلص.

المستحق .

(ولو غاب المكفول) غيبة يُعرَف موضعه (أنظر) الكفيل بعد مطالبة المكفول له بإحضاره و (بعد الحلول) إن كانت مؤجلة (بمقدار الذهاب) إليه (والإياب) ، فإن مضت ولم يُحضَره حُبَسَ وألزم ما تقدم . ولو لم يُعرَف موضعه لم يُكَلَّف إحضاره ، لعدم إمكانه ولا شيء عليه ، لأنه لم يكفل المال ^(١) ، ولم يقصر في الإحضار .

(وينصرف الإطلاق إلى التسليم في موضع العقد) لأنه المفهوم عند الإطلاق . ويُشكل لو كانا في برية ، أو بلد غربة قصدها مفارقتها سريعاً ، لكنهم لم يذكروا هنا خلافاً كالسَّلَم . والإشكال يندفع بالتعيين .

(ولو عيّن غيره) أي غير موضع العقد (لزِم) ما شرط ، وحيث يُعيّن أو يُطلق ويُحضَره في غير ما عيّن شرعاً لا يجب تسلمه وإن انتفى الضرر .

(ولو قال الكفيل : لا حق لك) على المكفول حالة الكفالة فلا يلزمه إحضاره ، فالقول قول المكفول له ، لرجوع الدعوى إلى صحة الكفالة وفسادها ، فيقدم قول مدعي الصحة (وحلف المستحق) وهو المكفول له ولزمه إحضاره ، فإن تعذر لم يثبت الحق بحلفه السابق ، لأنه لإثبات حق يصحح الكفالة ، ويكفي فيه ^(٢) توجه

(١) وفيه : أنه مناف لما تقدم من أنه لو لم يمكنه الإحضار وكان له بدل - كالدية في القتل وإن كان عمداً ومهر مثل الزوجة - وجب عليه البدل . وقوله : لأنه لم يكفل المال . فيه : إن مقتضى الكفالة أنه لو لم يتمكن من إحضاره وجب عليه أداء ما عليه إن أمكن أدائه . فليتأمل .

(٢) أي يكفي في هذا الحق الذي تصح الكفالة فيه توجه الدعوى ، فإن توجه الدعوى يصير سبباً لإرجاع الحاكم الحلف إلى المستحق ، فيكفي في هذا الحق توجه الدعوى ، فهذا

الدعوى . نعم لو أقام يئنة بالحق وأثبتته عند الحاكم ألزمه به كما مر^{١١} . ولا يرجع به على المكفول ، لاعترافه ببراءة ذمته ، وزعمه بأنه مظلوم .
(وكذا لو قال) الكفيل للمكفول له : (أبرأته) من الحق ، أو أوفاكه ، لأصالة بقاءه .

ثم إن حلف المكفول له على بقاء الحق بريء من دعوى الكفيل ولزمه إحضاره ، فإن جاء بالمكفول فادعى البراءة أيضاً لم يُكْتَفَ باليمين التي حلفها للكفيل ، لأنها كانت لإثبات الكفالة ، وهذه دعوى أخرى وإن لزمته تلك^{١٢} بالعرض (فلو لم يحلف ورثة اليمين عليه) أي على الكفيل فحلف (بريء من الكفالة والمال بحاله) لا يسبرأ المكفول منه ، لاختلاف الدعويين كما مر ، ولأنه لا يبرأ يمينين غيره .

نعم ، لو حلف المكفول اليمين المردودة على البراءة برئاً معاً ، لسقوط الكفالة بسقوط الحق ، كما لو أذاه ، وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف برئاً معاً .

→ الحلف لإثبات حق يصحح الكفالة . وأما الحق المنفي بقول الكفيل « لا حق لك على المكفول » فلا يثبت بهذا الحلف . نعم لو أقام يئنة بالحق وأثبتته عند الحاكم ألزمه به .
(١) لا يخفى : أنه لم يتعرض لخصوص هذه المسألة فيما تقدم ، ولكن يُستفاد حكمها مما تقدم من كلماته ، وهي قوله : فإن لم يكن أشهد عدلين بإحضاره - إلى قوله - فإن أبي فللمستحق طلب حبسه من الحاكم حتى يحضره أو يؤدي ما عليه . كما هو واضح بعد التأمل . كما أن ما في الحاشية من تفسير قوله « كما مر » أي في كتاب القضاء في الحكم على الغائب ليس على ما ينبغي .

(٢) أي وإن لزمته هذه الدعوى . وهي دعوى المكفول بالبراءة تلك الدعوى ، أي دعوى الكفيل بالبراءة بالعرض ، لأن مرجع دعوى الكفيل بالأصالة إلى عدم الكفالة بقاءً ، لانقضاء موضوعها بالإبراء ، ودعوى المكفول بالأصالة هو البراءة من الحق وإن لزمته تلك الدعوى بالعرض ، حيث إن لازمها براءة الكفيل من الكفالة .

(ولو تكفل اثنان بواحد كفي تسليم أحدهما) إياه تاماً ، لحصول الغرض ، كما لو سلم نفسه أو سلمه أجنبي .

وهل يُشترط تسليمه عنه وعن شريكه ، أم يكفي الإطلاق ^(١) ؟ قولان ، أجودهما الثاني ، وهو الذي يقتضيه إطلاق العبارة . وكذا القول في تسليم نفسه ، وتسليم الأجنبي له .

وقيل : لا يبرأ مطلقاً ، لتغاير الحقيين . وضعفه ظاهر . وتظهر الفائدة لو هرب بعد تسليم الأول ^(٢) .

(ولو تكفل بواحد لاثنتين فلا بد من تسليمه إليهما) ^(٣) معاً ، لأن العقد الواحد هنا بمنزلة عقدين ، كما لو تكفل لكل واحد على انفراده ، أو ضمن دينين لشخصين فأدّى دين أحدهما فإنه لا يبرأ من دين الآخر . بخلاف السابق ، فإن الغرض من كفالتها للواحد إحضاره وقد حصل .

(ويصح التعبير) في عقد الكفالة (بالبدن ، والرأس ، والوجه) فيقول : كفلت لك بدن فلان ، أو رأسه ، أو وجهه ، لأنه يعبر بذلك عن الجملة ، بل عن الذات عرفاً ^(٤) .

(١) أي يكفي إطلاق التسليم ولا يلزم تقييده بكونه عن نفسه وعن شريكه ، إذ ليس الغرض إلا الإحضار ، وهو يحصل بمطلق التسليم .

(٢) فإنه يجب على الثاني تسليمه أيضاً لتغاير الحقيين . ويمكن أن يقال : إن الغرض قد يتعلق بكفالتة اثنتين لفائدة أنه لو هرب بعد إحضاره من واحد أبقت كفالتة الآخر . ولكن هذا خارج عن الغرض ، لأن ظاهره اجتماعها على كفالة واحدة .

(٣) أي إلى كل واحد معاً ، ولا يكفي تسليمه إلى واحد منها .

(٤) أي من غير لحاظ معنى الجملة ، بل يُعبر بها عن حقيقة الشيء وذاته عرفاً ، فالتعبير بالذات أولى ، لأن الكفالة للذات بالأصالة ، والتعبير بالجملة من حيث أنه يُعبر بها عن الذات ، ولعله لهذا قال : بل عن الذات .

والحق به الكبد، والقلب، وغيرهما من الأجزاء التي لا تبقى الحياة بدونها، والجزء الشائع فيه كئله وربعه، استناداً إلى أنه لا يمكن إحضار المكفول إلا بإحضاره أجمع. وفي غير البدن نظر: أما الوجه والرأس^(١) 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 المصنوع - مع الشك في حصوله^(٢)، وأصالة البراءة من مقتضى العقد - غير جيد.

نعم، لو صرح بإرادة الجملة من الجزئين اتجهت الصحة، كإرادة^(٣) أحد معنيي المشترك، كما أنه لو قصد الجزء بعينه^(٤) فكقصد الجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه. وأما ما لا تبقى الحياة بدونه مع عدم إطلاق اسم الجملة عليه حقيقة^(٥)، فغايتها أن

(١) هذا شروع في بيان وجه النظر في غير البدن.

(٢) أي حمل اللفظ على الوجه الصحيح، وهو إطلاقه على الجملة مع الشك فيه، وأصالة البراءة من مقتضى العقد غير جيد. فـ «غير جيد» خبر لقوله «وحمل اللفظ». ولكن مجرى الأصل هنا الإستصحاب لا البراءة، وهو استصحاب عدم تحقق عقد الكفالة، كما هو محرز في محله.

(٣) أي كما لو صرح بإرادته أو أقام قرينة على إرادة أحدهما، فإنه كالمشترك من حيث إطلاق الجزء على الجملة والتصریح به.

(٤) أي كما أنه لو قصد الجزء - وهو الوجه والرأس بعينه - لا يصح، كما لا يصح قصد الجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه في غير الوجه والرأس إذا قصد نفس الجزء. وتخصيص الوجه والرأس بالذكر مع اشتراك الجميع في عدم الصحة إذا قصد نفس الجزء لأنه في مقام بيان حكم الوجه والرأس.

(٥) أي ما لا يبقى الحياة بدونه قد يطلق عليه اسم الجملة حقيقةً، وذلك كالبدن، فإنه يطلق

إطلاقه عليها مجاز، وهو غير كافٍ في إثبات الأحكام الشرعية، ويلزم مثله في كل جزء من البدن. فالمنع في الجميع أوجه، أو إلحاق الرأس والوجه مع قصد الجملة بهما. (دون اليد والرجل) وإن قصدتها بهما مجازاً، لأن المطلوب شرعاً كفالة المجموع باللفظ الصريح الصحيح كغيره من العقود اللازمة. 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. (ولو مات المكفول) قبل إحضاره (بطلت) الكفالة (لقوات متعلقها) وهو النفس، وقوات الغرض لو أريد البدن.

ويمكن الفرق بين التعبير بكلفت فلاناً وكفلت بدنه، فيجب إحضاره مع طلبه في الثاني دون الأول، بناءً على ما اختاره المحققون من أن الإنسان ليس هو الهيكل

⇒ عليه اسم الجملة حقيقة، لأن البدن تمام أعضاء الجملة حقيقة، ففي مثله يصح التعبير في عقد الكفالة به. وقد لا يُطلق عليه اسم الجملة حقيقة كالقلب ونحوه، إلا أنه قد يُطلق عليه مجازاً، فهذا غير كافٍ في إثبات الأحكام الشرعية، فالمنع في الجميع أوجه. ولا ينبغي: أن المراد بقوله «مع عدم إطلاق اسم الجملة عليه حقيقة» ما ذكرناه مفصلاً، ولكن خفي على المحشين هذا المعنى، وأورد بعضهم على عبارة الكتاب: بأنه كان ينبغي أن يقال مع عدم إطلاق اسمه على الجملة. قال الشيخ علي رحمه الله في هذا المقام ما هذا لفظه: يحظ جدي الشيخ حسن «ره» على حاشية نسخته الأصل: كان الظاهر أن يقال مع عدم إطلاق اسمه على الجملة. انتهى. ووجهه: أن الكلام في إطلاق الجزء على الكل لا الكل على الجزء، ويمكن توجيه ما هنا في الجملة. انتهى. ولكن المقصود من العبارة ما ذكرناه. فليتأمل.

المحسوس^(١).

ويضعف: بأن مثل ذلك منزّل على المتعارف، لا على المحقّق عند الأقل، فلا يجب على التقديرين (إلا في الشهادة على عينه^(٢)) ليحكم عليه^(٣) (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 تغيّر بحيث لا يُعرف. ولا فرق حينئذ بين كونه قد دُفِن وعدمه، لأن ذلك مستثنى من تحريم نيشه.

(١) وأصل «الهيكل» على ما قيل اسم أعجمي بمعنى صورة الشيء، وعن الصحاح: هو البناء المشرف، وبيت الأصنام للنصارى.

(٢) ولكن هذا فيما إذا اشترط في عقد الكفالة أو وجود قرينة عليه، وإلا فشكل، لانصراف إطلاق الكفالة عنه. فليتأمل.

(٣) أي ليحكم على المكفول الميت بأنه أتلف ماله أو نفسه أو طرفاً للمكفول له، وقوله «المعاملة له» عطف على المجرور، وهو «إتلافه» أي ليحكم عليه بأنه عامل معاملة له، أي للمكفول له.

كتاب الصلح

(وهو جائز مع الإقرار^(١) والإنكار) عندنا مع سبق نزاع ولا معه^(٢) .
ثم إن كان المدعي محققاً استباح ما دفع إليه المنكر صلحاً ، وإلا فهو حرام باطناً ،
عيناً كان أم ديناً ، حتى لو صالح عن العين^(٣) بمال فهي بأجمعها حرام .
ولا يُستثنى له منها مقدار ما دفع من العوض ، لفساد المعاوضة في نفس الأمر .
نعم لو استندت الدعوى إلى قرينة - كما لو وُجد بخط مورثه أن له حقاً على أحد
فأنكر وصالحه على إسقاطها بمال - فالمتجّه صحة الصلح .
ومثله^(٤) ما لو توجهت الدعوى بالتهمة ، لأن الميمين حق يصح الصلح على
إسقاطها .

-
- (١) أي الإقرار من المدعى عليه .
(٢) وعن بعض العامة اشتراط سبق النزاع والخصومة . وجّه عدم اشتراط سبق النزاع
عموم «أو فوا بالعقود» مضافاً إلى الإجماع المدعى في المقام ، كما هو واضح .
(٣) وذلك كما لو ادعى زيد عيناً في يد عمرو ثم تصالحا على أن زيداً يأخذ العين المزبورة
ويدفع عمرو عشرة دراهم مثلاً ، فلو كان زيد غير محقق في دعواه حرم تصرفه في العين
مطلقاً ولم يبح له شيء منها حتى في مقابل الدراهم .
(٤) أي ومثل ما لو استندت الدعوى إلى قرينة ما لو توجهت الدعوى بالتهمة .

(إلا ما أحلَّ حراماً أو حرَّم حلالاً) كذا ورد في الحديث^(١) النبوي ﷺ، وقُسِّر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر، أو استباحة بضع لا سَبَبَ لاستباحته غيره، أو ليشرب الخمر ونحوه. وتحريم الحلال بأن لا يظاً أحدهما حليلته، أو لا ينتفع بهاله ونحوه. والصلح على مثل هذه باطل ظاهراً وباطناً.

وقُسِّر يصلح المنكر على بعض المدعى، أو منفعة، أو بدله مع كون أحدهما عالماً ببطلان الدعوى، لكنه هنا صحيح ظاهراً وإن فسد باطناً، وهو صالح للأمرين معاً، لأنه محلل للحرام بالنسبة إلى الكاذب، ومحرم للحلال بالنسبة إلى المحق.

وحيث كان عقداً جائزاً في الجملة^(٢) فيلزم بالإيجاب والقبول الصادرين من الكامل (بالبلوغ والرشد) (الجائز التصرف) برفع الحَجَر، وتصح وظيفة كل من الإيجاب والقبول من كل منهما بلفظ «صالح» و«قبلت». وتفريع اللزوم على ما تقدّم غير حسن، لأنه أعم منه^(٣). ولو عطفه بالواو كان أوضح^(٤). ويمكن التفاته إلى أنه عقد^(٥) والأصل في العقود اللزوم، إلا ما أخرجه الدليل، للأمر بالوفاء بها في الآية المقتضي له.

(١) الوسائل، الباب ٣ من كتاب الصلح، الحديث: [٢].

(٢) أي في غير ما أحلَّ حراماً أو حرَّم حلالاً.

(٣) أي ما تقدم من الجواز المتقدم معناه أعم من اللزوم، إذ معنى الجواز هو الصحة وعدم البطلان. وهذا في حد ذاته لا يستلزم اللزوم، حيث أنه من الممكن أن يكون جائزاً - أي صحيحاً - ولكنه غير لازم.

(٤) هذا إشارة إلى أن الفاء يمكن أن يكون للاستيناف، فإنه صحيح أيضاً، ولكن كونه للتفريع أظهر، فحمل العبارة عليه أنسب وأولى.

(٥) هذا توجيه آخر، وحاصله: إن الصلح عقد والأصل في كل عقد اللزوم إلا ما خرج بالدليل، فعقد الصلح لازم رعاية للأصل، فيلزم بالإيجاب والقبول.

(وهو أصل في نفسه) على أصح القولين ^(١) وأشهرهما ، لأصالة عدم الفرعية ، لا فرع البيع ، والهبة ، والإجارة ، والعارية ، والإبراء كما ذهب إليه الشيخ فجعله فرعاً 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 ، وفرع الإبراء إذا تضمن إسقاط دين ، استناداً إلى إفادته فائدها حيث يقع على ذلك الوجه ، فيلحقه حكم ما ألحق به .
وفيه : أن إفادة عقد فائدة آخر لا تقتضي الإتحاد ، كما لا تقتضي الهبة بعوض معين فائدة البيع .

(ولا يكون طلبه إقراراً) لصحته مع الإقرار والإنكار . ونبّه به على خلاف بعض العامة الذاهب إلى عدم صحته مع الإنكار ، حيث فُرع عليه أن طلبه إقرار ، لأن إطلاقه ينصرف إلى الصحيح وإنما يصح مع الإقرار فيكون مستلزماً له .
(ولو اصطلاح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال والباقي للآخر - ربح أو خسر - صح عند انقضاء الشركة) وإرادة فسخها ، لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزلة الهبة ، والخسران ^(٢) على من هو عليه بمنزلة الإبراء .
(ولو شرطاً بقاءهما على ذلك ^(٣)) بحيث يكون ما يتجدّد من الربح والخسران

- (١) خلافاً للشيخ قدس سره ، فَجَعَلَهُ تابعاً للعقود كالبيع والهبة والإجارة ونحوها .
(٢) قوله « والخسران » عطف على الزيادة ، أي فيكون الخسران بمنزلة الإبراء ، وذلك لأن خسران رأس المال قبل إيقاع الصلح مشترك بينهما ، فإذا التزم على نفسه خسران رأس المال شريكه فكأنما أبرأ شريكه من الخسارة .
(٣) أي لو شرطاً في عقد الصلح المزبور بقاءهما على ما اشترطاً به من أخذ أحدهما رأس المال والباقي للآخر .

لأحدهما دون الآخر (فقيه نظر) من مخالفته لوضع الشركة ، حيث إنها تقتضي كونها على حسب رأس المال ، ومن إطلاق الرواية^(١) بجوازه بعد ظهور الربح من غير تقييد بإرادة القسمة صريحاً^(٢) ، فيجوز مع ظهوره أو ظهور الخسارة مطلقاً^(٣) .

ويمكن أن يكون نظره^(٤) في جواز الشرط مطلقاً وإن كان في ابتداء الشركة ، كما ذهب إليه الشيخ وجماعة زاعمين أن إطلاق الرواية يدل عليه ، ولعموم « المسلمون عند شروطهم »^(٥) . والأقوى المنع ، وهو مختاره في الدروس .

(ويصح الصلح على كل من العين والمنفعة بمثله^(٦) وجنسه ومخالفه) لأنه بإفادته

(١) الرواية هذه : عن أبي عبدالله عليه السلام في رَجُلَيْنِ اشتركا في مال فرجما فيه وكان من المال دين وعليهما دين ، فقال أحدهما لصاحبه : أعطني رأس المال ولك الربح عليك التوى - أي الخسران - فقال عليه السلام : لا بأس إذا اشتراطا [الوسائل ، الباب ٤ من كتاب الصلح ، الحديث ١] .

(٢) وإن كان فيها إشعار بها ، لانسباق قوله « أعطني رأس المال » إلخ ، إلى أنها يريدان القسمة .

(٣) أي غير مقيد بإرادة القسمة .

(٤) أي ويمكن إرادة المصنف قدس سره بقوله « فقيه نظر » النظر في جواز الشرط مطلقاً وإن كان في ابتداء الشركة ، كما هو مذهب الشيخ وجماعة . وهذا هو الأقوى ، لإطلاق أدلة الشروط ، وليس هذا الشرط مخالفاً لوضع الشركة ، أي مطلق الشركة ، بل هو فرد من أفراد الشركة المطلقة ، فما أشار إليه الشارح قدس سره في بيان وجه نظر المصنف من مخالفته لوضع الشركة وجهه غير ظاهر .

(٥) بحار الأنوار ج ٢ كتاب العلم ص ٢٧٧ الحديث : ٢٠ .

(٦) أي يصح الصلح على كل من العين بمثل العين والمنفعة . والمراد بالمثل الصنف الخاص

فائدة البيع صح على العين، وبإفادته فائدة الإجارة صح على المنفعة، والحكم في المائل والمجانس والمخالف فرع ذلك، والأصل^(١) والعموم يقتضيان صحة الجميع، بل ما هو أعم منها كالصلح على حق الشفعة والخيار وأولوية التحجير، والسوق والمسجد بعين ومنفعة وحق آخر، للعموم.

(ولو ظهر استحقاق العوض المعين) من أحد الجانبين (بطل الصلح) كالبيع، ولو كان^(٢) مطلقاً رجع ببذله، ولو ظهر في المعين عيب فله الفسخ. وفي تحجيره بينه وبين الأرض وجه قوي.

ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله في ثبوت الخيار كالبيع وجه قوي، دفعاً للضرر المنفي^(٣) الذي يثبت بمثله الخيار في البيع.

(ولا يعتبر في الصلح على التقدين القبض في المجلس) لاختصاص الصرف بالبيع وأصالة الصلح، ويحيى على قول الشيخ اعتباره.

وأما من حيث الربا - كما لو كانا من جنس واحد - فإن الأقوى ثبوته فيه، بل في

⇒ كالأرز العنبر مثلاً، والمراد بالجنس مطلق الأرز، سواء كان عنبر أو غيره من الاصناف، وبمخالفة كالصلح على العين بعين أخرى مخالفة لها، وعلى المنفعة بمنفعة مخالفة لها.

(١) الظاهر أنه يريد بالأصل الأصل العملي، أي أصالة الصحة، ولكن الأصل في المعاملات هو الفساد كما هو محرز في الأصول، بمعنى أنه لو شككنا في صحة معاملة وتأثيرها في نقل شيء مثلاً فقتضى الأصل - أي الإستصحاب - عدمه، وهذا معنى أصالة الفساد. نعم مقتضى العموم الصحة. ثم إنه لا مورد للأصل العملي مع وجود الأصل اللفظي، أي أصالة العموم ولو كان موافقاً لها. فليتأمل.

(٢) أي ولو كان العوض مطلقاً رجع ببذله.

(٣) وذلك لأن دليل خيار الغبن في البيع هو الضرر المنفي، فيجري هنا أيضاً.

كل معاوضة ، لإطلاق التحريم في الآية^(١) والخبر^(٢) .
(ولو أتلّف عليه ثوباً يساوي درهمين فصالح على أكثر أو أقلّ فالمشهور الصحة)
لأن مورد الصلح الثوب لا الدرهمان .

وهذا إنما يتم على القول بضمان القيمي بمثله ، ليكون الثابت في الذمة ثوباً ، فيكون هو متعلّق الصلح . أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمته إنما هو الدرهمان ، فلا يصح الصلح عليها بزيادة عنها ولا نقصان مع اتفاق الجنس . ولو قلنا باختصاص الربا بالبيع توجّه الجواز أيضاً ، لكن المجوّز لا يقول به^(٣) .

(ولو صالح منكر الدار على سكنى المدعي سنةً فيها صح) للأصل ، ويكون هنا مفيداً فائدة العارية (ولو أقربها ثم صالحه على سكنى المقرّ صح) أيضاً (ولا رجوع) في الصورتين ، لما تقدّم من أنه عقد لازم ، وليس فرعاً على غيره .

(وعلى القول بفرعية العارية له الرجوع) في الصورتين ، لأن متعلقه المنفعة بغير عوض فيها . والعين الخارجة من يد المقر ليست عوضاً عن المنفعة الراجعة إليه ، لثبوتها للمقرّ له بالإقرار قبل أن يقع الصلح ، فلا يكون في مقابلة المنفعة عوض ، فيكون عارية يلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه عند القائل بها .

(ولما كان الصلح مشروعاً لقطع التجاذب) ، والتنازع بين المتخاصمين بحسب أصله - وإن صار بعد ذلك أصلاً مستقلاً بنفسه لا يتوقف على سبق خصومة - (ذكر

(١) البقرة: الآية ٢٧٥ .

(٢) [المستدرک، کتاب التجارة، أبواب الربا، باب ١ الحديث ١٣] .

(٣) أي لو قلنا بأن الربا مختص بالبيع توجّه في مسألة الثوب الجواز أيضاً مع القول بالضمان بالقيمة كما على القول بضمان القيمي بالمثل ، لكن المجوّز كالمصنف والمشهور لا يقولون باختصاص الربا بالبيع ، فيلزمهم عدم الجواز على تقدير اعتبار القيمة .

فيه أحكام من التنازع) بحسب ما اعتاده المصنفون (وَلُنَشِيرُ) في هذا المختصر (إلى بعضها في مسائل):

(الأولى - لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما وادعى الآخر أحدهما) خاصة (فللثاني نصف درهم) لاعترافه باختصاص غريمه بأحدهما، ووقوع النزاع في الآخر مع تساويهما فيه يداً، فَيُقَسَّمُ بينهما بعد حلف كل منهما لصاحبه على استحقاق النصف، ومن نكل منها قُضِيَ به للآخر، ولو نكلا معاً أو حلفا قُسم بينهما نصفين (وللأول الباقي).

قال المصنف في الدروس: وَيُشْكَلُ إذا ادعى الثاني النصف مشاعاً، فإنه تقوى القسمة نصفين، ويحلف الثاني للأول^(١)، وكذا في كل مشاع. وذكر فيها أن الأصحاب لم يذكروا هنا يميناً، وذكروا المسألة في باب الصلح، فجاز أن يكون الصلح قهرياً، وجاز أن يكون^(٢) اختيارياً، فإن امتنعاً فاليمين. وما حكيناه نحن من اليمين ذكره العلامة في التذكرة أيضاً، فلعل المصنف يريد أن الكثير لم يذكره.

(وكذا لو أودعه رجل درهمين وآخر درهماً وامتزجا لا بتفريط وتلف أحدهما)^(٣) فإنه يختص ذو الدرهمين بواحد، ويقسم الآخر بينهما. هذا هو المشهور بين الأصحاب، ورواه السكوني عن الصادق عليه السلام^(٤).

- (١) وذلك بدعوى أنه في الحقيقة بيد كل واحد منهما النصف لا التمام، فدعي التمام خارج بالنسبة إلى نصف صاحبه، فيكون اليمين عليه واليمين على مدعي التمام.
- (٢) أي وجاز أن يكون الصلح اختيارياً، فإن امتنعاً من الصلح فاليمين على الثاني.
- (٣) في العبارة نوع مسامحة، والصحيح «وتلف أحدها»، لأن المعنى أحد الثلاثة. ولعل زيادة الميم من سهو قلم النساخ.
- (٤) [الوسائل، الباب ١٢ من كتاب الصلح].

ويشكل هنا مع ضعف المستند: بأن التالف لا يحتمل كونه لهما، بل من أحدهما خاصةً، لامتناع الإشاعة هنا، فكيف يُقسَم الدرهم بينهما، مع أنه مختص بأحدهما قطعاً.

والذي يقتضيه النظر وتشهد له الأصول الشرعية: القول بالقرعة في أحد الدرهمين، ومال إليه المصنف في الدروس، لكنه لم يجسر على مخالفة الأصحاب^(١). والقول في العينين كما مر من عدم تعرض الأصحاب له، وربما امتنع هنا إذا لم يعلم الحالف عين حقه.

واحتُرز بالتلف لا من تفريط عما لو كان بتفريط، فإن الودعي يضمن التالف فيضم إليهما ويقتسمانها من غير كسر، وقد يقع مع ذلك^(٢) التعاسر على العين، فيتجه القرعة.

ولو كان بدل الدراهم مالا^(٣) يمتزج أجزاؤه بحيث لا يتميز - وهو متساويها^(٤)

(١) قال في الرياض: وهو في محله، لجبر السند، والمخالفة لقواعدهم لعلهم على كون الراوي من حكي الطوسي على إجماع العصابة على تصحيح ما يصح عنه وقال بثقته جماعة. انتهى.

وهذا هو الحق، والحق أحق أن يتبع، وذلك لما عليه المحققون من أن المناط في اعتبار الخبر أن يكون الراوي موثقاً أو كون الخبر موثقاً به ولو كان راويه غير موثق، كاستناد جماعة من أهل التحقيق من الفقهاء إليه وعملهم على طبقه، ونحو ذلك.

(٢) أي يقع مع اقتسامها من غير كسر التعاسر على العين، كما إذا ادعى كل منهما أو أحدهما أن ما أخذه الآخر من الدرهمين عين ماله، فحينئذٍ تتجه القرعة.

(٣) قوله «مالاً» خبر لكان.

(٤) أي وهو متساوي الأجزاء. ولعل هذا القيد ليكون مثل امتزاج الدراهم، وإلا فنس عدم

كالخنطة والشعير - وكان لأحدهما قفيزان مثلاً وللآخر قفيز، وتلف قفيز - بعد امتزاجها - بغير تفريط، فالتألف على نسبة المالين، وكذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث، وللآخر ثلثا قفيز. والفرق أن الذهاب هنا عليهما معاً، بخلاف الدراهم، لأنه يختص بأحدهما قطعاً.

(الثانية - يجوز جعل السقي بالماء عوضاً للصلح) بأن يكون مورده^(١) أمراً آخر من عين أو منفعة (و) كذا يجوز كونه (مورداً له) وعوضه أمراً آخر كذلك^(٢)، وكذا لو كان أحدهما^(٣) عوضاً والآخر مورداً. كل ذلك مع ضبطه بمدة معلومة.

ولو تعلق بسقي شيء مضبوط دائماً^(٤) أو بالسقي بالماء أجمع دائماً وإن جهل المسقى^(٥) لم يبعد الصحة.

وخالف الشيخ رحمه الله في الجميع^(٦) محتجاً بجهالة الماء، مع أنه جوز بيع ماء العين

⇒ التميز كافٍ في الحكم المزبور، وهو التألف على نسبة المالين كالمناعات المستزجة غير المميزة.

(١) أي المتصالح عليه أمر آخر، كما لو صالحا على سكنى دارٍ وجعلا عوضه سقي الماء.

(٢) أي من عين أو منفعة.

(٣) أي أحد السقيين عوضاً والآخر مورداً.

(٤) وهو المسقى، كهذا البستان الذي يسقى في كل أسبوع مرة مثلاً.

(٥) وذلك لأن جهالة مثل ذلك يتساع في الصلح.

(٦) أي جميع ما أشار إليه بقوله: ولو تعلق بسقي شيء مضبوط - إلى آخره، لا ما ذكره المصنف «ره» من جواز جعل السقي بالماء عوضاً للصلح، لأن الشيخ جوز ذلك كما حكاه عنه، وهو قوله: جعله عوضاً للصلح. ولكن تعبيره بالجميع ربّما يوهّم أن مراده بالجميع ما ذكره في المتن وما لحقه الشارح به، وكان الأنسب أن يقول: وخالف الشيخ «ره» في هذه المسألة، أي تعلق الصلح بسقي شيء مضبوط - إلى آخر ما قال به. فليتأمل.

والبئر، وبيع جزء مشاع منه، وجعله عوضاً للصلح. ويمكن تخصيصه المنع هنا بغير المضبوط، كما اتفق مطلقاً في عبارة كثير^(١).

(وكذا) يصح الصلح على (إجراء الماء على سطحه أو ساحته) جاعلاً له عوضاً ومورداً (بعد العلم بالموضع الذي يجري منه الماء) بأن يُقَدَّر مجراه طولاً وعرضاً، لترتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه. ولا يُعتبر تعيين العمق، لأن من ملك شيئاً ملك قراره مطلقاً، لكن ينبغي مشاهدة الماء أو وصفه، لاختلاف الحال بقلته وكثرته. ولو كان ماء مطر اختلف أيضاً بكبر ما يقع عليه^(٢) وصغره، فعرفته تحصل بمعرفة محله.

ولو سقط السطح بعد الصلح أو احتاجت الساقية^(٣) إلى إصلاح فعلى مالكيها، لتوقف الحق عليه، وليس على المصالح مساعدته.

(الثالثة - لو تنازع صاحب السفلى والثُلُوف في جدار البيت حلف صاحب السفلى)، لأن جُدران البيت كالجزء منه، فيحكم بها لصاحب الجملة. وقيل: تكون بينهما، لأن حاجتهما إليه واحدة. والأشهر الأول.

(و) لو تنازعا (في جُدران الغرفة يحلف صاحبها) لما ذكرناه من الجزئية، ولا إشكال هنا، لأن صاحب البيت لا تعلق له به إلا كونه موضوعاً على ملكه، وذلك لا يقتضي الملكية، مع معارضة اليد (وكذا) يقدم قول صاحب الغرفة لو تنازعا (في سقفيها) الذي هو فوقها، لاختصاص صاحبها بالانتفاع به كالجدار وأولى.

(ولو تنازعا في سقف البيت) المتوسط بينهما الحامل للغرفة (أقِرْعَ بينهما)

(١) أي كما اتفق المنع مطلقاً، أي من غير تقييد، مع أنه مقيد.

(٢) أي بكبر محله وصغره، فعرفته تكون بمعرفة محله.

(٣) الساقية: مجرى الماء، وهو النهر الصغير.

لاستوائهما في الحاجة إليه والانتفاع به ، والقرعة لكل أمر مشتبه .
ويُشكل : بأن مورد القرعة المحل الذي لا يُحتمل اشتراكه بين المتنازعين بل هو
حق لأحدهما مشتبه ، وهنا ليس كذلك ، لأنه كما يجوز كونه لأحدهما يجوز كونه لها
معاً ، لاستوائهما فيه ، لأنه سقف لصاحب البيت وأرض لصاحب الغرفة ، فكان
كالجزء من كل منهما . وفي الدروس قوى اشتراكهما فيه مع حلفهما أو نكولهما ، وإلا
اختص بالحالف ، لما ذكر من الوجه ^(١) .

وقيل : يُقضى به لصاحب الغرفة ، لأنها لا تتحقق بدونه ، لكونه أرضها ، والبيت
يتحقق بدون السقف ، وهما متصادقان على أن هنا غرفة ، فلا بدّ من تحققها ، ولأن
تصرفه فيه أغلب من تصرف الآخر . وليس ببعيد .

وموضع الخلاف في السقف الذي يمكن إحداثه بعد بناء البيت ، أما ما لا يمكن
كالأُرج ^(٢) الذي لا يُعقل إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل ، لاحتياجه إلى إخراج بعض
الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملاً للثقل فيحصل به الترصيف

(١) أي قوى اشتراكهما لما ذكر من الوجه ، وهو استوائهما في الحاجة إليه .
(٢) قال في محكي جامع المقاصد : الأُرج بناء معروف يُعقد فوق الجدران بالجلص والآجر
غالباً . ولا ريب أن هذا النوع من البناء إنما يفعل قبل امتداد الجدار في العلوّ ، لأنه لا بدّ من
إخراج بعض الأجزاء ونحوه عن سمت وجه الجدار عند قرب محل العقد ليكون حاملاً
للعقد ، فيحصل الترصيف بين السقف والجدار ، وهو دخول آلات البناء من كل منها في
الآخر ، وذلك دليل على أنه لصاحب الأسفل ، فإن اتصاله لبنائه اقتضى كون اليد له .
انتهى .

ووجه الجدار هو : سمت المستقيم في طرف العلوّ . والعقد : هي التي يوصل بها الجدار والسقف ،
فيكون ذلك أمانة على كونه جزءاً من البيت . وأما لزوم التبيين فلاحتيال كونه لصاحب
الغرفة مع كونه كذلك .

بين السقف والجدران، فهو لصاحب السفلى يمينه، لدلالة ذلك على جزئيته منه .
 (الرابعة - إذا تنازع صاحب عُزْف 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
 القَدَر^(١) لم يكن على الآخر حلف، لعدم منازعته له في الزائد .

ووجه الحكم للأعلى بقدر المسلك : كونه من ضرورة الإلتفاف بالغرف وله عليه
 يد في جملة الصحن، وأما الزائد عنه فاختصاص صاحب البيوت به أقوى، لأنه^(٢)
 دار لبيوته، فيقدّم قول كل منهما فيما يظهر اختصاصه به .

وفي الدروس رجّح كون المسلك بينهما، واختصاص الأسفل بالباقي . وعليه
 جماعة، لأن صاحب السفلى يشاركه في التصرف فيه وينفرد بالباقي، فيكون قَدَرُ
 المسلك بينهما . واحتمل الاشتراك في العرصة أجمع، لأن صاحب الأعلى لا يكلف
 المرور على خط مستوٍ، ولا يمنع من وضع شيء فيها، ولا من الجلوس قليلاً، فله يد
 على الجميع في الجملة كالأسفل .

ثم إن كان المرقى في صدر^(٣) الصحن تشاركاً في الممر إليه^(٤)، أو اختص به الأعلى^(٥) .

(١) أي قدر ما يسلكه .

(٢) أي الزائد دار بيوته، والدَّارُ كما يُطلق على البيت كذا يُطلق على ما يحيط بالبيت، كالسور
 والعرصة التي تحيط بالبيت، والمراد بها هنا هذا .

(٣) أي وسط الصحن .

(٤) وهذا مبتني على القولين السابقين .

(٥) أي على ما ذكره في الكتاب .

وإن كان المرقى في دهليزه^(١) خارجاً لم يشارك الأسفل في شيء من الصحن، إذ لا يد له^(٢) على شيء منها. ولو كان المرقى في ظهره اختص صاحب السفلى بالصلح والدهلز أجمع.

(و) لو تنازعا (في الدرجة يحلف العلوي) لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وإن كانت موضوعة في أرض صاحب السفلى، وكما يحكم بها للأعلى يحكم بمحلها^(٣). (وفي الخزانة تحتها يقرع) بينها، لاستوائهما فيها بكونها متصلة بملك الأسفل، بل من جملة بيوته، وكونها هواءً لملك الأعلى^(٤)، وهو كالقرار فيقرع. ويُشكل بما مرَّ في السقف^(٥)، ويقوى استواءهما فيها مع حلف كل لصاحبه، وهو اختياره في الدروس، ولا عبرة بوضع الأسفل آلاته تحتها^(٦).

وُشكل أيضاً الحكم في الدرجة^(٧) مع اختلافهما في الخزانة، لأنه إذا قُضي بالخزانة لهما أو حُكِمَ بها للأسفل بوجه تكون الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل.

(١) الدهليز: الممر بين الباب والدار.

(٢) مرجع الضمير «الصحن»، والتأنيث باعتبار العرصة.

(٣) أي يحكم بمحل الدرجة للأعلى، وهو الأرض التي بنيت الدرجة عليها.

(٤) الهواء هو الفراغ، والمراد بملك الأعلى هو الدرجة، فالخزانة - وهو الفراغ الذي تحتها المعبر عنه بالهواء - تابع للدرجة، كهواء البيت الذي هو محاط بمجدران البيت، فإنه تابع للبيت في الملكية، وهو كالقرار فيقرع بينها. وخلاصة وجه القرعة: أن الأعلى والأسفل مستويان في الخزانة، ولا مرجع لأحدهما فيحكم بالقرعة.

(٥) وهو أن مورد القرعة المحل الذي لا يُحتمل اشتراكه بين المتنازعين.

(٦) كما هو المتعارف من وضع الأسفل كيزانه أو أشياء أخرى تحتها، لأنه لا يدل على اختصاصها به.

(٧) أي الحكم في الدرجة الأعلى مع اختلافهما في الخزانة.

لعين ما ذكر^(١)، خصوصاً مع الحكم بها للأسفل وحده، فينبغي حينئذ أن يجري فيها الخلاف السابق^(٢) ومرجّحه. ولو قضينا بالسقف^(٣) للأعلى زال الإشكال هنا، وإنما يأتي على مذهب المصنف هنا وفي الدروس، فإنه لا يجامع اختصاص العلوي بها مطلقاً.

(الخامسة - لو تنازع راكب الدابة وقابض لجامها) فيها (حلف الراكب) لقوة يده، وشدة تصرفه بالنسبة إلى القابض.

(١) أي لعين ما ذكر في السقف من الإشكال.

(٢) أي يجري فيها الخلاف السابق، من القول بالقرعة كما في الكتاب والقول بالاشتراك كما عن الدروس والقول بكونه للفرقة. ومرجع الضمير في قوله « ومرجّحه » هو الخلاف لكن ينحو من المسامحة، أي مرجّح الأقوال المختلفة والمرجّح للقول الأخير وهو القضاء لصاحب الفرقة. ووجهه ما ذكر من أنها لا تتحقق بدونه لكونه أرضها - إلى آخر ما ذكره في تأييد القول المزبور.

(٣) أي لو قضيا بالسقف المتوسط للأعلى زال الإشكال هنا، أي في حكم مسألة الدرجة، وهو جريان الخلاف السابق، وذلك لأنّ حكم الدرجة حينئذٍ حكم السقف المتوسط بلا تفاوت بينهما. وإنما يأتي الإشكال على مذهب المصنف هنا في الكتاب، فإنه قال بالقرعة في حكم السقف كما مرّ، فلو خرج السقف باسمه بالقرعة اختص به لا مطلقاً. وقد ذكرنا أن حكم السقف والدرجة متساويان، لأنها كالسقف المتوسط مع أنه حكم باختصاص الأعلى بالدرجة على سبيل الإطلاق، فكان ينبغي أن يقيد بما لو صار له بالقرعة.

وهكذا يأتي الإشكال على مذهبه في الدروس، فإنه قوى فيه اشتراكها مع حلفها أو نكولها وإلا اختص بالخالف، مع أنه كان عليه أن يقيد بما إذا نكل السفلى وحلف العلوي، فذهب المصنف لا يجامع اختصاص العلوي بالدرجة على سبيل الإطلاق، بل في بعض الأحوال، وقد سبق ذكره.

وقيل : يستويان في الدعوى ، لإشتراكهما 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 » و « المنكر » منطبق عليهما . وهو قوي ، فيحلف كل منهما لصاحبه إن لم يكن بيّنة ، وأما اللجام فيقتضى به لمن هو في يده ^(١) ، والسرج لراكبه .

(ولو تنازعا ثوباً في يد أحدهما أكثره فهما سواء) ، لإشتراكهما في اليد ولا ترجيح لقوتها ، والتصرف هنا وإن اختلف كثرة وقلّة لكنه من واد واحد ، بخلاف الركوب وقبض اللجام . نعم لو كان أحدهما ممسكاً له والآخر لابساً فكسالة الراكب والقابض ، لزيادة تصرف اللابس على اليد المشتركة .

(وكذا) لو تنازعا (في العبد وعليه ثياب لأحدهما) ويدهما عليه ، فلا يرجح صاحب الثياب كما يرجح الراكب بزيادة ذلك على يده ، إذ لا دخل للبس في المسلك ، بخلاف الركوب ، فإنه قد يلبسها بغير إذن مالِكها ، أو بقوله ، أو بالعارية . ولا يرد مثله في الركوب ، لأن الراكب ذو يد بخلاف العبد ^(٢) ، فإن اليد للمدعي لاله . ويتفرّع عليه ما لو كان لأحدهما عليه يد وللآخر ثياب خاصة ، فالعبرة بصاحب اليد . (ويرجح صاحب الحفل في دعوى البهيمة الحاملة) وإن كان للآخر عليها يد أيضاً

(١) فحكم اللجام والسرج غير حكم الدابة ، فيقتضى باللجام لمن هو في يده ، وكذا السرج بالنسبة إلى الأخرى .

(٢) وحاصله : إن البحث إنما هو في يد المتنازعين ، والعبد ليس طرفاً للتنازع حتى يكون له يد ، بخلاف الراكب لأنه ذو يد وقد قويت يده بالركوب . ويتفرّع على هذا ما لو كان لأحدهما عليه يد وللآخر ثياب خاصة ، فالعبرة بصاحب اليد .

بقيض زمام ونحوه ، لدلالة الحمل على كمال استيلاء مالكة عليها فيرجح^(١) . وفي الدروس سوى بين الراكب ولايس الثوب وذو الحمل في الحكم . وهو حسن .

(و) كذا يرجح (صاحب البيت في) دعوى (الغرفة) الكاتنة (عليه وإن كان بابها مفتوحاً إلى) المدعي (الآخر) ، لأنها^(٢) موضوعة في ملكه وهو هواء بيته ، ويجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد .

هذا إذا لم يكن من إليه الباب متصرفاً فيها يسكنى وغيرها ، وإلا قدم ، لأن يده عليها بالذات ، لاقتضاء التصرف له^(٣) ، ويد مالك الهواء بالتبعية ، والذاتية أقوى مع احتمال التساوي ، لثبوت اليد من الجانبين في الجملة ، وعدم تأثير قوة اليد .

(السادسة - لو تداعيا جداراً غير متصل ببناء أحدهما أو متصلاً ببنايهما) معاً إتصال ترصيف - وهو تداخل الأحجار ونحوها على وجه يبعد كونه محدثاً بعد وضع الحائط المتصل به - (فإن حلقاً أو نكلاً فهو لهما ، وإلا فإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهو للحالف ، ولو اتصل بأحدهما) خاصة (حلف) وقضى له به .

ومثله ما لو كان لأحدهما عليه قبة ، أو غرفة ، أو سترة^(٤) لصيرورته بجميع ذلك ذا يد فعلية يمين مع فقد البيئته .

(وكذا لو كان) لأحدهما خاصة (عليه جذع) فإنه يقضى له به بيمينه ، وأولها

(١) بخلاف الركوب ، فإنه أسهل تعلقاً من الحمل .

(٢) أي لأن الغرفة موضوعة في ملك صاحب البيت ، وهذا الملك هو هواء بيته ، إذ الهواء - وهو الفراغ - فوق سطح البيت ملك لصاحب البيت ، فالغرفة واقعة في ملكه ، فيرجح قوله في دعوى الغرفة .

(٣) أي لاقتضاء التصرف لكون يده عليها بالذات .

(٤) وفي الصحاح : السترة ما يُستر به كائنات ما كان .

فلهما . ولو اتصل بأحدهما وكان للآخر عليه جذع تساويا على الأقوى . وكذا لو كان لأحدهما واحدة من المرجحات ومع الآخر الباقية ، إذ لا أثر لزيادة اليد كما سلف .
 (أما الخوارج) من أحد الجانبين أو منهما من نقش ، أو تد ، أو رف ونحوها (والروازن)^(١) كالطاقات (فلا ترجيح بها) ، لإمكان إحداثها من جهة واضعها من غير شعور الآخر (إلا معاهد القمط) بالكسر ، وهو الجبل الذي يشدّ به الخص ، وبالضم جمع قماط وهي شداد الخص^(٢) من ليف وخوص وغيرها ، فإنه يقضى بها فيرجح من إليه معاهد القمط لو تنازعا (في الخص) بالضم ، وهو البيت الذي يعمل من القصب ونحوه على المشهور بين الأصحاب ، ومنهم من جعل حكم الخص كالجدار بين الملكين . وهو الموافق للأصل .

(١) أي الروازن النافذة الداخلة في الحائط . والطاقات جمع طاق ، وهي ما عطف من الأبنية غير النافذة .

(٢) جمع شدّ ، وهو ما يشدّ به الشيء من ليف ، وهو من النخل ما يقتل منه الحبال والخص ورق النخل ، وهما يصلحان لما يشدّ بهما الشيء .



مرکز تحقیقات اسلامی علوم اسلامی

كتاب الشركة

الشركة بفتح الشين فكسر الراء ، وحكي فيها كسر الشين فسكون الراء (وسبها 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^(١) .
(وحيازة) لبعض المباحات (دفعة) بأن يشتركا في نصب حباله ورمي سهم مثبت^(٢) ، فيشتركا في ملك الصيد .

ولو حاز كل واحد شيئاً من المباح منفرداً عن صاحبه اختص كل بما حازه إن لم يكن عمل كل واحد بنية الوكالة عن صاحبه في تملك نصف ما يحوزه ، وإلا اشتركا أيضاً على الأقوى^(٣) ، فالحيازة قد توجب الإشتراك مع التعاقب وقد لا توجبه في الدفعة .

-
- (١) فإنها حينئذ يشتركان في حق الخيار ، كما في استئجارهما الدار يشتركان في منفعتها .
(٢) أي وبأن يشتركا في رمي سهم مثبت للصيد بحيث يصيره غير ممتنع ، وأما الرمي غير المثبت فلا يكون سبباً لملك الرامي ، فلو أخذه غيره والحال هذه يصير ملكاً له .
(٣) أي اشتركا أيضاً على الأقوى ، كما في حيازتها دفعة ، فالحيازة قد توجب الإشتراك مع التعاقب ، كما في صورة وكالة كل واحد عن صاحبه ، وقد لا توجبه في الدفعة ، ففقد « الدفعة » وجهه غير ظاهر

(ومزجاً) لأحد مالبيها بالآخر بحيث (لا يتميز) كل منهما عن الآخر، بأن يكونا متفقين جنساً ووصفاً، فلو امتزجا بحيث يمكن التمييز وإن عسر - كالحنطة بالشعير أو الحمراء من الحنطة بغيرها، أو الكبيرة الحب بالصغيرة، ونحو ذلك - فلا اشتراك. ولا فرق هنا^(١) بين وقوعه اختياراً أو اتفاقاً.

(والشركة قد تكون عيناً) أي في عين، كما لو اتفق الاشتراك بأحد الوجوه السابقة في شيء من أعيان الأموال (ومنفعة) كالإشتراك في منفعة دار استأجرها، أو عبد أوصي لها بمخدمته، (وحقاً) كشفعة وخيار ورهن. وهذه الثلاثة تجري في الأولين^(٢)، وأما الأخيران^(٣) فلا يتحققان إلا في العين. ويمكن فرض الإمتزاج في المنفعة، بأن يستأجر كل منهما دراهم للتزين بها، حيث نجوز^(٤) متميزة ثم امتزجت بحيث لا تتميز.

(والمعتبر) من الشركة شرعاً عندنا (شركة العنان) بكسر العين، وهي شركة الأموال، نسبت إلى العنان - وهو سير^(٥) اللجام الذي يُمسك به الدابة - لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ، والتصرف، واستحقاق الربح على قدر رأس المال

(١) أي لا فرق هنا في الشركة المزجية بين وقوع المزج اختياراً واتفاقاً، وذلك كما لو مزج أحد المالكين بالآخر من غير اختيار منها، فتتحقق الشركة بسبب المزج، فيترتب عليه حكمها من عدم جواز تصرف أحد الشريكين بدون إذن الآخر، كما في الشركة العقدية. واحتراز بقوله «ولا فرق» هنا عن الشركة العقدية التي سيجيء ذكرها، فإنها لا تتحقق بدون اختيار المتعاقدين.

(٢) أي الأولين من أسباب الشركة الأربعة.

(٣) وهما الحيازة والمزج.

(٤) أي لو نجوز استئجار الدراهم للتزين، فإنه ليس بمسلم عندهم.

(٥) السير بالفتح: الذي صنع من الجلد كما عن القاموس.

كاستواء طرفي العنان، أو تساوي الفارسين فيه إذا تساويا في السير، أو لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف حيث يشاء^(١) كما يمنع العنان الدابة، أو لأن الأخذ بعنانها يحبس إحدى يديه عليه ويطلق الأخرى كالشريك يحبس يده عن التصرف في المشترك مع إنطلاق يده في سائر ماله.

وقيل: من «عنى» إذا ظهر، لظهور مال كل من الشريكين لصاحبه، أو لأنها أظهر أنواع الشركة. وقيل: من المعانة، وهي المعارضة، لمعارضة كل منها بما أخرجه الآخر.

(لا شركة الأعمال) بأن يتعاقدا على أن يعمل كل منهما بنفسه ويشتركا في الحاصل، سواء اتفق عملهما قدراً ونوعاً أم اختلف فيهما أم في أحدهما، وسواء عملا في مال مملوك أم في تحصيل مباح، لأن كل واحد منهما متميز ببذنه وعمله، فيختص بفوائده، كما لو اشتركا في مالين وهما متميزان^(٢).

(و) لا شركة (المفاوضة)^(٣)، 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 مُتَلَف، وغرامة ضمان وكفالة، ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث، أو يجده من ركاز ولقطة، ويكتسبه في تجارة، ونحو ذلك.

(١) أي يمنع الآخر من التصرف كما يشتهي ويريد كما في سائر أمواله، إذ ليس لها إلا التصرف المعاملي.

(٢) لأن كل واحد منهما يختص بما له ومنافع ماله لو لم يطرأ عليه عنوان آخر كالصلح ونحوه.

(٣) فشركة المفاوضة عند القائل بها - كما عن بعض العامة في اصطلاحهم - ما ذكر، وهي باطلة عندنا بالإجماع، كما هو المحكي عن جماعة.

ولا يستثنيان من ذلك إلاقوت اليوم، وثياب البدن، وجارية يتسرى بها، فإن الآخر لا يُشارك فيها. وكذا يُستثنى في هذه الشركة من الغرم: الجناية على الحر، وبذل الخلع، والصدّاق إذا لزم أحدهما.

(و) لا شركة (الوجه) وهي أن يشترك اثنان وجهيان لا مال لهما بعقد لفظي لبيتاعا في الذمة على أن ما يبتاعه كل منهما يكون بينهما فيبيعان ويؤديان الأثمان، وما فضل فهو بينهما. أو أن يبتاع وجه في الذمة ويقوض بيعه إلى خامل^(١) على أن يكون الربح بينهما، أو أن يشترك وجه لا مال له، وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجهية والمال من الخامل، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجهية، والربح بينهما. أو أن يبيع الوجهية مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعضه له، وهذه الثلاثة بمعانيها عندنا باطلة.

(و) المشتركان شركة العنان (يتساويان في الربح والخسران مع تساوي المالين، ولو اختلفا) في مقدار المال (اختلف الربح) بحسبه^(٢) والضابط: أن الربح بينهما على نسبة المال متساوياً ومتفاوتاً، فلو عبّر^(٣) به لكان أخصر وأدل على المقصود^(٤)، إذ لا يلزم من إختلاف الربح مع إختلاف المالين كونه على النسبة.

(١) وعن الصحاح: الخامل الساقط الذي لا نباهة له.

(٢) خصّص الحكم بالربح لإفراد الضمير مع كون الخسران مثله في الحكم. ولكن الظاهر أن مرجع الضمير هو لفظ «كل» المحذوف بقرينة المقام لا الربح، أي اختلف كل من الربح والخسران. وهذا ليس بعادم النظر في المحاورات

(٣) أي لو عبّر بأن قال «والربح بينهما على نسبة المال» بدل قوله «ويتساويان في الربح والخسران»، لكان أخصر.

(٤) إذ المقصود من إختلاف الربح مع إختلاف المالين كونه على النسبة لا غير.

(ولو شرطاً غيرهما) أي غير التساوي في الربح على تقدير تساوي المالين - بأن شرطاً فيه تفاوتاً حينئذ - أو غير اختلاف استحقاقهما في الربح ^(١) مع اختلاف المالين كميةً (فالأظهر البطلان) أي بطلان الشرط ^(٢) ، ويتبعه بطلان الشركة بمعنى الإذن في التصرف ^(٣) ، فإن عملاً كذلك فالربح تابع للمال وإن خالف الشرط ، ويكون لكل منها أجره عمله بعد وضع ما قابل عمله في ماله .

ووجه البطلان بهذا الشرط : أن الزيادة الحاصلة في الربح لأحدهما ليس في مقابلتها عوض ، ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضة لتضم إلى أحد العوضين ، ولا اقتضى تملكها عقد هبة . والأسباب المثرة للملك معدودة ، وليس هذا أحدها ، فيبطل الشرط ويتبعه العقد المتضمن ^(٤) للإذن في التصرف ، لعدم تراضيهما إلا على ذلك التقدير ، ولم يحصل .

وينبغي تقييده بعدم زيادة عملٍ ممن شرطت له الزيادة ، وإلا اتجه الجواز . وقيل : يجوز مطلقاً لعموم الأمر بالوفاء بالعقود ، والمؤمنون عند شروطهم ،

(١) هذا عطف على غير التساوي ، أي ولو شرطاً غير اختلاف استحقاقهما في الربح بحسب الكمية بل بالتساوي مع اختلاف المالين كمية . وحاصله : إن المراد بقوله « ولو شرطاً غيرهما » أحد التفسيرين المذكورين . ويمكن أن يكون المراد كليهما معاً ، بل الأظهر ذلك ، فالأنسب العطف بالواو . فليتأمل .

(٢) خلافاً لجماعة من الفقهاء ، فحكموا بلزوم الشرط مدعياً الإجماع عليه .
(٣) أي لا معنى بطلان كون الربح بينهما ، فإنه لا يبطل ، كما يدل عليه قوله : فإن عملاً كذلك - الخ .

(٤) ولا يخفى : أن هذا مبني على أن الشرط الفاسد مفسد للعقد ، ولكن التحقيق خلاف ذلك ، كما هو محرز في محله .

وأصالة الإباحة^(١)، وبناء الشركة على الإرفاق، ومنه موضع النزاع.

(وليس لأحد الشركاء التصرف) في المال المشترك (إلا بإذن الجميع) لتسريح التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلاً وشرعاً (ويقتصر من التصرف على المأذون) على تقدير حصول الإذن (فإن تعدى) المأذون (ضمن).

واعلم أن الشركة كما تطلق على اجتماع حقوق الملاك في المال الواحد على أحد الوجوه السابقة^(٢)، كذلك تُطلق على العقد المثمر جواز تصرف الملاك في المال المشترك. وبهذا المعنى اندرجت الشركة في قسم العقود، وقبيل الحكم بالصحة والفساد، لا بالمعنى الأول^(٣). والمصنف رحمه الله أشار إلى المعنى الأول بما اقتضى به من الأقسام، وإلى الثاني بالإذن المبحوث عنه هنا.

(ولكل) من الشركاء (المطالبة بالقسمة عرضاً) بالسكون، وهو ما عدا التقدين (كان المال أو نقداً).

(والشريك أمين) على ما تحت يده من المال المشترك المأذون له في وضع يده عليه (لا يضمن إلا بتعداً) وهو فعل ما لا يجوز فعله في المال (أو تفريط) وهو التقصير في حفظه وما يتم به صلاحه (ويقبل يمينه في التلف) لو ادعاه بتفريط وغيره^(٤) (وإن كان السبب ظاهراً) كالخرق، والغرق. وإنما خصه لإمكان إقامة

(١) ولا يخفى: أنه لا مورد للأصل العملي مع الأصل اللفظي، كأصالة العموم في (أوفوا بالعقود) ونحوه، مع أن الأصل في المعاملات - لو وصلت التوبة إليه - هو الفساد كما تقدم.

(٢) وهي الإرث والعقد والحيازة والمزج.

(٣) إذ لا يتصور في المال المشترك بالإرث مثلاً أن هذه الشركة صحيحة أو فاسدة، وهكذا باقي أقسامه.

(٤) أي لو ادعاه الشريك الآخر لا الشريك الأمين الذي كان المال المشترك تحت يده، كما

البينة عليه ، فربما احتمل عدم قبول قوله فيه كما ذهب إليه بعض العامة ، أما دعوى تلفه بأمر خفي كالسرق فقبول إجماعاً .

(ويكره مشاركة الذمي ^(١) وإبضاعه) وهو أن يدفع إليه مالا يتجر فيه والربح لصاحب المال خاصة (وإيداعه) لقول الصادق عليه السلام : ^(٢) « لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي ، ولا يبضعه بضاعة ، ولا يودعه وديعة ، ولا يضافيه المودة » .

(ولو باع الشريكان سلعة صفة ، وقبض أحدهما من ثمنها شيئاً شاركه الآخر فيه) على المشهور ، وبه أخبار كثيرة ^(٣) ، ولأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما ، فكل ما حصل منه بينهما كذلك . وقيل : لا يشاركه ، لجواز أن يبرىء الغريم ^(٤) من حقه ، ويصالحه عليه من غير أن يسري ^(٥) إلى الآخر ، فكذا الإستيفاء . ولأن متعلق الشركة هو العين وقد ذهبت ، والعوض أمر كلي لا يتعين إلا بقبض المالك أو وكيله ، ولم يتحقق هنا بالنسبة إلى الآخر ، لأنه إنما قبضه لنفسه .

وعلى المشهور لا يتعين على الشريك غير القابض مشاركته ، بل يتخير بينهما وبين مطالبة الغريم بحقه ، ويكون قدر حصّة الشريك في يد القابض كقبض الفضولي إن

جد توهمه بعض المحشين ، وسبب توهمه قوله « ويقبل يمينه » ، فإن مرجع ضمير « يمينه » هو الشريك الأمين ، فتوهم أن الضمير في « ادعاه » أيضاً هو الأمين ، فكان حق العبارة أن يقول : لو ادعاه الشريك الآخر . فليتأمل جداً .

(١) بل مطلق الكافر ، كما هو المحكي عنهم ، وحكي عن الغنية نفي الخلاف عنه .

(٢) [الوسائل ، الباب ٢ الحديث ١ من كتاب الشركة] .

(٣) [الوسائل ، الباب ١ من كتاب الشركة] .

(٤) أي القابض من الثمن .

(٥) أي من غير أن يسري الإبراء أو المصالحة إلى الآخر .

أجازه ملكه ويتبعه الثاء، وإن ردّه ملكه القابض، ويكون مضموناً عليه على التقديرين^(١).

ولو أراد الاختصاص بالمقبوض بغير إشكال^(٢) فليبيع حقه للمديون على وجه يسلم من الربا بضمن معيّن، فيختص به. وأولى منه الصلح عليه، أو يرثه من حقه ويستذهب عوضه، أو يحيل^(٣) به على المديون، أو يضمنه له ضامن^(٤). وموضع الخلاف مع حلول الحقيقين^(٥)، فلو كان أحدهما مؤجلاً لم يشارك فيما قبضه الآخر قبل حلول الأجل.

واحترز ببيعها صفقةً عما لو باع كل واحد نصيبه بعقد وإن كان لو واحد، كما لا فرق

(١) أي ويكون تلفه قبل الإجازة أو الردّ مضموناً عليه على تقدير الإجازة والردّ كما في محكي المسالك. وأما التلف بعد الإجازة فليس مضموناً على القابض، لأنه بعد الإجازة يصير ملكاً للمجيز، فيكون قبضه استدامةً باذن من المالك المجيز. فليتنامل.

(٢) أي بغير إشكال. وخلاف، فليدخله في عنوان آخر كيبيع وصلح ونحوهما، كما لو بيع حقه للمديون - وهو المشتري - بضمن معيّن على وجه يسلم من الربا، فحينئذ يختص هذا الثمن به وليس لشريكه فيه حق. وهكذا الصلح عليه.

لعل وجه أولوية الصلح من البيع ما تقدم في كتاب البيع من الخلاف في بيع الدين على بعض الوجوه، وأو سعية الصلح لتعلقه بجميع الحقوق.

(٣) أي يحيل من أراد الاختصاص بالمقبوض بحقه شخصاً على المديون، فيقبض شخص المحتال هذا الحق، فكان هذا القبض كقبض المحيل، فيختص المقبوض به بهذا المعنى.

(٤) أي يضمن الحق لمن يريد الاختصاص بالمقبوض ضامن، فحينئذ يأخذ من الضامن حقه، فيختص به وليس لشريكه فيه حق.

(٥) فلو كانا مؤجلاً أو كان أحدهما مؤجلاً لم يشارك فيما قبضه الآخر، إذ منشأ الخلاف ورود الأخبار، وهو في حلول الحقيقين، ففي سائر الموارد يعمل على طبق القواعد العامة.

في الصفقة بين كون المشتري واحداً ومتعددًا، لأن الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك. وفي حكم الصفقة ما اتحد سبب شركته كالميراث^(١)، والإتلاف^(٢)، والاقتراض من المشترك.

(ولو ادعى المشتري من المشتركين) المأذونين (شراء شيء لنفسه، أو لها حلف) وقُبلَ بيمينه، لأن مرجع ذلك إلى قصده وهو أعلم به. والاشتراك لا يعيّن التصرف بدون القصد، وإنما لزمه الحلف^(٣) - مع أن القصد من الأمور الباطنة التي لا تُعلم إلا من قبله - لإمكان الاطلاع عليه بإقراره.

(١) كما ورثا من أبيهما ديناً له في ذمة زيد مثلاً.

(٢) كما لو أتلف مال شريكين.

(٣) حاصله: إن الحلف إنما شرع لحسم الدعوى، ومن شرائط سماعها إمكان اطلاع المدعي على مدعاه، لما تقدّم في مبحث القضاء من اعتبار الجزم في الدعوى. وفيما نحن فيه لا يمكن، إذ القصد من الأمور الباطنة التي لا تعلم إلا من قبل المشتري، فلا يسمع الدعوى حتى يلزم الحلف. فأجاب عن هذا بقوله: لإمكان الاطلاع عليه بإقراره.

ثم هذا كأنه في بيان مقصوده في هذه المسألة، ولكن قد تقدّم منه في كتاب القضاء توجه سماعها، حيث قال هناك: وإن تخلف الثالث وهو الجزم، بأن صرح بالظن أو الوهم، ففي سماعها أوجه، أو وجهها السماع - إلى آخر ما حققه. فليتأمل.



مرکز تحقیقات اسلامی علوم اسلامی

كتاب المضاربة^(١)

(وهي أن يدفع مالاً إلى غيره ليعملَ فيه بحصة معينة^(٢) من ربحه) مأخوذة من الضرب في الأرض ، لأن العامل يضرب فيها للسعي على التجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال ، فكأن الضرب مسبَّب عنها ، فتحققت المفاعلة لذلك . أو من ضرب^(٣) كل منهما في الربح بسهم ، أو لما فيه من الضرب بالمال وتقليبه^(٤) .

وأهل الحجاز يسمونها «قراضاً» من القرض ، وهو القطع ، كأن صاحب المال اقتطع منه قطعةً وسلمها إلى العامل ، أو اقتطع له قطعةً من الربح في مقابلة عمله ، أو من «المقارضة» وهي المساواة ، ومنه «قَارِضُ النَّاسِ ما قَارِضُوكَ^(٥) فإن تركتهم لم

(١) هي مأخوذة من الضرب في الأرض ، أي السير .

(٢) بنصف أو ثلث ونحو ذلك بحسب ما يشترطانه ، ولو اشترط جميعه للمالك فهو بضاعة .

(٣) أي تصرف كل منها بحصة من الربح .

(٤) أي التصرف فيه .

(٥) قاله أبو درداء من أصحاب النبي ﷺ . قال في المسالك : أي «ساوهم فيما يقولون» .

ومعنى كلام المسالك - على ما قاله بعض المحشين - ساوهم في ذلك ، فإن تركت مساواتهم لم يسكتوا عنك بل يكون ذلك سبباً لتسلطهم عليك وغيبتهم لك . وعن بعض آخر : أي تساوم الناس في حركاتهم وسكناتهم وأقوالهم ، وإن لا تساووا بأن افستخروا عليك وتكبروا وأنت لم تفعل كذلك لا يخلون سبيلك بل يبنون على أذيتك وإخفاض حالك مثلاً .

يتركوك» .

وجه التساوي هنا : أن المال من جهة والعمل من أخرى ، والربح في مقابلهما ، فقد تساويا في قوام العقد أو أصل استحقاق الربح وإن اختلفا في كميته .
(وهي جائزة من الطرفين) سواء نصّ المال أم كان به عروض ^(١) ، يجوز لكل منهما فسخها . ومن لوازم جوازها منها وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه .
وفي اشتراط وقوع قبوله لفظياً أو جوازه بالفعل أيضاً ؟ قولان ، لا يخلو ثانيهما من قوة .

(ولا يصح اشتراط اللزوم أو الأجل فيها) بمعنى أنه لا يجب الوفاء بالشرط ^(٢) ، ولا تصير لازمة بذلك ، ولا في الأجل ، بل يجوز فسخها ^(٣) فيه عملاً بالأصل (ولكن) اشتراط الأجل (يشمر 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 ^(٤) .

ويفهم من تشريكه بين اشتراط اللزوم والأجل ، تساويهما ^(٥) في الصحة وعدم لزوم الشرط .

والمشهور : أن اشتراط اللزوم مبطل ، لأنه منافٍ لمقتضى العقد ، فإذا فسد الشرط

(١) أي نقد دراهم أو دنائير ، والعروض جمع عَرَض ، وهو المتاع غير النقود .

(٢) أي معنى لا يصح أنه لا يجب الوفاء بالشرط ، لا بمعنى أنه ارتكب أمراً غير جائز شرعاً . وحاصله : أنه لا أثر لهذا الشرط ، فوجوده كعدمه .

(٣) أي يجوز فتح المضاربة في الأجل المشروط .

(٤) وذلك كالبيع بغير خيار مثلاً .

(٥) أي تساوى اشتراط اللزوم والأجل في صحة العقد وعدم لزوم كل من الشرطين .

تبعه العقد . بخلاف شرط الأجل ، فإن مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاص وهو غير منافي . ويمكن أن يريد المصنف ذلك ، وإنما شكّ بينها في عدم صحة الشرط مطلقاً وإن افرقاً في أمر آخر .

(ويقتصر) العامل (من التصرف على ما أذن المالك له) من نوع التجارة ، ومكانها ، وزمانها ، ومن يشتري منه ، ويبيع عليه ، وغير ذلك . فإن خالف ما عيّن له ضمن المال ^(١) ، لكن لو ربح كان بينها بمقتضى الشرط ، للأخبار الصحيحة ، ولولاها لكان التصرف باطلاً أو موقوفاً على الإجازة ^(٢) .

(ولو أطلق) له الإذن (تصرف بالاسترباح ^(٣)) في كل ما يظن فيه حصول الربح ، من غير أن يتقيد بنوع أو زمان أو مكان ، ويتولى أيضاً بالإطلاق ما يتولاه المالك في التجارة بنفسه : من عرض القماش على المشتري ، ونشره ، وطيه ، وإحرازه ، وبيعه ، وقبض ثمنه . ولا أجرة له على مثل ذلك ، حملاً للإطلاق على المستعار ، وله الاستئجار على ما جرت العادة به كالدلالة ، ووزن الأمتعة الثقيلة التي لم تجر عاداته بمباشرة مثلها .

(وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال) . والمراد بالنفقة ما يحتاج فيه إليه من

(١) ولكن المضاربة ليست بفاسدة بهذه المخالفة وإن أوجبت الضمان والإثم والربح فيها بحسب الشرط ، للأخبار الصحيحة الدالة عليه [الوسائل ، الباب ١ من كتاب المضاربة] ولو لا هذه النصوص لتوجّه الإشكال إلى صحة ابتياع المخالف لوقوعه بغير إذن . فينبغي أن يكون فضولاً أو باطلاً بناءً على بطلان عقد الفضولي .

(٢) أي لكان التصرف باطلاً بناءً على بطلان بيع الفضولي رأساً أو موقوفاً على الإجازة . كما هو مذكور في محله .

(٣) أي تصرف كيف شاء من وجوه التصرفات .

مأكل وملبوس ومشروب ومركوب، وآلات ذلك، وأجرة المسكن، ونحوها. ويراعي فيها ما يليق به عادةً مقتصدًا، فإن أسرف حُسب عليه، وإن قتر لم يُحسب له. وإذا عاد من السفر فما بقي من أعيانها ولو من الزاد يجب رده إلى التجارة، أو تركه إلى أن يسافر^(١) إن كان ممن يعود إليه^(٢) قبل فسادِه.

ولو شرط عدمها^(٣) لزم، ولو أذن له بعده^(٤) فهو تبرع محض، ولو شرطها فهو تأكيد^(٥). ويُشترط حينئذ^(٦) تعيينها لئلا يتجهل الشرط، بخلاف ما ثبت بأصل الشرع. ولا يُعتبر في ثبوتها حصول ربح، بل ينفي ولو من الأصل إن لم يربح، وإلا كانت منه^(٧).

ومؤنة المرض في السفر على العامل، وكذا سفر لم يؤذن فيه وإن استحق الحصة.

(١) هذا إذا لم يكن يبيعه المفيد للربح أعود على التجارة من الترك.

(٢) أي يعود إلى السفر بتكرار سفره.

(٣) أي عدم النفقة لزم الشرط.

(٤) أي لو أذن بالإففاق بعد شرط العدم فهو متبرع يجوز الرجوع فيه.

(٥) أي لو شرط النفقة فهو تأكيد. لأنها ثبتت بأصل الشرع، حيث أنها من لوازم عقد المضاربة.

(٦) أي حين إذا اشترط النفقة يشترط تعيينها، وذلك لقبولها التفاوت بسبب الإشتراط، فلو لم يتعين يتجهل الشرط. ويمكن أن يقال: إن التعارف الخارجي يغني عن الإشتراط، كما في اشتراط نفقة الأجير.

(٧) أي وإن ربح كانت النفقة من الربح لامن الأصل. وهذا هو المحكي عن جماعة، وإن كان مقتضى إطلاق النص والفتوى إنفاقها من الأصل. وعلى ما ذكره فليتقدم على حصة العامل.

والمراد بالسفر العرفي لا الشرعي^(١)، وهو ما اشتمل على المسافة^(٢)، فينفق وإن كان قصيراً أو أتم الصلاة^(٣)، إلا أن يخرج عن إسم المسافر، أو يزيد عما يحتاج التجارة إليه، فينفق من ماله إلى أن يصدق الوصف.

واحترز بكمال النفقة^(٤) عن القدر الزائد عن نفقة الحضر، فقد قيل: إنه لا ينفق فيه سواه، ونبه بأصل المال على أنه لا يُشترط حصول ربح كما مر.

(وليشتر نقداً بنقد البلد، بضمن المثل فما دون) فلو اشترى نسيئة أو بغير نقد البلد، أو بأزيد من ثمن المثل كان فضولياً، فإن أجازه المالك صح وإلا بطل، لما في النسيئة من احتمال الضرر بتلف رأس المال، فيبقى عهدة الثمن متعلقة بالمالك، وقد لا يقدر عليه، أو لا يكون له غرض في غير ما دفع، وحملًا في الأخيرين على المتعارف وما فيه الغبطة، كالوكيل.

(وليبيع كذلك) بنقد البلد نقداً (بضمن المثل فما فوقه) لما في النسيئة من التغرير بمال المالك، وحملًا للإطلاق على المتعارف، وهو نقد البلد كالوكالة.

وقيل: يجوز بغيره، وبالعرض مع كونه مظنة للربح، لأن العرض الأقصى منها

(١) أي الموجب لقصر الصلاة، وهو المشتل على المسافة أربع فراسخ مع سائر شرائط القصر، بل ينفق من مال المضاربة ولو كان السفر أقل من المسافة أو كان يتم الصلاة لفقدان بعض الشرائط.

(٢) المسافة البعد عن الحمل وإن كان قصيراً، بشرط صدق أنه مسافر كمقدار فرسخ ونحوه.

(٣) كقاصد الإقامة أو كان كثير السفر ونحوه.

(٤) أي قيد النفقة بالكمال، أي نفقة السفر أجمع، لئلا يتوهم أن المراد بالنفقة في السفر القدر الزائد على الحضر كما قيل، بل قيل نفقة السفر كلها على نفسه كنفقة الحضر والنص الدال على أن نفقة السفر على أصل المال محمول على إذن صاحب المال صريحاً.

ذلك ، بخلاف الوكالة . وفيه قوة .

ولو أذن المالك في شيء من ذلك خصوصاً أو عموماً ، كـ «تصرف برأيك» ، أو «كيف شئت»^(١) جاز بالعرض قطعاً ، أما النقد وثن المثل فلا يخالفها إلا مع التصريح . نعم يُستثنى من ثن المثل نقصان يتساح به عادةً .

(وليشتري بعين المال) لا بالذمة (إلا مع الإذن في الذمة) ولو بالإجازة ، فإن اشترى فيها بدونه ولم يذكر المالك لفظاً ولا نيةً وقع له^(٢) . ولو ذكره لفظاً فهو فضولي ، ونيةً خاصة^(٣) فهو للعامل ظاهراً وموقوفاً باطناً^(٤) ، فيجب التخلص من حق

(١) هذان مثالان للعموم ، ولم يذكر للخصوص مثلاً لوضوحه .

(٢) وفيه : أنه في صورة الإهمال المطلق - بحيث لم يذكر المالك ولا نفسه لا لفظاً ولا نيةً - لا وجه لوقوعه له ، إذ العقود تابعة للقصد ، وفي الفرض لم يقصده لأحد فكيف وقع له ؟ . وقال في الجواهر في هذه المسألة : نعم لو وقع الشراء منه بلا نية أنه للمالك أو لنفسه تعلق الثمن بذمته ظاهراً وواقعاً وكان الربح له ، كما لو نوى نفسه لظهور المعاملة في ذلك . انتهى .

وقد قلنا : إنه مع الإهمال وعدم نيته لأحدهما لا يمكن أن يقع له . والتعليل بظهور المعاملة في ذلك لا وجه له ، لما ذكرنا من أن المناط هو القصد ، فصرف ظهور المعاملة في ذلك لا يفيد ، إذ الظهور إنما يفيد فيما احتمل القصد ، وفرض المسألة أنه وقع الشراء منه بلا نية أنه للمالك أو لنفسه . فليتأمل .

نعم ، في المحكمة حكمكم بحكم الحاكم على طبق هذا الظهور إذا لم يعترف بأنه لم ينو أحداً ، ولكن هذا حكم ظاهري فأصل للدعوى . وأما الواقع فهو على ما هو عليه ، وهو بطلان البيع وعدم وقوعه لواحدٍ منها ، لما ذكرنا من عدم القصد .

(٣) ولكن الأظهر وقوعه عن المالك ، لجواز الشراء في الذمة قاصداً دفع الثمن من مال المضاربة ، كما هو المتعارف ومقتضى إطلاق عقد المضاربة .

(٤) أي موقوفاً على إجازة المالك ، فإن أجاز وإلا بطل .

البائع .

(ولو تجاوز ما حدّه المالك) من الزمان والمكان والصنف (ضمن ، والربح على الشرط) كما مرّ^(١) . أما لو تجاوز بالعين والمثل^(٢) والنقد وقف على الإجازة ، فإن لم يجز بطل .

(وإنما تجوز) المضاربة (بالدرهم والدنانير) إجماعاً ، وليس ثمة علة مقنعة غيره ، فلا تصح بالعروض ولا الفلوس ولا الدين وغيرها ، ولا فرق بين المعين والمشاع .

(وتلزم الحصة بالشرط) دون الأجرة ، لأنها معاملة صحيحة فيلزم مقتضاها ، وهو ما شرط للعامل من الحصة . وفي قول نادر^(٣) : أن اللازم أجرة المثل ، وأن المعاملة فاسدة ، لجهالة العوض . والنصوص الصحيحة على صحتها^(٤) ، بل إجماع المسلمين يدفعه .

(والعامل أمين لا يضمن إلا بتعدّد أو تفريط) ومعهما يبقى العقد ويستحق ما شرط له وإن ضمن المال .

(ولو فسخ المالك للعامل أجرة مثله إلى ذلك الوقت) الذي فسخ فيه (إن لم

(١) أي كما مرّ في قوله : لكن لو ربح كان بينهما بمقتضى الشرط للأخبار الصحيحة ، ولو لا ذلك لكان مقتضى لزوم التحديد والشرط فساد ما وقع لا مخالفاً أو موقوفاً ، كما لو تجاوز بالعين والمثل والنقد .

(٢) التجاوز بالعين بأن يشتري عيناً غير ما عينه المالك ، والمثل بأن يشتري بأزيد من المثل أو يبيع بأقل منه ، والتجاوز بالنقد بأن يشتري أو يبيع بالنسيئة أو بغير نقد البلد .

(٣) كما هو المحكي عن النهاية والمفيد وغيرهما .

(٤) أي دالة على صحتها [الوسائل ، كتاب المضاربة ، الباب : ٣] .

يكن (ظهر) ربح) وإلا فله حصته من الربح .
وربما أشكل الحكم بالأجرة^(١) على تقدير عدم الربح : بأن مقتضى العقد استحقاق
الحصة إن حصلت لا غيرها ، وتسلب المالك على الفسخ من مقتضياتها ، فالعامل قادم
على ذلك ، فلا شيء له سوى ما عُيِّن .
ولو كان المال عروضاً عند الفسخ ، فإن كان به ربح فللعامل بيعه إن لم يدفع المالك
إليه حقه منه ، وإلا لم يجز إلا بإذن المالك وإن رجا الربح حيث لا يكون بالفعل .
ولو طلب المالك إنضاضه ، ففي إجبار العامل عليه ، قولان أجودهما عدم .
ولو انفسخ العقد من غير المالك - إما بعارض^(٢) يُفسد العقد الجائز أو من قبيل
العامل - فلا أجرة له ، بل الحصة إن ظهر ربح . وقيل : له الأجرة أيضاً^(٣) .
(والقول قول العامل في قدر رأس المال) لأنه منكر للزائد والأصل معه .
(و) في (قدر الربح) لأنه أمين فيقبل قوله فيه .
(وينبغي أن يكون رأس المال معلوماً عند العقد) لترتفع الجهالة عنه ، ولا يُكتفى
بمshادته . وقيل : تكفي المشاهدة . وهو ظاهر اختياره هنا ، وهو مذهب الشيخ
والعلامة في المختلف ، لزوال معظم الغرر بالمشاهدة ، وللأصل ، ولقوله ﷺ
« المؤمنون عند شروطهم » . فإن قلنا به واختلفاً في قدره فالقول قول العامل كما
تقدم ، للأصل ، والأقوى المنع^(٤) .
(وليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك ، كمن ينعق عليه) أي على

(١) وهو في موضعه إن لم يكن إجماع على خلافه .

(٢) كالموت والجنون ونحوهما قوله .

(٣) كما لو فسخ المالك ، وهو المحكي عن العلامة في التذكرة .

(٤) أي المنع وعدم الجواز مع المشاهدة .

المالك ، لأنه تحسیر محض ، والغرض من هذه المعاملة الإسترباح ، فإن اشتراه بدون إذنه كان فضولياً مع علمه بالنسب والحكم^(١) ، أما مع جهله بهما أو بأحدهما ففي صحته وعقته عن المالك ، أو إلحاقه بالعالم وجهان ، مأخذها : انصراف الإذن إلى ما يمكن بيعه والإسترباح به ، فلا يدخل هذا فيه مطلقاً^(٢) . ومن كون الشرط بحسب الظاهر^(٣) ، لاستحالة توجه الخطاب إلى الغافل ، كما لو اشترى معيياً لا يعلم بعيبه فتلف به .

(و) كذا (لا يشتري من رب المال شيئاً) لأن المال له ، ولا يُشترى مال الإنسان بماله .

(ولو أذن في شراء أيه) وغيره ممن ينعق عليه (صح وانعق) كما لو اشتراه بنفسه أو وكيله ، وبطلت المضاربة في ثمنه ، لأنه بمنزلة التالف ، وصار الباقي رأس المال إن كان (وللعامل الأجرة) سواء ظهر فيه ربح أم لا . أما مع عدمه فظاهر إلا على

(١) أي يعلم بأنه أبوه ويعلم بأن أبا المالك ينعق عليه لو اشترى بماله .

(٢) أي لا يدخل هذا في الإذن ، فلا يصح الإشتراء ولا ينعق على المالك مطلقاً ، سواء كان عالماً أو جاهلاً بهما أو بأحدهما .

(٣) أي شرط عدم كون الإشتراء ضرراً على المالك إنما هو بحسب الظاهر لا في نفس الأمر ، لا استحالة تكليف الغافل ، فينبغي أن يكون الإشتراء والعق صحيحين . ونظيره أنه لو اشترى معيياً لا يعلم بعيبه فتلف به ، فإنه صحيح بلا إشكال ، فكذا ما نحن فيه .

ولكن الفرق بين المقامين واضح ، وذلك : لأن مبنى عمل المضاربة بالنسبة إلى العيب هو الجري على المتعارف من إحراز عدمه ولو بالطرق الظنية والعمل على أصل الصحة ، فيكون مورد تعيب المتاع واقعاً مع جهل العامل بالحال مما شمله إذن المالك ، فيصح شراؤه ولا يحتاج إلى إجازة المالك . وهذا بخلاف الإئتمان . فإنه مما لا يلتفت المالك إليه ، لأنه لا يكون مورداً للتجارة ، حيث أنه تحسیر محض ، فيتوقف صحته على الإجازة . فليتأمل .

الاحتمال السابق^(١) فيما لو فسخ المالك بنفسه ، وأما مع ظهوره فلبطلان المضاربة بهذا الشراء ، لعدم كونه من متعلّق الإذن ، لأنّ متعلّقه ما فيه ربح ولو بالمظنة ، وهو منفي هنا ، لكونه مستعقباً للعتق ، فإذا صرف الثمن فيه بطلت . ويحتمل ثبوت الحصّة إن قلنا بملكها بالظهور^(٢) لتحقيقه . ولا يقدح عتقه القهري ، لصدوره بإذن المالك ، كما لو استردّ طائفةً من المال بعد ظهوره . وحينئذ فيسري على العامل مع يسار المالك^(٣) إن قلنا بالسراية في العتق القهري ، أو مع اختيار الشريك السبب .

(ولو اشترى) العامل (أباً نفسه) وغيره ممن ينعق عليه (صح) إذ لا ضرر على المالك (فإن ظهر فيه ربح) حالّ الشراء أو بعده (انعق نصيبه) أي نصيب العامل ، لاختياره السبب المفضي إليه كما لو اشتراه بماله (ويسعى المعتق) وهو الأب (في الباقي) وإن كان الولد موسراً ، لصحيحة محمد بن أبي عمير عن الصادق عليه السلام^(٤)

(١) وهو ما أشار إليه بقوله : وربما أشكل الحكم بالأجرة - إلى آخره .

(٢) أي إن قلنا بملك الحصّة بمجرد الظهور لا بالإنضاض أو القسمة كما قيل ، فإنه على هذا القول لا إشكال في عدم استحقاقه لاتنتافها . وأما على القول بملك الحصّة بالظهور - كما هو التحقيق - فنثبت حصّة العامل في العبد . ولا يقدح في ذلك عتقه القهري ، لصدور العتق بإذن المالك ، وليس كالتلف السهاوي ونحوه ، وذلك كما لو استردّ المالك بعض مال المضاربة بعد ظهور الربح ، فإنه غير قاذح بلا إشكال .

(٣) أي يسري أثر العتق على العامل ، لأنه شريك حينئذ في الربح ، فيسري العتق في حصته ، فيضمن المالك حصّة العامل مع يساره ، كما هو مذكور في كتاب العتق . وهذا مبني على القول بالسراية في العتق القهري وإن كان السبب غير مقدور أو مع كون السبب مقدوراً واختاره الشريك وهو المالك هنا ، حيث إن سبب العتق هو إذن المالك في اشتراء أبيه .

(٤) [الوسائل ، الباب ٨ من كتاب المضاربة ، الحديث ١] .

الحاكمة بإستسعائه من غير استئصال^(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 . وربما فُرق بين ظهور الربح حالة الشراء وتحبّذه ، فيسري في الأول دون الثاني ، ويمكن حمل الرواية عليه أيضاً .

وفي وجه ثالث بطلان البيع ، لأنه مناف لمقصود القراض ، إذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل الثقليل للإسترباح ، والشراء المتعقّب للعتق ينافيه^(٢) . والوسط قوي^(٣) لو لا معارضة إطلاق النص الصحيح .

-

(١) أي بين كونه موسراً أو معسراً .

(٢) لأنه ربما يعجز المعتقد عن السعي والعامل عن أداء القيمة ، وكل ما كان فيه خسارة على المال أو كان مما لا مصلحة فيه لا يجوز للعامل فعله .

(٣) وهو القول بالتفصيل ، وذلك لأنه جعل الأوجه ثلاثة : السعي ، والتفصيل ، والبطلان . وإن كان في الوسط تفصيل من وجهين أيضاً .



مرکز تحقیقات کلامیه و علوم اسلامی

كتاب الوديعة

(وهي استنابة في الحفظ) 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 الإذن فيما وكل فيه.

ثم الاستنابة إنما تكون من المودع، والوديعة لا تتم إلا بالمتعاقدين، فلا تكون الوديعة هي الاستنابة. بل هي وقبولها، وإن اكتفينا بالقبول الفعلي. وكأن التعريف^(١) لما كان لعقدها - كما علم^(٢) من مذهب المصنف - وكان المعتبر منه الإيجاب تسامح في إطلاقها عليه، أو لأن الاستنابة تستلزم قبولها، فإنها لو تجردت عنه لم تؤثر.

(وتفتقر إلى إيجاب وقبول) كغيرها من العقود (ولا حصر في الألفاظ الدالة عليها) كما هو شأن العقود الجائزة من الطرفين، فيكتفي كل لفظ دلّ عليها، بل التلويح

(١) هذا جواب عن الإشكال، وحاصله: إنه لما علم من مذهب المصنف أن التعريفات التي يذكرها إنما هي للعقد لا لما هو مسبب منها، وكان المعتبر من هذا العقد الإيجاب فقط للإكتفاء بالقبول الفعلي، تسامح في إطلاق الاستنابة على العقد المركب من الإيجاب والقبول.

(٢) أي علم من مذهب المصنف في باب البيع، حيث قال هناك في عقد البيع: وهو - أي عقد البيع - الإيجاب والقبول. إلى آخر ما ذكره.

والإشارة المفهمة لمعناها اختياراً.

(ويكفي في القبول الفعل) لأن الغرض منه الرضا بها . وربما كان الفعل - وهو قبضها - أقوى من القول ، باعتبار دخولها في ضمانه ^(١) ، والتزامه بحفظها بواسطة القبض وإن لم يحصل الإيجاب فيه أولاً ^(٢) ، إلا أن فيه خروجاً ^(٣) عن باب العقود التي لا تتم إلا بصيغة من الطرفين . ومن ثم قيل : إنها إذن مجرد لا عقد . وكيف كان لا تحجب مقارنة القبول للإيجاب قولياً كان أم فعلياً .

(ولو طرحها عنده) ولم يحصل منه ما يدل على الرضا ولا قبضها (أو أكرهه على قبضها لم تصدر ودیعة) لإنتفاء القبول الشرعي فيها .

وأما الإيجاب فقد يحصل بالطرح ، بأن يضم إليه قولاً أو ما في حكمه يفيد ، وقد لا يحصل بأن يقتصر على مجرد الطرح ^(٤) ، وفي الثاني لا تصير ودیعة وإن قبل قولاً أو فعلاً ، لكن في الثاني ^(٥) يجب عليه الحفظ للبدل لا للودیعة . وفي الأول ^(٦) تتم بالقبول

(١) أي دخولها في ضمانه مع التصدير ، وهذا بخلاف القبول القولي ، فإنه وإن لزمه ذلك شرعاً إلا أنه ليس صريحاً في الإلتزام من حيث أنه عقد جائز ، فإذا فسخه ولم يكن قبضه لم يضمه .

(٢) أولى خبر لقوله « والتزام » .

(٣) أي في الإكتفاء بالقول الفعلي .

(٤) قال في الرياض : بلا خلاف يظهر إلا من الكفاية ، حيث أثبت الودیعة لو حصل ثمة قبول لفظي ، مدعياً كون مجرد الطرح دالاً على الودیعة . إنتهى .

وهذا هو التحقيق ، لأن العقود الجائزة يكتفي فيها الإشارة الدالة عليها ، كما أشار إليه فيما تقدم ، وهو قوله : فيكتفي كل لفظ دال عليها ، بل التلويح والإشارة المفهمة لمعناها ، لأن الطرح بقصد الودیعة إشارة إليها ، وهذا واضح .

(٥) أي في القبول فعلاً ، وهو الأخذ بالبدل .

بهما ، فيجب عليه الحفظ .

وحيث لا يجب لعدم القبول قد يجب لأمر آخر ، كما لو غاب المالك وتركها وخيف عليها الذهاب ، فيجب من باب المعاونة^(٧) على البر كفايةً ، لكن لا ضمان بتركه .
وأما مع الإكراه (فلا يجب حفظها) مطلقاً ، بل يجوز تركها وإن قبضها به^(٨) في حضور المالك وغيبته ، إلا أن يكون المكره مضطراً إلى الإيداع ، فيجب إعائته عليه كالسابق^(٩) .

فقوله « فلا يجب حفظها » مطلق في الثاني^(١٠) من حيث الوديعة ، ومع عدم القبول

(٦) وهو ما لو طرحها عنده مع ضميعة ما يدل على الإيداع . وقوله « بهما » أي بأحدهما من القول والفعل .

(٧) وفيه : أنه لا دليل على وجوب المعاونة على البر على إطلاقه ، كالمعاونة على أداء دين أحد إذا توقف أداء دينه على المعاونة ونحوه وإن كان مستحباً . نعم لو طرأ عليها عنوان آخر - كما لو توقف حفظ نفسه على حفظ ماله ونحو ذلك - صح ذلك . وهذا واضح .
(٨) أي وإن قبضها بالإكراه .

(٩) أي كالفرض السابق ، أي من حيث المعاونة لا من حيث الوديعة ، فلا يضمن بتركه وإن كان أنما يتركه الواجب . وقد تقدم أنه لا دليل على وجوب حفظ مال الغير ما لم يطرأ عليه عنوان آخر .

(١٠) أي في صورة الإكراه ، يعني قول المصنف قدس سره « فلا يجب حفظها » مطلق في صورة الإكراه من حيث الوديعة لا من حيث الإضرار إلى الإيداع ، فإنه من هذه الحسيمة واجب . وبعبارة أخرى : إن المصنف أراد بقوله « فلا يجب حفظها مطلقاً » الإطلاق في الصورة الثانية ، أي صورة الإكراه ، أي عدم الحفظ في صورة الإكراه غير مقيّد بعدم القبول أو القبض ، بل يجوز تركها وإن قبضها بالإكراه . وأما الصورة الأولى - وهو قوله « ولو طرحها عنده » - فهو على ما فصل ، ففي بعض الفروض يجب الحفظ كما تقدم تفصيلاً .

أو القبض في الأول على ما فُصل .

(ولو قبل) الوديعة قولاً أو فعلاً (وجب) عليه (الحفظ) ما دام مستودعاً ، وكذا بعده^(١) إلى أن يؤدي إلى المالك أو من في حكمه . وبذلك يظهر عدم المناقاة بين وجوب الحفظ وعدم وجوب البقاء على الوديعة من حيث إنها عقد جائز .

(ولا ضمان عليه) لو تلفت أو عابت (إلا بالتعدي) فيها ، بأن ركب الدابة ، أو لبس الثوب ، أو فتح الكيس المختوم أو المشدود (أو التفريط) بأن قصّر في الحفظ عادة^(٢) فلو أخذت منه قهراً فلا ضمان) إن لم يكن سبباً في الأخذ التهرى ، بأن سعى بها إلى الظالم ، أو أظهرها فوصل إليه خبرها مع مظنته . ومثله ما لو أخبر بها اللص فسرقتها .

ولا فرق بين أخذ القاهر لما بيده وأمره له بدفعها إليه كرهاً ، لانتفاء التفريط فيها ، فينحصر الرجوع على الظالم فيها على الأقوى .

وقيل : يجوز له الرجوع^(٣) على المستودع في الثاني ، وإن استقر الضمان على الظالم . (ولو تمكّن) المستودع (من الدفع) عنها بالوسائل الموجبة لسلامتها (وجب ما لم يؤدي إلى تحمل الضرر الكثير^(٤) ، كالجرح وأخذ المال) فيجوز تسليمها حينئذ وإن قدر على تحمله . والمرجع في الكثرة والقلّة إلى حال المكزّه ، فقد تُعدّ الكلمة اليسيرة من الأذى كثيراً في حقه ، لكونه جليلاً لا يليق بحاله ذلك ، ومنهم من لا يعتدّ بمثله .

(١) أي بعد كونه مستودعاً كما لو فسخ عقدها .

(٢) كما عن الحلبي والعلامة ، وهو شاذ .

(٣) أما القليل كما إذا تكلم معه بكلام خشن لا يكون هاتكأً له بالنظر إلى شرفه وإن تأذى منه طبعاً ، فالظاهر وجوب تحمله .

وأما أخذ المال : فإن كان مال المستودع لم يجب بذله مطلقاً^(١) ، وإن كان من الوديعة فإن لم يستوعبها وجب الدفع عنها ببعضها ما أمكن ، فلو ترك مع القدرة على سلامة البعض فأخذ الجميع ضمن ما يمكن سلامته^(٢) . وإن لم يمكن إلا بأخذها أجمع فلا تقصير . ولو أمكن الدفع عنها بشيء من ماله^(٣) لا يستوعب قيمتها جاز ورجع مع نيته^(٤) .

ولو أمكن حفظها عنه بالإستتار منه وجب ، فيضمن بتركه (نعم يجب عليه العين لو قنع بها الظالم فيوزي) بما يخرج عن الكذب ، بأن يحلف أنه ما استودع من فلان ويخصه^(٥) بوقت أو جنس أو مكان أو نحوها ، مغاير لما استودع . وإنما تجب التورية عليه مع علمه بها وإلا سقطت ، لأنه كذب مستثنى للضرورة ، ترجيحاً لأخف القبيحين حيث تعارضا .

(وتبطل) الوديعة (بموت كل منها) : المودع والمستودع ، كغيرها من العقود الجائزة (وجنونه وإغماؤه) وإن قصر وقتها (فتبقى) في يد المستودع على تقدير عروض ذلك للمودع ، أو يد وارثه أو وليه ، أو يده بعد صحته على تقدير عروضه^(٦)

(١) أي ولو لم يستوعبها ، وفيه نظر : لوجوب الحفظ ، ولا يتم إلا به ، والضرر يندفع بالرجوع إلى المالك .

(٢) لا الجميع كما هو واضح .

(٣) أي مال المستودع .

(٤) أي رجع على المالك مع نية الرجوع ، وإلا لا يجوز الرجوع إليه ، لأنه متبرع . وهكذا لا يجوز الرجوع مع إمكان الإستيدان ولو مع نية الرجوع .

(٥) أي يخص عدم الإستيداع بوقت - الخ .

(٦) أي عروض الجنون والإغماؤه .

له (أمانة شرعية) أي مأذوناً في حفظها من قبل الشارع لا المالك ، لبطلان إذنه بذلك .

ومن حكم الأمانة الشرعية وجوب المبادرة إلى ردّها وإن لم يطلبها المالك .
(ولا يُقبل قول الودعي ^(١)) وغيره ممن هي في يده (في ردّها إلا ببينة) بخلاف الأمانة ^(٢) المستندة إلى المالك ، فإنه لا يجب ردّها بدون الطلب أو ما في حكمه ، كانتضاء المدة المأذون فيها ، وقد يقبل قوله في ردّها كالوديعة ، وقد لا يقبل كما إذا قبضها لمصلحته كالعارية والمضاربة .

ومن الأمانة الشرعية ما بطل من الأمانة المالكية كالشركة والمضاربة بموت ونحوه ، وما تُطَيَّره الربح إلى دار الغير من الأمتعة ، وما يُنزع من الغاصب بطريق

(١) أي قول الودعي بعد بطلان الوديعة ، وأما في حال الوديعة فيقبل قوله مع يمينه كما سيأتي ذكره .

(٢) سواء كانت وديعة أو مضاربة أو عارية ، وضابط الأمانة المالكية : هو ما كان باستئان من المالك وإذنه ، سواء كان عنوان عمله محضاً في ذلك كالوديعة أو يتبع عنوان آخر مقصود بالذات كما في الرهن والعارية والإجارة والمضاربة . وأما الشرعية : فهو ما لم يكن الاستيلاء عليها باذن من المالك ولا إستئان منه بل بإذن من الشارع ، ومن أحكام الأمانة الشرعية وجوب المبادرة إلى ردّها وإن لم يطلب . وأنه لا يقبل قول من هي في يده ردّها إلى المالك مع يمينه .

وللأمانة المالكية صور كثيرة : أحدها ما ذكر من الوديعة التي يعرض لها البطلان ، وكذا غيرها من الأمانات كالْمضاربة والشركة والعارية وباقي الصور التي ذكرها الشارع قدس سره . أما الأمانات المالكية ففي الوديعة يقبل قوله بيمينه ، لأنه محسنٌ وما على المحسنين من سبيل ، فقد لا يقبل كما لو قبضها لمصلحته كالعارية والمضاربة ونحوها .

الحسبة، وما يؤخذ من الصبي والمجنون من مال الغير وإن كان كسباً من قمار^(١) كالجوز والبيض، وما يؤخذ من مالها وديعة عند خوف تلفه بأيديهما، وما يتسلمه منها نسياناً، وما يوجد فيما يشتري من الأمتعة كالصندوق - من مال لا يدخل في المبيع، واللقطة في يد الملتقط مع ظهور المالك^(٢). وضابطه: ما أذن في الإستيلاء عليه شرعاً ولم يأذن فيه المالك^(٣).

(ولو عيّن) المودع (موضعاً للحفظ اقتصر) المستودع (عليه) فلا يجوز نقلها إلى غيره وإن كان أحفظ، عملاً بمقتضى التعيين، ولاختلاف الأغراض في ذلك. وقيل: يجوز إلى الأحفظ، لدلالته عليه بطريق أولى. وهو ممنوع^(٤). وجوز آخرون التخطي إلى المساوي، وهو قياس باطل^(٥). وحينئذ فيضمن بنقلها عن المعين مطلقاً^(٦) (إلا أن يخاف تلفها فيه فينقلها) عنه إلى الأحفظ أو المساوي مع الإمكان، فإن تعذر فالأدون (ولا ضان) حينئذ للإذن فيه شرعاً. وإنما جاز المساوي هنا لسقوط حكم المعين بتعذره، فينتقل إلى ما في حكمه وهو المساوي أو ما فوقه. ويمكن شمول كلامه للأدون عند الخوف وإن وجد المساوي، كما يشمل المنع من الأعلى عند

-
- (١) كما هو شأن الصبي، فلو علم به الولي يجب عليه ردّه إلى مالكه أو وليه.
 - (٢) الظاهر أن حق العبارة «مع احتمال ظهور المالك»، إذ مع ظهور المالك لا يجوز الأخذ والالتقاط حتى يكون أمانة شرعية أو مالكية. فليتأمل.
 - (٣) أي لم يحصل فيه الإذن من المالك، لا أنه نهاه.
 - (٤) وذلك لما ذكر من الأغراض.
 - (٥) إلا أن يكون هناك قرينة دالة على أن المراد من التعيين مجرد الحفظ دون خصوصية المحل، ولكن هذا غير محل البحث.
 - (٦) أي سواء كان أحفظ أو مساوياً.

عدمه^(١)، ويشمل أيضاً فيها^(٢) ما لو نهى عن غير المعين وعدمه . وهو كذلك .
(ويحفظ) الوديعة (بما جرت العادة به) في مكان الوديعة وزمانها ، لأن الشارع لم يحذرها حذراً ، فيرجع إلى العادة (كالثوب والنقد في الصندوق) المقتل ، أو الموضوع في بيت محرز عن الغير ، (والدابة في الاصطبل) المضبوط بالغلق (والشاة في المراح) كذلك أو المحفوظ بنظر المستودع .

وهذه الثلاثة مما جرت العادة بكونها حرزاً لما ذكر . وقد يفتقر إلى أمر آخر^(٣) ، أو يقوم غيرها مقامها عادة^(٤) .

ولا فرق في وجوب الحرز على المستودع بين من يملكه وغيره ، ولا بين من يعلم^(٥) أنه لا حرز له وغيره .

(ولو استودع من طفل أو مجنون ضمن) لأنها ليسا أهلاً للإذن ، فيكون وضع يده على مالها بغير إذن شرعي فيضمن . إلا أن يخاف تلفها في أيديهما فيقبضها بنية الحسبة ، فالأقوى عدم الضمان ، لكن يجب مراجعة الولي ما أمكن . ولا فرق بين كون

(١) أي ويمكن شمول كلام المصنف للأدون عند الخوف وإن وجد المساوي ، كما يشمل المنع من الأعلى عند عدم الخوف ، لما أشار إليه بقوله : عملاً بمقتضى التعيين ولاختلاف الأغراض .

(٢) أي يشمل كلام المصنف في بيان حكم النقل إلى غير المعين في صورة الخوف وعدمه ما لو نهى المالك عن غير المعين وعدم نهي عنه ، ففي الخوف يجوز النقل مطلقاً وفي فرض عدم الخوف لا يجوز مطلقاً .

(٣) ككون الصندوق من الحديد أو موضوعاً في مكان لا يعتاد سرقة منه .

(٤) كوضع الدابة في بيت السكنى ونحوه وكيف كان فالضابط ما يعد به في العرف حافظاً غير مقصر في الحفظ أصلاً ، وإنما ذكرت الأمثلة توضيحاً .

(٥) أي يعلم المودع .

المال لها أو لغيرهما ، وإن ادعيا إذنه لها^(١) في الإيداع .

(و) حيث يقبض الوديعة منها مع جوازه أولاً معه (يبرأ بالرد إلى وليهما)
الخاص ، أو العام مع تعذره^(٢) لا إليهما

(ويجب إعادة الوديعة على المودع) مع المطالبة في أول وقت الإمكان ، بمعنى رفع
يده عنها والتخلية بين المالك وبينها ، فلو كانت في صندوق مقفل ففتحه عليه ، أو
بيت محرز فكذلك ، لا نقلها إلى المالك زيادة على ذلك .

والعذر الشرعي كإكمال الصلاة - وإن كانت نفلاً على الأقوى - ما لم يتضرر
المالك بالتأخير ، والعادي كانتظار انقطاع المطر ونحوه ، كالعقلي^(٣) . وفي إكمال الطعام
والحمام وجهان . والمعتبر في السعي القصد وإن قدر على الزيادة .

والحكم ثابت كذلك (وإن كان) المودع^(٤) (كافرأ) مباح المال كالحربي ، للأمر
بأداء الأمانة إلى أهلها من غير قيد . وروى الفضيل عن الرضا^(٥) قال : سألت عن
رجل استودع رجلاً من مواليك مالاً له قيمة ، والرجل الذي عليه المال رجل من
العرب يقدر أن لا يعطيه شيئاً ، والمودع رجل خارجي شيطان ، فلم أدع^(٦) شيئاً ؟
فقال^(٧) : قل له : يردّ عليه ، فإنه إئتمنه عليه بأمانة الله . وعن الصادق^(٨) : أدوا

(١) أي ادعيا إذن الولي لها في الإيداع ، لأنها مسلويا العبارة .

(٢) أي مع تعذر الخاص .

(٣) خبر لقوله : والعذر الشرعي .

(٤) وعن الحلبي وجوب رده إلى سلطان الإسلام ، وعن الرياض هو شاذ .

(٥) [التهذيب ، الباب ١٦ من كتاب الوديعة ، الحديث ٨] .

(٦) أي لم أترك في حق الرجل المودع شيئاً من ذكر رذائل الأوصاف .

(٧) [الوسائل ، الباب ٢ من كتاب أحكام الوديعة ، الحديث ٥] .

الأمانات إلى أهلها وإن كانوا مجوساً.

(ويضمن لو أهمل) الردّ (بعد المطالبة) وإمكان الردّ على الوجه السابق، لأنه من أسباب التقصير، ولو كان التأخير لعذر وجب في أول أوقات إمكانه (أو أودعها^(١)) لغيره، ولو لزوجته أو ثقة (من غير ضرورة) إلى الإيداع، فلو اضطر إليه - بأن خاف عليها من حرق أو سرق أو نهب لو بقيت في يده وتعذر ردها إلى المالك والحاكم - أودعها العدل.

وفي حكم إيداعها اختياراً إشراك الغير في اليد ولو زوجةً وولداً، ووضعها في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظها في سائر الأوقات^(٢) (أو سافر بها كذلك) أي من غير ضرورة إلى استصحابها في السفر، بأن أمكنه عند إرادة السفر إيصالها إلى المالك أو وكيله عاماً أو خاصاً^(٣)، أو إيداعها العدل، فترك وأخذها معه فيضمن.

أما مع الضرورة - بأن تعذر جميع ما تقدم وخاف عليها في البلد^(٤) أو اضطر إلى السفر^(٥) - فلا ضمان، بل قد يجب، لأنه من ضروب الحفظ.

(١) عطف على «أهمل»، وكذا المعطوفات الآتية فيما بعد بأو.

(٢) أي لا يلاحظها في جميع الأوقات بل في بعضها.

(٣) أي وكيلاً في خصوص الوديعة.

(٤) فيسافر بها مجرد حفظها.

(٥) أي اضطر إلى السفر لا لحفظ الوديعة بل لواجب آخر كأداء دين ونحو ذلك، فحينئذ لا ضمان عليه ويموز السفر بها. ولكن في الفرضين المذكورين يجب السفر بها لأنها من أقسام الحفظ، فقوله بعد ذلك «بل قد يجب لأنه من ضروب الحفظ» وجهه غير ظاهر، لأنها من ضروب الحفظ مطلقاً لا في بعض الفروض، كما هو المستفاد من قوله: بل قد يجب - الخ.

والمعتبر في تعذر التوصل إلى المالك ومن بحكمه المشقة الكثيرة عرفاً، وفي السفر العرفي أيضاً، فما قصر عنه - كالتردد إلى حدود البلد وقرى لا يُطلق على الذهاب إليها السفر - يجوز فيه مصاحبته مع أمن الطريق، ولا يجوز إيداعها في مثله مع إمكان استصحابها.

واستثنى منه ^(١) ما لو أودعه مسافراً، أو كان المستودع متتجراً ^(٢)، فإنه يسافر بها من غير ضمان، لقدم المالك عليه ^(٣).

(أو طرحها في موضع تتعفن فيه) وإن كان حرزاً لمثلها، لما عرفت من أن الحرز مشروط بأمور آخر هذا منها. وفي حكم العفن الموضع المفسد كالندى للكتب ^(٤). وضابطه: ما لا يصلح لتلك الوديعة عرفاً بحسب مدة إقامتها فيه.

(أو ترك سقي الدابة أو علفها ما لا يصبر عليه عادة) ومثلها المملوك. والمعتبر السقي والعلف بحسب المعتاد لأمثالها، فالتقصان عنه تفريط، وهو المعبر عنه بعدم صبرها عليه، فيضمنها حينئذ ^(٥) وإن ماتت بغيره.

جـ ويمكن أن يكون المراد بالإضرار مطلق الإضرار لا ما يفضي إلى وجوب السفر شرعاً، فحينئذ يجوز له ترك السفر، وذلك لما كان إضراره لأجل المحافظة على مال يسير يجوز تركه، فقله «قد يجب» بلحاظ هذا المعنى. فليتأمل.

(١) أي واستثنى من عدم جواز السفر به ما لو أودعه حال كونه مسافراً.

(٢) المنتجع: طالب الكلاء في موضعه.

(٣) حيث أودعه ماله على تلك الحالة، وليس على المستودع حينئذ ترك السفر لأجلها، وكان هذا في معنى الإذن في السفر بها، كما لا يخفى.

(٤) أي كالموضع الندي للكتب.

(٥) ولا يعود حكم الوديعة لو عاد إلى الإتفاق إلا مع حصول الإيداع بإذن جديد كما في جميع موارد التعدي والتفريط.

ولا فرق في ذلك ^(١) بين أن يأمره بهما ^(٢) 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 على مالكه ^(٣) لا على غيره . نعم يجب في الحيوان مطلقاً ^(٤) ، لأنه ذو روح ^(٥) ، لكن لا يضمن بتركه كغيره ^(٦) .

واعلم أن مستودع الحيوان إن أمره المالك بالإتفاق أنفق ورجع عليه بما غرم ، وإن أطلق توصل إلى استئذانه ، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم ، فإن تعذر أنفق هو وأشهد عليه ورجع به ، ولو تعذر الإشهاد اقتصر على نية الرجوع إن أراده وقبل قوله فيها ، وفي القدر بالمعروف ، وكذا القول مع نهي المالك له عنه .

وفي حكم النفقة ما تنفق إليه من الدواء وغيره ، وفي حكم الحيوان الشجر المفتقر إلى الحرث ^(٧) والسقي وغيرهما .

(١) أي في الضمان وكذا الإثم .

(٢) أي بالسقي والعلف .

(٣) أي بالذات ، وأما وجوب حفظه على الودعي فإنما هو بالعرض يرتفع بسبب نهيه ، ولا يخفى أن هذا لا ينافي ما ذكره سابقاً من وجوب حفظ مال الغير كفاية كما ربما يتوهم ، وإن ناقشناهناك في وجوبه ، فإن المعاونة على البر إنما هو فيما إذا لم يته المالك عنه ، كما لعله واضح .

(٤) أي سواء نهاه أم لا .

(٥) أي إذا كانت الوديعة حيواناً يجب حفظه لأنه ذو روح ، وليس المراد أن كل حيوان ذي روح يجب على غير المالك حفظه .

(٦) أي كغيره من الشجر ونحوه .

(٧) أي في وجوب ذلك على الودعي والرجوع به على المالك .

(أو ترك نشر الثوب) الذي يفسده طول مكثه كالصوف والإبريسم (للريح) حتى لو لم يندفع بنشره وجب ئبسه^(١) بمقدار ما يندفع الضرر عنه، وكذا عرضه على البرد.

ومثله توقف نقل الدابة إلى الحرز، أو العلف، أو السقي على الركوب، والكتاب على تقليبيه والنظر فيه، فيجب ذلك كله، ويحرم بدونه^(٢).

(أو انتفع بها) لا لذلك^(٣) (أو مزجها) بماله أو بمال غيره بحيث لا يتميز، سواء مزجها بأجود أم بأدون، بل لو مزج إحدى الوديعتين بالأخرى ضمنهما معاً وإن كانا لواحد. ومثله لو خلطها بمال المالكها غير مودّع عنده، للتعدّي في الجميع.

(وليرة) الوديعة حيث يؤمر به أو يريده هو (إلى المالك أو وكيله) المتناول وكالته مثل ذلك، مخيراً فيها (فإن تعدّر) المالك أو وكيله (فالحاكم) الشرعي (عند الضرورة إلى ردّها) لا بدونه، لأن الحاكم لا ولاية له على من له وكيل، والودعي بمنزلة^(٤).

وإنما جاز الدفع إليه عند الضرورة دفعاً للحرج والإضرار، وتزويلاً له^(٥) حينئذ منزلة من لا وكيل له.

وتتحقّق الضرورة بالعجز عن الحفظ، وعروض خوفٍ يفتقر معه إلى التستر المنافي لرعايتها، أو الخوف على أخذ المتغلب لها تبعاً لماله أو استقلالاً، أو الخوف

(١) أي حيث يحتاج إليه.

(٢) أي بدون ما ذكر من توقف السقي على الركوب وغيره.

(٣) أي انتفع بالوديعة من غير توقف الحفظ على ذلك الإنتفاع.

(٤) أي بمنزلة الوكيل.

(٥) أي تنزيل المالك.

عليها من السرقة أو الحرق أو النهب، ونحو ذلك. فإن تعذر الحاكم حينئذ أودعها الثقة. ولو دفعها إلى الحاكم مع القدرة على المالك ضمن، كما يضمن لو دفعها إلى الثقة مع القدرة على الحاكم أو المالك.

(ولو أنكر الوديعة حلف) لأصالة البراءة (ولو أقام) المالك (بها بيّنة قبل حلفه ضمن) لأنه متعذر بجحوده لها^(١) (إلا أن يكون جوابه: «لا تستحق. عندي شيئاً» وشبهه) كقوله: ليس لك عندي وديعة يلزمي ردّها ولا عوضها. فلا يضمن بالإنكار، بل يكون كمدعي التلف يُقبل قوله بيمينه أيضاً^(٢)، لإمكان تلفها بغير تفريط، فلا تكون مستحقة عنده، ولا يناقض قوله^(٣) البيّنة. ولو أظهر لإنكاره الأول^(٤) تأويل كقوله: ليس لك عندي وديعة يلزمي ردّها أو ضمانها، ونحو ذلك فالأقوى القبول أيضاً، واختاره المصنف رحمه الله في بعض تحقیقاته.

(والقول قول الودعي في القيمة لو فرط) لأصالة عدم الزيادة عما يعترف به.

وقيل^(٥): قول المالك، لخروجه بالتفريط عن الأمانة.

(١) أي بانكاره للوديعة، لأن قول البيّنة حجة لا يجوز رده.

(٢) فإن قول مدعي تلف الوديعة يُقبل كقبول قوله بيمينه في الردّ على المشهور.

(٣) أي قول الودعي البيّنة بخلاف إنكار أصل الوديعة بعد إقراره أو إنباتها بالبيّنة، فإنه مناقض له.

(٤) أي إنكار أصل الوديعة.

(٥) قال في المسالك: القول للشيخ، محتجاً بأنه بالتفريط خرج عن الأمانة، فلا يكون قوله مسموعاً. ويضعف: بأن لا يُقبل قوله من جهة كونه أميناً بل من حيث أنه منكر للزائد، فيكون القول قوله، كما أن المالك مدّع فعلية البيّنة عملاً بموم الخبر - إلى آخر ما حَقَّقَه في هذا المقام.

ويضعف بأنه^(١) ليس مأخذ القبول .

(وإذا مات المودع سلمها) المستودع (إلى وارثه) إن اتحد ، (أو إلى من يقوم مقامه) من وكيل وولي ، فإن تعدد سلمها إلى الجميع إن اتفقوا في الأهلية ، وإلا فإلى الأهل وولي الناقص ، (ولو سلمها إلى البعض) من دون إذن الباقي (ضمن للباقي^(٢)) بنسبة حصتهم ، لتعديده^(٣) فيها بتسليمها إلى غير المالك . وتجب المبادرة إلى ردّها إليهم حيثنذ كما سلف ، سواء علم الوارث بها أم لا .

(ولا يبرأ) المستودع (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 الودعة ، أو يجدد له الاستئذان بغير ردّ ، كأن يقول له : أودعتكها ، أو استأمنتك عليها^(٤) ، ونحوه على الأقوى .

وقيل : لا يعود بذلك ، كما لا يزول الضمان عن الغاصب بإيداعه^(٥) ، أو يبرئه^(٦) من

(١) أي كونه أميناً ليس مأخذ قبول قول الودعي . بل كونه منكراً للزائد كما بيّنه في المسالك .

(٢) أي لباقي الورثة .

(٣) أي لتعديده في الودعة بالنسبة إلى حقهم بسبب تسليمها إلى غير المالك .

(٤) فيتحقق بكل واحد منها الودعة ، إذ لا حصر للألفاظ الدالة عليها كما تقدم ، لا أن الاستئذان مباير للودعة ، كما رتباً يتوهم .

(٥) أي بإيداع المغموص منه الغاصب العين المغموصة ، ولكن الظاهر أنه بذلك يرتفع الضمان من جهة تبدل عنوان يده من العدوان إلى الاستئذان .

(٦) هذا عطف على قوله « أو يجدد » ، وقوله « على قول قوي » إشارة إلى قول آخر ، وهو عدم براءة من الضمان بإبرائه .

الضمان على قول قوي .

(ويقبل قوله بيمينه في الرد) وإن كان مدعياً بكل وجه ^(١) على المشهور ، لأنه محسن وقابض لمحض مصلحة المالك ، والأصل براءة ذمته . هذا إذا ادعى ردّها على من اتّهمته ^(٢) ، أما لو ادعاه على غيره - كوارثه - فكغيره من الأئمة ، لأصالة عدمه ، وهو لم يأتمنه ^(٣) ، فلا يكلف تصديقه .
ودعوى ردّها ^(٤) على الوكيل كدعواه على الموكل ، لأن يده كيده .

→ وقد قيل في وجهه : أن معنى الضمان هنا أنه لو تلفت العين وجب عليه بدؤها والحال أنها لم تلتف ، فيكون الإبراء من الضمان إبراءً مما لم يجب

وفيه : إن معنى الضمان هنا جعل مال المالك في عهدة الودعي . قال في المسالك : ويمكن دفعه بأن الضمان هنا جعل ذمة الودعي متعلقة للمالك ، ولزوم البدل ثمرة الضمان لا نفسه ، والساقط بالإبراء هو الأول لا الثاني . ويدلّ على أن المراد بالضمان هو المعنى الأول أنهم يحكمون عليه بمجرّد العدول ويقولون « صار ضامناً » و« لو فعل كذا ضمن » ونحو ذلك ، مع أن لزوم البدل لم يحصل بذلك وإنما حصل قبول ذمته له ، وهذا المعنى يمكن زواله بالبراءة ، بل هو متعلّق البراءة ، وأما نفس البدل فلا يُعبّر عنه بالضمان . انتهى .

(١) أي من جميع الجهات ، وليس مدعياً من جهة ومنكرأ من جهة أخرى ، كما ربّما يتفق في بعض الموارد . ووجه قبول قوله : أنه محسن وما على المحسنين من سبيل ، بخلاف سائر الأئمة حيث إن استيانهم لأجل نفع أنفسهم .

(٢) وهو نفس المالك ، ولو مات المالك فادعى الودعي ردّها إلى الوارث أو الوصي فيحتاج في إثبات دعواه إلى البيّنة ، لأن قوله خلاف الأصل .

(٣) أي الوصي أو الوارث لم يأتمن الودعي .

(٤) أي حكم دعوى ردّها على الوكيل كدعواه على الموكل من حيث قبول قوله بيمينه ، لأن يده كيده .

كتاب العارية

بتشديد الياء ، وتخفّف ، نسبة إلى «العار» ، لأن طلبها عار ، أو إلى «العارّة» مصدر ثانٍ لأعرته إعارّةٌ ، كالجابة للإجابة ، أو من «عار» إذا جاء وذهب لتحولها من يد إلى أخرى ، أو من «التعاور» وهو التداول .
وهي من العقود الجائزة ، تثمر جواز التصرف في العين بالانتفاع مع بقاء الأصل غالباً^(١) .

(ولا حصر أيضاً) أي عوداً إلى ما ذكر في الوديعة (في ألفاظها) إيجاباً وقبولاً ، بل كل ما دلّ على الإذن من طرف المعير فهو إيجاب .
ويكفي الفعل في القبول ، بل لو استفيد رضاه^(٢) من غير الألفاظ كالكتابة والإشارة - ولو مع القدرة على النطق - كفى .
ومثله ما لو دفع إليه ثوباً حيث وجده عارياً ، أو محتاجاً إلى لبسه ، أو فرش لضيّفه فراشاً ، أو ألقى إليه وسادةً ، أو يَحْدَثُ .

واكتفى في التذكرة بحسن الظن بالصديق في جواز الانتفاع بمستاعه . وينبغي تقييده^(٣) بكون منفعته مما يتناوله الإذن الوارد في الآية ، بجواز الأكل من بيته بمفهوم

(١) هذا احتراز من المنحة كما سيأتي .

(٢) هذا وما بعده متعلّق بالإيجاب ، وإذا حصل الإيجاب بهذه الأشياء فالقبول أولى وأسهل .

(٣) أي ينبغي تقييد حسن الظن الذي أطلقه العلامة بكون المنفعة مما يتناوله الإذن في الآية .

الموافقة، وتعديّه إلى من تناولته من الأرحام، لا مطلق حسن الظن، لعدم الدليل، إذ المساوي قياس، والأضعف ممتنع بطريق أولى.

(ويُشترط كون المعير كاملاً جائز التصرف، ويجوز إعاره الصبي بإذن الولي) لئلا نفسه ووليّه، لأنّ المعير إذن الولي، وهو كافٍ في تحقّق هذا العقد.

هذا إذا علم المستعير بإذن الولي، وإلا لم يُقبل قول الصبي في حقه، إلا أن تنضم إليه قرائن تفيد الظن المتأخّر للعلم به، كما إذا طلبها من الولي فجاء بها الصبي وأخبر أنه أرسله بها، ونحو ذلك. كما يُقبل قوله في الهدية، والإذن في دخول الدار بالقرائن.

ولا بدّ مع إذن الولي له في إعاره 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.

(وكون العين مما يصح الانتفاع بها مع بقائها) فلا يصح إعاره ما لا يتم الانتفاع به إلا بذهاب عينه كالأطعمة. ويُستثنى من ذلك المنحة، وهي الشاة المستعارة للحلب، للنص^(١).

وفي تعديّه إلى غيرها من الحيوان المتخذ للحلب وجهان، والاقتصار فيما خالف الأصل على موضع اليقين أجود.

(وللمالك الرجوع فيها متى شاء) لاقتضاء جواز العقد ذلك، (إلا في الإعاره للدفن) أي دفن الميت المسلم ومن يحكمه، فلا يجوز الرجوع فيه (بعد الطمّ) لتحريم

➤ وهي قوله تعالى (ليس على الأعمى حرج) سورة النور الآية ٦١.

(١) كما هو المحكي في المغني لابن قدامة ج ٥ ص ١٨٣ من كتاب العارية. وقد صرح في محكي الجواهر بعدم نص في المنحة من طرقتا، ولكن حيث إن اللبن يعد عرفاً من منافع الشاة كانت عارية المنحة على طبق القاعدة، فلا إشكال في التعدي إلى أمثالها.

نشه، وهتك حرمة، إلى أن تدرس عظامه .
ولو رجع قبله جاز وإن كان الميت قد وضع على الأقوى، للأصل . فؤنة الحفر
لازمة لولي الميت، لقدومه على ذلك، إلا أن يتعذر عليه غيره، مما لا يزيد عوضه
عنه^(١)، فيقوى كونه من مال الميت، لعدم التقصير، ولا يلزم وليه طمه، للإذن^(٢)
فيه .

ويُستثنى آخران أيضاً:
أحدهما: إذا حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يُستدرك، كما لو أعاره لوحاً
رُقّع به سفينته ولجّج^(٣) في البحر، فلا رجوع للمستعير إلى أن يمكنه الخروج إلى
الشاطئ، أو إصلاحها مع نزعها من غير ضرر . ولو رجع قبل دخول السفينة أو بعد
خروجها فلا إشكال في الجواز، مع احتمال الجواز مطلقاً^(٤) وإن وجب الصبر بقبضه إلى
أن يزول الضرر .

والثاني: الاستعارة للرهن بعد وقوعه، وقد تقدم .
(وهي أمانة) في يد المستعير (لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط) إلا ما استثنى^(٥) .

(١) يعني لم يوجد مكان آخر غير العارية إلا ما كان مؤنة أكثر من مؤنته الحفر في العارية،
فهنا يكون له عذر في اختيار العارية، ولا يصدق عليه التقصير في العمل المأذون فيه، فلا
ضمان .

(٢) أي أذن المالك المعير .

(٣) أي دخل في لجّة البحر، واللجة: معظم الماء .

(٤) أي وإن لم يتمكن المستعير من الدفع . وفائدته ضمان المستعير للأجرة على هذا الاحتمال،
وذلك لبطلان العارية بالرجوع، ولكن يجب على المعير الصبر إلى ارتفاع الضرر . وقد
يحتمل عليه مثله في الدفن أيضاً وإن بُعد .

(٥) من الذهب والفضة كما سيأتي .

(وإذا استعار أرضاً) صالحة للزرع ، والغرس ، والبناء عادة (غرس ، أو زرع ، أو بنى) مخيراً فيها مع الإطلاق أو التصريح بالتعميم ، وله الجمع بينها بحسب الإمكان ، لأن ذلك كله إنتفاع بتلك العين يدخل في الإطلاق أو التعميم . ومثله ما لو إستعار دابةً صالحةً للركوب والحمل .

(ولو عين له جهة لم يتجاوزها) ولو إلى المساوي والأدون ، عملاً بمقتضى التعيين واقتصاراً على المأذون .

وقيل : يجوز التخطي إلى المساوي والأقل ضرراً . وهو ضعيف .

ودخول الأدون بطريق أولى ممنوع ، لاختلاف الغرض في ذلك . نعم لو علم انتفاء الغرض بالمعين اتجه جواز التخطي إلى الأقل ، أما المساوي فلا مطلقاً^(١) ، كما أنه مع النهي عن التخطي يحرم مطلقاً .

وحيث يتعين المعين فتعدى إلى غيره ضمن الأرض ولزمه الأجرة^(٢) لمجموع ما فعل من غير أن يسقط منها ما قابل المأذون على الأقوى ، لكونه تصرفاً بغير إذن المالك فيوجب الأجرة ، والقدر المأذون فيه لم يفعله فلا معنى لإسقاط قدره .

(١) ولعل قيد الإطلاق باعتبار أن المساوي أي شيء كان ، أي لا يجوز التخطي إلى المساوي كائنًا ما كان . ويمكن أن يكون قيد الإطلاق باعتبار العلم بانتفاء الغرض بالمعين وعدمه ، أي لا يجوز التخطي المساوي مطلقاً علم بانتفاء الغرض بالمعين أم لا .

هذا ، ولكن في فرض العلم بانتفاء الغرض بالمعين اتجه جواز التخطي إلى المساوي أيضاً ، وهذا ليس من القياس في شيء كما في بعض الحواشي ، بل جواز التخطي إلى المساوي يُستفاد من نفس الإعارة في الفرض المذكور ، أعني فرض العلم بانتفاء الغرض بالمعين ، كما لعله واضح .

(٢) أي أجرة الأرض كالنصب .

نعم ، لو كان المأذون فيه داخلياً في ضمن المنهي عنه - كما لو أذن له في تحميل الدابة قدراً معيناً فتجاوزته ، أو في ركوبها بنفسه فأردف غيره - تعين إسقاط قدر المأذون ، لأنه بعض ما استوفي من المنفعة وإن ضمن الدابة أجمع .

(ويجوز له بيع غروسه وأبنيته ولو على غير المالك) على المشهور ، لأنه ماله غير ممنوع من التصرف فيه ، فيبيعه بمن يشاء .

وقيل : لا يجوز بيعه على غير المعير ، لعدم استقرار ملكه برجوع المعير ، وهو^(١) غير مانع من البيع ، كما يباع المشرف على التلف ومستحق القتل قصاصاً .

ثم إن كان المشتري جاهلاً بحاله فله الفسخ للغيب ، لا إن كان عالماً ، بل ينزل منزلة المستعير^(٢) .

ولو اتفقا على بيع ملكهما معاً بشمن واحد صح ، ووُزِعَ الثمن عليهما ، فيقتط على أرض مشغولة به^(٣) على وجد الإعارة مستحق القلع بالأرض ، أو الإبقاء^(٤) بالأجرة ، أو التملك بالقيمة مع التراضي ، وعلى^(٥) ما فيها مستحق القلع على أحد الوجوه ، فلكل قسط ما يملكه .

(ولو نقصت) العين المعارة (بالاستعمال لم يضمن) المستعير النقص^(٦) ، لاستناد

(١) هذا تعليل لجواز البيع ، أي عدم استقرار ملكه غير مانع من البيع .

(٢) أي حكمه حكم المستعير ، فيجري عليه أحكامه .

(٣) أي يقتط الثمن على أرض مشغولة بالفرس ونحوه .

(٤) أي مستحق الإبقاء بالأجرة .

(٥) عطف على قوله : على أرض مشغولة به ، أي فيقتط على أرض مشغولة به وعلى ما فيها مستحق القلع على أحد الوجوه .

(٦) إلا مع الشرط كما في المسالك .

التلف إلى فعلٍ مأذونٍ فيه ولو من جهة الإطلاق . وتقييده بالنقص قد يُفهم أنها لو تلفت به ضمنها ، وهو أحد القولين في المسألة ، لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفاً وإن دخل في الإطلاق ، فيضمنها آخر حالات التقويم^(١) . وقيل : لا يضمن^(٢) أيضاً كالتقص ، لما ذكر من الوجه^(٣) . وهو الوجه .

(ويضمن العارية باشتراط الضمان) عملاً بالشرط المأمور بالكون معه^(٤) ، سواء شرط ضمان العين أم الأجزاء أم هما ، فيتبع شرطه .
(ويكونها ذهباً أو فضةً) سواء كانا دنائير ودراهم أم^(٥) لا على أصح القولين ، لأن فيه جمعاً بين النصوص المختلفة^(٦) .

(١) وهو قيمة وقت التلف .

(٢) كما هو المحكي عن التقي ، بل لا يضمن ولو مع تلفه بدون الإستعمال إلا مع التفريط أو التعدي ، أو اشتراط الضمان ولو بدون التفريط والتعدي عملاً بالشرط .

(٣) وهو قوله : لاستناد التلف إلى فعل مأذون فيه ، ولكن استفادة الإذن في الاستعمال المتلف من جهة الإطلاق مشكل ، لانصراف الإذن إلى غير المتلف ، إلا أن يكون هناك قرينة صريحة من عرف أو عادة ، فلا يضمن حينئذ .

(٤) كما في قوله ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » ، أي كائنون مع شروطهم لا يخالفونها .

(٥) كأن يكونا مصوغين للحلي ونحوه أم لم يكونا مصوغين .

(٦) كما في [الوسائل] ، الباب ٣ من كتاب العارية [. والنصوص المشار إليها ما بين ما دل على عدم ضمان العارية أصلاً إلا مع الشرط ، وما بين مستثني الذهب والفضة ، وما بين مستثني الدراهم ، وما بين مستثني الدنانير . ولا يخفى أن النسبة بين المستثني منه وبين مجموع المستثنيات هي العموم والخصوص المطلق ، فالمستثنيات المتعددة مخصّصات لعام واحد وهو المستثنى منه . ولا يقدح أخصية بعضها من بعض ، لأنها متحدة في الحكم الإيجابي .

وقيل : يختص بالنقدين استناداً إلى الجمع^(١) أيضاً ، وإلى الحكمة الباعثة على الحكم ، وهي ضعف المنفعة المطلوبة منها بدون الإنفاق ، فكانت عاريتها موجبةً بالذات لما يوجب التلف ، فيضمنان بها .

ويضعف : بأن الشرط الانتفاع بهما مع بقائهما ، وضعف المنفعة حينئذ لا مدخل له في اختلاف الحكم ، وتقدير منفعة الإنفاق حكم بغير الواقع^(٢) .

(ولو ادعى) المستعير (التلف حلف) لأنه أمين فيقبل قوله فيه كغيره ، سواء ادعاه بأمر ظاهر أم خفي ، وإمكان صدقه ، فلم لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس .
(ولو ادعى الرد حلف المالك) لأصالة عدمه ، وقد قبضه لمصلحة نفسه ، فلا يقبل قوله فيه ، بخلاف الودعي .

ومعنى عدم قبول قوله فيه : الحكم بضمانه للمثل ، أو القيمة حيث يتعذر العين ، لا

ولا تنافي بينها حتى يحمل بعضها على بعض ، كما ربما توهم بعضهم وخصص الضمان بالنقدين ، خصوصاً بعد اتفاقهم على عدم التنافي بين خبري الدراهم والدنانير ، إذ ليس ذلك باعتبار ظهورهما في إرادة تعدد الإخراج من العام الذي يدل بعمومه على عدم ضمان في العارية ، فالعام بعد إخراج الدراهم والدنانير منه باقٍ لصلاحيته إخراج فرد آخر منه ، فإذا جاء ما يقتضي إخراج فرد آخر ضم إلى الفرد الآخر وهكذا . وهذا مما استفدناه من تحقیقات صاحب الجواهر قدس سره في هذا المقام .

(١) يحمل الذهب والفضة على الدرهم والدینار ، باعتبار أن الذهب والفضة مطلقان أو عامان بالنسبة إليهما ، وهذا الجمع محكي عن فخر المحققين . وفيه ما ذكرنا : من أنه لا تنافي بين حكم الجميع الذي هو الضمان في مطلق الذهب والفضة ، فلا وجه للحمل المزبور . فليتأمل .

(٢) أي فرض منفعة الإنفاق - وهو الإنفاق - حكم بغير الواقع ، لأن حقيقة العارية بقاء العين ، فتقدير الإنفاق حكم بغير الواقع .

الحكم بالعين مطلقاً^(١)، لما تقدم في دعوى التلف^(٢).

(وللمستعير الإستغلال بالشجر) الذي غرسه في الأرض المعارة للغرس وإن استلزم التصرف في الأرض بغير الغرس، لقضاء العادة به. كما يجوز له الدخول إليها لسقيه وحرثه وحراسته وغيرها، وليس له الدخول لغير غرض يتعلّق بالشجر كالتفرج.

(وكذا) يجوز (للمعير) الإستغلال 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. (ولا يجوز) للمستعير (إعارة العين المستعارة إلا بإذن المالك) لأن الإعارة إنما تناولت الإذن له خاصة. نعم يجوز له استيفاء المنفعة بنفسه ووكيله، لكن لا يعدّ ذلك إعارة، لعود المنفعة إليه، لا إلى الوكيل.

وحيث يعير يضمن العين والمنفعة، ويرجع المالك على من شاء منها، فإن رجع على المستعير الأول لم يرجع على الثاني الجاهل، إلا أن تكون العارية مضمونة فيرجع عليه ببديل العين خاصة^(٣)، ولو كان عالماً استقرّ الضمان عليه كالفاسد.

(١) أي لا الحكم بالعين مطلقاً سواء تعذّرت أم لا.

(٢) من أنه: لو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس. ولا يخفى أن هذا - أعني الحكم بضمان المثل أو القيمة فراغاً عن تخليده الحبس - ممكن في دعوى التلف أيضاً، واختصاصه بدعوى الردّ وجهه غير ظاهر.

(٣) دون المنفعة، لأنها ليست بمضمونة مطلقاً حتى في الذهب والفضة، بل المضمون فيها هو العين خاصة. وأما الرجوع عليه ببديل العين في العارية المضمونة مع فساد المعاملة فللقاعدة الكلية. وهي أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، كما هو محرّر في محله.

وإن رجع على الثاني رجع على الأول بما لا يرجع^(١) عليه به لو رجع عليه ، لغروره .

(ولو شرط سقوط الضمان في الذهب والفضة صح) عملاً بالشرط .
(ولو شرط سقوطه مع التعدي أو التفريط احتمل الجواز) لأنه في قوة الإذن له في الإلتلاف ، فلا يستعقب الضمان (كما لو أمره بإلقاء متاعه في البحر) .
ويُحتمل عدم صحة الشرط ، لأنها من أسباب الضمان ، فلا يعقل إسقاطه قبل وقوعه ، لأنه كالبراءة مما لم يجب . والأول أقوى^(٢) .

(ولو قال الراكب « أعتنيها » وقال المالك « أجرتكها » حلف الراكب لا تفاقهما على أن تلف المنافع وقع على ملك المستعير ، وإنما يختلفان في الأجرة ،

(١) أي وإن رجع المالك على الثاني رجع الثاني على الأول بما لا يرجع الأول على الثاني به لو رجع المالك على الأول لغرور الأول الثاني . وحاصله : إن الثاني في فرض الجهل يرجع على الأول في العارية غير المضمونة وفي المنافع مطلقاً لقاعدة الغرور . وأما العارية المضمونة فلا يرجع فيها على الأول في العين لإقدامه على الضمان ، إذ العارية الفاسدة موجبة للضمان كالصحيحة فيما كان صحيحها موجبة للضمان وهي عارية الذهب والفضة ، أو مع اشتراط الضمان في غيرها ، وذلك لقاعدة « كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » في عارية الذهب والفضة ، وفي غيرها لقدمه على أن يكون ضامناً باشتراطه . ثم هذا من تحقیقاته قدس سبره في المسالك في هذه المسألة .
وهنا بحث لا يسعه هذا المختصر ، فلي تأمل جداً .

(٢) لأن كونه كالإذن في الإلتلاف أظهر من كونه كالبراءة ، مما لم يجب وجه الأظهرية أن معنى شرط سقوط الضمان ملازم للإذن له في الإلتلاف بل ترخيص للإلتلاف ، وليس معنى شرط سقوط الضمان الإبراء قبل تحقق سببه - وهو التعدي والتفريط - حتى يكون كالبراءة مما لم يجب . فلي تأمل .

والأصل براءة ذمته منها .

(وقيل) : يحلف (المالك) لأن المنافع أموال كالأعيان ، فهي بالأصل للمالك العين ، فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل ، وأصل براءة ذمته إنما تصح من خصوص ما ادعاه المالك ، لا من مطلق الحق بعد استيفائه منفعة ملك غيره (وهو أقوى ولكن) لا يقبل قوله فيما يدعيه من الأجرة ، لأنه فيها مدع ، كما أن الراكب بالنسبة إلى العارية مدع ، بل يحلف على نفي العارية و (يثبت له أجرة المثل) لثبوت أن الراكب تصرف في ملك غيره بغير تبرع منه (إلا أن تزيد) أجرة المثل (على ما ادعاه) المالك (من المسمى) فيثبت المسمى ، لا اعترافه بعدم استحقاقه سواه .

ويشكل بأن المالك يدعي الزائد من الأجرة^(١) على تقدير زيادة ما يدعيه عن أجرة المثل ، والراكب ينفيه ، فلا بد من وجه شرعي يقتضي نفيه ، وحلفه على نفي الإجارة لم يدل على نفي الإجارة كما لم يدل على إثباتها ، وإثبات أقل الأمرين باليمين مسلم ، لكن يبقى النزاع في الزائد على تقديره ، لا يندفع إلا بحلف الراكب على نفي الإجارة أو نكوله ، فيحلف المالك عليها ويأخذ الزيادة .

فالأقوى حينئذ أنها يتحالفان^(٢) ، لأن كلاً منهما مدع ومدعى عليه ، فيحلف

(١) لا يخفى : أن « من » تبعية ، بيان لقوله « الزائد » المراد من الأجرة ما ادعاه المالك .

(٢) لا يخفى : أنه لا وجه للتحالف هنا ، والتعليل بأن كلاً منهما مدعي ومدعى عليه . فيه إن تشخيص موضوعات الأحكام فيما لم يكن فيه اصطلاح خاص - كما فيما نحن فيه - إنما هو بيد العرف ، وعلى حسب المتفاهم من العرف أن المدعي إنما هو المالك لا غير ، كما أن الراكب هو المدعى عليه ، وهو المطابق لما قرره المصنف قدس سره في كتاب القضاء . من أن

المالك على نفي الإعارة، والراكب على نفي الإجارة. ويثبت أقل الأمرين، لاستثناء الزائد من^(١) المسمى بيمين المستعير، والزائد عن أجره المثل باعتراف المالك. وهذا

⇒ المدعي هو الذي يترك لو ترك الخصومة والمنكر مقابله، وحينئذٍ فالأقوى حلف الراكب، لأنه منكر، والأصل براءة ذمته من الأجرة.

وأما ما أفاده الشارح قدس سره بقوله فيما تقدم: وحلفه على نفي الإعادة لم يبدل على نفي الإجارة - إلى آخر ما أفاده هناك. ففيه: إن المالك إذا أحلف الراكب على نفي الإجارة فقد أسقط حقه واكتفى بيمين الراكب الذي هو مسقط بالنص والإجماع، ولا يبقى له حق بعد حلف الراكب على نفي الإجارة، إذ مرجع إنكار الإجارة في الحقيقة هو إنكار ما ادعاه المالك من الحق، فرجع الترافع حينئذٍ أن المالك مدع لا غير والراكب منكر كذلك. وليس هذا من باب التداعي كما يظهر بعد التأمل. فليتأمل.

ولا بأس بذكر ما حكى عن المحقق الأردبيلي قدس سره في شرحه على الإرشاد على القول بالتحالف هنا، قال هناك على ما حكى عنه: إنه إذا أحلف المالك المنكر على نفي الإجارة فقد أسقط حقه الذي كان له في الدنيا مطالبته باليمين، كما ثبت في محله أن اليمين مسقط بالنص والإجماع، وقد اعترف أن ليس له حق آخر غيرها، ولا معنى لدعوى المستعير عليه الإعارة وتحليفه، فلا معنى للتحالف وأخذ الأقل من المدعي والأجرة، خصوصاً إذا ادعى أن الأجرة عين معينة. ولأن المدعى هنا في الحقيقة هو المالك، فإن ادعى ولم يقدر على إثباتها وأحلف خصمه فيما بقي للمتصرف دعوى عليه. فالذي هو الظاهر أن يقدم الحاكم دعوى المالك، فإنه المدعي لا غير، فإن أثبت ما ادعاه باليمين فهو وإلا فنقول للمالك الإحلاف، فإن إختار ذلك وحلف المتصرف سقط عنه الحق الذي يدعيه ولا حق له غيره باقراره، فإن قوله «بل أعرتني» ليس دعوى مطلوبة لهم بل جواب الخصم، فلا يحتاج إلى إثباتها بعد رفع الخصومة باليمين، فليس هذا محل التحالف ولا محل تقديم دعواه وإثبات أقل الأمرين. إنتهى موضع الحاجة من كلامه قدس سره.

(١) من هنا للتبعيض، وكذا في قوله: والزائد من أجره المسمى.

هو الذي اختاره المصنف في بعض تحقیقاته .

هذا إذا وقع الاختلاف بعد انتضاء مِدَّة لها أجره عادةً ، أو ما يدعي كونها مِدَّة الإجارة ، أما قبله فالقول قول الراكب في نفي الإجارة ، وتُستردَّ العين .

كتاب المزارعة

(وهي) لغةً مفاعلةٌ من الزرع، وهي تقتضي وقوعه منها معاً، لكنها في الشرع صارت (معاملة على الأرض بحصة^(١) إلى أجل معلوم). ونُسب الفعل إليها بفعل أحدهما مع طلب الآخر، فكأنه لذلك فاعل^(٢) كالمضاربة. وخرج بالمعاملة على الأرض المساقاة، فإنها بالذات على الأصول. وبالحصة إجارة الأرض للزراعة أو الأعم، إذ لا تصح بحصة من الحاصل^(٣). وقيد الأجل لبيان الواقع^(٤)، أو تخصيص للصحيحة، أو استطراد لبعض الشرائط التي يحصل بها الكشف عن الماهية، وإن لم يكن ذكرها من وظائف التعريف.

(وعبارتها: زارعتك، أو عاملتك، أو سلّمتها إليك، وشبهه) كقبّلتك هذه

(١) سواء كان كل من البذر والعوامل للمالك أو العامل أو مشتركاً، وسواء كان كل من الأرض والعمل مختصاً بأحدهما أو مشتركاً بينهما.

(٢) أي فكأن الآخر لطلبه فاعل نظراً إلى السببية.

(٣) لكونها مجهولة، ولا بدّ في الإجارة من كون الإجارة معلومة.

(٤) أي المتعارف من تعريفها ما ذكر بدون قيد الأجل، حيث إن الأجل من الشروط خارج عن ماهيتها، فيتم التعريف بدونه. فذكره إما لبيان الواقع من أنها لا تصح إلا به أو تخصيص للصحيحة، إذ الفاسدة لا أثر لها، أو استطراد ليحصل به الكشف عن الماهية في الجملة، وإن كان تمام الكشف لا يحصل إلا بذكر جميع الشرائط.

الأرض ، ونحوه من صيغ الماضي الدالة على إنشاء العقد صريحاً .
والمشهور جوازها بصيغة «إزرع هذه الأرض» ، استناداً إلى رواية قاصرة
الدلالة^(١) عن إخراج هذا العقد اللازم عن نظائره ، فالمنع أوجه (فيقبل) الزارع
(لفظاً^(٢)) على الأقوى كغيره .

(وعقدها لازم) لعموم الأمر بالوفاء بالعقود ، إلا ما أخرجه الدليل . وليس هذا
منه إجماعاً .

(ويصح التقايل فيه) ، لأنه معاوضة محضنة فيقبلها كالبيع (ولا تبطل بموت
أحدهما) لأن ذلك من مقتضى اللزوم .

ثم إن كان الميت العامل قام وارثه مقامه في العمل ، وإلا استأجر الحاكم عليه من
ماله ، أو على ما يخرج من حصته . وإن كان المالك بقيت بحالها ، وعلى العامل القيام
بتام العمل . واستثنى من الأول ما لو شرط عليه العمل بنفسه فمات قبله .
ويشكل لو مات بعده^(٣) ، خصوصاً بعد ظهور الثمرة وقبل تمام العمل ، لأنه قد
ملك الحصّة .

(ولا بدّ من كون الثماء مشاعاً^(٤)) بينها (تساويًا فيه أو تفاضلاً) ، فلو شرط

(١) [الوسائل، الباب ٨ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة، الحديث: ٥ - ١٠] .

(٢) أي لا فعلاً كما في بعض العقود، وذلك لأنه من العقود اللازمة، وفي العقود اللازمة يُعتبر
عندهم أن يكون القبول باللفظ . وعن العلامة في القواعد جواز القبول فعلاً .

(٣) لا إشكال فيما لو كان الشرط بنحو التقييد فمات قبل تمام العمل . نعم له أجرة المثل كما في
نظائره .

(٤) ومعيناً وإلا لا يصح أيضاً .

لأحدهما شيء معين - وإن كان البذر^(١) - وللآخر الباقي ، وأولهما بطل ، سواء كان الغالب^(٢) أن يخرج منها ما يزيد على المشروط وعدمه .

(ولو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه مضافاً إلى الحصة) من ذهب أو فضة أو غيرها (صح) على المشهور ويكون قراره^(٣) مشروطاً بالسلامة ، كاستثناء أوطال معلومة^(٤) من الثمرة في البيع . ولو تلف البعض سقط من الشرط بحسابه ، لأنه كالشريك^(٥) وإن كانت حصة معينة ، مع احتمال أن لا يسقط شيء بذلك عملاً بإطلاق الشرط .

(ولو مضت المدة والزرع باقٍ فعلى العامل الأجرة) لما بقي من المدة (وللمالك قلعه) إذ لا حق للزارع بعدها ، فيتخير المالك بين القلع والإبقاء بالأجرة^(٦) إن رضي

١،

(١) قال في المسالك : وخالف في بعض ذلك الشيخ في النهاية وجماعة ، فجوزوا إستثناء البذر من جملة الحاصل .

(٢) أي سواء كان الغالب على تلك الأرض أن يخرج منها ما يزيد على المشروط وعدمه .

(٣) أي قرار الشرط .

(٤) كما مر في كتاب المتاجر في بيع الثمار .

(٥) أي بسبب هذا الشرط صار المضمون مع الأصل كالمال المشترك بينهما ، فيكون المضمون له كالشريك يدخل النقص عليه كما يدخل على الشريك ، وإن كانت حصة الشرط معينة حصة الشريك مشاعة .

(٦) وههنا حاشية لعلها من الشارح قدس سره ، وهي : لأن الحق لا يعدوها ولا يجبر أحدهما عليه ، خلافاً لظاهر القواعد حيث جعل التخيير في قلعه بالأرض وإبقائه بالأجرة إلى المالك . ويشكل بأن إيجاب عوض في ذمة الزارع لا يُعقل بدون رضاه . ثم على تقدير القلع فالملقوع لها ، بناءً على أن الزارع يملك الحصة وإن لم ينقذ الحب ، خلافاً لابن زهرة . زين الدين قدس سره .

العامل بها، وإلا قلع. ولا أجرة للمالك على ما مضى من المدة لو لم ينتفع بالمقلوع، لأن مقتضى العقد قصر الحق على الحصة، مع احتمال وجوبها على الزارع لو كان التأخير بتفريطه، لتضييعه منفعة الأرض بتأخيرها. ولا فرق في كون المقلوع بينها وبين كون البذر من مالك الأرض أو الزارع.

وهل يستحق المالك قلعه بالأرض، أو مجاناً؟ قولان، وظاهر العبارة ككثير عدمه، وعلى القول به فطريق معرفته أن يُقَوِّم الزرع قائماً بالأجرة إلى أوان حصاده ومقلوعاً.

(ولا بد من إمكان الانتفاع بالأرض^(١) في الزراعة المقصودة منها^(٢)، أو في نوع منها مع الإطلاق^(٣) (بأن يكون لها ماء من نهر، أو بئر، أو مصنع^(٤)، أو تسقيها الغيوت غالباً) أو الزيادة كالنيل. والضابط: إمكان الانتفاع بزرعها المقصود عادة، فإن لم يمكن بطلت المزارعة وإن رضي العامل.

(ولو انقطع) الماء (في جميع المدة) مع كونه معتاداً لها قبل ذلك (انفسخت) المزارعة (وفي الأثناء^(٥) يتخير العامل) لطرؤ العيب. ولا يبطل العقد^(٦) لسبق الحكم

(١) ولو بالعلاج، فلو كانت سبغة لا يمكن الانتفاع بها ونحو ذلك بطلت.

(٢) كالحنطة الفلانية.

(٣) كزراعته مطلق الحنطة مثلاً.

(٤) المصنع في اللغة بفتح الميم والثون وقد يضم: هو الحوض يجتمع فيه ماء المطر، ويقال له البركة.

(٥) أي بين الفسخ والإمضاء.

(٦) هذا فيما لو بقي شيء من الزرع بعد إنقطاع الماء، وأما لو تلف رأساً فلا وجه لتخير العامل بل ينفسخ قهراً، كما في صورة إنقطاع الماء في جميع المدة، وهذا لعله واضح.

بصحته ، فيستصحب ، والضرر يندفع بالخيار (فإن فسخ فعليه) من الأجرة (بنسبة ما سلف) من المدة ، لا لتفاته بأرض الغير بعوض لم يسلم له ، وزواله باختياره الفسخ .

ويشكل : بأن فسخه لعدم إمكان الإكمال ، وعمله الماضي مشروط بالحصة لا بالأجرة ، فإذا فاتت بالإنقطاع ينبغي أن لا يلزمه شيء آخر . نعم لو كان قد استأجرها للمزارعة توجه ذلك ^(١) .

(وإذا أطلق المزارعة زرع) العامل (ما شاء) 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 ^(٢) ، وأول منه لو عثم الإذن ^(٣) ، لدلالته على كل فرد فرد .

وربما فُرق بين الإطلاق والتعميم ^(٤) ، بناءً على أن الإطلاق إنما يقتضي تجويز القدر المشترك بين الأفراد ، ولا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأقوى ^(٥) ، بخلاف

(١) وحاصله : إن لزوم الأجرة عليه لما سلف من أحكام الإجارة دون المزارعة ، إذ لا شيء عليه فيها سوى الحصة وقد فاتت .

(٢) وفي محكي الرياض : وهو حسن إن تساوت أفراد المهية في التبادر والغلبة ، وإلا فما ذكر محل مناقشة ، بل الظاهر تعين الراجح بأحد الآخرين ، كما قالوا بمثله في مواضع عديدة ، فلو لا إجماع الغنية المعتضدة بالشهرة لكان المصير إلى ما ذكرنا في غاية القوة . إلى أن قال : نعم لو عثم الإذن اتجه ما ذكره لدلالته على كل فرد فرد . إنتهى .

ما استحسنته هو التحقيق في المقام .

(٣) كما إذا قال : إزرع ما شئت .

(٤) كما تقدم في محكي الرياض .

(٥) أي الرضا بالفرد الأقوى من الزرع ، إذ الفرد الأقوى ضرره بالأرض أكثر ، فلا يلزم من

التعميم . وما ذكرناه يظهر ضعفه .

(ولو عين) شيئاً من الزرع (لم يتجاوز) ما عين له ، سواء كان المعين شخصياً كهذا الحب ، أم صنفياً كالحنطة الفلانية ، أم نوعياً^(١) ، أم غيره . لاختلاف الأغراض باختلافه ، فيتمتع ما تعلق به (فلو) خالف و(زرع بالأضر^(٢)) قيل : تخير المالك بين الفسخ فله أجرة المثل (عما زرعه) وبين الإبقاء ، فله المسمى مع الأرض) .

ووجه التخيير : أن مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفى بزيادة في ضمن زرع الأضر^(٣) ، فيتخير بين الفسخ لذلك ، فيأخذ الأجرة لما زرع ، لوقوعه أجمع بغير إذنه ، لأنه غير المعقود عليه ، وبين أخذ المسمى^(٤) في مقابلة مقدار المنفعة المعينة مع أخذ الأرض في مقابلة الزائد الموجب للضرر .

١- ويشكل : بأن الحصة المسماة إنما وقعت في مقابلة الزرع المعين ولم يحصل ، والذي زرع لم يتناوله العقد ولا الإذن ، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة . ومن ثم نسبته

➡ الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأقوى .

(١) لم يذكر مثلاً للنوعي لظهوره مما سبق ، فإن الحنطة مع القيد تصبح صنفاً وبدونه نوعاً .
(٢) أي زرع الأشد ضرراً بالأرض ، كما لو كان المعين الشعير مثلاً فخالف وزرع الذرة مثلاً ، حيث إن زرع الذرة ضرره أشد بالأرض من زرع الشعير .

(٣) إذ مقدار المنفعة المعقود عليها بعض منفعة الزرع فقد استوفاه هذا البعض مع زيادة .
(٤) بأن أبقى المعاملة على حالها وأخذ الكسر المسمى في مقابلته مقدار المنفعة المعينة من نصف ونحوه مع أخذ أرض الأرض في مقابلة الزائد الموجب للضرر ، أي الزائد ضرراً بالأرض ، فالزائد صفة للزرع المقدّر ، أي الزائد من حيث الضرر . وحاصل هذا القول : إنه إن كان ما زرع أضرراً بالأرض مما عينه المالك كان المالك مخيراً بين الفسخ وأخذ أجرة المثل للأرض والإمضاء وأخذ الحصة من المزروع مع أخذ أرض النقص الحاصل من الأضر .

إلى القيل تنبيهاً على تمريره .

والأقوى وجوب أجره المثل خاصة .

(ولو كان) المزروع (أقل ضرراً) من المعين (جاز) فيستحق ما ساءه من الحصة ،

ولا أرض ولا خيار ، لعدم الضرر . - -

ويشكل^(١) : بأنه غير معقود عليه أيضاً ، فكيف يستحق فيه شيئاً ؟ مع أنه غناء بذر

العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه .

والأقوى ثبوت أجره 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 جزء

من الأربعة - ومن الآخر الباقي ، مع ضبط ما على كل واحد .

(ولو اختلفا في المدة حلف منكر الزيادة) لأصالة عدمها ، فإن بقي الزرع بعد ما

ثبت منها فكما سبق^(٢) (و) لو اختلفا (في الحصة) حلف (صاحب البذر) لأن النماء

(١) رغباً يؤولهم بأن الرضا يزرع الأضرّ بالنسبة إلى الأرض يقتضي الرضا بالأقل ضرراً .

وفيه : إن غرض المالك ليس منحصرأفياً يتعلق بمصلحة الأرض ، بل القصد الذاتي إنما هو

الانتفاع بالزرع ومصلحة الأرض تابعة وليست بالذات مقصودة . ومن المعلوم أن

الأغراض تختلف في أنواع المزروع ، فالرضا يزرع الأضرّ لا يلزمه الرضا بالأقل ضرراً كما

هو واضح . فالمسألة لا تخلو من الإشكال .

(٢) وهو قوله : ولو مضت المدة والزرع باقٍ فعلى العامل الأجرة لما بقي من المدة وللمالك قلعه

تابع له ، فيقدّم قول مالكة في حصة الآخر ، لأصالة عدم خروج ما زاد عن ملكه ، وعدم استحقاق الآخر له ، واتفاقهما على عقد تضمن حصةً إنما نقل عنه في أصل الحصة لا في الحصة المعيّنة ، فيبقى حكم إنكار الزائد بحاله لم يخرج عن الأصل^(١) .

(ولو أقاما بيّنة قُدمت بيّنة الآخر) في المسألتين ، وهو العامل في الأولى ، لأن مالك الأرض يدعي تقليل المدّة فيكون القول قوله ، والبيّنة بينة غريمه^(٢) العامل . ومن ليس له بذر في الثانية^(٣) - من العامل ومالك الأرض - لأنه الخارج بالنظر إلى الباذر^(٤) حيث قُدم قوله مع عدم البيّنة .

(وقيل : يُقرع) لأنها لكل أمر مشكل .

ويُشكل : بأنه لإشكال هنا ، فإن من كان القول قوله فالبيّنة بينة صاحبه ، فالقول بتقديم بيّنة المدعي فيها أقوى .
(وللمزارع أن يزارع غيره^(٥) أو يشارك غيره^(٦)) لأنه يملك منفعة الأرض بالعقد

➡ - إلى آخر ما ذكر هناك .

(١) أي لم يخرج حكم إنكار الزائد عن أصالة عدم خروج ما زاد عن ملكه .

(٢) أي بيّنة غريم مالك الأرض ، والعامل عطف بيان للغريم .

(٣) أي في المسألة الثانية ، وهي مسألة الاختلاف في الحصة .

(٤) أي لأن من ليس له البذر هو الخارج بالنسبة إلى صاحب البذر نسبة مقدّمة ، بناءً على تقدّم بيّنة الخارج ، كما تقدم في مبحث القضاء .

(٥) المراد بزارعة غيره نقل حصته إلى الغير وتسليطه على العمل كما يجوز التوكيل فيه . كما صرح به في المسالك . ولكن لا يخفى : أن تعريف المزارعة المصطلحة - كما عرفت سابقاً - لا ينطبق عليه ، فإن كان تسالم على صحته وإلا ففيه إشكال . نعم الظاهر جواز نقل مزارعته إلى الغير بصلح ونحوه ، بحيث يكون كأنه هو الطرف للمالك ، فيصير الغير شريكاً له .

(٦) أي يشارك غيره في حصته ، بأن يملكه بعض حصته ، بأن يعمل معه العمل المشروط ،

اللازم فيجوز له نقلها ومشاركة غيره عليها ، لأن الناس مسلطون على أموالهم . نعم لا يجوز له تسليم الأرض إلا بإذن مالِكها .

وربما اشترط كون البذر منه ليكون تملك الحصة^(١) منوطاً به ، وبه يُفَرَّق بينه وبين عامل المساقاة حيث لم يجز له أن يساقى غيره^(٢) . وهو^(٣) يتم في مزارعة غيره ، لا في مشاركته^(٤) .

ويمكن الفرق بينهما : بأن عمل الأصول في المساقاة مقصود بالذات كالثمرة ، فلا يتسلط عليه من لا يسلطه المالك ، بخلاف الأرض في المزارعة ، فإن الغرض فيها ليس إلا الحصة ، فلها لكها أن ينقلها إلى من شاء^(٥) .

(إلا أن يشترط عليه المالك الزرع بنفسه) فلا يجوز له إدخال غيره مطلقاً^(٦) ، عملاً بمقتضى الشرط .

⇒ لأن الحصة المزبورة صارت ملكاً له بعقد المزارعة ، فله أن يزارع على بعضها غيره ، فالمراد بمشاركته غيره المزارعة على بعض حصته .

(١) لأن الأصل أن لا يسلط على البذر إلا المالك أو من أذن له .

(٢) لأنه لا يملك منها سوى الحصة من الثمرة بعد ظهورها ، والأصل فيها للمالك ، وهو فيها كاليزر في المزارعة ، فيعامل عليه من يملكه . والأصل في المساقاة للعامل والبذر مقصود بالعرض كالأرض للمزارع . واستحسنه في المسالك ، وهو الأحوط ، ولكن الأشهر كما حكى الجواز ، بل عن بعض دعوى الإجماع عليه .

(٣) أي اشتراط كون البذر منه .

(٤) إذ المشاركة ليس فيها تسليطاً على البذر ، حيث أنها كما تقدم نقل بعض حصة ما له إلى الغير .

(٥) أي وإن لم يكن البذر منه .

(٦) أي لا بالمزارعة ولا المشاركة وغيرها .

(والخراج على المالك^(١))، لأنه موضوع على الأرض ابتداءً، لا على الزرع (إلا مع الشرط^(٢)) فيتبع شرطه في جميعه وبعضه، مع العلم بقدره، أو شرط قدر معين منه^(٣). ولو شرط الخراج على العامل فزاد السلطان فيه زيادة فهي على صاحب الأرض، لأن الشرط لم يتناولها.

(وإذا بطلت المزارعة فالحاصل لصاحب البذر وعليه الأجرة) للباقي، فإن كان البذر من صاحب الأرض فعليه أجرة مثل العامل والعوامل، ولو كان من الزارع فعليه لصاحب الأرض أجرة مثلها، ولما شرط عليه من الآخرين^(٤). ولو كان البذر منها فالحاصل بينهما، ولكل منهما على الآخر أجرة مثل ما يخصه من الأرض وباقي الأعمال.

(ويجوز لصاحب الأرض الخرص^(٥) على الزارع) بأن يتقدر ما يخصه من الحصة تخميناً ويقبله^(٦) به بحب - ولو منه - بما خرصه به (مع الرضا). وهذه معاملة خاصة

(١) أي مالك الأراضي الخراجية. إذ الأراضي الخراجية مملوكة تبعاً للآثار، والخراج ما يأخذه السلطان، حيث أنه موضوع على الأرض فهو على مالكيها.

(٢) أي مع الشرط على الزارع.

(٣) أي وإن لم يعلم قدر الجميع، وذلك لعدم الجهالة حينئذٍ:

(٤) أي والأجرة لما شرط عليه من الآخرين، وهو العمل والعوامل.

(٥) وهو تقدير الشيء على سبيل الحدس والتخمين.

(٦) عطف على قوله «يقدر»، أي ويقبل صاحب الأرض الزارع ويجعله ملتزماً بما يخصه من الحصة على التخمين بحب، ولو كان الحب من الزرع الذي هو مورد المعاملة. وقوله «بما خرصه به» يعني بالقدر الذي خرص بما يخصه بذلك القدر. فالموصولة كناية عن القدر، ومرجع الضمير في «خرصه» هو ما يخصه من الحصة، والضمير في قوله «به» عائد إلى

مستثناة من المحاقلة إن كانت بيعاً^(١) أو صلحاً (فيستقر) ما اتفقا عليه (بالسلامة ، فلو تلف (الزرع أجمع من قبل الله تعالى (فلا شيء) على الزارع ، ولو تلف البعض سقط منه بالنسبة . ولو أتلفه متلفٌ ضامن لم تتغير المعاملة ، وطالب المستقبل^(٢) المتلف بال عوض ، ولو زاد فالزائد للمستقبل ، ولو نقص بسبب الخرص لم يسقط بسببه شيء . هذا إذا وقعت المعاملة بالتقيل ، ولو وقعت بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه ، مع احتمال كونه كذلك . ولو وقع بلفظ الصلح فالظاهر أنه كالبيع ، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع اليقين . وقد تقدم الكلام على هذه القبالة في البيع^(٣) .

⇒ الموصول . وحاصله : إن مقدار الحب الذي يكون مقابلاً لما يخصه من الحصة لا بد وأن يكون بقدر ما يخصه لا أزيد ولا أنقص .

ولا يعني : أن الخرص إنما يتعلق بجموع الزرع لا خصوص حصة صاحب الأرض . إذ لا يُعقل أن يخرص خصوص حصة صاحب الأرض دون الجموع . فليتأمل .

(١) قد تقدم من المصنف في الكتاب أنه لا يكون بيعاً ، وقال في محكي الدروس : انه نوع من الصلح . وكيف كان فلو قيل : أن هذه المعاملة بيع أو صلح فهي مستثناة من المحاقلة التي تقدم في البيع عدم صحتها وإن كانت معاملة مستقلة ، فهي صحيحة أيضاً .

عن ابن ادريس قدس سره إنكار هذه المعاملة ، وذهب إلى أنها باطلة ، لأنها إن كانت بيعاً فهي محاقلة وإن كانت صلحاً فهو لازم سلم أم لا إن كان بعوض مضمون وإن كان العوض من الغلة فهو باطل كالبيع .

(٢) أي الزارع ، وكذا فيما بعد .

(٣) قد ذكر هناك الفروع المتفرعة عليها إلى أن قال : وبعض الأصحاب سد باب هذه المعاملة لمخالفتها للأصول الشرعية . والحق أن أصلها ثابت ، ولزومها مقتضى العقد ، وباقي فروعها لا دليل عليه . انتهى .



مرکز تحقیقات اسلامی علوم اسلامی

كتاب المساقاة

(وهي لغة مفاعلة من السقي، واشتق منه دون باقي أعلامها، لأنه أنفعها وأظهرها في أصل الشرعية، وهو^(١) نخل الحجاز الذي يُسقى من الآبار مع كثرة مؤنثه.

وشرعاً (معاملة على الأصول بحصة من ثمرها) فخرجت بالأصول المزارعة^(٢)، وبالحصة الإجارة المتعلقة بها^(٣) فإنها لا تقع بالحصة. والمراد بالثمرة معناها المتعارف^(٤)، لتردده في المعاملة على ما يقصد ورقه وورده^(٥)، ولو لوحظ إدخاله^(٦) أريد بالثمرة ثماء الشجر، ليدخل فيه الورق المقصود والورد. ولم يقيّد الأصول بكونها ثابتة - كما فعل غيره - لأن ذلك شرط لها، وذكره في التعريف غير لازم أو

(١) مرجع الضمير «المسقى» المذكور عليه بقوله: من السقي.

(٢) لأنها معاملة على الأرض بالذات عكس المساقاة.

(٣) أي بالأصول، فإن إجارة الأصول صحيحة، ولكن لا نفع بالحصة لأنها غير معينة المقدار.

(٤) وهو ما يُعرف في الأكل ونحوه.

(٥) هذا تعليل لإرادة المصنف بالثمرة معناها المتعارف لا مطلق ثماء الشجرة، لتردد المصنف في صحة المعاملة على ما يقصد ورقه، كما سيجيء من قوله: وفي ماله ورق كالحناء نظر.

(٦) أي إدخال ما يقصد ورقه وورده.

معيب^(١)، ومن قيّد به جعله وصفاً للشجر مخصّصاً لموضع البحث، لا شرطاً^(٢) (وهي لازمة من الطرفين) لا تنفسخ اختياراً إلا بالتقابل.

(وإيجابها ساقيتك، أو عاملتك، أو سلّمت إليك^(٣)، أو ما أشبهه) من الألفاظ الدالة على إنشاء هذا العقد صريحاً، كـ «قبّلتك عمل - كذا»، أو «عقدت معك عقد المساقاة»، ونحوه من الألفاظ الواقعة بلفظ الماضي، وزاد في التذكرة «تعهد نخلي»، أو «إعمل فيه».

وإخراج هذا العقد عن نظائره من العقود اللازمة بوقوعه بصيغة الأمر من غير نص مخصّص مشكل. وقد نوقش في أمر المزارعة مع النص عليه، فكيف هذا. (والقبول الرضا به) وظاهره الإكتفاء بالقبول الفعلي، كما مر في المزارعة، إذ الرضا يحصل بدون القول.

والأجود الاختصار على اللفظ الدالّ عليه، لأن الرضا أمر باطني لا يُعلم إلا بالقول الكاشف عنه. وهو السرّ في اعتبار الألفاظ الصريحة الدالة على الرضا بالعقود، مع أن المعتبر هو الرضا، لكنه أمر باطني لا يُعلم إلا به، ويمكن أن يريد هنا ذلك^(٤). (وتصح) المساقاة (إذا بقي للعامل عمل تزيد به الثمرة) سواء (ظهرت) قبل العقد (أولاً).

(١) وذلك لأنه يؤهم أنه جزء للمعروف، مع أن جزءه لا بدّ وأن يكون من الذاتيات.

(٢) الفرق بينهما: إن مخصّص موضع البحث حكمه حكم الموضوع، فإذا انتفى انتفى حكمه. ولا يقال بحسب الإصطلاح، إذ الموضوع شرط لحكمه فيصح تقييد الأصول، لكونها ثابتة في التعريف بهذا اللحاظ. وأما ذكر ذلك بعنوان الشرط فهو معيب، فليتنامل.

(٣) أي سلّمت إليك هذا البستان لتعمل فيه مدة كذا - إلى آخر ماجرى هذا المجرى.

(٤) أي يريد بالرضا ما دلّ عليه القبول اللفظي، لما ذكر من الوجه.

والمراد بما فيه مستزاد الثمرة ، نحو الحرث^(١) والسقي ، ورفع أغصان الكرم على الخشب ، وتأبير ثمرة النخل . واحترز به عن نحو الجذاذ^(٢) ، والحفظ ، والنقل ، وقطع الحطب الذي يُعمل به الدبس من الأعمال التي لا يُستزاد بها الثمرة ، فإن المساقاة لا تصح بها إجماعاً . نعم تصح الإجارة حينئذ على بقية الأعمال^(٣) بجزء من الثمرة ، والجعالة ، والصلح .

(ولابدّ) في صحة المساقاة (من كون الشجر) المساقى عليه (نابتاً) بالنون ، أو بالناء المثلثة . ويخرج على الأول المساقاة على الودّي^(٤) غير المغروس ، أو المغروس الذي لم يعلّق^(٥) بالأرض ، والمغارسة^(٦) ، وبالثاني ذلك ومالا يبقى غالباً كالخضراوات .

ويمكن خروجها بالشجر ، فيتحدّ المعنيان^(٧) (ينتفع بثمرته مع بقاء عينه) بقاءً يزيد عن سنة غالباً . واحترز به عن نحو البطيخ والبادنجان والقطن وقصب السكر ، فإنها ليست كذلك ، وإن تعدّدت اللقطات مع بقاء عينه ذلك الوقت ، وبقي القطن

(١) وهولعة : شق الأرض بالحرث ، وهنا شق الأرض تحت الشجر .

(٢) الجذاذ مثلثة : القطع .

(٣) وذلك لعموم ألدتها السليمة عما يصلح للمعارضة ، ولكن لابدّ في الإجارة من تعيين مقدار الجزء من الثمرة بكيل أو وزن لا بالحصّة ، لأن مقدارها مجهولة كما تقدم .

(٤) وهو بالذال المهملة بعد الواو المفتوحة والياء المشددة : صغار النخل .

(٥) هذا من علّق يعلّق : أي نشب ولصق به ، فعنى لم يعلّق بالأرض لم تثبت أصوله في الأرض

(٦) عطف على فاعل «يخرج» . وهي : أن يدفع أرضاً إلى غيره ليغرسها على أن يكون الفرس بينها .

(٧) أي معنى نابتاً وثابتاً .

أزيد من سنة، لأنه خلاف الغالب.

(وفيما له ورق) لا يُقصد من عمله بالذات إلا ورقه (كالخُتاء نظر) من أنه في معنى الثمرة فيكون مقصود المساقاة حاصلًا به، ومن أن هذه المعاملة على خلاف الأصل، لاشتغالها على جهالة العرض، فيقتصر بها على موضع الوفاق. ومثله ما يُقصد ورده، وأما التوت^(١) : فنه ما يُقصد ورقه^(٢) وحكمه كالخُتاء، ومنه ما يُقصد ثمره، ولا شبهة في إلحاقه بغيره من شجر الثمر. والقول بالجواز في الجميع متبجح.

(ويُشترط تعيين المدة) بما لا يُحتمل الزيادة والنقصان، ولا حد لها في جانب الزيادة^(٣)، وفي جانب النقصان أن يغلب فيها حصول الثمرة^(٤).

(ويلزم العامل مع الإطلاق) أي إطلاق المساقاة، بأن قال : « ساقيتك على البستان الفلاني سنةً بنصف حاصله » فقبل (كل عمل يتكرر كل سنة^(٥)) مما فيه صلاح الثمرة، أو زيادتها كالحرث، والحفر^(٦) حيث يحتاج إليه، وما يتوقف عليه من الآلات والعوامل، وتهذيب الجريد بقطع ما يحتاج إلى قطعه منه، ومثله أغصان الشجر المضرب بقاؤها بالثمرة، أو الأصل.

(١) بالتائين المتتائين من فوق، وفي لغة نادرة بالثاء المثلثة أخيراً. هكذا في المسالك.

(٢) ويُسمى التوت الذكر، ومنه ما يقصد ثمره ويُسمى التوت الأنثى.

(٣) وما عن الشافعي من أنه منع الزيادة على ثلاثين سنة، لا وجه له.

(٤) ولو مضت المدة ولم تظهر الثمرة فلا شيء للعامل، ولو ظهرت ولم تكمل فهو شريك.

(٥) وما لا يتكرر كل سنة عادةً فهو على صاحب الأصل وإن عرض له التكرار في بعض الأحوال كبناء الجدار وعمل ما يُسقى به من دولا ب أو آلاته ونحو ذلك، والأقوى في ذلك كله الرجوع إلى المتعارف في كل قرية أو بليد، إذ هو المحكم في أمثال هذه المسائل.

(٦) والظاهر أن المراد منه كري النهر، وهو حفره حفرةً جديدةً، كما هو المعمول في بساتين البصرة وما والاها.

(ومنه زيادة الكرم^(١)) والسقي، ومقدماته المتكررة، كالدلو والرشا وإصلاح طريق الماء واستقائه، وإدارة الدولاب^(٢)، وفتح رأس الساقية^(٣)، 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^(٤) بمجرى العادة بحسب نوعها: فما يؤخذ للزبيب يقطع في الوقت الصالح له، وما يُعمل دسباً فكذلك، وهكذا. وإصلاح موضع التشميس، ونقل الثمرة إليه، وتقليبها ووضعها على الوجه المعتبر، وغير ذلك من الأعمال.

(ولو شرط بعضه على المالك صح) بعد أن يكون مضبوطاً (لاجميعه) لأن الحصّة لا يستحقها العامل إلا بالعمل، فلا بدّ أن يبقى عليه منه شيء فيه مسبّزاد الثمرة وإن قل^(٥).

(وتعيين الحصّة بالجزء المشاع) كالنصف والثلث (لاالمعين) كهائة رطل^(٦)، والباقي للآخر، أو بينها.

(ويجوز اختلاف الحصّة في الأنواع) كالنصف من العنب، والثلث من الرطب، أو

(١) أي وبما يحتاج إلى قطعه زيادة أغصان الكرم المضرة بالثمرة.

(٢) وهو الناعورة تدبرها البقرة.

(٣) وهي النهر الصغير.

(٤) بفتح اللام وكسرها، أي قطعها في الوقت الصالح له.

(٥) وعن بعض العامة إشتراط بقاء الأكثر.

(٦) فإنه ربما لا يحصل إلا ذلك المعين، فلا يكون للآخر شيء.

النوع الفلاني (إذا عليها^(١)) أي الأنواع، حذراً من وقوع أقل الجزئين لأكثر الجنسيتين مع الجهل بهما، فيحصل الفرر.

(ويكره أن يشترط رب المال على العامل^(٢)) مع الحصة (ذهباً أو فضة) ولا يكره غيرهما، للأصل. (فلو شرط) أحدهما (وجب) ما شرطه (بشرط سلامة الثمرة) (فلو تلفت أجمع أو لم تخرج لم يلزم، لأنه حينئذ أكل مال بالباطل^(٣))، فإن العامل لم يحصل له عوض ما عمل، فكيف يخسر مع عمله الفائت شيئاً آخر؟ ولو تلف البعض فالأقوى عدم سقوط شيء عملاً بالشرط^(٤)، كما لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض

(١) أي علماً بالأنواع، أي علماً بمقدار كل نوع، لأن الفرض ثبوت حصة معلومة كيف كان، فلو لم يعلم بمقدار الأنواع لم يصح لجهاالة الحصة حينئذ، فلو لم يعلم مقدار التخيل مثلاً مع أنها أكثر من العنب وجعلنا حصة العام منها العشر وحصة العنب الربع، فيكون المشروط فيه أقل الجزئين وهو العشر أكثر الجنسيتين وهو التخيل، فيحصل الفرر.

(٢) المحكي عن العامة عدم جواز ذلك، وحكموا ببطلان المساقاة به.

(٣) لأن الشرط في الواقع إنما وقع بشرط سلامة الثمرة وإن لم يذكر صريحاً. وهكذا لو كان الشرط للعامل على المالك، وإن استوجه بعض المحققين عدم سقوطه في هذا الفرض قائلاً بأن العوض من قبل العامل وهو العمل قد حصل والشرط بالعقد قد وجب. وذلك لما ذكرنا من أن الشرط إنما هو في صورة سلامة الثمرة لا مطلقاً وإن لم يذكر صريحاً. وهذا لعله واضح.

(٤) لأن المعتبر حصول عوض العمل، ولا اعتبار بكثرته وقلته. ولكن في الرياض خلافاً للمحكي في بعض الحواشي عن المحقق الثاني: ولا يخلو عن قوة، حيث لا يكون الباقي من الثمرة يوازي العمل لقلته بناءً على انسحاب علة السقوط في صورة تلف الثمرة بأجمعها هنا، إلا أنها لما لا يخلو عن شيء من أصلها وكان الإجماع هو العمدة في علة السقوط في تلك الصور كان عدمه هنا أقوى - إلى آخر ما ذكره هنا.

الثمرة .

(وكلما فسد العقد فالثمرة للمالك) ، لأنها تابعة لأصلها (وعليه أجرة مثل العامل) لأنه لم يتبرع بعمله ، ولم يحصل له العوض المشروط ، فيرجع إلى الأجرة .
 هذا إذا لم يكن علماً بالفساد ، ولم يكن الفساد بشرط عدم الحصة للعامل^(١) ، وإلا فلا شيء له ، لدخوله على ذلك .

(ولو شرط عقد مساقاة في عقد مساقاة^(٢) فالأقرب الصحة) لوجود المستضي وانتهاء المانع ، أما الأول فهو اشتراط عقد سائغ في عقد سائغ لازم ، فيدخل في عموم « المؤمنون عند شروطهم » . وأما الثاني فلأن المانع لا يُتخيل إلا كونه لم يرض أن يعطيه من هذه الحصة إلا بأن يرضى منه من الآخر بالحصة الأخرى . ومثل هذا لا يصلح للمنع كغيره من الشروط السائغة الواقعة في العقود . والقول بالمنع للشيخ رحمه الله إستناداً إلى وجه ضعيف يظهر ضعفه مما ذكر في وجه الصحة .
 (ولو تنازعا في خيانة العامل حلف) العامل ، لأنه أمين^(٣) فيقبل قوله بيمينه في عدمها ، ولأصالة عدمها^(٤) .

(وليس للعامل أن يساقى غيره^(٥)) ، لأن في المساقاة تسليطاً على أصول الغير وعملها ، والناس يختلفون في ذلك اختلافاً كثيراً ، فليس لمن رضي المالك بعمله

(١) فإنه لو شرط في العقد عدم الحصة يفسد ولا يستحق العالم أجرة بسبب هذا الشرط .

(٢) بأن قال : ساقيتك على هذا البستان هكذا على أن أساقيك على الآخر هكذا .

(٣) وذلك لأنه نائب المالك في حفظ ماله كعامل المضاربة .

(٤) أي لأصالة عدم الخيانة ، فيكون منكراً يقبل قوله بيمينه مع قطع النظر عن كونه أميناً .

(٥) ولكن هذا إذا لم يأذن المالك وإلا صح ، ولازمه فسخ المعاملة الأولى ، وكان الثاني هو العامل والأول وكيلاً عن المالك .

وأمانته أن يولي من لم يرضه المالك له . بخلاف المزارعة^(١) ، فإن عمل الأرض غير مقصود^(٢) ، وحصة المالك محفوظة على التقديرين .

وأما الفرق بأن النماء تابع للأصل^(٣) وهو من مالك الأصول في المساقاة ، ومن الزارع في المزارعة ، فللمالك 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 . وكونها غير موجودة حين المزارعة الثانية غير مانع ، لأن المعاملة ليست على نفس

(١) فإنه يجوز وإن لم يأذن المالك . وقد تقدّم في كتابه .

(٢) أي غير مقصود بالأصالة وإن كان حرثها وتسميدها مقصوداً تبعاً للزراعة . وحاصل الفرق بين المساقاة والمزارعة : أنه ليس لعامل المساقاة أن يساقى غيره بخلاف المزارع . وأن المساقاة تسليط على أصول الغير وعمل الأصول والناس يختلفون في ذلك ، فلا يجوز لمن رضي المالك بعمله وأمانته أن ينقل المعاملة عن نفسه ويفوض أمرها إلى من لم يرضه المالك له . وهذا هو الفرق بينها .

(٣) هذا شروع في الإيراد على الفرق الذي ذكره وأنه أخص ، فإنه لا يتم إلا في فرض كون البذر من العامل ، والحال أن المسألة مفروضة في كلامهم أعم منه ، إذ جوزوها في الأعم . ومع ذلك إن جواز مزارعة المزارع لغيره ليس لهذه الجهة ليم الفرق ولو في بعض الصور ، لأن المعاملة بالعقد توجب الحصة المخصوصة وإن لم يكن منه بذر ، فيجوز نقل الحصة من كل منهما إلى من شاء . ولا ينافيه عدم الحصة وقت المزارعة الثانية حتى تكون باطلة ، لأن المعاملة ليست حيث تنجز على نفس الحصة بل على الأرض وغيرها بالحصة ، وقد استحق بالعقد الأول ذلك ، فله تسليط غيره عليه ، فالعقد الموجب للحصة هو المكتضي لجواز نقلها ، فلا يتم الفرق من هذه الجهة أيضاً . وحاصل مراده : أن الفرق الفارق بينهما هو ما أشار إليه من أن المساقاة تسليط على أصول الغير - إلى آخر ما ذكره .

الحصة، بل على الأرض، والعوامل، والبذر بالحصة، فمن استحق بالعقد اللازم شيئاً تسلط على نقله مع انتفاء المانع.

(والخراج على المالك^(١)) لأنه موضوع على الأرض والشجر، فيكون على مالكهما (إلا مع الشرط) بأن يكون على العامل أو بعضه، فيصح مع ضبط المشروط (وتملك الفائدة بظهور الثمرة^(٢)) عملاً بالشرط، فإن العقد اقتضى أن يكون بينهما، فمضى تحققت ملكتك كذلك^(٣).

(وتجب الزكاة على من بلغ نصيبه النصاب) من المالك والعامل، لوجود شرط الوجوب، وهو تعلق الوجوب بها على ملكه (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).

(وأثبت السيد) أبو المكارم حمزة (بن زهرة الزكاة على المالك في المزارعة والمساقاة، دون العامل) مطلقاً، 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، 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 بالأجرة^(٤)، بل يتأخر ملكه عن الوجوب.

(١) هذا إذا كان الشجر في الأرض الخراجية.

(٢) وعن الشافعية أنه لا يملك شيئاً إلا بعد القسمة.

(٣) أي ملكت بينهما.

(٤) أي مع كونه خلاف الإجماع لا يتم التعليل بكونها كأجرة، بل ينبغي التعليل بتأخر ملكه عن الوجوب.

(والمغارسة باطلة^(١)) وهي أن يدفع أرضاً إلى غيره ليغرسها على أن الغرس بينهما (ولصاحب الأرض قلع، وله الأجرة^(٢)) عن الأرض^(٣) (لطول بقائه) فيها (ولو نقص بالقلع ضمن أرشه) وهو تفاوت ما بين قيمته مقلوعاً وباقياً في الأرض بالأجرة^(٤). ولو كان الغرس من مالك الأرض، وقد شرط على العتامل غرسه وعمله بالحصّة، فهو للمالكه وعليه أجرة الغارس، وما عمل فيه من الأعمال.

(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 كلاً منهما مسلّط على ماله.

وحيث يقلعه الغارس يجب عليه طمّ الحفر، وأرّش الأرض لو نقصت به، وقلع العروق المتخلفة عن المقلوع في الأرض. ولم يفرّق المصنف - كالأكثر - في إطلاق كلامه بين العالم بالفساد والجاهل، في استحقاق الأرض وثبوت أجرته لو كان الغرس

(١) للإجماع المحكي عن جماعة. نعم حكى عن المحقق الأردبيلي وصاحب الكفاية الإشكال فيه، لإمكان إستفادة الصحة من العمومات، وهو في محله، بل هو مصداق للصالح أيضاً، لأنه لا ينحصر في صيغة، كما هو محرّر في محله.

(٢) أي إن كان الغرس للعامل، لأنه غير مستحق للبقاء في الأرض.

(٣) وذلك لفوات منفعة الأرض في مدّة بقائه.

(٤) وفيه: أنه لا دليل عليه بعد كون المالك مستحقاً للقلع، بل عليه أرّش نقصانه إن نقص من جهة القطع، بأن إنكسر مثلاً بحيث لا يمكن غرسه في مكان آخر. والظاهر أن هذا مراد المصنف، وهو مختار صاحب الجواهر قدس سره حيث قال بعد الاستدلال عليه: وهو المراد للمصنف وللشهيد في اللمعة.

لمالك الأرض . وليس ببعيد الفرق ، لتبرع العالم بالعمل^(١) ، ووضع الغرس بغير حق . وبه فارق المستعير للغرس^(٢) ، لأنه موضوع بحق وإذن صحيحة شرعاً ، بخلاف هذا الغرس .

(ولو اختلفا في الحصة حلف المالك) لأن النماء تابع للأصل ، فيرجع إلى مالكه في مقدار ما أخرجه منه عن ملكه ، مع أصالة بقاء غيره وعدم انتقاله وملك الغير له (وفي المدة يحلف المنكر) لأصالة عدم ما يدعيه الآخر من الزيادة .

(١) بخلاف الجاهل ، فلم يتبرع بعمله ، فيستحق الأرض .

(٢) أي بوضعه الغرس بغير حق فارق العالم بالعمل المستعير للغرس ، لأنه وضعه بحق وإجازة صحيحة شرعاً ، بخلاف هذا الغرس فإنه موضوع بإجازة غير صحيحة .



مرکز تحقیقات اسلامی علوم اسلامی

كتاب الإجارة^(١)

(وهي العقد على تملك المنفعة المعلومه بعوض معلوم)، فالعقد بمنزلة الجنس^(٢) يشمل سائر العقود، وخرج بتعلقه بالمنفعة البيع والصلح المتعلق بالأعيان، وبالعوض الوصية بالمنفعة، وبالمعلوم إصداقها^(٣)، إذ ليس في مقابلها عوض معلوم وإنما هو البضع. ولكن ينتقض في طرده بالصلح على المنفعة بعوض معلوم، فإنه ليس إجارة بناءً على جعله أصلاً^(٤).

(وإيجابها: أجر تك، أو أكريتك، أو ملكتك منفعتها سنة) قيد التملك بالمنفعة،

(١) الإجارة مصدر أجر يؤجر إجارة، نحو كتب يكتب كتابةً، أي كان أجيراً، قال تعالى (على أن تأجرني ثماني حجج)، فإن الإجارة كالزراعة والكتابة إلا أنها تستعمل في الأغلب في مصدر أجر على أفعل كما يقام بعض المصادر مقام بعضها نحو (وتبتل إليه تبتلاً). هكذا المحكي عن شرح الرضي.

(٢) قد مر في كتاب الطهارة من أن الجنس في مصطلح أهل الميزان إنما يطلق على الماهيات الخارجية - إلى آخر ما ذكر هناك، ولا يطلق على مثل العقد، فلذا قال: بمنزلة الجنس.

(٣) أي إصداق المنفعة المعلومه، كخياطة ثوب مثلاً إذا جعلت صداقاً، فإنها تملكها المرأة في مقابل عوض غير معلوم وهو البضع. فبقيد «تملك المنفعة المعلومه بعوض معلوم» خرج تملك المنفعة بعوض غير معلوم.

(٤) وأما بناءً على قول الشيخ من أنه تابع للعقد فلا ينتقض به، وينتقض أيضاً بالهبة المشروطة فيها العوض المعلوم، كما أفاده في المسالك وتركه هنا اختصاراً.

ليحترز به عما لو عبّر بلفظ الإيجار والإكراء، فإنه لا يصح تعلقه إلا بالعين، فلو أوردتها على المنفعة فقال: آجرتك منفعة هذه الدار مثلاً لم يصح، بخلاف التملك، لأنه يفيد نقل ما تعلق به، فإن ورد على الأعيان أفاد ملكها. وليس ذلك مورد الإجارة، لأن العين تبقى على ملك المؤجر، فيتعين فيها إضافته إلى المنفعة، ليفيد نقلها إلى المستأجر حيث يعبر بالتملك.

(ولو) عبّر بالبيع (ونوى بالبيع الإجارة، فإن أوردته على العين) فقال: بعتك هذه الدار شهراً مثلاً بكذا (بطل) لإفادته نقل العين، وهو مناف للإجارة (وإن قال: بعتك سكنها سنة مثلاً، ففي الصحة وجهان) مأخذها أن البيع موضوع لنقل الأعيان والمنافع تابعة لها، فلا يثمر الملك لو تجاوز به في نقل المنافع منفردة وإن نوى به الإجارة، وأنه يفيد نقل المنفعة^(١) أيضاً في الجملة - ولو بالتبعية - فيقوم مقام الإجارة مع قصد ها. والأصح المنع^(٢).

(وهي لازمة من الطرفين) لا تبطل إلا بالتقاييل، أو بأحد الأسباب المقتضية للفسخ، وسيأتي بعضها.

(ولو تعقّبها البيع لم تبطل) لعدم المنافاة، فإن الإجارة تتعلق بالمنافع والبيع بالعين، وإن تبعها المنافع حيث يمكن (سواء كان المشتري هو المستأجر أو غيره) فإن كان هو المستأجر لم تبطل الإجارة على الأقوى، بل يجتمع عليه الأجرة والثمن، وإن كان غيره وهو عالم بها صبر إلى انقضاء المدة، ولم يمنع ذلك من تعجيل الثمن. وإن كان جاهلاً بها تخير بين فسخ البيع وإمضائه مجاناً مسلوب المنفعة إلى انقضاء المدة، ثم لو

(١) هذا دليل الصحة.

(٢) قال في المسالك: وظاهر التذكرة أن ذلك إجماعي، لأنه نسب إلى علمائنا.

تجدد فسخ الإجارة عادت المنفعة إلى البائع ، لا إلى المشتري .
 (وعذر المستأجر لا يبطلها) وإن بلغ حداً يتعذر عليه الانتفاع بها (كما لو استأجر حانوتاً فُشِقَ متاعه) ولا يقدر على إبداله ، لأن العين تامة صالحة للإننتفاع بها فيستصحب لزوم (أما لو عمَّ العذر كالثلج المانع من قطع الطريق) الذي استأجر الدابة لسلوكه مثلاً (فالأقرب جواز الفسخ لكل منهما) لتعذر استيفاء المنفعة المقصودة حساً^(١) ، فلو لم يُجبر بالخيار لزم الضرر المني . ومثله ما لو عرض مانع شرعي كخوف الطريق ، لتحريم السفر حينئذ ، أو استئجار امرأة لكنس المسجد فحاضت والزمان معين ينقضي مدّة العذر . ويحتمل انفساخ العقد في ذلك كله ، تنزيلاً للتعذر منزلة تلف العين .

(ولا تبطل) الإجارة (بالموت^(٢)) كما يقتضيه لزوم العقد ، سواء في ذلك موت المؤجر والمستأجر (إلا أن تكون العين موقوفة) على المؤجر وعلى من بعده من البطن ، فيؤجرها مدّة ويتفق موته قبل انقضائها فتبطل ، لانتقال الحق إلى غيره ، وليس له التصرف فيها إلا زمن استحقاقه ، ولهذا لا يملك نقلها ولا إتلافها .
 نعم ، لو كان ناظراً وآجرها لمصلحة البطن لم تبطل بموته ، لكن الصحة حينئذ ليست من حيث إنه موقوف عليه ، بل من حيث إنه ناظر . ومثله الموصى له بمنفعتها مدّة حياته فيؤجرها كذلك . ولو شرط على المستأجر استيفاء المنفعة بنفسه بطلت بموته أيضاً .

(وكل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح إعارته وإجارته) وينعكس في

(١) وإن أمكن غير تلك المنفعة ، فإن الإعتبار بالمنفعة المقصودة . ولا يخفى أن ما ذكره من الدليل يقتضي أن يكون الخيار للمستأجر فقط لا المؤجر كما لا يخفى .
 (٢) وعن الشيخ البطان بالموت .

الإجارة كلياً دون الإعارة^(١)، لجواز إعارة المئنة، مع أن المقصود منها - وهو اللين - لا تبقى عينه. ولا تصح إيجارتها لذلك (منفرداً كان) ما يؤجر (أو مشاعاً) إذ لا مانع من المشاع باعتبار عدم القسمة، لإمكان إستيفاء المنفعة بموافقة الشريك. ولا فرق بين أن يؤجره من شريكه وغيره عندنا^(٢).

(ولا يضمن المستأجر العين إلا بالتعدي) فيها (أو التفريط) لأنها مقبوضة باذن المالك لحق القابض^(٣). ولا فرق في ذلك بين مدة الإجارة وبعدها، قبل طلب المالك وبعده، إذ لم يؤخر مع طلبها اختياراً.

(ولو شرط) في عقد الإجارة (ضمانها بدونها فسد العقد) لفساد الشرط^(٤) من

(١) المراد بالعكس هو المصطلح في فن المنطق، أي تبديل طرفي القضية مع بقاء الصدق والكيف، ويلزم أن ينعكس في الإجارة كلياً. إذ الغرض من هذا العكس ضبط مورد الإجارة على وجه يلزم من تحققه تحققها ومن عدمه عدمها، فصورة القضية هكذا: كل ما يصح الإنتفاع به مع إبقاء عينه تصح إيجارته، وكل ما تصح إيجارته تصح الإنتفاع به مع بقاء عينه. وهذا المعنى صحيح في الإجارة دون الإعارة، لجواز إعارة المئنة مع أن المقصود منها اللين، وهو لا يبقى عينه.

ولا يخفى: أن مورد الإعارة هو خصوص المئنة، واللين منفعتها عرفاً، فالقضية في كليتها تنعكس كلياً. فلي تأمل. والمئنة: الناقة التي تُستعار للبهنا. هذا ما استفيد من الحاشية المنسوبة إلى الشارح قدس سره.

(٢) أشار به إلى خلاف بعض العامة، حيث منع من إيجارته لغير الشريك، وهو عندنا موضع وفاق.

(٣) أي مقبوضة بحق لا بفصص ونحوه، فلا وجه لضمانها إلا بأحدهما.

(٤) وفيه: أن هذا الشرط ليس مخالفاً لمقتضى العقد حتى يفسد بفساده، كما حكوا في العارية

حيث مخالفته للمشروع ومقتضى الإجارة .

(ويجوز اشتراط الخيار لها ولأحدهما) مدّة مضبوطة ، لعموم « المؤمنون عند شروطهم » ، ولا فرق بين المعيّنة والمطلقة^(١) عندنا .

(نعم ليس للوكيل والوصي فعل ذلك^(٢)) وهو اشتراط الخيار للمستأجر أو للأعم بحيث يفسخ إذا أراد (إلا مع الإذن ، أو ظهور الغبطة) في الفسخ ، فيفسخ حيث يشترطها لنفسه^(٣) ، لا بدون الإذن في الوكيل ، ولا الغبطة في الوصي ، لعدم اقتضاء

جـ بعدم ضمانها إلا مع الشرط . ثم على فرض بطلان الشرط فيطلان العقد غير ملازم له ، كما هو محرّر في محله ، إلا إذا أحرز أن الرضا بالعقد لا يتحقّق إلا بالشرط .

(١) المعيّنة كأن يستأجره للكتابة بشرط مباشرته للكتابة ، والمطلقة كأن يستأجره لتحصيل الكتابة ولو بالتسبب . ويقول « عندنا » نبيّه بالتسوية على خلاف بعض العامة ، حيث جوّز خيار الشرط في المطلقة دون المعيّنة .

(٢) أي ليس لواحد منها اشتراط الخيار للمستأجر أو للأعم ، بحيث يفسخ إذا أراد الفسخ بدون الإذن في الوكيل والغبطة في الوصي . فالمراد بقوله « للأعم » أعم منها ومن المستأجر ، وذلك لأن مقتضى إطلاق التوكيل هو التوكيل في نفس الإجارة ، ولا يشمل التوكيل في جعل الخيار لها . وهكذا الوصاية ، إذ فعل الوصي يُشترط فيه المصلحة .

ومحصل الكلام : إن غير الوكيل والوصي يجوز له جعل الخيار لنفسه أو الإلزام بالخيار لصاحبه مطلقاً ، وأما فيها فلا يجوز إلا مع الإذن من الموكل في الوكيل وظهور الغبطة في جعل ذلك في الوصي ، لأن مجرد التوكيل في الإيجار أو الوصاية لا يقتضي جعل الخيار أيضاً .

(٣) أي يُشترط الغبطة لنفسه ، أي يُشترط لنفسه الفسخ عند ظهور الغبطة لا لغيره . ولا يخفى ما في العبارة من المسامحة في التعبير .

إطلاق التوكيل فيها^(١) إضافة الخيار المقتضي للتسلط على إبطالها. وكذا الوصاية، فإن فعل الوصي منوط بالمصلحة.

(ولا بدّ من كمال المتعاقدين، وجواز تصرفهما) فلا تصح إجارة الصبي وإن كان مميزاً أو أذن له الولي^(٢)، ولا المجنون مطلقاً^(٣)، ولا المحجور بدون إذن الولي، أو من في حكمه^(٤).

(ومن كون المنفعة) المقصودة من العين (والأجرة معلومتين). ويتحقق العلم بالمنفعة بمشاهدة العين المستأجرة التي هي متعلقة بالمنفعة، أو وصفها بما يرفع الجهالة، وتعيين المنفعة إن كانت متعدّدة في العين ولم يرد الجميع. وفي الأجرة بكييلها، أو وزنها، أو عدّها إن كانت مما يعتبر بها في البيع، أو مشاهدتها إن لم تكن كذلك.

(والأقرب أنه لا تكفي المشاهدة^(٥) في الأجرة عن اعتبارها) بأحد الأمور الثلاثة إن كانت مما يُعتبر بها، لأن الإجارة معاوضة لازمة مبنية على المغابنة، فلا بدّ فيها من انتفاء الغرر عن العوضين. أما لو كانت الأجرة مما يكفي في بيعها المشاهدة كالعقار^(٦) كفت فيها هنا قطعاً، وهو خارج بقرينة الاعتبار.

(وتُملك) الأجرة (بالعقد) لاقتضاء صحة المعاوضة إنتقال كل من العوضين إلى

(١) أي في الإجارة.

(٢) وقد تردّد المحقق في الشرائع حيث قال «وكذا الصبي الغير المميز وكذا المميز إلا بأذن وليه، وفيه تردّد».

(٣) أي أطلاقاً أو أدوارياً في دور جنونه.

(٤) كالغرماء في المفلس.

(٥) وعن الشيخ في المبسوط كفاية المشاهدة ولو كان مما يُعتبر بالأمور الثلاثة.

(٦) ونحوها كالثمرّة على الشجر وغير ذلك.

الآخر، لكن لا يجب تسليمها قبل العمل . وإنما تظهر الفائدة في ثبوت أصل الملك ، فيتبعها النماء ^(١) متصلاً ومنفصلاً .

(ويجب تسليمها بتسليم العين) المؤجرة (وإن كانت على عمل فبعده) لا قبل ذلك ، حتى لو كان المستأجر وصياً أو وكيلاً لم يجوز له التسليم قبله ، إلا مع الإذن صريحاً ، أو بشاهد الحال . ولو فرض توقف الفعل على الأجرة كالحج وامتنع المستأجر من التسليم تسلط الأجير على الفسخ .

(ولو ظهر فيها) أي في الأجرة (عيب فللأجير الفسخ أو الأرض مع التعيين) للأجرة في متن العقد ، لاقتضاء الإطلاق السليم ^(٢) ، وتعيينه مانع من البديل كالبيع ، فيجبر العيب بالخيار (ومع عدمه) أي عدم التعيين (يُطالب بالبديل) لعدم تعيين المعيب أجرة ، فإن أوجب إليه وإلا جاز له الفسخ والرضا بالمعيب ، فيطالب بالأرض ، لتعيين المدفوع عوضاً بتعذر غيره .

(وقيل : له الفسخ) في المطلقة مطلقاً ^(٣) (وهو قريب إن تعذر الإبدال) كما ذكرناه ، لا مع بدله ، لعدم انحصار حقه في المعيب .

(ولو جعل أجرتين على تقديرين - كتنقل المتاع في يوم بعينه بأجرة وفي يوم آخر) بأجرة (أخرى ، أو) جعل أجرتين (إحداها في الخياطة الرومية) وهي التي يذوّزين (و) الأخرى على الخياطة (الفارسية وهي التي بواحد - فالأقرب الصحة) لأن كلا الفعلين معلوم وأجرته معلومة ، والواقع لا يخلو منها ، ولأصالة الجواز ^(٤) .

(١) أي فيتبع النماء الأجرة ، كما لو كانت حيواناً فولدت ولداً .

(٢) أي لاقتضاء إطلاق الأجرة السليم ، لانصراف الإطلاق إلى السليم

(٣) أي سواء تعذر الإبدال أم لا .

(٤) هذا قول الشيخ في المبسوط على ما حكى . وفيه : إن هذا الأصل منقطع ، لعدم معلومية

ويشكل بمنع معلوميته، إذ ليس المستأجر عليه المجموع، ولا كل واحد، وإلا لوجبا، فيكون واحداً غير معين، وذلك غرر مبطل لها كالبيع بشمين على تقديرين^(١). ولو تحتمل مثل هذا الغرر لزم مثله في البيع بشمين، لاشتراكهما في العقد اللازم المشتمل على المعاوضة.

نعم، لو وقع ذلك جعالةً توجهت الصحة، لاحتمالها من الجهالة ما لا تحتمله الإجارة.

(ولو شرط عدم الأجرة على التقدير الآخر لم يصح في مسألة النقل) في اليومين، وتثبت أجرة المثل^(٢) على المشهور.

ومستند الحكمين^(٣) خبران: أحدهما صحيح^(٤) وليس بصريح في المطلوب، والآخر ضعيف أو موثق، فالرجوع فيهما إلى الأصول الشرعية أولى.

وللمصنف رحمه الله في الحكم الثاني بحث نثبه عليه بقوله: (وفي ذلك نظر، لأن قضية كل إجارة المنع من نقيضها) فيمكن أن يجعل مورد الإجارة هنا القسم الذي فرض فيه أجرة، والتعرض للقسم الآخر الحالي عنها تعرضاً في العقد لحكم يقتضيه،

جد الأجرة كما ذكره قدس سره.

(١) أي نقداً ونسيئةً.

(٢) أي تثبت أجرة المثل على التقديرين لا في خصوص اليوم الذي فيه الأجرة، كما ربما يتوهم.

(٣) وهما الصحة على تقدير جعل أجرتين على تقديرين، وعدم الصحة على تقدير شرط عدم الأجرة على التقدير الآخر.

(٤) [الوسائل، باب ١٣ من كتاب الأجارة، حديث ١ - ٢].

فإن قضية الإجارة بالأجرة المخصوصة في الزمن المعين حيث يُطلق^(١) عدم استحقاق شيء^(٢) لو لم ينقل أو نقل في غيره (فيكون) على تقدير اشتراط عدم الأجرة لو نقله في غير المعين (قد شرط قضية العقد، فلم تبطل) الإجارة (في مسألة النقل، أو في غيرها) مما شاركها في هذا المعنى، وهو اشتراط عدم الأجرة على تقدير مخالفة مقتضى الإجارة الخاصة (غاية ما في الباب أنه إذا أُخلّ بالمشروط) وهو نقله في اليوم المعين (يكون البطان منسوباً إلى الأجير) حيث فوّت الزمان المعين، ولم يفعل فيه ما شرط عليه، فلا يستحق شيئاً، لأنه لم يفعل ما استؤجر عليه^(٣).

(ولا يكون) البطان (حاصلاً من جهة العقد) فلا وجه للحكم ببطان الإجارة على هذا التقدير^(٤) وإثبات أجرة المثل، بل اللازم عدم ثبوت شيء وإن نقل المتاع إلى المكان المعين في غير الزمان، لأنه فعل ما لم يؤمر به، ولا استؤجر 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، وما خرج عنه خارج عنها. وظاهر الرواية وكلام الأصحاب أن مورد الإجارة كلا القسمين^(٥)، ومن ثمّ حكموا بصحتها مع إثبات الأجرة على التقديرين، نظراً إلى حصول المقتضي، وهو الإجارة المعيّنة المشتملة على الأجرة المعيّنة وإن

(١) أي لا يقيّد بعدم الأجرة في غيره.

(٢) خبر إن واسمه «قضية الإجارة»، أي فإن قضية الإجارة (الخ) عدم استحقاق شيء.

(٣) سواء فعل في الزمن الآخر أم لم يفعل أصلاً.

(٤) أي شرط عدم الأجرة على التقدير الآخر وإثبات أجرة المثل.

(٥) وهما القسم الذي فرض فيه الأجرة والقسم الآخر الحالي عنها، ولكن هذا لا محصل له.

إذ لا معنى لجعل صورة عدم الأجرة مورداً للإجارة.

تعددت واختلفت ، لانحصارها وتعيينها كما تقدم . وبطلانها على التقدير الآخر ^(١) .
ولو فرض كون مورد الإجارة هو القسم الأول خاصة - وهو النقل في الزمن المعين -
لكان الحكم بالبطلان - على تقدير فرض أجره مع نقله في غيره - أولى ، لأنه خلاف
قضية الإجارة ^(٢) وخلاف ما تعلقت به ، فكان أولى بثبوت أجره المثل .
وجعل القسمين متعلقها على تقدير ذكر الأجرة ^(٣) ، والأول خاصة على تقدير
عدمه في الثاني ، مع كونه خلاف الظاهر موجب لاختلاف الفرض بغير دليل .
ويمكن الفرق ^(٤) بكون تعيين الأجرة على التقديرين قرينة جعلها مورد الإجارة

-
- (١) عطف على صحتها ، والتقدير الآخر هو شرط عدم الأجرة .
 - (٢) حيث إن مقتضاها في الفرض أنه لا يستحق أجره لو خالف ما استؤجر عليه ، لأنها فيه ليس إلا النقل في الزمن المعين وقد خالفه ، فيكون إشتراط الأجرة لما خالفه فاسداً ، لمناقضته لمقتضى العقد ، فكان أولى بثبوت أجره المثل من ثبوت أجره المثل للفرض الثاني ، بناءً على حكمهم فيه بأجرة المثل .
 - (٣) أي وجعل القسمين متعلقين بالإجارة على تقدير ذكر الأجرة في الثاني أيضاً ، والقسم الأول خاصة على تقدير عدم ذكر الأجرة مع كونه خلاف ظاهر كلامهم موجب لاختلاف الفرض ، إذ المفروض أن كليهما مورد للإجارة إلا أنه تسقط الأجرة على تقدير في المسألة الثانية .
 - (٤) هذا في مقام دفع الإيراد الذي أورده على المصنف ، وهو قوله : إلا أنه لا يتم إلا إذا فرض كون مورد الإجارة - إلى آخره . وحاصله : إن تنزيل شرط عدم الأجرة على التقدير الآخر على شرط ما يقتضيه العقد ، والحكم بصحة العقد - كما حكم المصنف به - أولى من جعله أجنبياً مفسداً للعقد بناءً على القول المشهور ، وذلك لأن تحلل الأجنبي بين الإيجاب والقبول يوجب فساد العقد ، بخلاف ذكر مقتضيات العقد ، فإنها من أجزاء العقد ، فلا يضر بالمقد تحللها ، وحينئذ يستقيم ما ذكره المصنف قدس سره .

حيث أتى بلازمها - وهو الأجرة فيها - وإسقاطها في التقدير الآخر قرينة عدم جعله مورداً من حيث نفي اللازم الدال على نفي الملزوم، وحينئذ فتنزله على شرط قضية العقد أولى من جعله أجنياً مفسداً للعقد بتخلله بين الإيجاب والقبول.

(ولابد) في صحة الإجارة على وجه اللزوم^(١) (من كون المنفعة مملوكة له) أي المجر (أو لؤلؤه) وهو من يدخل تحت ولايته بينة، أو وصاية، أو حكم (سواء كانت مملوكة) له (بالأصالة) كما لو استأجر العين فلك منفعتها بالأصالة لا بالتبعية للعين، ثم أجزاها، أو أوصي له بها^(٢) (أو بالتبعية) للملكه للعين.

(وللمستأجر أن يؤجر) العين التي استأجرها (إلا مع شرط) المؤجر الأول عليه (استيفاء المنفعة بنفسه) فلا يصح له حينئذ أن يؤجر، إلا أن يشترط المستأجر الأول على الثاني استيفاءه المنفعة له^(٣) بنفسه، فيصح أن يؤجر أيضاً، لعدم منافاتها لشرط المؤجر الأول، فإن استيفاءه المنفعة بنفسه أعم من استيفائها لنفسه.

وعلى تقدير جواز إيجاره لغيره هل يتوقف تسليم العين على إذن مالكها؟ قيل: نعم، إذ لا يلزم من إستحقاقه استيفاء المنفعة، والإذن له في التسلم جواز تسليمها لغيره، فيضمن لو سلمها بغير إذن.

(١) وهذا إحتراز عن الفضولي، لأنه صحيح ولكنه موقوف على الإجازة.

(٢) هذا عطف على قوله: لو استأجر العين، و«أوصي» مبني للمجهول، أي أوصي للمؤجر بالمنفعة، وذلك كان يوصي أحداً منفعته داره مثلاً لشخص، فهذه مملوكة له بالأصالة لا بالتبعية للعين.

(٣) كأن يستأجر الأول سيارة مثلاً ويشترط على الثاني إستيفاء المنفعة له بنفسه، بأن يكون السائق هو المستأجر الأول، فالمستوفي للمنفعة هو الأول لكن لا لنفسه بل للمستأجر الثاني، فيصح حينئذ أيضاً، لعدم منافاتها لشرط المؤجر الأول.

وقيل: يجوز تسليمها من غير ضمان، لأن القبض من ضرورات الإجارة للعين^(١) وقد حكم بجوازها، والإذن في الشيء إذن في لوازمه.

وهذا هو الذي رجحه المصنف في بعض حواشيه، وفيه قوة. ويؤيده صحيحة^(٢) علي بن جعفر عن أخيه عليها السلام في عدم ضمان الدابة المستأجرة بالتسليم إلى الغير، وغيرها أولى^(٣).

(ولو أجر الفضولي فالأقرب الوقوف على الإجارة^(٤)) كما يقف غيرها^(٥) من العقود. وخصّها بالخلاف، لعدم النص فيها بخصوصه، بخلاف البيع، فإن قصة عروة البارقي^(٦) مع النبي ﷺ في شراء الشاة تدل على جواز بيع الفضولي وشرائه، فقد يقال باختصاص الجواز بمورد النص، والأشهر توقفه على الإجارة مطلقاً^(٧).

(١) وفي محكي شرح القواعد: وفيه نظر، إذ ليس من لوازم الإجارة القبض، لإمكان استيفاء ذلك بجعل المؤجر وكيلًا في الاستيفاء فانستوفاه والعين في يده، كما لو أسكنه الدار معه أو حمل المتاع على الدابة وهي في يده أو أركبه إياها وهي في يده، فلم يتم ما ادعاه - إلى آخر ما ذكره.

(٢) [الوسائل، كتاب الإجارة، باب ١٦، حديث ١].

(٣) أي غير الدابة. ولعل وجه الأولوية أن الدابة تحتاج إلى زيادة حفظ وغوه، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص.

(٤) لأنها تقع باطلّة كما قيل.

(٥) أي غير الإجارة.

(٦) حيث أمره النبي صلى الله عليه وآله بشراء شاة بدينار، فاشترى شاتين به ثم باع أحدهما به وردّه مع الأخرى، فأجازه النبي (ص) منه [مستدرك الوسائل، ج ١٣ ص

٤٥ الباب ١٨].

(٧) سواء كـ «أنني البيع» أم غيره.

(ولا بدّ من كونها) أي المنفعة (معلومة إما بالزمان) فيا لا يمكن ضبطه إلا به (كالسكنى) والإرضاع (وإما به وبالمسافة) فيا يمكن ضبطه بهما (كالركوب) فإنه يمكن ضبطه بالزمان كركوب شهر ، وبالمسافة كالركوب إلى البلد المعين (وإما به وبالعمل)^(١) كاستئجار آدمي لعمل (كالخياطة) فإنه يمكن ضبطه بالزمان كخياطة شهر ، وبالعمل كخياطة هذا الثوب .

(ولو جمع بين المدة والعمل) كخياطة هذا الثوب في هذا اليوم (فالأقرب البطلان إن قصد التطبيق) بين العمل والزمان ، بحيث يتبدئ بابتدائه وينتهي بانتهائه ، لأن ذلك مما لا يتفق غالباً ، بل يمكن انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل وبالعكس ، فإن أمر بالإكمال^(٢) في الأول^(٣) 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 .

ولو قصد مجرد وقوع الفعل^(٤) في ذلك الزمان صح مع إمكان وقوعه فيه . ثم إن وقع فيه^(٥) ملك الأجرة ، لحصول الغرض ، وإن خرجت المدة قبله^(٦) ، فإن كان قبل الشروع فيه^(٧) بطلت ، وإن خرجت في أثنائه استحق المسمى لما فعل^(٨) .

(١) أي فيا يمكن ضبطه بهما .

(٢) أي بإكمال العمل الذي وقع عليه العقد .

(٣) أي في انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل .

(٤) أي وإن لم يحصل التطبيق .

(٥) هذا تفرع على قصد مجرد الوقوع مع الإمكان .

(٦) أي قبل الفعل .

(٧) أي فإن كان الخروج قبل الشروع في العمل بطلت الإجارة .

وفي بطلانها في الباقي، أو تخيير المستأجر بين الفسخ في الباقي^(١١) أو الإجازة فيكمل خارجة^(١٢) ويستحق المسمى، وجهان. وقيل: يستحق مع الفسخ أجره مثل ما عمل، لا المسمى. والأوسط أجود^(١٣).

(ولا يعمل الأجير الخاص) وهو الذي يستأجره للعمل بنفسه مدة معينة حقيقة أو حكماً - كما إذا استؤجر لعمل معين أول زمانه اليوم المعين بحيث لا يتوانى فيه بعده - (لغير المستأجر) إلا بإذنه، لانحصار منفعته فيه^(١٤) بالنسبة^(١٥) إلى الوقت الذي جرت عادته بالعمل فيه كالنهار، أما غيره كالليل فيجوز العمل فيه لغيره إذا لم يؤد إلى ضعف في العمل المستأجر عليه.

وفي جواز عمله لغيره في المعين عملاً لا ينافي حقه - كإيقاع عقد في حال اشتغاله بحقه - وجهان: من التصرف في حق الغير^(١٦)، وشهادة الحال^(١٧).

٨) لأن المسمى مؤزّع على أجزاء العمل، فحصة كل جزء مسمى بالنسبة إلى ذلك الجزء، فليس المراد جميع المسمى، بل مسمى ذلك الجزء.

٩) فحينئذ يستحق من المسمى حصة ما فعله.

١٠) أي خارج الزمان المعين.

١١) وجه كونه أجود: أن الإجازة وقعت صحيحة ومتعلقها باق في الجملة، فهو كالفضولي. فظهر ضعف البطلان وضعف استحقاق أجره مثل ما عمل أيضاً، لأن ما عمله كان على وجه الاستيفاء في جملة الزمان المشروط.

١٢) أي في المستأجر، فلا يجوز التصرف فيها بغير إذنه.

١٣) «بالنسبة» متعلق بقوله «لانحصار»، أي لانحصار منفعة الأجير الخاص في المستأجر بالنسبة إلى الوقت - الخ.

١٤) هذا دليل عدم الجواز. وفيه: إن حق الغير ليس إلا خصوص العمل المختص في الزمن المعين، وقد حصل من دون أن يدخل فيه التصرف الآخر.

ومثله^(١) عمل مملوك غيره كذلك . وباعتبار هذا الانحصار سمي خاصاً ، إذ لا يمكنه أن يشرك غيره من استأجره في العمل في الزمان المعهود . فإن عمل لغيره في الوقت المختص فلا يخلو : إما أن يكون بعقد إجارة ، أو جعالة ، أو تبرعاً : ففي الأول يستخير المستأجر بين فسخ عقد نفسه لفوات المنافع التي وقع عليها العقد أو بعضها ، وبين إبقائه ، فإن اختار الفسخ وكان ذلك قبل أن يعمل الأجير شيئاً فلا شيء عليه^(٢) ، وإن كان بعده تبعضت الإجارة ولزمه^(٣) من المسمى بالنسبة ، وإن بقي على الإجارة تخير في فسخ العقد الطاريء وإجازته ، إذ المنفعة مملوكة له فالعائد عليها فضولي ، فإن فسخته رجع إلى أجرة المثل عن المدة الفائتة ، لأنها قيمة العمل المستحق له بعقد الإجارة وقد ألتف عليه . ويتخير في الرجوع بها على الأجير ، لأنه المباشر للإتلاف ، أو المستأجر لأنه المستوفي .

وإن أجازته ثبت له المسمى فيه^(٤) ، فإن كان قبل قبض الأجير له فالمطالب به المستأجر^(٥) ، لأن الأجير هنا بمزلة فضولي بأع ملك غيره فأجاز المالك ، فإن الفضولي لا يطالب بالثلث^(٦) . وإن كان بعد القبض وكانت الأجرة معينة فالمطالب بها من هي في

١٥) أي شهادة الحال بالإذن في مثل ذلك ، وهذا دليل الجواز .

(١) أي ومثله في جريان الوجهين عمل مملوك لغير مولاه عملاً لا ينافي حق المولى .

(٢) أي فلا شيء للأجير على المستأجر .

(٣) أي ولزمه المستأجر من المسمى .

(٤) أي ثبت المسمى في الإستيجار الثاني .

(٥) أي المستأجر الثاني .

(٦) بل المشتري ، وهو المستأجر الثاني .

يده^(١). وإن كانت مطلقة: فإن أجاز القبض أيضاً فالمطالب الأجير، وإلا المستأجر. ثم المستأجر يرجع على الأجير بما قبض مع جهله، أو علمه، وبقاء العين^(٢).
وإن كان عمله بمجاعة تخير مع عدم فسخ إجارته^(٣) بين إجازته فيأخذ المسمى، وعدمه^(٤) فيرجع بأجرة المثل.

وإن عمل تبرعاً وكان العمل بما له أجرة في العادة تخير مع عدم فسخ عقده بين مطالبة من شاء منها^(٥) بأجرة المثل، وإلا فلا شيء^(٦). وفي معناه عمله لنفسه.
ولو حاز شيئاً من المباحات بنية التملك ملكه، وكان حكم الزمان المصروف في

-
- (١) الأجير أو غيره.
 - (٢) أي علم المستأجر وبقاء العين، وأما مع تلف العين فليس له أن يرجع به على الأجير، لأنه مع العلم بأن الأجير يؤجر حق الغير ومع ذلك أقدم على استيجاره وأقبضه وجه الإجارة فقد أقدم بنفسه على إتلاف ما له. فليتأمل.
 - (٣) أي إجارة نفسه.
 - (٤) أي تخير بين إجازة عمل الجمالة وعدم الإجازة. وتذكير الضمير في قوله «وعدمه» باعتبار المعنى، وهو الرضا ونحوه، أي وعدم الرضا بالجمالة.
 - (٥) أي الأجير والمتبرع له.
 - (٦) أي وإن فسخ عقد نفسه فلا شيء عليه، أي على الأجير ولا له على المستأجر. وعن بعض المحشين إن مراد المصنف من قوله «والأ فلا شيء» أي وإن لم يكن للعمل أجرة في العادة فلا شيء عليه، وذلك لأنه إذا كان العمل بما لا أجرة له فلا تفويت على المستأجر حتى يضمن الأجير أو المتبرع له.
- قد أورد عليه بما حاصله: إن عمل المتبرع لو لم يكن له أجرة لا يلزمه أن لا يكون للعمل الذي استؤجر عليه بالنسبة إلى ذلك الزمان أجرة، فإن الأعمال مختلفة بحسب الزمان في إيجابها الأجرة وعدمه كما هو واضح.

ذلك ما ذكرناه^(١).

(ويجوز للمطلق) وهو الذي يُستأجر 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 عنها كخياطة ثوب مجرد عن تعيين الزمان^(٢) . وسُمي «مطلقاً» لعدم انحصار منفعته في شخص معين ، فمن ثمَّ جاز له أن يعمل لنفسه وغيره وتسميته بذلك أولى من تسميته «مشاركاً» كما صنع غيره ، لأنه في مقابلة المقيّد وهو الخاص ، ويبين هذا الخاص باعتباره الثلاثة ، إذ الأول مطلق بالنسبة إلى المباشر ، والثاني بالنسبة إلى المدة ، والثالث فيها معاً .

وللمصنف رحمه الله قول بأن الإطلاق في كل الإجازات يقتضي التعجيل ، وأنه يجب المبادرة إلى ذلك الفعل ، فإن كان مجرداً عن المدة خاصة فبنفسه ، وإلا تخيّر بينه وبين غيره^(٤) ، وحينئذ^(٥) فيقع التنافي بينه وبين عمل آخر في صورة المباشرة . وفتح عليه عدم صحة الإجارة الثانية في صورة التجرد عن المدة مع تعيين المباشرة كما منع الأجير الخاص . ويرشد إليه ما تقدّم في الحج من عدم صحة الإجارة الثانية مع اتحاد زمان الإيقاع نصّاً أو حكماً ، كما لو أطلق فيها أو عيّن في إحداها بالسنة الأولى ،

(١) من ثبوت أجرة المثل لأتلافه على المستأجر .

(٢) «مجرد» صفة للخياطة ، والتذكير باعتبار العمل ، أي عمل خياطة مجرد .

(٣) أي يبين هذا المطلق الأجير الخاص باعتباره الثلاثة .

(٤) أي وإن كان مجرداً عن المباشرة تخيّر المستأجر بين العمل بنفسه وبين غيره .

(٥) أي حين كون الإطلاق يقتضي التعجيل يقع التنافي بين عمل المستأجر وبين عمل شخص آخر في صورة المباشرة ، أي في صورة اشتراط المباشرة .

(٦) أي إيقاع الحج ، كأن صرحا بإيقاعه في السنة الجارية مثلاً .

وأطلق في الأخرى .

وما ذكره أحوط ، لكن لا دليل عليه إن لم تقل باقتضاء مطلق الأمر الفور ^(١) .
(وإذا تسلم) المستأجر (العين ومضت مدة يمكن فيها الانتفاع) بها فيما استأجرها
له (استقرت الأجرة ^(٢)) وإن لم يستعملها . وفي حكم التسليم ما لو بذل المؤجر العين
فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة أو مضت مدة يمكنه الإستيفاء ^(٣) فتستقر
الأجرة .

(ولا بد من كونها) أي المنفعة (مباحة ، فلو استأجره لتعليم كفر أو غناء) ونحوه
من المعاملات الباطلة (أو حمل مسكر بطل) العقد . ويُستثنى من حمل المسكر الخمر
بقصد الإراقة أو التخلييل ، فإن الإجارة لها جائزة .

(وأن يكون مقدوراً على تسليمها ، فلا تصح إجارة الآبق) لاشتغالها فيه على
الفر (وإن ضم إليه) شيئاً متموّلاً (أمكن الجواز) كما يجوز في البيع ، لا القياس ، بل
لدخولها في الحكم بطريق أولى ^(٤) ، لاحتمالها من الفرر ما لا يحتمله ^(٥) . وبهذا الإمكان

(١) وأما لو قيل به فإنه يجب على الأجير المبادرة إلى الفعل ، ويستترع عليه عدم صحة
الإجارة الثانية مع تعيين المباشرة ، لعدم قدرته على متعلقها كما تقدم نظيره في الحج . وهذا
واضح .

(٢) أي أجرة المسمى ، إلا أن تكون الإجارة باطلة فأجرة المثل ، وذلك لقاعدة « كل عقد
يضمن بصحيحه يضمن بفاسده » المتفق عليها .

(٣) أي انقضت مدة الإجارة لو كانت مقدرة بها ، أو مضت مدة يمكنه الإستيفاء فيها لو كانت
مقدرة بالعمل ، فإن مدتها هي الزمان الذي يسميها بحسب العادة .

(٤) أي إذا جاز في البيع الذي شرط فيه التعيين من جميع الوجوه جاز في الإجارة التي ليس
التعيين فيها شرطاً من جميع الوجوه بطريق أولى . منه رحمه الله .

(٥) وذلك كما لو استأجر لكنس مسجد أو محل مثلاً مع عدم العلم بمقدار مساحته ، فإنه

أفتى المصنف في بعض فوائده .

وجه المنع : فقد النص المجوّز هنا^(١) ، فيقتصر فيه على مورده ، وهو البيع ، ومنع الأولوية^(٢) .

وعلى الجواز هل يُعتبر في الضميمة إمكان أفرادها بالإجارة^(٣) ، أم بالبيع ، أم يكفي كل واحد منها في كل واحد منها^(٤) ؟ أوجه^(٥) : من حصول المعنى^(٦) في كل منها ، ومن أن الظاهر ضميمة كل شيء إلى جنسه^(٧) ، وقوى المصنف الثاني .

ولو أجره ممن يقدر على تحصيله صح من غير ضميمة . ومثله المغصوب لو أجره

⇒ يجوز ، بخلاف البيع فإنه لا يجوز إلا بيع ما يعين مقداره ، وهكذا .

(١) أي في الإجارة .

(٢) إذ لا يمكن إثباتها لدليل قاطع يدل عليها ، وما ذكر في وجهها لا يمكن الإعتماد عليه .

(٣) أي إمكان أفراد الضميمة بالإجارة ، كالأشياء التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها لا كالمأكول . وفي البيع إمكان أفرادها به لا الشيء المجهول المقدار مما يُعتبر وزنه أو كيله .

(٤) أي كل واحد من إمكان أفرادها بالإجارة وإمكان أفرادها بالبيع في كل واحد من الإجارة والبيع . وتظهر ثمرة الخلاف في العين التي لا يمكن الانتفاع بها مع بقائها وفي التي لا يُعلم مقدارها ، فعلى القول بكفاية كل واحد في كل واحد يصح جعل كل واحد منها ضميمة في كل واحد منها ، وأما بناءً على القول الآخر فلا يصح في الأول جعلها ضميمة في الإجارة وفي الثاني جعلها ضميمة في البيع .

(٥) لا يخفى أن عبارة المسالك أحسن مما في هذا الكتاب من لفظة «أوجه» .

حيث عبّر في المسالك وجهان ، وما ذكره في هذا الكتاب من لفظة «وجه» كأنه مسامحة في التعبير . فليتأمل .

(٦) وهو أفراد الضميمة بالمعاوضة في كل منها .

(٧) أي جعل الضميمة القابلة للإجارة في الإجارة والضميمة القابلة للبيع في البيع .

الغاصب، أو من يتمكن من قبضه .

(ولو طرأ المنع) من الانتفاع بالعين المؤجرة فيما أو جرت له ، (فإن كان المنع قبل القبض فله الفسخ) لأن العين قبل القبض مضمونة على المؤجر^(١) فللمستأجر الفسخ عند تعذرهما ، ومطالبة المؤجر بالمسمى^(٢) لفوات المنفعة ، وله الرضا بها^(٣) وانتظار زوال المانع ، أو مطالبة المانع بأجرة المثل لو كان غاصباً^(٤) . بل يُحتمل مطالبة المؤجر بها أيضاً^(٥) ، لكون العين مضمونة عليه حتى يقبض . ولا يسقط التخيير بزوال المانع في أثناء المدّة ، لأصالة بقاءه^(٦) .

(وإن كان) المنع (بعده) أي بعد القبض (فإن كان تلفاً بطلت) الإجارة ، لتعذر تحصيل المنفعة المستأجر عليها (وإن كان غصباً لم تبطل) لاستقرار العقد بالقبض وبراءة المؤجر ، والحال أن العين موجودة يمكن تحصيل المنفعة منها ، وإنما المانع

(١) وهكذا توابعها ، أعني المنافع .

(٢) أي مطالبة المستأجر من المؤجر المسمى إن كان قد قبضها .

(٣) أي الرضا بالإجارة .

(٤) أي لو كان المانع غاصباً ، لا يسيء آخر ، كخوف الطريق ونحوه الموجب لتعذر استيفاء المنفعة من الدابة المستأجرة للسفر بها ، فعند ذلك تبطل الإجارة .

(٥) أي يُحتمل مطالبة المستأجر من المؤجر بأجرة المثل أيضاً ، كما له المطالبة من المانع لو كان غاصباً ، لكونها مضمونة عليه حتى يتحقق القبض .

هذا فيما لو كان الغاصب غير المؤجر ، وأما لو كان الغاصب هو المؤجر فالمطالب به هو نفسه بلا إشكال . ولم يتعرض المصنف لتلف العين قبل القبض مع أنه موجب لبطلان الإجارة ، ولعله للاعتداد على مسلميته لدى الفقهاء .

(٦) أي بقاء التخيير ، في صورة عدم الفسخ له استيفاء بقية المنافع ومطالبة الغاصب بأجرة مثل المنفعة الفائتة في يده .

عارض، (و يرجع المستأجر على الغاصب) بأجرة مثل المنفعة الفائتة في يده، ولا فرق حينئذ بين وقوع الغصب في ابتداء المدة وخلالها. والظاهر^(١) عدم الفرق بين كون الغاصب المؤجر وغيره.

(ولو ظهر في المنفعة عيب فله الفسخ) لفوات بعض المالية بسببه فيجبر بالخيار، ولأن الصبر على العيب ضرر منفي^(٢).

(وفي الأرض) لو اختار البقاء على الإجارة (نظر) من وقوع العقد على هذا المجموع وهو باق، فإما أن يفسخ أو يرضى بالجميع، ومن كون الجزء الفائت أو الوصف مقصوداً للمستأجر ولم يحصل، وهو يستلزم نقص المنفعة^(٣) التي هي أحد العوضين، فيجبر بالأرض. وهو حسن.

وطريق معرفته^(٤) أن ينظر إلى أجرة مثل العين سليمة ومعيبة ويرجع من المسمى بمثل نسبة المعيبة إلى الصحيحة^(٥).

وإن اختار الفسخ وكان قبل مضي شيء من المدة، فلا شيء عليه، وإلا فعليه من المسمى بنسبة ما مضى إلى المجموع^(٦).

(١) قوله «والظاهر» إشارة إلى خلاف في المسألة من أن التسليم شرط للإستحقاق بالإتفاق. والغاصب لم يُسَلَّم العين المستأجرة، فليس لأحد على الآخر شيء. ومن أن المنفعة مملوكة له وقد منعه عنها، وهي مضمونة كما عن الرياض.

(٢) شرعاً، فإنه لا ضرر ولا ضرار.

(٣) أي ولم يحصل الجزء أو الوصف، وهو - أي عدم الحصول - يستلزم نقص المنفعة.

(٤) أي الأرض.

(٥) أي بمثل نسبة نقصان المعيبة من الصحيحة إلى الصحيحة، فلو كان التفاوت بين السليمة والمعيبة في أجرة المثل بالربع يرجع من المسمى بالربع، وهكذا.

(٦) وطريق التبسيط أن تقوم أجرة مثل جميع المدة ثم تقوم الأجزاء السابقة على التلّف

(ولو طرأ) العيب (بعد العقد فكذلك^(١)، كانهدام المسكن) وإن كان بعد استيفاء شيء من المنفعة. ولا يمنع من ذلك كون التصرف مسقطاً للخيار، لأن المعتبر منه^(٢) ما وقع في العوض المعيب الذي تعلقت به المعاوضة، وهو هنا المنفعة، وهي تتجدد شيئاً فشيئاً، وما لم يستوفه منها لا يتحقق فيه التصرف^(٣). وإنما يتخير مع انهدام المسكن إذا أمكن الانتفاع به وإن قل، أو أمكن إزالة المانع، وإلا بطلت.

ولو أعاده المؤجر بسرعة - بحيث لا يفوت عليه شيء - معتد به - ففي زوال الخيار نظر، من زوال المانع وثبوت الخيار بالانهدام، فيستصحب. وهو أقوى^(٤).

(ويستحب أن يقاطع من يستعمله على الأجرة أولاً) للأمر به في الأخبار. فعن الصادق عليه السلام «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يستعملن أجيراً حتى يعلم ما أجره»^(٥). وعن الرضا عليه السلام أنه ضرب غليانه حيث استعملوا رجلاً بغير مقاطعة

جـ وينسب المجموع فيؤخذ من المسمى بتلك النسبة.

(١) أي فله الفسخ.

(٢) أي من التصرف المسقط.

(٣) وإنما حصل التصرف في المستوفى خاصة.

(٤) أي ثبوت الخيار. نعم لو أعاده المؤجر بسرعة بحيث لا يفوت عليه شيء أصلاً فالأقوى عدم الخيار، لانصراف دليل الخيار عن مثل الفرض، وهذا واضح.

(٥) [الوسائل، باب ٣ من أبواب أحكام الإجارة، حديث ٢]. ولا يخفى أنه يُستفاد من هذه الرواية أن الإجارة الفاسدة ليست محرمة من حيث التكليف، بل جائزة موجبة لأجرة المثل، بل إن جميع المعاملات الفاسدة كذلك إذا لم يكن يقصد التشريع ولم تترتب عليها مفسدة أخرى كالأكل بالباطل ونحوه، بأن يكون رضى المتعاملين في التصرف في العوضين مطلقاً غير مقيد بصحة المعاملة، فيبقى العوضان ملكاً لهما. فهو أشبه شيء بإباحة

وقال : «إنه ما من أحد يعمل لك شيئاً بغير مقاطعة ثم زدته لذلك الشيء ثلاثة أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد نقصت أجرته ، وإذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء ، فإن زدته حَبْتَةً عرف ذلك لك ، ورأى أنك قد زدته^(١) .

(وأن توفيه) أجرته (عقيب فراغه) من العمل ، قال الصادق عليه السلام في الحال والأجير « لا يَجِفَّ عَرَقُهُ حتى تعطيه أجرته^(٢) » . وعن حنان ابن شعيب قال : تكرارنا لأبي عبد الله عليه السلام قوماً يعملون في بستان له وكان أجلمهم إلى العصر ، فلما فرغوا قال لِعُتْبٍ^(٣) : « أعطهم أجورهم قبل أن يَجِفَّ عَرَقُهُمْ »^(٤) .

جـ الأشياء بالأعواض ، فإنها جائزة بلا إشكال ، فالبيع الفاسد بسبب الجهل بالعوضين مثلاً - وإن لم يكن بناقل للعوضين ولا يصير العوضان - أعني الثمن والمثمن - ملكاً للمشتري والبايع - ولكن يجوز للمتاعلمين التصرف في العوضين لو كان رضاهما مطلقاً ولا يكون مقتيداً بصحة المعاملة .

ويدل على هذا ، السيرة المستمرة في الأشياء اليسيرة في بعض البلاد ، حيث يجعلون كومة من التمر ونحوه ويعبرون عنه في العرف الحاضر « بالكوتر » ويبيعونها بدون كيل ولا وزن . وهذا لعله واضح ، ولكن صاحب الجواهر قدس سره قد استشكل فيه بقوله : إلا أن ذلك قد ينافيه اشتراط العلومية في الأجرة . ولعل نظره إلى صورة تقييد رضى المتاعلمين في التصرف في العوضين بصحة المعاملة . فليتأمل .

(١) [الوسائل ، باب ٣ من أبواب أحكام الإجارة ، حديث ١] .

(٢) [الوسائل ، أحكام الإجارة ، باب ٤ ، حديث ١] .

(٣) بضم الميم وفتح العين وكسر التاء المشددة مولى للإمام الصادق عليه السلام . كذا عن مجمع البحرين .

(٤) [الوسائل ، أحكام الإجارة ، باب ٤ ، حديث ٢] .

• (ويكره أن يُضْمَنَ) أي يُغَرَّم^١ عوض ما تلف بيده بناءً على ضمان الصانع ما يتلف بيده^٢، أو مع قيام البيّنة على تفريطه، أو مع نكوله عن اليمين^٣ حيث يتوجّه عليه لو قضينا بالنكول (إلا مع التهمة له) بتقصيره على وجه يوجب الضمان^٤.

(مسائل):

(الأولى - من تقبل عملاً فله تقبيله غيره بأقل) مما تقبله به (على الأقرب) لأصالة الجواز، وما ورد من الأخبار^٥ دالاً على النهي عنه يُحمل على الكراهة جمعاً بينها وبين ما يدل على الجواز. هذا إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه، وإلا فلا إشكال في المنع، وإذا لم يحدث فيه حدثاً وإن قلّ (فلو أحدث فيه حدثاً فلا بحث) في الجواز، للاتفاق عليه حينئذ.

(١) كلاهما من باب التفعيل مبني للمفعول.

(٢) أي ولو بغير تفريط. قال قدس سره في المسالك: أما الضمان في ما يتلف بيده فموضع وفاق، ولا فرق في ذلك بين الحاذق - إلى أن قال: ولا بين المفرط وغيره، فقله هنا: «أو

مع قيام البيّنة على تفريطه» المراد به التفريط من غير أن يتلف بفعله، كما لو فرط في حفظه فسرق. وأما لو لم يكن التلف بفعله ولم يثبت التفريط شرعاً فلا ضمان، لأنه أمين.

(٣) أي على اليمين على عدم التفريط، ففي هذه المواضع يثبت الضمان ولكن يكره تضمينه أي تفريره، وأما مع التهمة له فلا كراهة.

(٤) تقييد «التهمة» بذلك لفائدة أن استثناء التهمة على إطلاقه لا يصح في جميع الصور، إذ لا تحقق التهمة في جميع صور المسألة. ويمكن أن يقال: إن تعلق الاستثناء بالبعض كافٍ في الإطلاق ولو بنحوٍ من المساعدة، فلا حاجة إلى التقييد. فليتأمل.

(٥) [الوسائل، إحكام الإجارة، باب ٢٢، الحديث ٤ - ٥].

وعلى تقدير الجواز فالمشهور اشتراط إذن المالك في تسليم العين للمتقبل^(١)، لأنها مال الغير، فلا يصح تسليمه لغيره بغير إذنه. وجواز إيجارته لا ينافي، فيستأذن المالك فيه، فإن امتنع رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر في جوازه بغير إذنه، أو تسلطه على الفسخ وجهان. وجواز التسليم بغير إذنه مطلقاً^(٢) - خصوصاً إذا كان المتقبل ثقة - قوي.

(الثانية - لو استأجر عيناً فله إيجارها بأكثر مما استأجرها به) للأصل، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود.

(وقيل: بالمنع إلا أن تكون) إيجارها (بغير جنس الأجرة، أو يحدث فيها صفة كمال) إستناداً إلى روايتين^(٣) ظاهرتين في الكراهة وإلى استلزامه الربا. وهو ضعيف، إذ لا معاوضة على الجنس الواحد^(٤).

(الثالثة - إذا فُرض في العين) المستأجرة (ضمن قيمتها يوم التفريط) لأنه يوم تعلّقها بذمته، كما أن الغاصب يضمن القيمة يوم الغصب. هذا قول الأكثر (والأقرب) ضمان قيمتها (يوم التلف) لأنه يوم الانتقال إلى القيمة، لا قبله وإن حُكم بالضمان^(٥)، لأن المفروض بقاء العين فلا ينتقل إلى القيمة. وموضع الخلاف ما إذا كان الاختلاف بتفاوت القيمة، أما لو كان بسبب نقص في العين فلا شبهة في ضمانه.

(١) أي للمتقبل الثاني.

(٢) أي مع تعذر الحاكم وعدمه، وقوله «وجواز التسليم» مبتدأ وقوله «قوي» خبره.

(٣) [الوسائل، أحكام الإجارة، باب ٢٢، حديث ٤ - ٥].

(٤) مع أن الربا يشترط فيها المعاوضة على الجنس الواحد.

(٥) أي قبل التلف بسبب التفريط السابق عليه.

(ولو اختلفا في القيمة حلف الغارم) لأصالة عدم الزيادة ولأنه منكر. وقيل:
القول قول المالك^(١) إن كانت دأبة. وهو ضعيف.

(الرابعة - مؤنة العبد والدابة على المالك) لا المستأجر، لأنها تابعة للملك،
وأصالة عدم وجوبها على غير المالك. وقيل: على المستأجر مطلقاً^(٢). وهو ضعيف.
ثم إن كان المالك حاضراً عندها أنفق، وإلا استأذنه المستأجر في الإنفاق ورجع عليه
(ولو أنفق عليه المستأجر بنية الرجوع) على المالك (صح مع تعذر إذن المالك أو
الحاكم) وإن لم يُشهد على الإنفاق على الأقوى^(٣). ولو أهمل مع غيبة المالك ضمن
لتفريطه، إلا أن ينهائهم المالك^(٤).

(ولو استأجر أجيراً لينفذه في حوائجه فنفقته على المستأجر في المشهور) استأداً
إلى رواية^(٥) سليمان بن سالم عن الرضا عليه السلام. ولاستحقاق منافعه المانع من ثبوت النفقة
عليه.

والأقوى أنه كغيره لا تجب نفقته إلا مع الشرط، وتُحمل الرواية - مع سلامة
سندها - عليه^(٦)، واستحقاق منافعه لا يمنع من وجوب النفقة في ماله الذي من جملته

(١) كما عن النهاية، للرواية الواردة في الدابة، وهي ضعيفة لمخالفتها للأصل، ولهذا اقتصر في
النهاية على موردها - وهي الدابة - ووافق الأصحاب فيما عداها من الأعيان المستأجرة.

(٢) أي سواء شرط أم لا.

(٣) وذلك لو جوب حفظ العين المؤجرة على المستأجر، وهو متوقف على الإنفاق عليه،
كالوديعة إذا توقف حفظها على المؤنة.

(٤) فلا ضمان وإن وجب حفظه من حيث وجوب حفظ النفس لو توقف حفظه عن التلف
على الإنفاق.

(٥) [الوسائل، كتاب الإجارة، باب ١٠، حديث ١].

(٦) نبه به على قصوره عما يوجب العمل بها، لأن سليمان بن سالم مجهول الحال (منه رحمه

الأجرة .

وحيث يُشترط فيه وفي غيره من الحيوان على المستأجر يُعتبر بيان قدرها ووصفها^(١)، بخلاف ما لو قيل بوجوبها عليه ابتداءً، فإنه يكفي القيام بعبادة أمثاله .
(الخامسة - لا يجوز إسقاط المنفعة المعيّنة)^(٢) 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 (ويجوز إسقاط) المنفعة المطلقة^(٣) المتعلقة بالذمة وإن لم يستحق المطالبة بها (وكذا الأجرة) يصح إسقاطها إن تعلقت بالذمة، لا إن كانت عيناً .

(وإذا تسلم) أجيراً ليعمل له عملاً (فتلف لم يضمن) صغيراً كان أم كبيراً، حرراً كان أم عبداً، لأنه قبضه لاستيفاء منفعة مستحقة لا يمكن تحصيلها إلا بآثبات اليد عليه، فكان أمانة في يده . ولا فرق بين تلفه مدة الإجارة وبعدها، إلا أن يحبس مع الطلب بعد انقضاء المدة فيصير بمنزلة المغصوب، وسيأتي إن شاء الله^(٤) أن الحر البالغ

حج الله .

(١) بحيث يرتفع الفرر، وهذا بخلاف ما لو قيل بوجوبها على المستأجر ابتداءً، فإنه يكفي القيام بعبادة أمثاله، ولا يُعتبر بيان قدرها .

(٢) وذلك كما إذا استأجر دابةً معيّنة لأجل الركوب إلى كذا .

(٣) كما لو استأجر شخصاً لخياطة ثوب من دون تعيين الخياط، فإن الخياطة حينئذٍ مطلقة متعلقة بذمة ذلك الشخص، فيجوز إسقاطها وإن لم يستحق المطالبة بها، لعدم حلول وقتها مثلاً، نظير إبراء الدين المؤجل، وفي صورة عدم جواز الإبراء يمكن أن يتوصل إلى نتيجته، بأن يهبها أو يصالحها ونحو ذلك .

(٤) أي في كتاب الغصب .

لا يُضمن مطلقاً. وما عليه من الثياب تابع له^(١)، ولو كان صغيراً أو عبداً ضمنه .
(السادسة - كل ما يتوقف عليه توفية المنفعة فعلى المؤجر، كالقَتَب^(٢) والزمام
والخزام والسرج، والبرذَعة^(٣)، ورفع المحمل، والأحمال، وشدها، وحطها،
والقائد، والسائق إن شرط مصاحبته^(٤) (والمداد في النسخ) لتوقف إيفاء المنفعة
الواجبة عليه بالعقد اللازم، فيجب من باب المقدمة .

والأقوى الرجوع فيه إلى العرف^(٥)، فإن انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر، 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، إلا في مواضع نادرة
تثبت على خلاف الأصل كالرضاع، والاستحمام^(٦)، ومثله الخيوط للخياطة،

(١) وفيه: إن وجه التبعة غير ظاهر، والتعليل الذي ذكره في الفصـب لعدم ضمان الحر بقوله:
لأنه ليس مالا فلا يدخل تحت اليد - غير جارٍ في الثياب لأنها مال، فالأقوى ضمان ما
عليه من الثياب .

(٢) قال في مجمع البحرين: القَتَب بالتحريك رحل البعير، صغير على قدر السنـام .

(٣) هي الجُلْ، وبالفارسية پالان .

(٤) أي: يجب ذلك كله على المؤجر إن شرط المستأجر مصاحبة المؤجر للدابة، وإن آجر
الدابة ليذهب بها المستأجر فجميع ذلك عليه .

(٥) أي فيما يتوقف عليه توفية المنفعة إلى العرف .

(٦) لا يخفى: أنه لا يضر بصحة إجارة مثل هذه الأشياء كون الانتفاع فيها باتلاف الأعيان
من اللبن والماء والخيوط ونحو ذلك، لأن مورد الإجارة الحمام والمرأة والخياط ونحوها لا
للبن والماء والخيط، فالذي ينافي حقيقة الإجارة كون الانتفاع المقصود بإتلاف العين
المستأجرة، كإجارة الخبز للأكل أو إجارة الحطب للإشتعال ونحو ذلك .

والصبيغ للصباغة ، والكُشَّ^(١) للتليقح .

(و) كذا يجب على المؤجر (المفتاح في الدار) لأنه تابع للغلق المثبت الذي يدخل في الإجارة ، بل هو كالجزء 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 ، لانتفاء التبعية عرفاً .

(السابعة - لو اختلفا في عقد الإجارة حلف المنكر) لها ، سواء كان هو المالك أم غيره ، لأصالة عدمها .

ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شيء من المنافع رجع كل مال إلى صاحبه ، وإن كان بعد استيفاء شيء منها أو الجميع - الذي يزعم من يدعي وقوع الإجارة أنه مستعلق العقد - وكان المنكر المالك ، فإن أنكر مع ذلك الإذن في التصرف وحلف^(٢) استحق أجره المثل وإن زادت عن المسمى بزعم الآخر ، ولو كان المتصرف يزعم تعيّنهما في مال مخصوص وكان من جنس النقد الغالب لزم المالك قبضه^(٣) عن أجره المثل ، فإن ساواها أخذه ، وإن نقص وجب على المتصرف الإكمال ، وإن زاد صار الباقي مجهول

(١) الكُشَّ بالضم : ما يُلْقَح به النخل .

(٢) ظاهر العبارة هنا وفي المسالك لزوم حلف آخر على عدم الإذن غير الحلف على نفي الإجارة ، ولكن وجهه غير ظاهر ، فإن مصب الاختلاف والتنازع هو عقد الإجارة لا غير ، إذا افترض أن المتصرف يدعي الإجارة ولا يدعي شيئاً آخر حتى يلزم المتصرف حلف آخر ، فيمجرد حلف المالك المنكر تنتفي الإجارة وتثبت أجره المثل . نعم لو تجدد دعوى الإذن في التصرف مجاناً وسمع منه - بحسب موازين القضاء - يتوجه عليه اليمين أيضاً . فليتأمل .

(٣) لأن كيفية الأداء إنما هو بيد الدائن إذا كان من جنس النقد الغالب .

المالك^(١)، لزعم المتصرف استحقاق المالك وهو ينكر. وإن كان مغايراً له^(٢)، ولم يرض المالك به وجب عليه الدفع من الغالب، وبقي ذلك بأجمعه مجهولاً^(٣)، ويضمن العين بانكار الإذن، ولو اعترف به فلا ضمان^(٤).

وإن كان المنكر المتصرف وحلف وجب عليه أجرة المثل، فإن كانت أزيد من المسمى بزعم المالك لم يكن له المطالبة به إن كان دفعه، لاعترافه باستحقاق المالك له ووجب عليه دفعه إن لم يكن دفعه. وليس للمالك قبضه، لاعترافه بأنه لا يستحق^(٥) أزيد من المسمى. وإن زاد المسمى عن أجرة المثل كان للمنكر المطالبة بالزائد إن كان دفعه، وسقط إن لم يكن. والعين ليست مضمونة عليه هنا، لاعتراف المالك بكونها أمانة بالإجارة.

(و) لو اختلفا (في قدر الشيء المستأجر) بفتح الجيم، وهو العين المستأجرة - بأن

(١) وفيه: أنه في صورة زعم المتصرف استحقاق المالك له يجب عليه إيصال الباقي إليه بطريق من الطرق ولو بدسه في أمواله، لأنه بزعمه واعتقاده أن المالك معلوم، فيجب عليه الجري على حسب معتقده.

(٢) أي إن كان ما دفعه المتصرف أجرة مغايراً لنقد البلد.

(٣) وقد عرفت حكمه من الفرض السابق وأن المالك معلوم بزعمه، ولكن هنا يمكن للمستأجر أن يأخذ ذلك من باب التقاص عما دفعه.

(٤) أي لو اعترف بالإذن فلا ضمان.

(٥) وقد مر نظيره من أنه في صورة العلم يجب على العالم المجري على مقتضى علمه. وكيف كان فالمتحصل من هذا البحث أن القضاء حكم ظاهري يجب على المترافعين المشي على طبقه ويحرم مخالفته بحسب الظاهر. ولكن هذا لا يتنافي الواقع وما في نفس الأمر، فيجب على من كان منها عالماً بالواقع التخلّص من حق طرفه بلا خلاف وها هنا بحث ومحل تفصيله الكتب المفصلة.

قال: أجرتك البيت بمئة، فقال: بل الدار أجمع بها - (حلف الثاني) لأصالة عدم وقوع الإجارة على ما زاد عما اتفقا عليه. وقيل: يتحالفان وتبطل الإجارة^(١)، لأن كلاً منهما مدع ومنكر.

(وفي رد العين حلف المالك) لأصالة عدمه، والمستأجر قبض لمصلحة نفسه فلا يُقبل قوله فيه مع مخالفته للأصل.

(وفي هلاك المتاع المستأجر عليه حلف الأجير) لأنه أمين، وإمكان صدقه فيه، فلو لم يُقبل قوله فيه لزم تخليده في الحبس. ولا فرق بين دعواه تلفه بأمر ظاهر كالغرق، أو خفي كالسرقة.

(وفي كيفية الإذن) في الفعل (كالقباء والقميص) بأن قطعه الخياط قباً فقال المالك: أمرتك بقطعه قيصاً (حلف المالك) 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^(٢)، لأن مرجع هذا النزاع إلى الإذن على وجه مخصوص.

وقيل: يحلف الخياط لدعوى المالك عليه ما يوجب الأرش، والأصل عدمه^(٣).

(١) ويضف: بأن ضابطة التحالف أن لا يتفقا على شيء، كما لو قال: أجرتك البيت، فقال: الهام مثلاً. وما نحن فيه ليس كذلك، كما هو واضح.

(٢) أي وكذا القول قول المالك في صفة الإذن، وهو الإذن بقطعه قيصاً. وحاصله: أنه كما يُقبل قول المالك في أصل الإذن فكذا في كيفيته، ولازمة عدم قبول قول الأجير.

(٣) أي أصالة براءة ذمة الخياط من الأرش. وفيه: أنه لا وجه للتمسك بها بعد الإعراف بحصول سببه منه الذي هو القطع، ولا يُسمع دعواه أن هذا القطع مأذون فيه، بخلاف المالك الذي لا يحصل منه إلا إنكار ذلك. وأما قوله: أمرتك بقطعه قيصاً، فلا يقتضي إيجاب شيء على الخياط بمجرد هذا الأمر، إذ لو لم يحدث فيه حدثاً لم يكن عليه بسبب

وعلى المختار إذا حلف المالك يثبت على الخياط أرش الثوب ما بين كونه مقطوعاً قيصاً وقباً^(١)، ولا أجرة له على عمله، وليس له فتقه ليرفع ما أحدثه من العمل إن كانت الخيوط للمالك، إذ لا عين له ينزعها، والعمل ليس بعين وقد صدر عدواناً ظاهراً.

ولو كانت الخيوط للخياط فالأقوى أن له نزعها كالمغصوب. ووجه المنع: استلزامه التصرف في مال الغير، ولو طلب المالك أن يشد في طرف كل خيط منها خيطاً لتصير خيوطه في موضع خيوط الخياط إذا سلّمها لم يجب إيجابته، لأنه تصرف في مال الغير يتوقف على إذنه، كما لا يجب عليه القبول لو بذل له المالك قيمة الخيوط.

(وفي قدر الأجرة حلف المستأجر) لأصالة عدم الزائد. وقيل: يتحالفان كما لو اختلفا في قدر المستأجر^(٢)، لأن كلاً منهما مدع ومنكر. وهو ضعيف، لاتفاقهما على وقوع العقد، ومقدار العين^(٣)، والمدة، وإنما تخالفا على القدر الزائد عما يتفقان عليه، فيحلف منكره.

❦ الأمر المزبور ضمان، نعم لا يستحق أجرة بعد حلف المالك. وبهذا البيان ظهر أن الدعوى مختصة بالخياط ولم تتحقق دعويان حتى يكون مورداً للتحالف. نعم لو كان نزاعهما في تعيين العمل المستأجر عليه قبل قطع الثوب إتجه التحالف وانفساخ الإجارة، فليتأمل.

(١) ويحتمل أنه يضمن أرش ما بين كونه مقطوعاً قيصاً وقاشاً لو ادعى عدم الإذن في أن يخطه قباً، فليتأمل. ولكن عليه ضمان ما يحدث من الأرش بسببه أيضاً، كالثوب المغصوب إذا أحدث فيه الفاصب عيباً، فإن له نزعها إذا ردّه وعليه الأرش.

(٢) أي يتحالفان وبطل الإجارة كما مر.

(٣) مع أن ضابط التحالف أن لا يتفقا على شيء، كما لو قال: آجرتك الدار، فقال: بل الحمام مثلاً.

كتاب الوكالة

«الوكالة» بفتح الواو وكسرها. (وهي استئابة في التصرف) بالذات^(١)، لئلا يرد الاستئابة في نحو القراض والمزارعة والمساقاة. وخرج بقيد «الاستئابة» الوصية بالتصرف، فإنها إحداث ولاية لاستئابة، وب«التصرف» الوديعة، فإنها استئابة في الحفظ خاصة.

وتفتقر إلى إيجاب وقبول^(٢)، لأنها من جملة العقود وإن كانت جائزة. (وإيجابها: وكُلتك، أو استئبتك) أو ما شاكله من الألفاظ الدالة على الاستئابة في التصرف، وإن لم يكن على نهج الألفاظ المعتبرة في العقود^(٣) (أو الإستيجاب والإيجاب) كقوله: وكُلتني في كذا، فيقول: وكُلتك (أو الأمر بالبيع والشرء) كما دلّ عليه قول النبي ﷺ لعروة البارقي: إشتَرْنَا شاةً. (وقبولها قولِي) كقبُلت، ورضيت، وما أشبهه (وفعليُّ) كفعله ما أمره بفعله (ولا

(١) أي هي المقصود الأولي الأصلي، بخلاف القراض والمزارعة والمساقاة، فإن التصرف فيه بالتَّبع.

(٢) ويكفي في كل من الإيجاب والقبول هنا ما دلّ عليها ولو بالإشارة المفهمة في الأول والفعل الدالّ على الرضا في الثاني، بلا خلاف ظاهر.

(٣) وذلك لأنها استئابة وإذن في التصرف، وهو إباحتة ورفع حَجْر - هكذا عن المسالك.

(٤) (المغني لأبن قدامة ج: ٥ ص ٤٥).

يُشترط فيه) أي في القبول (الفورية) بل يجوز تراخيه عن الإيجاب وإن طال المدة (فإن الغائب يُؤكَّل) والقبول متأخر^(١). وكان جواز توكيل الغائب موضع وفاق^(٢)، فلذا جعله شاهداً على الجواز، وإلا فهو فرع المدعى .

(ويُشترط فيها التجيز) فلو عُلقَت على شرط متوقَّع كقدوم المسافر، أو صفة^(٣) مترقِّبة كطلوع الشمس لم يصح .

وفي صحة التصرف بعد حصول الشرط، أو الصفة بالإذن الضمني قولان، منشؤها: كون^(٤) الفاسد يمثل ذلك إنما هو العقد، أما الإذن الذي هو مجرد إباحة تصرف فلا^(٥)، كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً فقال: «بيع كذا على أن لك العُشْر من ثمنه» فتفسد الوكالة دون الإذن. ولأن الوكالة أخص من مطلق الإذن، وعدم الأخص أعم من عدم الأعم، وأن الوكالة ليست أمراً زائداً على الإذن، وما يزيد عنه

(١) جملة حالية، أي والحال أن القبول متأخر في توكيله.

(٢) هذا إيراد على تعليل المصنف قدس سره على جواز التراخي، وهو قوله: فإن الغائب يؤكَّل. وحاصله: إن جواز توكيل الغائب لا يهدَّ أن يكون موضع وفاق حتى يمكن جعله دليلاً وشاهداً على جواز التراخي، وإلا لا يصلح أن يكون دليلاً على المدعى، لأنه فرعه. وحاصله: إن المناسب الاستدلال بالإجماع أولاً على جواز توكيل الغائب ثم جعله دليلاً على جواز التراخي حتى ترتفع غائلة الدور، إذ لولا الإجماع المزبور للزم جواز توقف توكيل الغائب على جواز التراخي وبالعكس. فليتأمل.

(٣) الشرط في الإصطلاح ما احتمل وقوعه وعدمه، والصفة ما يقطع بوقوعه في المستقبل كطلوع الشمس مثلاً.

(٤) هذا دليل الجواز.

(٥) أي فلا يكون فاسداً.

من مثل الجُعْلُ أمر زائد عليها، لصحتها بدونها^(١)، فلا يُعْقَلُ فسادها مع صحته^(٢).
(ويصح تعليق التصرف^(٣) مع تنجيز الوكالة، بأن يقول: «وكلتك في كذا، ولا تنصرف إلا بعد شهر»، لأنه بمعنى اشتراط أمر سائق زائد على أصلها الجامع لشرائطها التي من جملتها التنجيز وإن كان في معنى التعليق، لأن العقود المتلقاة من الشارع منوطة بضوابط، فلا يقع بدونها وإن أفاد فائدتها^(٤).
(وهي جائزة من الطرفين) فلكلٍّ منها إبطاها في حضور الآخر وغيبته. لكن إن عزل الوكيل نفسه بطلت مطلقاً^(٥) (ولو عزله) الموكل (اشتراط علمه) بالعزل، فلا

-
- (١) أي لصحة الوكالة بدون الجُعْل.
- (٢) أي لا يُعْقَلُ فساد الوكالة مع صحة الإذن، ولكن التحقيق: أن الإذن إن كان مطلقاً ولم يكن مقيّداً بصحة الوكالة فلا إشكال في صحة التصرف بعد حصول الشرط أو الصفة، وأما إن كان مقيّداً بصحة الوكالة فلا يجوز التصرف مع فسادها. وهذا يظهر أن الوكالة أمر زائد على مطلق الإذن، فقلوه «فلا يُعْقَلُ فسادها مع صحته» وجهه غير ظاهر.
- (٣) أي تعليق التصرف على شيء معين مع تنجيز الوكالة، بأن يقول: وكلتك الآن في بيع داري مثلاً ولا تبعها إلا بعد شهر.
- (٤) أي فائدة العقود مع الضوابط. ولا يتوهم أن هذا هو التعليق، لأن المراد به اشتراط تأخير وقوع أثر الوكالة لاستحقاق وقوعه الحاصل بعقد الوكالة، ضرورة أن هذا الإستحقاق يتحقق بمجرد العقد، فالإستنباطة حاصلة بالفعل وإن لم يجز له التصرف إلا بعد شهر.
- وربما يتخيل: أن الإستنباطة مع عدم جواز التصرف لغو لا فائدة فيها. وفيه: إن المساعدة لا تنحصر في التصرف بل تظهر فائدتها بغير ذلك، كدعوى التلف ونحوها، فإنه يُسمع منه لأنه أمين، ونحو ذلك. ونظيره من حيث عدم جواز تصرف الوكيل مع تحقق الوكالة أمر الموكل بعدم التصرف يوماً مثلاً، وهذا واضح.
- (٥) أي سواء أعلمه الموكل أم لا، بخلاف عزل الموكل له. وقد اختلفوا في بقاء إذنه بعد عزل

ينعزل بدونه في أصح الأقوال .

والمراد بالعلم هنا بلوغه الخبر بقول من يقبل خبره ، وإن كان عدلاً واحداً ، لصحيفة^(١) هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام . ولا عبرة بخبر غيره وإن تعدد ، ما لم يحصل به العلم أو الظن المتأخّر له^(٢) .

(ولا يكتفي) في انعزاله (الإشهاد) من الموكل على عزله على الأقوى ، للخبر السابق ، خلافاً للشيخ وجماعة .

(و) حيث كانت جائزة (تبطل بالموت والجنون والإغفاء) من كل واحد منهما ، سواء طال زمان الإغفاء أم قصر^(٣) ، وسواء أطبق الجنون أم كان أدواراً ، وسواء علم الموكل^(٤) بعروض المبطل أم لم يعلم ، (وبالحجر على الموكل فيما وكل فيه) بالسفقه والفلس ، لأن منعه من مباشرة الفعل يقتضي منعه من التوكيل فيه .

وفي حكم الحجر طرؤ الرق على الموكل ، بأن كان حريباً فاسترقى ، ولو كان وكيلاً

⇒ نفسه ، ووجه عدم بقاء إذنه بإبطاله لعقد الوكالة الذي هو المناط لجواز التصرف ، وذلك لأن الإذن المتحقق في ضمن عقد الوكالة لا يبقى بعد إبطال وكالة نفسه بالعزل ، كما لا يخفى .

(١) الوسائل ، أحكام الوكالة ، الباب : ٢ ، الحديث : ١ .

(٢) أي الظن المتقارب بالعلم . ولا يخفى : أنه لا يعلم له وجه إلا أن في محاورات العرف يُعتمد على مثل هذا الظن معاملةً للعلم .

(٣) هذا ظاهر إشارة إلى خلاف العامة ، قال في الجواهر : ولا فرق عندنا بين طول زمان الإغفاء وقصره ، ولا بين إطباق الجنون وإدواره ، ولا بين علم الوكيل بعروض المبطل وعدمه . إنتهى .

(٤) هذا على الظاهر من سهو القلم ، والصحيح « علم الوكيل » كما نقلناه عن الجواهر . وهكذا أيضاً في المسالك . وهذا بملاحظة أن هذا التفصيل إنما هو في صورة عزل الموكل إياه . فإنه يُعتبر علم الوكيل به كما مرّ لا فيما نحن فيه .

أصبح بمنزلة توكيل عبد الغير^(١).

(ولا تبطل بالنوم ولو تناول) لبقاء أهلية التصرف (ما لم يؤدّ إلى الإغماء) فتبطل من حيث الإغماء لا من حيث النوم. ومثله^(٢) السكر، إلا أن يُشترط عدالته كوكيل الوكيل والولي^(٣) (وتبطل بفعل الموكل ما تعلقت به الوكالة) كما لو وكله في بيع عبد ثم باعه. وفي حكمه فعله ما ينافيها كعتقه.

(وإطلاق الوكالة في البيع يقتضي البيع بضمن المثل) إلا بنقصان عنه يتسامح بمثله عادة كدرهم في مائة، وإلا مع وجود باذل لأزيد منه فلا يجوز الاقتصار عليه، حتى لو باع بخيار لنفسه^(٤) فوجد في مدة الخيار باذلاً للزيادة وجب عليه الفسخ إن تناولت وكالته له^(٥)، إلا أن يعيّن له قدرأً فلا يجب تحصيل الزائد،

(١) فلا يصح إلا بإذن المولى الذي اشتراه.

(٢) أي مثل النوم في عدم البطلان السكر، والمراد به الاختياري، بقرينة ذكر العدالة، وإن كان الإضطراري أيضاً كذلك، فلا تبطل إلا أن يؤدي إلى الإغماء.

(٣) أي كوكيل الوكيل ووكيل الولي.

(٤) أي لو باع من غيره واشترط الخيار لنفسه.

(٥) أي تناولت وكالته لجعل الخيار لنفسه، بأن أذن له في جعل الخيار لنفسه، وإلا لا يجوز بدون إذن الموكل جعل الخيار لنفسه، أي لا قاعدة له إثباتاً أو نفياً بحسب النقل بحيث لا تنخرم، أي لا تنطرق الخدشة فيه.

ولم يتعرض المصنف ولا الشارح قدس سرهما للموارد المشكوكة في أن يقتضي الأصل العملي أي شيء، والتحقيق أن مقتضى الأصل البراءة عن قيد المباشرة، لما تقرر في مبحث الإشتغال في دوران الأمر بين الأقل والأكثر قيداً أو شرطاً البراءة عن الأكثر، ففي الموارد المشكوكة لا مانع من الإتيان به ولو بالتسبيب، فليتأمل.

وإن بذل (حالاً) فلا يجوز بالمؤجل مطلقاً^(١) (بنقد البلد) فإن اتحد تَعَيَّن وإن تعدَّد باع بالأغلب ، فإن تساوت النقود باع بالأنفع للموكل ، فإن استوت نفعاً تحيَّر .
 (وكذا) التوكيل (في الشراء) يقتضيه بضمن المثل حالاً بنقد البلد (ولو خالف) ما اقتضاه الإطلاق أو التصيص (ففضولي) يتوقف بيعه وشراؤه على إجازة المالك .
 (وإنما تصح الوكالة فيما لا يتعلّق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر بعينه كالعتق) فإن غرضه فيه فَكَّ الرّقبة سواء أخذته المالك أم غيره (والطلاق) فإن غرضه منه رفع الزوجية كذلك .
 ومثله النكاح (والبيع) وغيرها من العقود والإيقاعات (لا فيما تعلّق) غرضه بإيقاعه من مباشر بعينه .

ومرجع معرفة غرضه في ذلك وعدمه إلى النقل ، ولا قاعدة له لا تنخرم . فقد علّم تعلّق غرضه بمجملّة من العبادات ، لأن الغرض منها امتثال المكلف ما أُمِر به وإنقياده وتذلُّله بفعل الأمور به ، ولا يحصل ذلك بدون المباشرة (كالطهارة) ، فليس له الإستنابة فيها أجمع ، وإن جاز في غَسَل الأعضاء ومسحها حيث يعجز عن مباشرتها ، مع توكّلة النية . ومثل هذا لا يُعدّ توكيلاً حقيقياً ، ومن ثمّ يقع ممن لا يجوز توكيله كالمجنون ، بل استعانة على إيصال المطهّر إلى العضو كيف اتفق .

(والصلاة الواجبة في) حال (الحياة) فلا يُستناب فيها مطلقاً^(٢) إلا زكعتا الطواف ، حيث يجوز استنابة الحي في الحج الواجب ، أو فيها خاصة^(٣) على بعض

(١) أي زاد على ثمن المثل أم لا .

(٢) أي مع العجز وعدمه .

(٣) أي بدون الحج ، كمن نسي صلاة الطواف فله أن يستناب فيها في صورة عدم إمكان

الوجه .

واحترز بالواجبة عن المندوبة ، فيصح الإستئابة فيها في الجملة ، كصلاة الطواف المندوب ، أو ^(١) في الحج المندوب وإن وجب ، وصلاة الزيارة . وفي جواز الإستئابة في مطلق النوافل وجه . وبالجملة فضبط متعلق غرض الشارع في العبادات وغيرها يحتاج إلى تفصيل ، ومستند ثقلي .

(ولا بد من كمال المتعاقدين) بالبلوغ والعقل ، فلا يؤكّل ولا يتوكّل الصبي والمجنون مطلقاً ^(٢) (وجواز تصرف الموكّل) فلا يؤكّل المحجور عليه فيما ليس له مباشرة . وخَصَّ الموكل لجواز كون المحجور في الجملة وكيلاً لغيره فيما حُجِر عليه فيه من التصرف كالفقيه ، والمفلس مطلقاً ^(٣) ، والعبد بأذن سيده .

(وتجاوز الوكالة في الطلاق للحاضر) في مجلسه (كالفائب) على أصح القولين ، لأن الطلاق قابل للنأيابة ، وإلا لما صح توكيل الفائب . ومنع الشيخ من توكيل الحاضر فيه ^(٤) إستناداً إلى رواية ^(٥) ضعيفة السند قاصرة الدلالة .

(ولا يجوز للوكيل أن يوكل إلا مع الإذن صريحاً) ولو بالتعميم كـ «إصنع ما

➤ الرجوع إلى مكة . مع أن الإحتياط الواجب أن لا يكتبي به ، بل يصلي هو أيضاً في محل الذكر .

(١) عطف على قوله «فيها» ، أي فتصح الإستئابة في الحج المندوب ، فتدخل فيه الصلاة وإن وجب الحج المندوب بالشروع فيه على النائب ، إذ الحج بالشروع فيه يجب إتمامه وإن كان مستحباً .

(٢) سواء كان بأذن الولي أم لا .

(٣) أي ولو لم يأذن لها الولي .

(٤) أي في الطلاق .

(٥) [الوسائل ، باب ٣٩ من مقدمات الطلاق ، حديث : ٥] .

شئت» (أو فحوى، كاتساع متعلقها) بحيث تدلّ القرائن على الإذن له فيه، كالزراعة في أماكن متباعدة لا تقوم إلا بمساعد. ومثله عجزه عن مباشرته، وإن لم يكن متسّعاً مع علم الموكل به^(١) (وتزفّع الوكيل عما وكّل فيه عادةً) فيأن توكيله حينئذ يدلّ بفحواه على الإذن له فيه، مع علم الموكل بترفعه عن مثله، وإلا لم يجوز لأنه مستفاد من القرائن، ومع جهل الموكل بحاله ينتفي.

وحيث أذن له في التوكيل فإن صرح له^(٢) بكون وكيله وكيلاً عنه أو عن الموكل لزمه^(٣) حكم من وكله، فينعزل في الأول بانعزاله، لأنه فرعه، وبعزل كل منهما له^(٤)، وفي الثاني لا ينعزل إلا بعزل الموكل^(٥)، أو بما أبطل توكيله^(٦).

وإن أطلق^(٧) في كونه وكيلاً عنه أو عن الموكل، أو تخيّر الوكيل في توكيله عن أيهما شاء، أوجه^(٨). وكذا مع استفادته من الفحوى، إلا أن كونه هنا وكيلاً عن الوكيل

(١) أي مع علم الموكل بعجزه عن مباشرته.

(٢) أي صرح الموكل للوكيل بكون الوكيل وكيلاً عنه، أي عن الموكل الثاني.

(٣) أي لزم الوكيل الثاني حكم من وكله وهو الموكل أو الوكيل، فينعزل في الأول - وهو كونه وكيلاً للوكيل - بانعزاله، لأنه فرعه.

(٤) أي وينعزل الوكيل الثاني بعزل كل من الموكل والوكيل. ولا يخفى: أن هذا في صورة شمول الإذن للعزل أيضاً أو لزمه مع المصلحة، وإلا فلا يجوز للوكيل العزل. وهذا واضح بعد التأمل.

(٥) في الثاني، أي في صورة كون الوكيل الثاني وكيلاً عن الموكل الأول، فلا ينعزل إلا بعزله، لأنه في الفرض وكيله، فليس لغيره عزله.

(٦) كالجنون ونحوه.

(٧) أي لم يصرح ولم يبيّن بكون وكيله وكيلاً عنه أو عن الموكل.

(٨) ولكن لا يمكن الإلتزام بشيء منها ما لم يكن هناك قرينة تدل على إحداها، فلا يترتب

أوجه .

(ويُستحب أن يكون الوكيل تام البصيرة) فيما وُكِّل فيه ، ليكون ملياً^(١) بتحقيق مراد الموكل (عارفاً باللغة التي يُحاور بها) فيما وُكِّل فيه ، ليحصل الغرض من توكيله . وقيل : إن ذلك واجب . وهو^(٢) مناسب لمعنى الشرط بالنسبة إلى الأخير .

(ويُستحب لذوي المروءات) وهم أهل الشرف والرِّفعة والمروءة (التوكيل في المنازعات) ويكره أن يتولوها بأنفسهم ، لما يتضمن من الإمتحان^(٣) والوقوع فيما يكره ، رُوي^(٤) « أن علياً عليه السلام وُكِّل عقيلاً في خصومة ، وقال : إنَّ للخصومة قُحماً^(٥) ، وإن الشيطان ليحضرها ، وإني لأكره أن أحضرها » . والقُحْم بالضم المهلكة ، والمراد

⇒ على ذكرها أثر عملي .

(١) أي مقتدراً بتحقيق مراد الموكل .

(٢) أي هذا الوجوب مناسب لمعنى الشرط في الأخير ، وهو كونه عارفاً باللغة ليحصل الغرض ، بخلاف الأول ، فإنه يحصل الغرض بدون تمامية بصيرته . فليتأمل .

وحاصله : إن المراد بالوجوب على هذا القول هو الوجوب الإرشادي لا التكليفي الذي هو أحد الأحكام الخمسة التكليفية . والمراد بالإستحباب هنا أيضاً ذلك ، لا الإستحباب الذي هو أحد الأحكام الخمسة . فليتأمل .

(٣) الإمتحان أي الإحتقار .

(٤) قيل لم توجد الرواية عن طريق الخاصة ، وإنما رواها ابن قدامة في المغني ج ٥ ص ٧٥ .

(٥) لا يخفى : أن المستفاد من التعليل عموم الكراهة لغير ذوي المروءات أيضاً وإن تأكدت فيهم ، ولا ينافي ذلك محاصرة علي عليه السلام مع رجل رُئي عنده درع طلحة ، فقال له : إنها درع طلحة أخذت غلواً يوم البصرة ، فأنكره ودعاه إلى شرع القاضي ، فضى عليه معه إليه . وهي مشهورة . وهكذا محاصرة النبي صلى الله عليه وآله مع صاحب الناقة ، وذلك لوجود الضرورات الرافعة للكراهية في حقهم . والله العالم .

هنا أنها تُقحم بصاحبها إلى ما لا يريد.

(ولا تبطل الوكالة بارتداد الوكيل) من حيث إنه ارتداد، وإن كانت قد تبطل من جهة أخرى في بعض الموارد، ككونه وكيلاً على مسلم، فإنه في ذلك يحكم الكافر. ولا فرق بين الفطري وغيره وإن حكم ببطلان تصرفاته لنفسه.

(ولا يتوكل المسلم للذمي على المسلم^(١))، على قول (الشيخ، والأقوى الجواز على كراهية، للأصل^(٢)) (ولا الذمي على المسلم لمسلم، ولا لذمي قطعاً) فيها، لاستلزامها إثبات السبيل للكافر على المسلم المنفي بالآية^(٣) (وباقى الصور جائزة وهي ثمان^(٤)) باضافة الصور الثلاث المتقدمة إلى باقيةا. وتفصيلها: أن كلاً من الموكل والوكيل والموكل عليه إما مسلم أو كافر^(٥)، ومنه يتشعب الثمان بضرب قسمي الوكيل في قسمي الموكل، ثم المجتمع في قسمي الموكل عليه. ولا فرق في الكافر بين الذمي وغيره^(٦) كما يقتضيه التعليل^(٧).

(١) أي لا يتوكل المسلم للذمي على تحصيل حق من المسلم للذمي.

(٢) أي أصالة الجواز، مع أن للذمي مطالبة المسلم بالحقوق لنفسه، فللمسلم بطريق أولى.

(٣) وهي ﴿لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ النساء: الآية ١٤٠.

(٤) أي جميع الصور الثمان لا خصوص الجائزة، كما ربما يتوهم.

(٥) وبعبارة أخرى: إن الموكل إما مسلم أو كافر، وعلى التقديرين فالوكيل إما مسلم أو كافر، وعلى التقديرات الأربعة فالموكل عليه إما مسلم أو كافر. فنهما صورتان لا تصح الوكالة فيها إجماعاً وهما وكالة الكافر على المسلم لكافر أو مسلم، وواحدة مختلف فيها وهي وكالة المسلم للكافر على المسلم ونسب المشهور الكراهة، وباقي الصور جائزة.

(٦) قال في محكي الرياض: ولعل اقتصار الأصحاب على الذمي إما للتنبية بالأدنى على الأعلى أو لكون الوكالة بين المسلم الذمي هو الغالب في بلاد الاسلام لتدرة غيره فيها.

(٧) وهو قوله: لاستلزامها إثبات السبيل للكافر على المسلم.

(ولا يتجاوز الوكيل ما حُدَّ له) في طرفي الزيادة والنقصان (إلا أن تشهد العادة بدخوله) - أي دخول ما يتجاوز - في الإذن (كالزيادة في ثمن ما وُكِّل في بيعه) بضمن معين ، إن لم يعلم منه الغرض في التخصيص به (والنقيصة في ثمن ما وُكِّل في شرائه) بضمن معين ، لشهادة الحال غالباً بالرضا بذلك فيها ، لكن قد يتخلف^(١) ، بأن لا يريد الإشطاط في البيع ، أو غيره من الأغراض .

(وتثبت الوكالة بعدلين) كما يثبت بهما غيرها من الحقوق المالية وغيرها .
(ولا تُقبل فيها شهادة النساء منفردات) لاختصاصها بما يعسر اطلاع الرجال عليه ، والوصية^(٢) كما سلف في بابها (ولا منظمات) إلى الرجال ، لاختصاصها حينئذ بالمال وما في حكمه^(٣) . والوكالة ولاية على التصرف وإن ترتب عليها المال لكنه غير مقصود .

(ولا تثبت بشاهد وعين) لما ذُكر^(٤) ، إلا أن يشتمل على جهتين^(٥) ، كما لو ادعى شخص على آخر وكالةً بجعلٍ وأقام شاهداً وامرأتين ، أو شاهداً وحلف معه ، فالأقوى ثبوت المال ، لا الوكالة وإن تبعضت الشهادة - كما لو أقام ذلك بالسرقة - يثبت المال لا القطع . نعم لو كان ذلك^(٦) قبل العمل لم يثبت شيء (ولا بتصديق الغريم)

(١) أي قد يتخلف الحال ، بأن لا يريد التجاوز عن الحد المتعارف في السعر . والإشطاط في البيع أو غيره : مجاوزة الحد . فحينئذ يلزم الاقتصار على مراد الموكل وغرضه .

(٢) أي اختصاص شهادة النساء بالوصية كما تقدم في كتاب الشهادات .

(٣) وذلك كالجناية الموجبة للدية .

(٤) أي من اختصاص ذلك بالمال .

(٥) أي جهة الوكالة وجهة المالية .

(٦) أي قيام الشهادة المذكورة قبل العمل لم تثبت شيئاً ، وذلك لأن الجعل فرع العمل ، وذلك

لمدعي الوكالة عليها^(١) في أخذ حق منه لغيره، لأنه تصديق في حق غيره.
هذا إذا كان الحق الذي يدعي الوكالة فيه عيناً، أما لو كان ديناً ففي وجوب دفعه إليه بتصديقه قولان، أجودهما ذلك، لأنه إقرار في حق نفسه خاصة، إذ الحق لا يتعين إلا بقبض مالكة 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، وفاتها لا يُستدرك^(٢).

نعم، يجوز له تسليمها إليه مع تصديقه له^(٣)، إذ لا منازع له^(٤) الآن ويبقى المالك على حجته، فإذا حضر وصدق الوكيل برئ الدافع. وإن كذبه فالقول قوله^(٥) مع يمينه، فإن كانت العين موجودة أخذها، وله مطالبة من شاء منها بردها، لترتب

⇒ واضح.

(١) أي ولا تثبت الوكالة بتصديق الغريم - وهو المديون - لمدعي الوكالة على الوكالة في أخذ حق من الغريم لغيره، فقوله «على الوكالة» متعلق بقوله «بتصديق الغريم»، أي تصديق الغريم على الوكالة لمدعي الوكالة

(٢) أي فانت العين غير قابل للجبران، لأنها حق لا يُستدرك بعد التلف، وما يُستدرك فهو عوضها.

(٣) وفيه: أنه بحسب القواعد للحاكم منعه من التسليم، لتعلق إقراره في حق الغير الذي لم تثبت الوكالة في حقه بتصديقه، فعلى الحاكم - وهو ولي الغائب - أن يمنعه من التسليم. ولكن في الجواهر ما حاصله: عدم وجدان الخلاف في ذلك، أي في جواز تسليمها إليه. فليتمل.

(٤) أي للغريم.

(٥) أي قول المالك.

أيديهما على ماله : وللدافع مطالبة الوكيل بإحضارها لو طُلب به دون العكس^(١) ، فإن تعذر ردها بتلف وغيره تخير في الرجوع على من شاء منها ؛ فإن رجع على الوكيل لم يرجع على الغريم مطلقاً^(٢) ، لاعترافه ببراءته بدفعها إليه ، وإن رجع على الغريم لم يرجع على الوكيل مع تلفها في يده^(٣) بغير تفريط ، لأنه بتصديقه^(٤) له أمين عنده ، وإلا رجع عليه .

(والوكيل أمين لا يضمن إلا بالتفريط أو التعدي) وهو موضع وفاق .

(ويجب عليه تسليم ما في يده إلى الموكل إذا طُلب به) سواء في ذلك المال الذي وُكِّل في بيعه وثنه والمبيع الذي اشتراه وثنه قبل الشراء وغيرها . وتنبه بقوله « إذا طُلب » على أنه لا يجب عليه دفعه إليه قبل طلبه ، بل معه ، ومع إمكان الدفع شرعاً وعرفاً كالوديعة^(٥) .

(فلو أقر مع الإمكان) أي إمكان الدفع شرعاً ، بأن لا يكون في صلاة واجبة مطلقاً ولا مريداً لها مع تضييق وقتها ، ونحو ذلك من الواجبات المنافية ، أو عرفاً بأن لا يكون على حاجة يريد قضاءها ، ولا في حمام أو أكل طعام ، ونحوها من الأعذار

(١) وهو ما لو طلب المالك الإحضار من الوكيل ، فليس له مطالبة الدافع بالإحضار ، لأنه بزعمه وكيل وقد قبض العين بسبب الوكالة ، فلا يطالب الدافع . ويجرد تصديقه لا يمنع من ذلك .

(٢) أي سواء تلفها في يده بتفريط أم لغیره ، لاعترافه ببراءة الغريم بدفع العين إليه .

(٣) أي مع تلفها في يد الوكيل بغير تفريط .

(٤) أي لأنه بتصديق الغريم له - أي للوكيل - أن الوكيل أمين بزعم الغريم ، فليس له الرجوع إليه وإلا رجع إليه .

(٥) أي كما يجري جميع ذلك في الوديعة .

العرفية (ضمن . وله أن يمتنع) من التسليم (حتى يشهد) على الموكِّل بقبض حقه حذراً من إنكاره ، فيضمن له ثانياً أو يلزمه اليمين .

(وكذا) حكم (كل من عليه حق وإن كان وديعة) يُقبل قوله في ردِّها^(١) ، لافتقاره إلى اليمين ، فله دفعها بالإشهاد وإن كان صادقاً .

ولا فرق في ذلك بين من يكون له على الحق يئنة وغيره ، لما ذكرناه من الوجه^(٢) . هذا هو أجود الأقوال في المسألة .

وفرق بعضهم بين من يُقبل قوله في الردِّ وغيره ، وآخرون بين من عليه بقبض الحق يئنة وغيره . ودفع ضرر اليمين يدفع ذلك كله^(٣) خصوصاً في بعض الناس ، فإن ضرر الغرامة عليهم أسهل من اليمين .

(والوكيل في الوديعة) لمال شخص عند آخر (لا يجب عليه الإشهاد) على المستودع (بخلاف الوكيل في قضاء الدين وتسليم المبيع) فليس له ذلك حتى يُشهد . والفرق أن الوديعة مبنية على الإخفاء بخلاف غيرها ، ولأن الإشهاد على الودعي لا يفيد ضمانه ، لقبول قوله في الردِّ ، بخلاف غيره (فلو لم يُشهد) على غير الوديعة (ضمن^(٤)) لتفريطه إذا لم يكن الأداء بحضرة الموكِّل ، وإلا انتفى الضمان ، لأن التفريط حينئذٍ مستند إليه .

(١) صفة للوديعة ، أي الوديعة التي يقبل قوله في ردِّها .

(٢) وهو الافتقار إلى اليمين .

(٣) أي الأقوال المذكورة .

(٤) أي ضمن الوكيل لو أنكر الدائن قضاء الدين لتفريطه بعدم الإشهاد . ثم هذا إذا لم يكن الأداء بحضرة الموكِّل ، وإلا انتفى ضمان الوكيل ، لأن التفريط حينئذٍ مستند إلى الموكِّل لا الوكيل .

(ويجوز للوكيل تولي طرفي العقد بإذن الموكل) لاتفاء المانع حينئذ . ومغايرة
الموجب للقابل يكفي فيها الاعتبار .
ولو أطلق له الإذن في جواز توليها لنفسه قولان ، منشؤها دخوله في الإطلاق ،
ومن ظاهر الروايات ^(١) الدالة على المنع ، وهو أولى .
واعلم أن تولييه طرفي العقد أعم ^(٢) من كون البيع أو الشراء لنفسه . وموضع
الخلاف مع عدم الإذن تولييه لنفسه ، أما لغيره - بأن يكون وكيلاً لها - فلا إشكال إلا
على القول بمنع كونه موجباً قابلاً ، وذلك لا يفرق فيه بين إذن الموكل وعدمه .
(ولو اختلفا في أصل الوكالة حلف المنكر) لأصالة عدمها ، سواء كان منكرها
الموكل أم الوكيل .

وتظهر فائدة إنكار الوكيل ^(٣) فيما لو كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لأمر لا

(١) [الوسائل ، أبواب عقد النكاح ، الباب : ١٠] .

(٢) وكان هذا بحث مع المصنف قدس سره . وحاصله : إن تولية طرفي العقد الواقعة في العبارة
أعم من كون البيع أو الشراء لنفسه ، مع أن محل الخلاف خصوص تولي طرفي العقد لنفسه ،
إذ لا خلاف في غير هذه الصورة ولا إشكال إلا على القول بمنع كونه موجباً قابلاً ، وذلك لا
يفرق فيه بين إذن الموكل وعدمه .

(٣) وذلك كما لو شرط الوكالة في وقت معين كيوم الجمعة مثلاً وحصل الاختلاف بعد
انقضائه في حصول التوكيل ، فادعاء الموكل ليصير العقد الواقع في ضمنه التوكيل لازماً
وأنكره الوكيل ليصير متزولاً ، فالوكالة المؤقتة المزبورة بعد انقضاء وقتها لا يمكن تداركها
ولا تتلافى حين النزاع ، فيدعي الموكل حصولها ليتم له العقد وينكرها الوكيل ليتزول
وهذا مبني على أن الشرط في العقد اللازم يجعله جائزاً ، بمعنى أنه لو لم يقف بالشرط يتسلط
المشروط له على الفسخ . وفي غير هذه الصورة فلا فائدة في إنكار الوكيل ، لأن الوكالة من
المقود الجائزة ، فللوكيل فسخه متى شاء ، فلا حاجة إلى إنكاره .

يُتْلَافِي حِينَ النِّزَاعِ، فَيَدْعِي الْمَوْكَّلُ حَصُولَهَا لِيَتِمَّ لَهُ الْعَقْدُ، وَيَنْكَرُهَا الْوَكِيلُ لِيَتَزَلْزَلَ وَيَتَسَلَّطَ عَلَى الْفَسْخِ.

(ولو) اختلفا (في الردّ حلف الموكل) لأصالة عدمه، سواء كانت الوكالة بجعل أم لا. (وقيل) يحلف (الوكيل، إلا أن تكون بجعل) فالموكل - أما الأول -^(١) فلأنه أمين. وقد قبض المال لمصلحة المالك، فكان محسناً كالموَدَّعي، وأما الثاني^(٢) فلما مرّ، ولأنه قبض لمصلحة نفسه كعامل القراض والمستأجر.

ويضعّف: بأن الأمانة لا تستلزم القبول^(٣)، كما لا يستلزمه^(٤) في الثاني مع اشتراكهما في الأمانة. وكذلك الإحسان^(٥) والسبيل المنفي مخصوص^(٦)، فإن اليمين سبيل.

(و) لو اختلفا (في التلف) أي تلف المال الذي بيد الوكيل كالعين الموكَّل في بيعها

(١) وهو حلف الوكيل.

(٢) وهو حلف الموكل إذا كانت الوكالة بجعل، فلما مرّ من أصالة عدم الردّ.

(٣) أي قبول قوله.

(٤) أي كما لا يستلزم القبول في الثاني، وذلك لأصالة عدم الردّ.

(٥) أي الإحسان لا يستلزم القبول أيضاً.

(٦) أي والسبيل المنفي في الآية الكريمة (ما على المحسنين من سبيل) عام مُخَصَّص، فإن اليمين عليه سبيل، فالعام المزبور ليس على عمومه، فلا يصلح أن يكون دليلاً على المسألة. لأنه ليس بحجة بعد التخصيص.

هذا حاصل مرامه في الكتاب في هذه المسألة، ولكن في المسالك أجاب عن هذا بقوله: ويمكن الجواب بأن السبيل المنفي نكرة منفية، فتعمّ إلا ما أخرجه الدليل، واليمين ثابت بالإجماع، فكان خارجاً، فيبقى الباقي - إلى آخر ما حققه في هذا المقام، وحاصله: إن العام المخصّص حجة فيما بقي على المختار عند المحققين، فيبقى شاملاً لمورد النزاع.

وشرائها، أو الثمن، أو غيره (حلف الوكيل) لأنه أمين، وقد يتعدّر إقامة البيّنة على التالف، فاقْتَنِعَ بقوله وإن كان مخالفاً للأصل. ولا فرق بين دعواه التالف بأمر ظاهر^(١) وخفي.

(وكذا) يحلف لو اختلفا (في التفريط) والمراد به ما يشمل التعدي، لأنه منكر (و) كذا يحلف لو اختلفا (في القيمة) على تقدير ثبوت الضمان^(٢)، لأصالة عدم الزائد.

(ولو زوّجَه امرأةٌ بدعوى الوكالة) منه (فأنكر الزوج) الوكالة (حلف) لأصالة عدمها (وعلى الوكيل نصف المهر) لرواية^(٣) عمر بن حفظة عن الصادق عليه السلام، ولأنه فسّخ قبل الدخول فيجب معه نصف المهر كالطلاق (ولها التزويج) بغيره لبطلان نكاحه بإنكاره الوكالة (ويجب على الزوج^(٤)) فيما بينه وبين الله تعالى (الطلاق إن كان وَكَلَّ) في التزويج، لأنها حينئذ زوجته فإنكارها وتعريضها للتزويج بغيره مُحَرَّم (ويسرق نصف المهر إلى الوكيل) للزومه بالطلاق، وغرم الوكيل له بسببه^(٥).

(وقيل: يبطل) العقد (ظاهراً، ولا غرم على الوكيل) لعدم ثبوت عقد حتى يحكم بالمهر أو نصفه، ولأنه على تقدير ثبوته إنما يلزم الزوج، لأنه عوض البُضع، والوكيل ليس بزوجة. والحديث ضعيف السند، وإلا لما كان عنه عدول مع عمل

(١) بلا خلاف في الظاهر، بل عليه الإجماع في ظاهر المسالك، حيث قال: عندنا.

(٢) وذلك كما لو ثبت الضمان بإقرار الوكيل التفريط أو بيّنة الموكل ولكن اختلفا في قيمة التالف، فحينئذ يحلف الوكيل على عدم الزائد لأصالة عدمه.

(٣) [الوسائل، كتاب الوكالة، الباب ٤، الحديث: ١].

(٤) أي الزوج المنكر للوكالة.

(٥) أي بسبب الزواج.

الأكثر بمضمونه . والتعليل بالفسخ فاسد^(١) ، فالقول الأخير قوي .
نعم ، لو ضمن الوكيل المهر كله أو نصفه لزمه حسب ما ضمن .
وإنما يجوز للمرأة التزويج إذا لم تصدّق الوكيل عليها^(٢) ، وإلا لم يجوز لها التزويج قبل الطلاق ، لأنها بزعمها زوجة ، بخلاف ما إذا لم تكن عاملة بالحال . ولو امتنع من الطلاق حينئذ لم يُجَبَر عليه ، لانتهاء النكاح ظاهراً ، وحينئذ في تسلّطها على الفسخ دفْعاً للضرر ، أو تسلّط الحاكم عليه أو على الطلاق ، أو بقاءه كذلك حتى يطلق أو يموت ، أو جه .

ولو أوقع الطلاق معلقاً على الشرط - كان كانت زوجتي فهي طالق - صح ، 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 .
(ولو اختلفا في تصرّف الوكيل) بأن قال : بعث ، أو قبضت ، أو اشتريت (حلف) الوكيل ، لأنه أمين وقادر على الإنشاء . والتصرف إليه ومرجع الاختلاف إلى فعله ، وهو أعلم به .
(وقيل) : يحلف (الموكل) لأصالة عدم التصرف ، وبقاء الملك على ماله ، والأقوى الأول .

ولا فرق بين قوله في دعوى التصرف ، « بعث » و « قبضت الثمن » و « تلف في يدي » ، وغيره ، لاشتراك الجميع في المعنى ودعوى التلف أمر آخر^(٣) .

(١) وذلك لأن مثل هذا لا يصدق عليه الفسخ كما هو ظاهر .

(٢) أي إذا لم تصدّق الزوجة الوكيل على الوكالة .

(٣) أي أمر آخر لا دخل له في حصول التصرف وعدمه . وهذا إشارة إلى عدم احتياج تقييد

(وكذا الخلاف لو تنازعا في قدر الثمن الذي اشترى به السلعة) كأن قال الوكيل: «إشتريته بمائة» والحال أنه يساوي مائة، يمكن^(١) صحة البيع، فقال الموكل: «بل بمائتين»، يُقدّم قول الوكيل، لأنه أمين، والاختلاف في فعله، ودلالة الظاهر على كون الشيء إنما يباع بقيمته، وهو الأقوى.

وقيل: قول الموكل، لأصالة براءته من الزائد، ولأن في ذلك إثبات حق للبائع عليه^(٢)، فلا يُسمع.

⇒ التصرف بكون الثمن قد تلف في يد الوكيل، كما ذكره بعضهم تبعاً لما حكى عن العلامة في التحرير من التقييد بذلك، لأن الكلام في دعوى الوكيل التلف قد ذكر سابقاً، وهو أمر خارج عن هذه المسألة.

(١) هذا تعليل لزيادة القيد الأخير، وهو قوله: والحال أنه يساوي مائة. وإلا لم يكن الشراء صحيحاً، لما تقدم من أنه مع الإطلاق يقتضي أن يكون ثمن المثل.

(٢) أي ولأن في تقديم قول الوكيل إثبات حق للبائع على الموكل، فلا يُسمع هذا من الوكيل، وهذا واضح.



مرکز تحقیقات اسلامی علوم اسلامی

كتاب الشفعة

(الشفعة - وهي) فُعلة من قولك : « شفعت كذا بكذا » إذا جعلته شَفْعاً به أي زوجاً ، كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب شريكه . وأصلها التقوية والإعانة ، ومنه الشفاعة والشفْع^(١) .

وشرعاً (استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته) ولا يحتاج إلى قيد الإتحاد^(٢) وغيره مما يُعتبر في الإستحقاق ، لاستلزام الإستحقاق له^(٣) . وإنما يفتقر إلى ذكرها^(٤) في الأحكام .

ولا يرد النقض في طرده^(٥) بشراء الشريك حصة شريكه ، فإنه بعد البيع يصدق « استحقاق الشريك الحصة المبيعة في شركته » ، إذ ليس في التعريف أنها مبيعة لغيره أو له^(٦) ، وكما يصدق « الإستحقاق » بالأخذ يصدق بنفس الملك .

(١) لأن الشفاعة تقوية وإعانة ، وكذلك الشَّفْع ، فإن الوَثْر يتقوى إذا ضُم إليه فرد آخر .

(٢) أي اتحاد الشريك ، بأن يكون الشريك واحداً ، وغيره من القيود التي تأتي .

(٣) أي لما ذكر من الإتحاد وغيره ، إذ الإستحقاق لا يتحقق بدون القيود المذكورة .

(٤) أي ذكر تلك القيود من الإتحاد وغيره .

(٥) أي في كونه مانعاً من الأغيار .

(٦) هذا بيان لورود النقض وأنه كما يصدق الإستحقاق بالأخذ بالشفعة كذلك يصدق بنفس الملك أيضاً .

ووجه دفعه: أن الإستحقاق المذكور هنا للشريك المقتضي لكونه شريكاً^(١) حال شركته، والأمر في البيع ليس كذلك، لأنه حال الشركة غير مستحق، وبعد الإستحقاق ليس بشريك، إذ المراد بالشريك هنا الشريك بالفعل، لأنه المعتبر شرعاً، لا ما كان فيه شريكاً مع ارتفاع الشركة، نظراً إلى عدم اشتراط بقاء المعنى المشتق منه في المشتق^(٢).

نعم، يمكن ورود ذلك مع تعدد الشركاء إذا اشترى أحدهم نصيب بعضهم مع بقاء الشركة في غير الحصة المبيعة.

ولو قيد المبيع^(٣) بكونه لغير المستحق، أو علق الإستحقاق بتملك الحصة، فقال: «استحقاق الشريك تملك الحصة المبيعة» إلى آخره سلم من ذلك، لأن استحقاق التملك غير استحقاق الملك.

(١) قوله «لكونه» متعلق بقوله «المقتضي»، ومرجع الضمير هو المستحق، وقوله «حال شركته» خبر إن. وحاصله: إن الإستحقاق لما قيد بالإضافة إلى الشريك اقتضى كون المستحق شريكاً حال الشركة - أي شريكاً بالفعل - لا من كان شريكاً مع ارتفاع الشركة بالفعل. - -

(٢) وذلك لأن المعتبر شرعاً في إطلاق «الشريك» وغيره من المشتقات هو الإتيان بالمبدأ بالفعل، وإن سلم كونه حقيقة لغة في الماضي أيضاً.

(٣) أي لو قيد المبيعة التي وقعت في التعريف بكونها لغير مستحق الحصة، بمعنى أن يكون مشتري الحصة غير مستحقها، أو علق الإستحقاق بتملك الحصة سلم من النقض، وبعبارة أخرى: لو زاد في التعريف أحد أمرين فقال: استحقاق الشريك الحصة المبيعة لغير الشريك في شركته، أو قال: استحقاق الشريك ملك الحصة - الخ، سلم من النقض بعدم الطرد.

(ولا تثبت لغير) الشريك (الواحد) على أشهر القولين، وصحيح الأخبار^(١) يدل عليه. وذهب بعض الأصحاب إلى ثبوتها مع الكثرة، استناداً إلى روايات^(٢) معارضة بأقوى منها.

(وموضوعها) وهو المال الذي تثبت فيه على تقدير بيعه (ما لا يُنقل، كالأرض والشجر) إذا بيع منضماً إلى مفرسه لا منفرداً. ومثله البناء، فلو اشتركت غرفة بين اثنين دون قرارها فلا شفعة فيها، وإن انضمت إلى أرض غيره - كالشجر إذا انضم إلى غير مفرسه.

(وفي اشتراط إمكان قسمته^(٣) قولان) أجودهما اشتراطه، لأصالة عدم ثبوتها في محل النزاع^(٤)، وعليه شواهد من الأخبار^(٥)، لكن في طريقها ضعف. ومن لم يشترط نظر إلى عموم أدلة ثبوتها، مع ضعف المخصص. وعلى الأول فلا شفعة في الحسام الصغير، والعصائد^(٦) الضيقة، والنهر، والطريق الضيقين، والرُّحى حيث لا يمكن قسمة أحجارها وبيتها. وفي حكم الضيق قلة النصيب بحيث يتضرر صاحب القليل بالقسمة.

(ولا تثبت) الشفعة (في المقسوم) بل غير المشترك مطلقاً^(٧) (إلا مع الشركة في

(١) [الوسائل، كتاب الشفعة، الباب: ٧، الحديث: ١].

(٢) [الوسائل، كتاب الشفعة، الباب: ٧، الحديث: ٥].

(٣) أي القسمة الإجبارية، أي الواجبة على الشريك إذا أراد شريكه القسمة.

(٤) وهو فيما لا يمكن قسمته، فإنه محل النزاع والخلاف.

(٥) [الوسائل، كتاب الشفعة، الباب: ٨].

(٦) وقد مر. قال في مجمع البحرين: عضادت الباب خشبته من جانبيه في باب القسمة.

(٧) سواء لم يشترك أصلاً أو كان وقَّعَ، إذ بعد القسمة صدق أنه غير مشترك.

المجاز) وهو الطريق (والشُرْب) ^(١) إذا ضمهما في البيع إلى المقسوم .
 وهل يُشترط قبولها القسمة كالأصل ؟ إطلاق العبارة ^(٢) يقتضي عدمه ، وفي
 الدروس اشترطه ، والأقوى الإكتفاء بقبول المقسوم القسمة . نعم ، لو بيعا ^(٣)
 منفردين اعتبر قبولها كالأصل .

(ويُشترط قدرة الشفيع على الثمن) وبذله للمشتري ، فلا شفعة للعاجز ، ولا
 للممتنع مع قدرته ، والمأطل . ويرجع في العجز إلى اعترافه ، لا إلى حاله ^(٤) ، لا مكان
 استدانته . ولا يجب على المشتري قبول الرهن ، والضامن ، والعوض .

(وإسلامه إذا كان المشتري مسلماً) فلا شفعة لكافر مطلقاً ^(٥) على مسلم .
 (ولو ادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام ^(٦)) ولو مَلْفَقَةً ^(٧) ، وفي دخول الليالي
 وجهان ^(٨) . نعم لو كان الأخذ عشية دخلت الليلة تبعاً ، ولا إشكال في دخول الليلتين
 المتوسطين كالإعتكاف ^(٩) . ولو ادعى أنه في بلد آخر أجل زماناً يسع ذهابه وإيابه ،

(١) وهو الحظ والنصيب من الماء .

(٢) أي إطلاق عبارة المجاز والشرب .

(٣) أي المجاز والشرب .

(٤) فإنه يمكن أن يكون عاجزاً بحسب حاله ، ولكن يمكنه الاستدانة .

(٥) أي سواء كان ذمياً أم غيره ، ويُتهم منه ثبوتها للكافر على مثله .

(٦) أي من وقت حضوره للأخذ بالشفعة .

(٧) فإن أمهل في أثناء يوم يتم من اليوم الرابع بقدر ما مضى من اليوم الأول .

(٨) من إطلاق اليوم على ما يشمل الليل ، فيعتبر ثلاثة أيام وثلاث ليالي ولو مَلْفَقَةً ، ومن

عدم تصريح بذلك كما عن بعض المحققين ، فيقتصر على المتيحين .

(٩) أي كما لا إشكال في دخول ليلتين المتوسطين في الإعتكاف وعدم دخول الليلة الأولى

في الإعتكاف ، فكذا هنا .

- وثلاثة^(١) (ما لم يتضرر المشتري) لجُعد البلد عادةً كالعراق من الشام .
وفي العبارة^(٢) « إن تضرر المشتري » يُسقط الإمهال ثلاثة مطلقاً ، والموجود في كلامه في الدروس وكلام غيره اعتباره في البلد النافي خاصةً .
(وتثبت) الشفعة (للغائب) وإن طالت غيبته (فإذا قدم) من سفره (أخذ) إن لم يتمكن من الأخذ في الغيبة بنفسه أو وكيله ، ولا عبرة يتمكن من الإشهاد^(٣) . وفي حكمه المريض ، والمحبوس ظملاً ، أو محق يعجز عنه . ولو قدر عليه^(٤) ولم يطالب بعد . مضي زمان يتمكن من التخلّص والمطالبة بطلت .
(و) كذا تثبت (للصبي والمجنون والسفيه ، ويتولى الأخذ) لهم (الولي مع القبطه^(٥)) لهم في الأخذ كسائر التصرفات . ولا فرق بين كون الشريك البائع هو الولي وغيره ، وكما يأخذ لهم يأخذ منهم^(٦) لو باع عنهم ما هو بشركته ، وكذا يأخذ لأحد
(١) أي زيادة ثلاثة أيام بعد ذلك .
(٢) أي في عبارة المصنف : أُجِّل ثلاثة أيام ما لم يتضرر المشتري . وهذا يقتضي عدم التأجيل مع التضرر ، سواء كان البلد نائباً أم لا . وهذا ينافي كلامه في الدروس من اعتبار التأجيل في خصوص البلد الثاني دون القريب .
(٣) أي لو كان غائباً وأمكنه الإشهاد على المطالبة بالشفعة مع الوصف ولم يشهد لم يبطل حقه بذلك .
(٤) أي ولو قدر على الحق ولم يطالب بالشفعة .
(٥) أي مع المصلحة لهم في الأخذ .
(٦) وذلك كما لو باع الولي حصة أحد الموليين الشريكين ، فللولي أن يأخذ بالشفعة من المشتري للآخر ، وأما الأخذ منهم فكما لو كان الولي شريكاً لغيره فباع الشريك حصته من المولى عليه ، فللولي الأخذ بالشفعة من المولى عليه .

الموئنين نصيب الآخر لو باعه بشركته (فإن ترك^(١) في موضع الثبوت) فلهم عند الكمال الأخذ) إلا إن ترك لعدم المصلحة . ولو جهل الحال^(٢) في استحقاقهم الأخذ نظراً إلى وجود السبب فيستصحب ، أم لا ، التفاتاً إلى أنه مقيّد بالمصلحة ولم تُعلم^(٣) وجهان ، أوجهها الثاني^(٤) .

أما المفلس فتثبت له أيضاً ، لكن لا يجب على الغرماء تمكينه من الثمن ، فإن بذلوه أو رضي المشتري بذمته فأخذ ، تعلّق بالشقص حق الغرماء ، ولا يجب عليه الأخذ ولو طلبوه منه مطلقاً^(٥) .

(ويستحق) الأخذ بالشفعة (بنفس العقد وإن كان فيه خيار) بناءً على انتقال البيع إلى ملك المشتري به ، فلو أوقفناه على انقضاء الخيار - كالشيخ - توقف على انقضائه .

(و) على المشهور (لا يمنع) الأخذ (من التباير) لأصالة بقاء الخيار (فإن اختار المشتري أو البائع الفسخ بطلت) الشفعة وإلا استقر الأخذ .

وجعل بعض الأصحاب 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

(١) أي فإن ترك الولي الأخذ بالشفعة .

(٢) أي ولو جهل الحال في سبب الترك .

(٣) أي لم تُعلم المصلحة .

(٤) أي عدم استحقاقهم الأخذ ، وذلك لعدم العلم بالقيد الذي هو المصلحة في ذلك الوقت .

(٥) أي لو طلب الغرماء الأخذ بالشفعة من المفلس مطلقاً ، سواء بذلوا له الثمن أم أمروه بأخذه في الذمة مع رضي المشتري .

ملكه^(١) والظاهر أن ذلك^(٢) جائز، لا لازم، بل يجوز قبله وإن منع من العين. والفائدة تظهر في النماء وغيره.

واحتمل المصنف في الدروس بطلان خيار المشتري بالأخذ، لانتفاء فائدته، إذ الغرض الثمن وقد حصل من الشفع، كما لو أراد الرد بالعيب فأخذ الشفع. ويضيق: بأن الفائدة ليست منحصرة في الثمن، فجاز أن يريد^(٣) دفع الدرك عنه. (وليس للشفع أخذ البعض، بل يأخذ الجميع أو يدع) لئلا يتضرر المشتري بتبعض الصفقة، ولأن حقه في المجموع من حيث هو المجموع كالخيار، حتى لو قال: «أخذت نصفه» مثلاً بطلت الشفعة، لمنافاته الفورية، حيث تُعتبر. (ويأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد) أي بمثله، لعدم إمكان الأخذ بعينه^(٤)، إلا أن

(١) أي ملك المشتري.

(٢) أي الأخذ بعد انقضاء الخيار جائز لا لازم بحيث يتعين الأخذ بعد انقضاء الخيار، بل يجوز قبله أيضاً وإن منع من العين، إذ ليس له انتزاع العين من المشتري قبل مضي مدة الخيار. وتظهر الفائدة - أي فائدة الأخذ - في النماء، فإنه للشفع، وكذلك تلفه، فإنه عليه إن أخذه الشفع قبل انقضاء الخيار.

(٣) أي فجاز أن يريد المشتري دفع الدرك عن نفسه، فإنه لو لم يفسخ يكون الدرك عليه. ولا يخفى: أنه إن كان المراد بالدرك ظهور كون الشقص مستحقاً للغير يكون البيع باطلاً فلا معنى للخيار، وإن كان المراد به الخسارة الحاصلة من تلف العين في زمن الخيار فإنها تكون على من لا خيار له، فإنه أيضاً من أحكام الخيار. ولكن هذا أيضاً لا يضعف احتمال المصنف، فإنه بعد الأخذ بالشفعة إرتفع حكم الخيار، فاحتمال المصنف قوي جداً. فليتأمل.

(٤) أي عدم إمكان الأخذ بعين الثمن إلا أن يملك من المشتري، وهذا ليس بلازم.

يتملكه، وليس يلزم (ولا يلزمه غيره^(١) من دلالة أو وكالة) أو أجرة نقد^(٢) ووزن، وغيرها، لأنها ليست من الثمن وإن كانت من توابعه.

(ثم إن كان) الثمن (مثلياً فعليه مثله، وإن كان قيمياً فقيمه).
وقيل: لا شفعة هنا، لتعذر الأخذ بالثمن، وعملاً برواية^(٣) لا تخلو عن ضعف وقصور عن الدلالة.

وعلى الأول يُعتبر قيمته (يوم العقد)، لأنه وقت استحقاق الثمن، فحيث لا يمكن الأخذ به تُعتبر قيمته حينئذ. وقيل: أعلى القيم من حينه إلى حين دفعها كالغاصب. وهو ضعيف.

(وهي على الفور) في أشهر القولين، اقتصاراً فيما خالف الأصل^(٤) على محلّ الوفاق، ولما روي^(٥) أنها كحلّ العقال^(٦)، ولأنها شُرعت لدفع الضرر. وربما جاء من

(١) أي غير الثمن الذي وقع عليه العقد.

(٢) أي أجرة صرف الدرهم والدينار، وكذلك أجرة الوزن وغيرها.

(٣) قال فيما حكى عنه في الحاشية: عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى داراً بريق ومتاع وبر وجوهر؟ قال: ليس لأحد فيها شفعة [الوسائل، الباب: ١١ - من أبواب الشفعة، الحديث

١]. وضعف سندها بالحسن بن سباع وهو واقفي، وأما قصورها عن الدلالة فلأنه لم يذكر فيها أن فيها شركة لأحد، فجاز أن تكون الشفعة المنفية للجوار ونحوه ولو سُلّم أنها مشتركة فليس فيها ما يدلّ على أن المانع كون الثمن قيمياً، فجاز كونه غيره، كعدم قبولها القسمة وغيره. وثبّه بذلك على خلاف العلامة في التحرير وغيره حيث جعلها صحيحة دالة على نفي الشفعة في القيمي، وعرفت ضعفها (منه رحمه الله).

(٤) لأن الأصل عدم تسلط أحد على أخذ مال الآخر، فيقتصر على محلّ الوفاق.

(٥) [المغني لابن قدامة، كتاب الشفعة ص ٢٦٩].

(٦) أي كما أن عند حلّ العقال لا بدّ من أخذ البعير وإمساكه وإلا فيفلت منه ويفوته، فكذا

التراخي على المشتري ضرر أقوى ، لأنه إن تصرف كان مغرضاً للنقص ، وإن أهمل إنتفت فائدة الملك .

وقيل : على التراخي ، استصحاباً لما ثبت ، وأصالة^(١) عدم الفورية ، وهو^(٢) مخرج عن الأصل ، والرواية^(٣) عامية . نعم روى علي بن مهزيار عن الجواد عليه السلام^(٤) : إنظاره بالثمن ثلاثة أيام . وهو يؤذن بعدم التراخي مطلقاً ، ولا قائل بالفرق^(٥) . وهذا حسن^(٦) .

وعليه (فإذا علم وأهمل) عالماً مختاراً (بطلت) ويعذر جاهل الفورية كجاهل الشفعة وناسيها . وتقبل دعوى الجهل ممن يمكن في حقه عادة . وكذا يعذر مؤخر الطلب إلى الصبح لو بلغه ليلاً^(٧) ، وإلى الطهارة والصلاة^(٨) ولو

عند علمه بالشفعة يجب الأخذ بها وإلا فيسقط حقه منها ويفوته - هكذا عن الدروس .
(١) أي أصالة إطلاق روايات الباب ، فإنها لا تقييد فيها بالفورية .
(٢) أي ما ذكر من الإستصحاب ، وأصالة عدم الفورية مخرج عن الأصل الذي هو عدم الشفعة .

(٣) المغني لأبن قدامة ، كتاب الشفعة ٢٦ .
(٤) [الوسائل ، كتاب الشفعة ، الباب : ١٠] .
(٥) أي لا قائل بالفرق بين الثلاثة وغيرها ، فلو كان حق الشفعة على التوسعة لم تبطل شفعتها بالتأخير مطلقاً لعدم القائل بالفرق ، فالقول به إحداث قول ثالث ، وهو باطل كما هو محرز في الأصول .

(٦) أي القول بالفورية .
(٧) أي لو بلغه وقوع الشراء ليلاً .
(٨) أي عند حضور وقتها الممهود .

بالأذان والإقامة والسنن المعهودة^(١)، وانتظار الجماعة لها^(٢)، والأكل، والشرب، والخروج من الحمام بعد قضاء وطره منه، وتشجيع المسافر، وشهود الجنازة، وقضاء حاجة طالبها، وعيادة المريض، ونحو ذلك، لشهادة العرف به^(٣)، إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده بحيث لا يمنعه من شغله. **د**

ولابد من ثبوت البيع عنده بشهادة عدلين أو الشياخ، فلا عبرة بخبر الفاسق، والمجهول، والصبي، والمرأة مطلقاً^(٤). وفي شهادة العدل الواحد وجه، واكتفى به المصنف في الدروس مع القرينة. نعم لو صدق^(٥) المخبر كان كتوبته في حقه. وكذا لو علم صدقه بأمر خارج.

(ولا تسقط الشفعة بالفسخ المتعقب للبيع بتقاييل، أو فسخ بعيب^(٦)) أما مع التقاييل فظاهر، لأنه لاحق للعقد، والشفعة تثبت به، فتقدم. وأما مع العيب فلأن

(١) أي السنن المعهودة في الصلاة.

(٢) أي للصلاة.

(٣) وذلك كإزالة الحر والبرد ولبس الثياب وأمثال ذلك، لشهادة العرف بمعذوريته.

(٤) أي وإن كانت عدلاً.

(٥) أي لو صدق التشجيع المخبر ولو لم يكن واجداً شرائط قبول قوله كان كشبوت البيع في حقه، لأنه بتصديقه يكون مقراً بوقوع البيع، فهو يلزم بإقراره، فلو لم يأخذ بالشفعة والحال هذه بطل حق شفيعته. وهكذا لو علم صدقه بأمر خارج، فإن العلم حجة ولو بأي شيء، حصل، وهذا واضح.

(٦) تقييد الفسخ بالعيب لخروج الفسخ بسبب خيار آخر، وقد تقدم ما حاصله: إنه لو كان الفسخ بخيار آخر بطلت الشفعة بخلاف الفسخ بالعيب. ولم يعلم له وجه وجهه، ولكن الظاهر أنه هو المشهور. وما استدلل به الشارح قدس سره إما معارض بالمثل أو مخدوش من جهة أخرى، كما لا يخفى على المتدبر فيها. فليتأمل.

استحقاق الفسخ^(١) به فرع دخول المغيب في ملكه، إذ لا يُعقل ردّ ما كان ملكاً للغير، ودخوله في ملكه إنما يتحقّق بوقوع العقد صحيحاً، وفي هذا الوقت تثبت الشفعة، فيقترنان^(٢) ويقدّم حق الشفيع، لعموم أدلة^(٣) الشفعة للشريك، واستصحاب الحال^(٤)، ولأن فيه جمعاً بين الحقين^(٥)، 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 البايع في الأول^(٦)، فإنه يقتضي سقوط حق الشفيع من الشقص عيناً وقيمةً، وكذا لو قدمنا المشتري^(٧).

وربما فُرق بين أخذ الشفيع قبل الفسخ وبعده، لتساويهما^(٨) في الثبوت، فيقدّم السابق في الأخذ. ويضعّف بما ذكرناه^(٩).

وقيل بتقديم حق المتبايعين، لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد، والشفعة تثبت بعده، فيكون العيب أسبق.

وفيه نظر، لأن مجرد وجود العيب غير كافٍ في السببيّة، بل هو مع العقد، كما أن

(١) أي استحقاق الفسخ بالعيب.

(٢) أي الإستهقاق بالشفعة والإستهقاق بالفسخ.

(٣) [الوسائل، كتاب الشفعة، الباب: ١].

(٤) أي استصحاب حال الشفعة. وفيه: إن هذا معارض لعموم أدلة الفسخ بالعيب للمتبايعين واستصحابه. فليتأمل.

(٥) أي حق الشفيع وحق أحد المتبايعين.

(٦) يعني ظهور العيب في الثمن.

(٧) أي فسخ المشتري.

(٨) أي تساوي حق الشفعة وحق الفسخ للعيب.

(٩) من تقديم حق الشفيع لعموم أدلة الشفعة وغيره.

الشركة غير كافية في سببية الشفعة، بل هي مع العقد، فهما متساويان من هذا الوجه. وإن كان جانب العيب لا يخلو من قوة^(١)، إلا أنها لا توجب التقديم، فالعمل على ما اختاره المصنف أولى.

ولو اختار البائع أخذ أرض الثمن المعيب من المشتري رجع المشتري به على الشفيع إن كان أخذ بقيمة^(٢) المعيب، أو بمعيب مثله، وإلا فلا^(٣). ولو ترك البائع الرد والأرض «معاً» مع أخذ الشفيع لد بقيمة المعيب أو مثله، فلا رجوع له بشيء^(٤)، لأنه كإسقاط بعض الثمن.

وكذا لو اختار المشتري أخذ أرض الشقص قبل أخذ الشفيع، أخذ الشفيع بما بعد الأرض، لأنه كجزء من الثمن^(٥)، ولو أخذه بعد أخذ الشفيع رجع الشفيع به^(٦).

(١) لعل وجه القوة: أن العيب جزء سبب للخيار، بخلاف الشركة فإنها خارجة عنه، أو أن العيب داخل والشركة خارجة. ولكن هذا لا يوجب التقديم كما أشار إليه بقوله: وفيه نظر... إلى آخر ما أفاده قدس سره.

(٢) أي إن كان أخذ الشفيع بقيمة الثمن المعيب، فإنه حينئذ يرجع المشتري بالأرض إلى الشفيع.

(٣) أي وإن لم يأخذ الشفيع بقيمة الثمن المعيب بل بقيمته صحيحاً أو بالثمن الصحيح، فلا يرجع به إلى الشفيع.

(٤) أي فلا رجوع للمشتري على الشفيع بشيء، لأنه كإسقاط بعض الثمن. وبالجمله المراد بالثمن الذي يجب على الشفيع دفعه للمشتري هو ما جرى عليه العقد أو ما يتجدد نقصه بسبب أخذ الأرض أو إسقاط بعض الثمن ونحو ذلك، لا خصوص ما جرى عليه العقد.

(٥) أي لأنه كجزء من الثمن وقد أسقطه.

(٦) أي ولو أخذ المشتري أرض الشقص من البائع بعد أخذ الشفيع بما جرى عليه العقد رجع

وَيُنْهَمُ مِنْ تَقْيِيدِ الْفَسْخِ بِالْعَيْبِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ بغيره بطلت ، وقد تقدم^(١) ذلك في الفسخ بالخيار .

وَبَقِيَ تَجَدُّدُ الْفَسْخِ بِذَاتِهِ - كَمَا لَوْ تَلَفَ الثَّمَنُ الْمَعْيَنُ قَبْلَ الْقَبْضِ - وَفِي بَطْلَانِهَا بِهِ^(٢) قَوْلٌ ، مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُوجِبُ بَطْلَانَ الْعَقْدِ . وَآخِرُ بَعْدَمِهِ^(٣) ، لِأَنَّ الْبَطْلَانَ مِنْ حَيْنِ التَّلَفِ لَا مِنْ أَصْلِهِ ، فَلَا يُزِيلُ مَا سَبَقَ مِنْ اسْتِحْقَاقِهَا . وَثَالِثٌ^(٤) بِالْفَرْقِ بَيْنَ اخْتِزَاعِ الشَّفِيعِ قَبْلَ التَّلَفِ فَتَثْبِيتِ وَبَعْدَهُ فَتَبْطُلُ . وَالْأَوْسَطُ^(٥) أَوْسَطُ .

(و) كَذَا (لَا) تَسْقُطُ الشَّفْعَةُ (بِالْعُقُودِ اللاحقة) لِلْبَيْعِ (كَمَا لَوْ بَاعَ) الْمُشْتَرِي الشَّقْصَ (أَوْ وَهَبَ أَوْ وَقَفَ)^(٦) لَسَبَقَ حَقَّ الشَّفِيعِ عَلَى مَا تَأَخَّرَ مِنَ الْعُقُودِ (بَلْ لِلشَّفِيعِ) إِبْطَالُ ذَلِكَ (كُلِّهِ) وَالْأَخْذُ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ (وَلَهُ أَنْ) يَجِيزَ الْبَيْعَ (وَيَأْخُذُ بِالْبَيْعِ الثَّانِي) لِأَنَّ كُلًّا مِنَ الْبَايِعِينَ سَبَبٌ تَامٌ فِي ثُبُوتِ الشَّفْعَةِ ، وَالثَّانِي صَحِيحٌ وَإِنْ تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ الشَّفِيعِ ، فَالْتَّعْيِينَ إِلَى اخْتِيَارِهِ .

➡ الشَّفِيعُ بِالْأَرْضِ عَلَى الْمُشْتَرِي . وَكَيْفَ كَانَ فَالْفُرُوعُ الَّتِي فُرِعَ عَنْهَا عَلَى الْمَسْأَلَةِ ظَاهِرَةٌ بَعْدَ التَّأَمُّلِ . فَلْيَتَأَمَّلْ .

- (١) وَهُوَ قَوْلُ الْمُصَنِّفِ قَدَسَ سِرُّهُ : فَإِنْ اخْتَارَ الْمُشْتَرِي أَوْ الْبَائِعُ بَطْلَ الْفَسْخِ .
- (٢) أَيُّ بَطْلَانِ الشَّفْعَةِ بِتَجَدُّدِ الْفَسْخِ بِذَاتِهِ .
- (٣) أَيُّ قَوْلٍ آخِرٍ بَعْدَ بَطْلَانِ الشَّفْعَةِ .
- (٤) أَيُّ قَوْلٍ ثَالِثٍ .
- (٥) أَيُّ الْقَوْلِ الْأَوْسَطِ - وَهُوَ الْقَوْلُ بِعَدَمِ الْبَطْلَانِ - أَعْدَلَ ، وَوَجْهُهُ مَا عُلِّلَهُ مِنْ أَنَّ الْبَطْلَانَ مِنْ حَيْنِ التَّلَفِ لَا مِنْ أَصْلِهِ ، فَلَا يُزِيلُ مَا سَبَقَ مِنْ اسْتِحْقَاقِهَا .
- (٦) خِلَافًا لِبَعْضِ الْعَامَّةِ حَيْثُ حَكَمَ بِعَدَمِ جَوَازِ نَقْضِ الْوَقْفِ . وَضَعْفُهُ ظَاهِرٌ ، وَذَلِكَ لِمَا ذَكَرَهُ مِنْ سَبَقِ حَقِّ الشَّفِيعِ حَتَّى لَوْ بَنَاهُ مَسْجِدًا فَلَمْ يَقْضِهِ ، وَادَّعَى عَلَيْهِ الْإِجْمَاعَ .

وكذا لو تعددت العقود ، فإن أخذ من الأخير^(١) صحت العقود السابقة ، وإن أخذ من الأول بطلت اللاحقة ، وإن أخذ من المتوسط صح ما قبله وبطل ما بعده .
ولا فرق في بطلان الهبة لو اختاره^(٢) الشفيع بين اللازمة وغيرها ، ولا بين المعوض عنها وغيرها ، فيأخذ الواهب الثمن ويرجع العوض إلى باذله .

(والشفيع يأخذ من المشتري) لا من البائع ، لأنه المالك الآن (ودَرَكَه) أي دَرَكَ الشقص لو ظهر مستحقاً (عليه)^(٣) فيرجع عليه بالثمن وبما اغترمه لو أخذه المالك .
ولا فرق في ذلك^(٤) بين كونه في يد المشتري ويد البائع ، بأن لم يكن أقبضه ، لكن هنا لا يكلف المشتري قبضه منه ، بل يكلف الشفيع الأخذ منه أو الترك ، لأن الشقص هو

(١) وتظهر الفائدة في تلك الصور في النماء وغيره . وكيف كان فإن تصرفات المشتري في الشقص بالبيع والوقف وغيرها صحيحة لوقوعها في ملكه ، لكن لا يبطل بذلك حق الشفيع لسبقه ، فإذا أخذ الشفيع أبطل التصرف المنافي له . ثم يلاحظ ، فإن كان التصرف مما تثبت فيه الشفعة كالبيع يتخير بين أخذه من المشتري الأول والثاني والثالث وهكذا ، لأن كل واحد من البيوع الواقعة سبب تام في ثبوت الشفعة ، فالتميعين إلى اختيار الشفيع - إلى آخر ما حققه . وإن كان التصرف مما لا تثبت فيه الشفعة - كالوقف والهبة ونحوها - فللشفيع قبضه وإبطاله وأخذ الشقص بالشفعة والتمن للواهب ، ويرجع العوض إلى باذله - أي باذل الثمن - وهو المشتري .

(٢) أي اختار الشفيع بطلان الهبة .

(٣) أي على المشتري ، فيرجع الشفيع على المشتري بالثمن وبما اغترمه لو أخذ المالك الشقص ولا يرجع على البائع . نعم يرجع المشتري على البائع بالثمن الذي اشترى به منه ، وهذا لا ربط له بدَرَكَ الشقص ، وهذا واضح .

(٤) لا فرق في ذلك - أي في كون الدَرَكَ على المشتري والأخذ منه بمعنى الأخذ بالشفعة - فلا ينافيه القبض من البائع لو كان في يده .

حق الشفيع ، فحيث ما وَجَدَهُ أَخْذَهُ ، ويكون قبضه كقبض المشتري ، والدَّرَك عليه على التقديرين^(١) .

(والشفعة تورث) على الشفيع كما يورث الخيار ، وحَدَّ القذف ، والقصاص ، في أصح القولين^(٢) ، لعدم أدلة الإرث . وقيل : لا تورث استناداً إلى رواية^(٣) ضعيفة السند . وعلى المختار فهي (كالمال) فتقسم (بين الورثة) على نسبة سهامهم ، لا على رؤوسهم^(٤) . فللزوجة مع الولد الثمن ، فلو عني أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط ، لأن الحق للجميع ، فلا يسقط حق واحد بترك غيره (فلو عفوا إلا واحداً أخذ الجميع أو ترك) حذراً من تبعض الصفقة على المشتري . ولا يقدر هنا تكثر المستحق وإن كانوا شركاء ، لأن أصل الشريك متحد ، والاعتبار بالوحدة عند البيع لا الأخذ .

(ويجب تسليم الثمن أولاً) جبراً^(٥) لقهر المشتري (ثم الأخذ) أي تسلّم المبيع^(٦) ، لا الأخذ بالشفعة القولي ، فإنه متقدّم على تسليم الثمن مراعاةً للفقورية (إلا أن يرضى الشفيع بكونه) أي الثمن (في ذمته) فله أن يتسلّم المبيع أولاً ، لأن الحق في ذلك^(٧) للمشتري ، فإذا أسقطه برضاه بتأخير الثمن في ذمة الشفيع فله ذلك .

(١) أي والدَّرَك على المشتري على تقدير كونه في يده أو يد البائع .

(٢) متعلّق بقوله : تورث .

(٣) [الوسائل ، كتاب الشفعة ، الباب : ١٢] .

(٤) خلافاً لبعض العامة حيث اعتبر القسمة على رؤوسهم . والتمثيل بسهم الزوجة إشارة إلى عدم توهم أنها لا ترث من منفعة كما أنها تمتنع من بعض المتروكات ، أو إلى أن قلة النصيب لا تمتنع من القسمة على نسبة السهام كما ربما توهم .

(٥) أي جبراً للمقهورية المشتري .

(٦) إشارة إلى أن المراد بالأخذ هنا الفعلي لا القولي .

(٧) أي في وجوب تسليم الثمن للمشتري .

والمراد بالشفيع هنا المشتري لما ذكرناه^(١)، إما تحيُّزاً^(٢) لكونه سبباً في إثبات الشفيع، أو وقع سهواً.

(ولا يصح الأخذ إلا بعد العلم بقدره وجنسه) ووصفه، لأنه معاوضة تفتقر إلى العلم بالعوضين (فلو أخذه قبله لغى، ولو قال: أخذته بمهما كان) للغرر، ولا تبطل بذلك شفاعته^(٣). ويُقتصر بعد اجتماعه بالمشتري السؤال عن كمية الثمن والشقص بعد السلام والكلام المعتاد.

(ولو انتقل الشقص هبة، أو صلح، أو صداق فلا شفعة) لما تقدّم في تعريفها من اختصاصها بالبيع، وما ذكر ليس بيعاً حتى الصلح بناءً على أصلته^(٤).

(ولو اشتراه بثمان كثير ثم عوّضه عنه بيسير، أو أبرأه من الأكثر) ولو حيلة على تركها^(٥) (أخذ الشفيع بالجميع) إن شاء، لأنه الثمن والباقي معاوضة جديدة، أو إسقاط لما ثبت. ومقتضى ذلك أن الثمن الذي وقع عليه العقد لازم للمشتري^(٦)، وجائز للبائع أخذه^(٧)، وإن كان بينها مواطأة على ذلك، إذ لا يستحق المشتري أن

(١) من أن الحق في ذلك للمشتري.

(٢) ويمكن أن يكون «يرضى» من باب الإفعال، فيكون مفعوله محذوفاً، وهو المشتري، ويمكن أن يقرأ «يرضى» مجهولاً من الإفعال، أي إلا أن يرضى المشتري عن الشفيع في كون الثمن على ذمته.

(٣) ولا ينافي هذا ما تقدّم من أنه لو قال «أخذت نصفه» بطلت الشفعة، لمنافاته الفورية، لأن ذلك بعد العلم وهذا قبله.

(٤) أي أصالة الصلح وأنه عقد برأسه وليس تابعاً للعقود، كما هو مذهب الشيخ رحمه الله.

(٥) أي ترك الشفعة.

(٦) أي لازم أن يدفعه إلى البائع.

(٧) أي جائز أخذه ظاهراً وباطناً، خلافاً للعلامة في التحرير كما سيجيئ نقله. وحاصله: إنه

يأخذ من الشفيع إلا ما ثبت في ذمته ، ولا يثبت في ذمته إلا ما يستحق البائع المطالبة به .

وقال في التحرير : لو خالف أحدهما ما تواطأ عليه فطالب صاحبه بما أظهر له لزمه في ظاهر الحكم ويحرم عليه في الباطن ، لأن صاحبه إنما رضي بالعقد للتواطؤ (أو ترك الشفيع) الأخذ لما يلزمه من الغرم .

(ولو اختلف الشفيع والمشتري في) مقدار (الثمن حلف المشتري) على المشهور ، لأنه أعرف بالعقد ، ولأنه المالك ، فلا يزال ملكه^(١) إلا بما يدعيه .

ويشكل يمنع كون حكم المالك كذلك مطلقاً^(٢) ، وقد تقدّم قبول قول المنكر في كثير ، خصوصاً مع تلف العين ، وعموم «اليمين على من أنكر»^(٣) وإردّ هـنا ، ومن ثمّ ذهب ابن الجنيّد إلى تقديم قول الشفيع ، لأنه منكر .

والاعتذار للأول^(٤) بأن المشتري لا دعوى له على الشفيع ، إذ لا يدعي شيئاً في

لزمه في ظاهر الحكم ، أي لزم المشتري أن يدفع إلى البائع في ظاهر الحكم ويحرم عليه الأخذ في الباطن ، لأن صاحبه إنما رضي بالعقد المتواطئ لا غير . وفيه : إن مخالفة العقد بعد أن وقع صحيحاً لا يجوز متواطئاً كان أم غيره . وهذا واضح .

(١) أي لا يزول ملك المشتري إلا بما يدعيه من قيمة الحصة المبيعة ، لأنه يستترع الشيء من يده فلا يرفع يده ، عنه إلا بما يدعيه لا أنقص منه .

(٢) ويشكل الاستدلال بكون المالك لا يزول ملكه إلا بما يدعيه ، فإنه يقتضي تقدّم قول من يدعي زيادة العوض في كل معاوضة مثل البيع ونحوه ، مع أنهم حكموا بتقدّم قول منكر الزيادة مع أنه ملكه ، فلا يزال عنه إلا بما يدعيه . وقد تقدّم قبول قول المنكر فيما ذكر ، خصوصاً مع تلف العين وعموم «اليمين على من أنكر» .

(٣) [الوسائل ، كتاب القضاء ، الباب : ٢٥ ، الحديث : ٣] .

(٤) مبتدأ وخبره قوله «إنما يتم قبل الأخذ» ، وحاصله : إن الاعتذار المزبور إنما يتم قبل

ذمته ولا تحت يده ، وإنما الشفيع يدعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يدعيه ، والمشتري ينكره ولا يلزم من قوله : « إشتريته بالأكثر » ، أن يكون مدعياً عليه وإن كان^(١) خلاف الأصل ، لأنه لا يدعي استحقاقه إياه عليه ، ولا يطلب تغريمه إياه . إنما يتم قبل الأخذ بالشفعة ، أما بعده فالمشتري يدعي الثمن في ذمة الشفيع ، ويأتي فيه جميع ما سبق .

لا يقال : إنه لا يأخذ^(٢) حتى يستقر أمر الثمن ، لما تقدم من اشتراط العلم بقدره ، فما دام متنازعين لا يأخذ^(٣) ويتجه الإعتذار .

لأننا نقول : المعتبر في أخذه علمه بالقدر بحسب ما عنده^(٤) ، لا على وجه يرفع الاختلاف ، فإذا زعم العلم بقدره جاز له الأخذ ووقع النزاع فيه بعد تملكه للشقص ، فيكون المشتري هو المدعي .

ويمكن أيضاً أن يملك الشقص برضاء المشتري قبل دفع الثمن ، ثم يقع التنازع بعده ، فيصير المشتري مدعياً . وتظهر الفائدة لو أقاما بينة ، فالحكم لبينة الشفيع على المشهور^(٥) ، وبينة المشتري على الثاني .

⇒ الأخذ بالشفعة لا يعده .

(١) أي الشراء بالأكثر خلاف الأصل .

(٢) أي لا يصح الأخذ .

(٣) وذلك لعدم العلم بقدره حينئذ .

(٤) أي بحسب ما عنده من العلم المزعوم .

(٥) وذلك لأنه مدعٍ والبينة على المدعي والمشتري منكر على المذهب المشهور . وقد تقرّر في محله أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وعلى الثاني فالحكم لبينة المشتري لما ذكر .

(ولو ادعى أن شريكه اشترى بعده ^(١) وأنه يستحق عليه الشفعة فأنكر الشريك التأخر (حلف الشريك) لأنه منكر ، والأصل عدم الاستحقاق (ويكفيه الحلف على نفي الشفعة) وإن أجاب بنفي التأخر ، لأن الغرض هو الاستحقاق فيكفي اليمين لنفيه . وربما كان صادقاً في نفي الإستحقاق - وإن كان الشراء متأخراً - لسبب من الأسباب المسقطة للشفعة ، فلا يكلف الحلف على نفيه .

ويُحتمل لزوم حلفه على نفي التأخر على تقدير الجواب به ، لأنه ما أجاب به إلا ويمكنه الحلف عليه ^(٢) ، وقد تقدّم مثله في القضاء ^(٣) .

(ولو تداعيا سبق تحالفا) لأن كل واحد منهما مدّع ومدّعى عليه ، فإذا تحالفا استقر ملكهما ، لاندفاع دعوى كل منهما بيمين الآخر (ولا شفعة) لانتفاء سبق .

س

(١) وذلك كما إذا باع لشخص نصف ملكه مشاعاً فصار المشتري شريكاً في النصف ، وباع النصف الآخر من آخر فصار المشتريان شريكين ، وادعى أحد الشريكين المشتريين أن شريكه اشترى بعده ليأخذ النصف منه بالشفعة .

(٢) وفيه : إن إمكان الحلف على ما أجاب به - وهو نفي التأخر - لا يقتضي لزوم الحلف عليه ، بل يكفي الحلف على نفي الشفعة .

(٣) في بحث اليمين حيث قال هناك : ويكفي الحلف على نفي الاستحقاق وإن أجاب في إنكاره بالأخص - إلى آخر ما حققه .



كتاب السبق والرماية^(١)

وهو عقد شرع لفائدة التمرن على مباشرة النضال والإستعداد لممارسة القتال . .
والأصل فيه قوله ﷺ^(٢) « لا سبق إلا في نصل ، أو خف ، أو حافر^(٣) » وقوله ﷺ^(٤)
« إن الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحنافر ، والخنف ، والريش ،
والنصل » .

(وإغما يعتقد السبق) بسكون الباء (من الكاملين) بالبلوغ ، والعقل (الخالين من
الخبر) لأنه يقتضي تصرفاً في المال (على الخيل والبغال والحمير) وهي داخلة في
« الحافر » المثبت في الخبر^(٥) (والإبل والفيلة)^(٦) وهما داخلان في « الخف » (وعلى

(١) السبق بسكون الباء المصدر ، والمناظرة هي إجراء الخيل وشبهها في جلسة السباق ليُعلم
الأجود منها والأفقر من الرجال . والسبق بالتحريك : العوض المجهول . والرماية : هي
المناضلة بالسهم ليُعرف حذق الرامي ومعرفته بمواقع الرمي .

(٢) [الوسائل ، كتاب السبق ، والرماية الباب : ٣ ، الحديث : ٤] .

(٣) الخف للإبل والحافر للخيل والبغال والحمير . والنصل حديدة الرمح والسهم والسكين .

(٤) [الوسائل ، كتاب السبق والرماية ، باب : ١ ، الحديث : ٦] .

(٥) قال في محكي المسالك : بلا خلاف عندنا ، قال : لدخولها تحت الحافر وصلاحيتهما
للمسابقة عليهما في الجملة .

وفيه : إنه لو تحقق نفي الخلاف فيه - كما ادّعاء قدس سره - فهو وإلا فلننظر فيه بجمال ، لأنه لا

السيف والسهم والحرب^(٧) وهي داخلة في «النصل». ويدخل السهم في الريش على الرواية الثانية إذا اشتمل عليه، تسميةً للشيء باسم جزئه، وأطلق السبق على ما يعم الرمي تبعاً للنص^(٨)؛ وتغليباً للاسم.

(لا بالمصارعة والسفن والطيور والعذو) ورفع الأحجار ورميها، ونحو ذلك، لدلالة الحديث السابق على نفي مشروعية ما خرج عن الثلاثة.

هذا إذا تضمن السبق بذلك العوض، أما لو تجرد عنه ففي تحريره نظر، من دلالة النص على عدم مشروعيته إن روي السبق - بسكون الباء - ليفيد نفي المصدر، وإن روي بفتحها - كما قيل: إنه الصحيح رواية - كان المنفي مشروعية العوض^(٩) عليها، فيبقى الفعل على أصل الإباحة، إذ لم يرد شرعاً ما يدل على تحريم هذه الأشياء، خصوصاً مع تعلق غرض صحيح بها. ولو قيل بعدم ثبوت رواية الفتح فاحتمال الأمرين يُسقط دلالته على المنع.

(ولا بدّ فيها^(١٠) من إيجاب وقبول على الأقرب) لعدم قوله تعالى «أوفوا بالعقود» والمؤمنون عند شروطهم»، وكل من جعله لازماً حكم بافتقاره إلى

➤ يحصل بها الكرّ والفرّ، فلا معنى للمساواة عليها. وهذا واضح. والخبر منصرف إلى حافر الخيل. والله العالم.

(٦) والفيلة بكسر الفاء وفتح الياء جمع فيل كالديكة جمع الديك.

(٧) الحرب جمع حرية آلة الحرب، وهي داخلة في النصل، وهو حديدة الرمح والسكين والسهم.

(٨) [الوسائل، الباب: ٣ من كتاب السبق والرماية، الحديث: ١ - ٢].

(٩) لأن السبقّ بالفتح هو العوض.

(١٠) أي في المساواة الشاملة للرماية.

إيجاب وقبول .

وقيل : هو جعالة^(١) لوجود بعض خواصها فيه ، وهي : أن بذل العوض فيه على ما لا يوثق^(٢) 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^(٣) ، وهو موضع النزاع . سلمنا ، لكن الوفاء به هو العمل بمقتضاه لزوماً وجوازاً^(٤) ، وإلا لوجب الوفاء بالعقد الجائز . وفيه نظر ، لأن وجود بعض الخواص لا يقتضي الإتحاد في الحكم مطلقاً^(٥) ، وأصالة عدم اللزوم ارتفعت بما دل عليه ، والأصل في الوفاء العمل بمقتضاه دائماً ، وخروج العقد الجائز تخصيص للعام ، فيبقى حجة في الباقي . نعم الشك بقي في كونه عقداً^(٦) .

(وتعيين العوض) وهو المال الذي يُبذل للسابق منها ، قدراً^(٧) ، وجنساً ، ووصفاً .

(١) فإذا لا يحتاج إلى قبول لفظي ولا يكون لازماً .

(٢) على ما لا يوثق ، خبر لأن ، ومرجع ضمير هي باعتبار الخاصة المعبر عنها ببعض .

(٣) أي بتحقيق العقد .

(٤) أي إن كان لازماً كان العمل بمقتضاه على سبيل اللزوم ، وإن كان جائزاً فعلى سبيل الجواز .

(٥) أي حتى في اللزوم والجواز .

(٦) لأنه أشبه شيء بالجمالة ، فلم يثبت أنه عقد حتى يكون لازماً .

(٧) كأن مراد المصنف بالتعيين كونه معيناً من حيث كونه عيناً أو ديناً أو كلياً أو جنساً ووصفاً ، لا قدرأ كما فسرهُ الشارح قدس سره ، حتى لا يكون قوله فيما بعد « وتقدير الخطر » تكراراً . فليتأمل .

وظاهر العبارة ككثير: أنه شرط في صحة العقد^(١)، وفي التذكرة أنه ليس بشرط، وإنما المعتبر تعيينه لو شرط. وهو حسن.

(ويجوز كونه منها) معاً ومن أحدها^(٢). وفائدته حينئذ أن البازل إن كان هو السابق أحرز ماله، وإن كان غيره أحرزه (ومن بيت المال) لأنه معد للمصالح وهذا منها، لما فيه من البعث على الثمرن على العمل المترتب عليه إقامة نظام الجهاد (ومن أجنبي) سواء كان الامام أم غيره. وعلى كل تقدير فيجوز كونه عيناً ودينياً، حالاً ومؤجلاً.

(ولا يشترط المحلل) وهو الذي يدخل بين المتراضيين بالشرط في عقده فيسابق معهما من غير عوض يبذله ليعتبر^(٣) السابق منها. ثم إن سبق أخذ العوض، وإن لم يسبق لم يغرم، وهو بينها كالأمين. وإنما لم يشترط للأصل، وتناول ما دل على الجواز للعقد^(٤) الحالي منه. وعند بعض العامة وبعض أصحابنا هو شرط، وبه سمي محللاً، لتحريم العقد بدونه عندهم، وحيث شرط لزم، فيجري دأبه بينهما، أو إلى أحد الجانبين مع الإطلاق وإلى ما شرط^(٥) مع التسعين، لأنهما^(٦) بإخراج السبقي

(١) وهو الأقوى دفعا للفرر الموجب للتنازع.

(٢) أما كونه منها معاً كأن يخرج كل واحد عشرة مثلاً على أن يكون العشرين للسابق، وأما من أحدها كأن يقول أحدها لصاحبه: «إن سبقت فلك عشرة وإن سبقت أنا فلا شيء لي عليك». والفائدة في الثاني أن البازل إن كان هو السابق أحرز ماله وإن كان غيره أحرز ذلك الغير مال البازل.

(٣) أي ليختبر.

(٤) أي جواز عقد سبق ومشروعيته.

(٥) عطف على قوله «أو إلى أحد الجانبين»، أي يجري دأبه إلى ما شرط.

(٦) هذا تعليل لكون المحلل شرطاً مطلقاً لا بخصوص الخلل الذي يجري دأبه بينهما كما

متنافران ، فيدخل بينهما لقطع تنافرها .

(ويُشترط في السبق تقدير المسافة) التي يستبقان فيها (ابتداءً وغايةً) لئلا يؤدي إلى التنازع ، ولاختلاف الأغراض في ذلك اختلافاً ظاهراً ، لأن من الخيل ما يكون سريعاً في أول عذوه دون آخره ، فصاحبه يطلب قصر المسافة ، ومنها ما هو بالعكس ، فينعكس الحكم .

(وتقدير الخطر ^(١)) وهو العوض إن شرطاه ، أو مطلقاً ^(٢) .

(وتعين ما يُسابق عليه) ^(٣) بالمشاهدة ، ولا يكفي الإطلاق ، ولا التعيين بالوصف ، لاختلاف الأغراض بذلك كثيراً (واحتمال السبق بالمعيّنين) بمعنى احتمال كون كل واحد يسبق صاحبه (فلو علم قصور أحدهما بطل) لانتفاء الفائدة حينئذ ، لأن الغرض منه استعلام السابق . ولا يقدر رجحان سبق أحدهما إذا أمكن سبق الآخر ، لحصول الغرض معه .

(وأن يجعل السبق) بفتح الباء وهو العوض (لأحدهما) وهو السابق منها ، لا مطلقاً (أو للمحلّل إن سبق لأجنبي) ولا للمسبق منها ومن المحلّل ، ولا جعل القسط الأوفر للمتأخر أو للمُصلي والأقل للسابق ، لمنافاة ذلك كله للغرض الأقصى من شرعيته ، وهو الحث على السبق والتمرن عليه .

⇒ تُوهم ، لأن المراد بقوله « فيدخل بينهما » أن يكون ناظراً إليهما حتى يعتبر عملها ، لا أن يكون متوسطاً بينهما .

(١) هو بالخاء المعجمة والطاء المهملة المفتوحتين .

(٢) أي شرطاه أم لا يشترطا على القول باشتراطه في صحة أصل العقد .

(٣) من فريس وبغير وغيرهما .

(ولا يُشترط التساوي في الموقف ^(١) للأصل ، وحصول الغرض مع تعيين المبدأ والغاية .

وقيل : يُشترط ، لانتفاء معرفة جودة عَدُو الفرس ، وفروسية الفارس مع عدم التساوي ، لأن عدم السبق قد يكون مستنداً إليه ، فيخلُ بمقصوده . ومثله إربخال إحدى الدابتين قبل الأخرى .

(والسابق هو الذي يتقدّم) على الآخر (بالعنق) ظاهره اعتبار التقدم بجميعة .
وقيل : يكني بعضه ، وهو حسن ^(٢) . ثم إن اتفاقاً في طول العنق أو قصره أو سبق الأقصر عنقاً ببعضه فواضح ، وإلا اعتبر سبق الطويل بأكثر من القدر الزائد ، ولو سبق بأقل من قدر الزائد فالقصر هو السابق . وفي عبارة كثير أن السبق يحصل بالعنق والكتد معاً ، وهو بفتح الفوقانية أشهر من كسرهما : مجمع الكنفين بين أصل العنق والظهر ، وعليه يسقط اعتبار بعض العنق ^(٣) . وقد يتفق السبق بالكتد وحده ، كما لو قصر عنق السابق به ^(٤) ، أو رفع أحد الفرسين عنقه بحيث لم يمكن اعتباره به بالقوائم ، فالتقدم بيديه عند الغاية سابق ، لأن السبق يحصل بهما والجري عليهما . والأولى حينئذ ^(٥) تعيين السبق بأحد الأربعة ، ومع الإطلاق ^(٦) يستجبه الاكتفاء

(١) أي في ابتداء الإستباق ، بحيث لا يكون أحدهما مقدماً على الآخر بالنسبة إلى الغاية .

(٢) وذلك فيما يساعد العرف بأنه تقدم .

(٣) أي بناءً على اعتبار السبق بالعنق والكتد معاً ، حيث أنه لا يتحقق هذا إلا إذا حاذا كتد السابق بأذن المسبوق تقريباً ، فاعتبار بعض العنق والحال هذه غير معقول .

(٤) أي كما لو كان عنق السابق بالكتد أقصر من الآخر ، فالمرجع في قوله « به » هو الكتد .

(٥) أي حين القول بحصول التقدم بغير العنق من الأمور الثلاثة المذكورة ، وهي : الكتد والعنق معاً ، والكتد وحده ، والقوائم الأربع .

بأحدها، لدلالة العرف عليه، ويُطلق على السابق « المجلي »^(١).
 (والمُصَلِّي هو الذي يحاذي رأسه صَلَوَى السابق، وهما: العظمان الناتان^(٢) عن
 يمين الذَنْب وشماله) والتالي هو الثالث، والبارع^(٣) الرابع، والمرتاح الخامس،
 والحظِّي السادس، والعاطف السابع، والمؤمِّل - مبنياً للفاعل - الثامن، واللطيم
 بفتح أوله وكسر ثانيه التاسع، والسكَّيت بضم السين ففتح الكاف العاشر،
 والفُشِكِل بكسر الفاء فسكون السين فكسر الكاف أو بضمهما كقنفذ الأخير.
 وتظهر الفائدة فيما لو شرط للمجلي مالا، وللمصلي أقل منه، وهكذا إلى العاشر.

- (٦) أي مع عدم تعيين السبق بأحد الأربعة.
- (١) قال في الحدائق: ينبغي أن يُعلم أن الحلبة وزان سجدة هي الخيل تُجمع للسباق، وقد
 جرت عاداتهم بتسمية عشرة من خيل الحلبة، وليس لما بعد العاشر منها اسم إلا أن الذي
 يجيء في آخر الخيل كلها يُسمى الفُشِكِل. انتهى. المجلي بالجمع، قيل يُسمى بذلك لأنه
 جلي عن نفسه، أي أظهره.
- (٢) الناتان من التواء كنفود لا من النبت كما ربما توهم.
- (٣) من برع، لأنه برع المتأخر أي فاقه. والمرتاح قيل سُمي به لأن الإرتياح الإنشيط فكانه
 نشط، فلهق بالسوابق. والحظي بالطاء المعجمة المكسورة بعد الحاء المهملة المفتوحة
 والياء المشددة، سُمي به لأنه حظي عند صاحبه حين لحق بالسوابق، أي صار ذا حظوه
 عنده إلى نصيب له في مال الرهان. والعاطف سُمي به لأنه عطف إلى السوابق، أي مال إليها
 أو كثر عليها ليلحقها. والمؤمِّل وهو الثامن لأنه مؤمِّل للحق بالسوابق. واللطيم وهو
 التاسع وزن فاعيل بمعنى مفعول، لأنه يلطم إذا أراد الدخول الحجرة الجامعة للسوابق
 والعاشر السكَّيت يُسمى به لسكوت ربه إذا قيل لمن هذا، وقيل إن السكيت هو الفُشِكِل
 كقنفذ، وهو آخر فرس يجيء في الرهان. هكذا ما في المسالك.

(ويُشترط في الرمي معرفة الرُّشْق^(١) بكسر الراء، وهو عدد الرمي الذي يتفقان عليه (كعشرين، وعدد الإصابة) كعشرة منها (وصفتها 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: ثقبه ولم يثبت فيه (والخاقل) بالخاء المعجمة والصاد المهملة، وهو يُطلق على القارع، وهو ما أصاب الغرض ولم يؤثر فيه، وعلى الخارق، وعلى الخاسق وقد عرفتهما، وعلى المصيب له كيف كان (وغيرها) من الأوصاف، كالحاصر وهو ما أصاب أحد جانبيه، والخارم وهو الذي يخرم حاشيته، والحابي وهو الواقع دونه ثم يجبر إليه مأخوذاً من حَبْو الصبي^(٢)، ويقال: على ما وقع بين يدي الغرض ثم وثب إليه فأصابه وهو المزدلف، والقارع وهو الذي يصيبه بلا خدش.

ومقتضى اشتراطه تعيين الصفة بطلان العقد بدونه، وهو أحد القولين، لاختلاف النوع الموجب للغرر.

وقيل: يُحمل على أخير ما ذكره^(٣) بمعناه الأخير. وهو الأقوى، لأنه القدر المشترك بين الجميع، فيُحمل الإطلاق عليه، ولأصالة البراءة من وجوب التعيين، ولأن اسم الإصابة واقع على الجميع، فيكفي اشتراطه، ولا غرر حيث يُعلم من الإطلاق الدلالة على المشترك.

(١) وبالفتح مصدر بمعنى الرمي.

(٢) أي الزحف على يديه وبطنه في بداية مشيه. فكذا السهم حين خطائه يكون كزحف الصبي.

(٣) أي قيل بعدم البطلان مع عدم تعيين الصفة، ويُحمل مع الإطلاق على أخير ما ذكره المصنف، وهو الخاقل بمعناه الأخير، وهو الإصابة كيف اتفق. وهذا قوي.

(وقدر المسافة) إما بالمشاهدة أو بالتقدير، كهيئة ذراع، لاختلاف الإصابة بالقرب والبعد (و) قدر (الغرض) وهو ما يقصد إصابته من قرطاس، أو جلد، أو غيرها، لاختلافه بالسعة والضيق.

ويُشترط العلم بوضعه من الهدف، وهو ما يُجعل فيه الغرض من تراب وغيره، لاختلافه في الرفة والامحاطات الموجب لاختلاف الإصابة.

(والسَبَقُ^(١)) وهو العوض (وتماثل جنس الآلة) أي نوعها الخاص^(٢) كالقوس العربي. أو المنسوب إلى وضع خاص^(٣)، لاختلاف الرمي باختلافها (لا شخصها) لعدم الفائدة بعد تعيين النوع، ولأدائه إلى التضييق بعروض مانع من المعين يُحَوِّج إلى إبدالها.

بل قيل: إنه لو عينه لم يتعين، وجاز الإبدال، وفسد الشرط. وشمل إطلاق الآلة القوس والسهم وغيرها. وقد ذكر جماعة أنه لا يُشترط تعيين السهم، لعدم الاختلاف الفاحش الموجب لاختلاف الرمي، بخلاف القوس. وأنه لو لم يعين جنس الآلة انصرف إلى الأغلب عادةً، لأنه^(٤) جارٍ مجرى التقييد لفظاً، فإن اضطربت فسد العقد للفرر.

(ولا يُشترط) تعيين (المبادرة) وهي اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابة عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما في الرشق، كخمس من عشرين (ولا المحاطة) وهي اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الإصابة عدد معلوم بعد

(١) أي ويُشترط معرفة السبق حذراً عن الفرر.

(٢) أي المراد بالجنس في لسان الفقهاء هو النوع الخاص لا الجنس المصطلح في المنطق.

(٣) أي القوس المنسوب إلى وضع خاص، مثل كونه قصيراً أو طويلاً ونحو ذلك.

(٤) أي الإنصراف.

مقابلة إصابات أحدهما بإصابات الآخر طرح ما اشتركا فيه .

(ويُحْمَلُ المطلق على المحاطة) لأن اشتراط السبق إنما يكون لإصابة معينة من أصل العدد المشترك في العقد ، وذلك يقتضي إكمال العدد كله لتكون الإصابة المعيّنة منه ^(١) . وبالمبادرة قد لا يقتصر إلى الإكمال ، فإنها إذا اشترطا رشق عشرين وإصابة خمسة فرمى كل واحد عشرة فأصاب أحدهما خمسة والآخر أربعة مثلاً ، فقد نضله صاحب الخمسة ، ولا يجب عليه الإكمال .

بخلاف ما لو شرطاً المحاطة ، فإنها يتحاطن أربعة بأربعة ويبقى لصاحب الخمسة واحد ويجب الإكمال ، لاحتمال اختصاص كل واحد بإصابة خمسة فيما يبق .
وقيل : يُحْمَلُ على المبادرة ، لأنه المتبادر من إطلاق السبق لمن أصاب عدداً معيناً ، وعدم وجوب الإكمال مشترك بينهما ، فإنه قد لا يجب الإكمال في المحاطة على بعض الوجوه ، كما إذا انتفت فائدته ، للعلم باختصاص المصيب بالمشروط على كل تقدير ، بأن رمى أحدهما في المثال خمسة عشر فأصابها ، ورماها الآخر فأصاب خمسة ، فإذا تحاطاً خمسة بخمسة بقي للآخر عشرة . وغاية ما يتفق مع الإكمال أن يخطئ صاحب العشرة الخمسة ويصيبها الآخر ، فيبقى له فضل خمسة ، وهي الشرط .
وما اختاره المصنف أقوى ، لأنه المتبادر ، وما ادعى منه ^(٢) في المبادرة غير

(١) وفيه : إنه في فرض إصابة العدد المعين - وهي الخمسة - لا يحتاج إلى كمال العدد في المحاطة ، كما أشار إليه فيما سيجيء ، وهو قوله : قد لا يجب الإكمال في المحاطة على بعض الوجوه - إلى آخر ما حققه .

(٢) أي وما ادعى من التبادر في المبادرة غير متبادر ، يعني غير متحقق ، والتعبير بالتبادر لتحسين العبارة .

متبادر ، ووجوب الإكمال فيها أغلب^(١) ، فتكثر الفائدة التي بسببها شُرعت
المعاملة^(٢) ، ولو عَيَّنَّا أحدهما كان أولى .

(فإذا تمَّ النضال) وهو المراماة وتماهد بتحقيق الإصابة المشروطة لأحدهما ، سواء
أتم العدد أجمع أم لا (ملك الناضل) وهو الذي غلب الآخر (العوض) سواء جعلناه
لازمًا كالأجارة أم جُعالة .

أما الأول فلأن العوض في الإجارة - وإن كان يملك بالعقد - إلا أنه هنا لمَّا كان
للغالب - وهو غير معلوم ، بل يمكن عدمه أصلاً^(٣) - توقف الملك على ظهوره^(٤) ،
وجاز كونه لازمًا برأسه يخالف الاجارة في هذا المعنى^(٥) ، وأما على الجعالة فلأن المال
إنما يملك فيها بتمام العمل .

وجواز الرهن^(٦) عليه قبل ذلك وضمانه ، نظرًا إلى وجود السبب المملَّك ، وهو
العقد .

وهذا يتم في الرهن^(٧) ، أما في الضمان فيُشكل بأن مجرد السبب غير كافٍ ، كيف

(١) أي في المحاطة .

(٢) وهي معرفة جودة الرمية .

(٣) وذلك لجواز تساويهما في الإصابة . وقوله «توقف» خبرٌ للكان .

(٤) أي على ظهور الغالب .

(٥) وهي توقف تمليك العوض على ظهور الغالب .

(٦) هذا جواب سؤال مقدَّر ، وهو : أنه لو كان جعالةً لما جاز الرهن على ما له وضمانه ، لأنه لم
يجب قبل العمل ، فيكون الضمان لما لم يجب ، وكذلك الرهن . وأجاب عنه : بأن ذلك بالنظر
إلى وجود السبب وهو العقد . ثم ردَّ هذا الجواب : بأن ذلك - وهو وجود السبب - كافٍ في
الرهن ، وأما الضمان فلا يتم فيه ذلك .

(٧) لا يخفى : أن هذا منافٍ لما ذكر في كتاب الضمان عقيب قول المصنف : والمال المضمون ما

ويمكن تخلفه بعدم الإصابة ، فليس بتام . وهذا مما يرجح كونه جعالة .

(وإذا نضل ^(١) أحدهما صاحبه) بشيء (فصالحه على ترك الفضل لم يصح) لأنه مفوت للغرض من المناضلة ، أو يخالف لوضعها .

(ولو ظهر استحقاق العوض) المعين في العقد (وجب على الباذل مثله أو قيمته) لأنها أقرب إلى ما وقع التراضي عليه من العوض الفاسد ، كالصداق إذا ظهر فساد ^(٢) .

ويشكل : بأن استحقاق العوض المعين ^(٣) يقتضي فساد المعاملة كمنظائره ، وذلك يوجب الرجوع إلى أجره المثل ، لا العوض الآخر .
نعم ، لو زادت أجره المثل عن مثل المعين أو قيمته اتجه سقوط الزائد ، لدخوله

جـ جاز أخذ الرهن عليه ، حيث قال هناك : وهو المال الثابت في الذمة وإن كان مترزلاً . وكذا يناقض قوله في كتاب الرهن في ذيل كلام المصنف : وأما الحق فيشترط ثبوته في الذمة ، أي استحقاقه فيها وإن لم يكن مستقراً . فليتأمل . هذا ما أفاده سلطان العلماء قدس سره .

(١) أي غلب صاحبه بشيء ، وفي نسخة أخرى «فضل» بالفاء ، أي فضل على الآخر . وهو صحيح أيضاً ، وذلك كما لو كان عدد الإصابة لأحدهما ثلاثة مثلاً وللآخر خمسة فصالحه على اطراح الفضل وتركه - وهو إثنان - بعوض أو مجاناً . وهذا ليس بصحيح ، لأنه مفوت للغرض من المناضلة ، وهو إباتته حذق الراعي وظهور اجتهاده ، فلو طرح الفضل وتركه كان تركاً للمقصود به ، فيبطل المعاوضة . ولا خلاف فيه كما في محكي المسالك ، ومخالف أيضاً لوضع المسابقة .

(٢) فإن عقد النكاح صحيح مع فساد الصداق ، كما هو مذكور في بابه .

(٣) القيد بالمعين لإخراج العوض غير المعين ، كما إذا كان كلياً ، فإنه لا يوجب فساد المعاملة لو ظهر استحقاقه بل يجب مثله أو قيمته .

على عدمه . وهذا هو الأقوى . والمراد بأجرة المثل هنا ما يُبذل لذلك العمل الواقع من المستحق له عادةً ، فإن لم تستقر العادة على شيء رجع إلى الصلح .
وربما قيل بأنه أجرة مثل الزمان الذي وقع العمل فيه ، نظراً إلى أن ذلك أجرة مثل الحر لو غُصب تلك المدة . والأجود الأول^(١) .

(١) وذلك لأن المشهور أن الحر لا يضمن عيناً ولا قيمةً بالغصب ، كما هو مذكور في محله .



مرکز تحقیقات اسلامی و علوم اسلامی

كتاب الجعالة

(الجُعالة) لغةً مال يُجعل على فعل، وشرعاً (صيفة ثمرتها تحصيل المنفعة بعوض مع عدم اشتراط العلم فيها) أي في العمل والعوض، كـ «من ردّ عبدي فله نصفه» مع الجهالة به وبمكانه، وبهذا^(١) تتميز عن الإجارة على تحصيل منفعة معينة، لأن التعيين شرط في الإجارة، وكذا عوضها. أما عدم اشتراط العلم بالعمل هنا فوضع وفاق، وأما العوض ففيه خلاف يأتي تحقيقه.

(ويجوز على كل عمل محلّ مقصود) للتعقّل (غير واجب على العامل)، فلا يصح على الأعمال المحترمة كالزنا، ولا على ما لا غاية له معتدّاً بها عقلاً كنزف^(٢) ماء البئر، والذهاب ليلاً إلى بعض المواضع الخطيرة، ونحوهما مما يقصده العابثون. نعم لو كان الغرض به التمرن على الشجاعة وإضعاف الوهم ونحوه من الأغراض المقصودة للتعقّل صح. وكذا لا يصح على الواجب عليه كالصلاة.

(ولا يفتقر إلى قبول) لفظي، بل يكفي فعل مقتضى الاستدعاء به^(٣) (ولا إلى مخاطبة شخص معين، فلو قال: من ردّ عبدي، أو خاط ثوبي) بصيغة العموم (فله

(١) أي بعدم اشتراط العلم.

(٢) أي نزع كل ماء البئر.

(٣) أي يكفي فعل مقتضى الاستدعاء بسبب الاستدعاء، فراجع ضمير «به» هو سبب الاستدعاء.

كذا صح، أو فله مال، أو شيء) ونحوهما من العوض المجهول (صح، إذ العلم بالعوض غير شرط في تحقق الجمالة، وإنما هو) شرط (في تشخيصه وتعيينه، فإن أراد ذلك) التعيين (فليذكر جنسه وقدره، وإلا) يذكره أو ذكره ولم يُعَيِّنْهُ (ثبت بالردّ أجرة المثل).

ويُشكل: بأن ثبوت أجرة المثل لا تقتضي صحة العقد، بل هي ^(١) ظاهرة في فسادها، وإنما أوجبها ^(٢) الأمر بعمل له أجرة عادة، كما لو استدعاه ولم يعيّن عوضاً، إلا أن يقال: إن مثل ذلك يُعَدُّ جمالة أيضاً، فإنها لا تنحصر في لفظ، ويرشد إليه اتفاقهم على الحكم ^(٣) من غير تعرض للبطلان. وفيه: أن الجمالة مستلزمة لجعل شيء، فإذا لم يذكره لا يتحقق مفهومها ^(٤) وإن ترتّب عليها العوض.

وقيل: إن كانت الجهالة لا تمتنع من التسليم لزم بالعمل العوض المعيّن ^(٥) لا أجرة المثل، كـ «من ردّ عبدي فله نصفه» فردّه من لا يعرفه. ولا بأس به. وعلى هذا فيصح جعله صبرة مشاهدة مجهولة المقدار، وحصّة من ثماء شجر على عمله، وزرع كذلك ونحوها.

(١) أي بل أجرة المثل ظاهرة في فساد العقد.

(٢) أي أوجب أجرة المثل الأمر بعمل له أجرة عادة.

(٣) أي الحكم بأجرة المثل.

(٤) أي مفهوم الجمالة، وهذا بخلاف الصورة التي ذكر فيها العوض المجهول، فإنه يصدق عليها الجمالة.

(٥) أي إن كانت الجهالة لا تمتنع من التسليم لزم بالعمل العوض المعيّن، وإن كانت الجهالة مانعة فأجرة المثل فهذا القول تفصيل بالنسبة إلى القول الأول.

والفرق بينه^(١) وبين « الشيء » و « المال » : مقوليتهما^(٢) على القليل والكثير المفضي إلى التنازع والتجاذب ، فلم يصح على هذا الوجه ، بخلاف ما لا يمنع من التسليم ، فإنه أمر واحد لا يقبل الاختلاف ، ومسامه لتشخصه لا يقبل التعدد ، وقوله للاختلاف قيمة بالزيادة والنقصان قد قديم عليه العامل كيف كان . ويمكن التبرع به ، فإذا قدم على العرض الخاص انتفى الغرر^(٣) ، لأنه معين في حد ذاته .

(ويُشترط في الجاعل الكمال) بالبلوغ والعقل (وعدم الحَجَر) لأنه باذل لمال فيُعتبر رفع الحجر عنه ، بخلاف العامل فإنه يستحق الجُعْل وإن كان صيباً مميزاً بغير إذن وليه ، وفي غير المميز والمجنون وجهان : من وقوع العمل المبذول عليه ، ومن عدم التقصد .

(ولو عيّن الجمالة لواحد وردّ غيره فهو متبرع) بالعمل (لا شيء له) للتبرع ، ولا للمعين لعدم الفعل (ولو شارك المعين فإن قصد التبرع عليه فالجميع للمعين) لوقوع الفعل بأجمعه له (وإلا) يقصد التبرع عليه - بأن أطلق أو قصد العمل لنفسه ، أو التبرع على المالك - (فالنصف) للمعين خاصةً ، لحصوله بفعلين : أحدهما يجعل له ، والآخر متبرّع به ، فيستحق النصف بناءً على قسمة العوض على الرؤوس^(٤) .

والأقوى بسطه على عملهما ، فيستحق المعين بنسبة عمله ، قصر عن النصف أم زاد . وهو خيرة المصنف في الدروس ، ومثله ما لو عمل معه المالك (ولا شيء

(١) أي الفرق بين الصبرة المشاهدة المجهولة المقدار وبين الشيء والمال المجهول مطلقاً .

(٢) أي إطلاق المال والشيء على القليل والكثير .

(٣) أي انتفى الغرر الذي يضّر بالجمالة ، أي في الجملة ، إذ ليست مثل البيع حتى يُعتبر فيها عدم الغرر بالكلية .

(٤) لا بسط العوض على عملها ، كما هو مختار المصنف في الدروس .

للمتبرع).

(وتحوز الجمالة من الأجنبي) فيلزمه المال ، دون المالك إن لم يأمره به ، ولو جعله من مال المالك بغير إذنه فهو فضولي .

(ويجب عليه) أي على الجاعل مطلقاً^(١) (الجعل مع العمل المشروط) حيث يتعين ، وإلا فما ذكر بدله^(٢) .

(وهي جائزة من طرف العامل مطلقاً) قبل التلبس بالعمل وبعده ، فله الرجوع متى شاء ، ولا يستحق شيئاً لما حصل منه من العمل قبل تمامه مطلقاً^(٣) .

(وأما الجاعل فـجائزة) من طرفه (قبل التلبس) بالعمل (وأما بعده فـجائزة بالنسبة إلى ما بقي من العمل) فإذا فسخ فيه انتفى عنه بنسبته من العوض (أما الماضي^(٤) فعليه أجرته) . وهذا في الحقيقة لا يخرج^(٥) عن كونها جائزة من قبله مطلقاً ، فإن المراد بالعقد الجائز أو الإيقاع ما يصح فسخه لمن جاز من طرفه ، وثبوت العوض

(١) أي سواء كان مالكا أم أجنبياً.

(٢) أي ذكر المصنف بدل المعين من أجره المثل كما تقدم من قول المصنف، وإلا ثبت بالرد أجره المثل، وهو المعين شرعاً كأجرة رد الآبق وما ألحق به كما سيأتي ذكره، وهو قوله: إلا في رد الآبق من المصرف دينار - إلى آخره، فإنه منصوص ومعين شرعاً.

(٣) يعني أي عمل كان، سواء كان مثل خياطة الثوب مما كان تلبس العامل بإيجاد بعض العمل أم لا كرد الضالة. أما الصورة الأولى فلأن الجمالة إنما هي على تمام العمل وإن كان ذا أجزاء، فما يقع سابقاً على مسمى التمام فهو مقدمات وإن كانت تلك المقدمات من أجزاء العمل، إذ التمام متوقف عليها. وأما الثانية فلأنه لم يعمل شيئاً من العمل المجهول عليه.

(٤) أي الماضي من العمل.

(٥) هذا بحث مع المصنف، وحاصله: إن ثبوت العوض لا يتنافى جوازه من قبله مطلقاً، سواء قبل العمل أم بعده.

لا يثافي جوارزه، كما أنها بعد تمام العمل يلزمها جميع العوض، مع أنها من العقود الجائزة، وكذا الوكالة بجعل^(١) بعد تمام العمل.

واستحقاق الجعل لا يخرجها عن كونها عقداً جائزاً، فينبغي أن يقال: إنها جائزة مطلقاً^(٢)، لكن إذا كان الفسخ من المالك ثبت للعامل بنسبة ما سبق^(٣) من العمل إلى المسمى على الأقوى. وقيل: أجرة مثله^(٤).

وربما أشكل ذلك^(٥) فيما لو كانت على ردّ ضالة مثلاً ثم فسخ وقد صارت بيده، فإنه لا يكاد يتحقق للفسخ معنى حينئذ، إذ لا يجوز له تركها، بل يجب تسليمها إلى المالك أو من يقوم مقامه، فلا يتحقق فائدة للفسخ حينئذ.

ويمكن دفعه: بأن فائدة البطلان عدم سلامة جميع العوض له على هذا التقدير، بل يلحق لما سبق بنسبته ويبقى له فيما بعد ذلك أجرة المثل على ما يعمل به إلى أن يتسلمه المالك، وهو حفظه عنده ونحوه، إذ لا يجب عليه^(٥) حينئذ ردّ على المالك، بل تمكينه منه إن كان قد علم بوصوله إلى يده، وإن لم يعلم وجب إعلامه.

(ولو) رجع المالك فيها قبل العمل أو في أثناءه (ولم يعلم العامل رجوعه) حتى أكمل العمل (فله كمال الأجرة) ولو علم في الأثناء فله بنسبة ما سلف قبل العلم. و

(١) كأن يقول الموكل لوكيله: أنت وكيلي في عقد الجعالة.

(٢) أي إن الجعالة جائزة من الطرفين قبل التلبس وبعده.

(٣) وهذا هو الأقوى، وذلك لأن معنى الفسخ جعل المعاملة كأن لم يكن، فلا معنى لثبوت شيء من المسمى للعامل. وهذا يحسب القواعد، ولكن نسب إلى المشهور ثبوت المسمى بنسبة ما سبق.

(٤) أي ثبوت أجرة المثل.

(٥) أي على العامل حينئذ ردّه.

ينبغي أن يُراد بالعلم ما ثبت به ذلك ^(١) شرعاً ليشمل الساع من المالك ، والشياع المفيد للعلم ، وخبر العدلين ، لا الواحد ، وإن حُكم به في عزل الوكالة بنص خاص ^(٢) .
 (ولو أوقع) المالك (صيغتين) للجمالة مختلفتين في مقدار العوض أو في بعض أوصافها (عمل بالأخيرة إذا سمعها العامل) ، لأن الجمالة جائزة ، والثانية رجوع عن الأولى ، سواء زادت أم نقصت (وإلا) يسمعها (فالمعتبر ما سمع) من الأولى والأخيرة ، ولو سمع الثانية بعد الشروع في العمل فله من الأولى بنسبة ما عمل إلى الجميع ^(٣) ومن الثانية بنسبة الباقي .

(وإنما يستحق الجعل على الردّ بتسليم المردود) إلى مالكه مع الإطلاق أو التصريح بالجعل على إيصاله إلى يده (فلو جاء به إلى باب منزل المالك فهرب فلا شيء للعامل) لعدم إتمامه العمل الذي هو شرط الإستحقاق .

ومثله ^(٤) ما لو مات قبل وصوله إلى يده وإن كان بداره ، مع احتمال الإستحقاق هنا ^(٥) ، لأن المانع من قتل الله تعالى لا من قتل العامل ، ولو كان الجعل على إيصاله إلى البلد أو إلى منزل المالك استحق الجميع بالإمتثال .

(١) أي رجوع المالك عن الجمالة .

(٢) وهو صحيحة هشام بن سالم . [الوسائل ، كتاب الوكالة ، الباب : ٢ ، الحديث : (١) .

(٣) أي جميع المسمى فيها ومن الثانية بنسبة الباقي إلى جميع المسمى فيها أيضاً .

(٤) أي ومثل الحرب .

(٥) ولكن استضعف في محكي المسالك ، وحاصله : إن الجعل إنما هو على إتمام العمل ، فشرط الإستحقاق هو إتمام العمل ولم يتحقق . ولا فرق في ذلك بين كون المانع من قتل الله تعالى أو من قتل العامل .

(ولا يستحق الأجرة إلا ببذل الجاعل) أي استدعائه الرد^(١)، سواء كان مع بذل عوض أم لا (فلو ردّ بغيره كان متبرعاً) لا عوض له مطلقاً^(٢)، وكذا لو ردّ من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع، أو بقصد يغير ما بذله المالك جنساً أو وصفاً. ولو ردّ بنية العوض مطلقاً^(٣) وكان ممن يدخل في عموم الصيغة أو إطلاقها، ففي استحقاقه قولان، منشؤها: فعله متعلق الجعل مطابقاً لصدوره من المالك على وجه يشمل، وأنه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع، وقد وقع بإذن الجاعل^(٤)، فقد وجد المقتضي^(٥)، والمانع ليس إلا عدم علمه بصدور الجعل. ومثله يشك في مانعيته، لعدم الدليل عليه، فيعمل المقتضي عمله. ومن^(٦) أنه بالنسبة إلى اعتقاده متبرع، إذ لا عبرة بقصده من دون جعل المالك، وعدم سماعه في قوة عدمه عنده.

وفصل ثالث، ففرق بين من ردّ كذلك عالماً بأن العمل بدون الجعل تبرع وإن قصد العامل العوض، وبين غيره، لأن الأول متبرع محضاً، بخلاف الثاني. واستقر المصنف الأول. والتفصيل متجه^(٧).

(١) يعني المراد بالبذل خلاف ظاهره، وهو الإ استدعاء حتى تستقيم عبارة المصنف. نعم يستحق ما بذله ومع عدمه أجرة المثل.

(٢) أي قصد التبرع أم لا.

(٣) أي ردّ من لم يسمع الجعالة بنية العوض مطلقاً مماثلاً لما بذله المالك أو مغايراً له.

(٤) أي في الواقع، حيث أنه أذن له في ذلك وإن لم يعلم به العامل.

(٥) ولا يخفى كون ما ذكر مقتضياً غير معلوم، وذلك لعدم دليل عليه، والأصل براءة ذمة المالك، كما أفاده جمال المحققين قدس سرّه.

(٦) هذا عطف على قوله «فعله»، لأنه في معنى من فعله، أي منشأها من فعله متعلق الجعل، ومن أنه بالنسبة إلى اعتقاده متبرع.

(٧) والأوجه عدم استحقاقه مطلقاً لعدم دليل عليه كما ذكر.

(مسائل) :

(كلما لم يُعَيَّنْ جُعِلَ) إما لتركه أصلاً، بأن استدعى الرد وأطلق، أو لذكره مبهماً كما سلف^(١) (فأجرة المثل) لمن عمل مقتضاه سامعاً للصيغة غير متبرع بالعمل، إلا أن يصرح بالاستدعاء مجاناً فلا شيء. وقيل: لا أجرة مع إطلاق الاستدعاء، والأول^(٢) أجود.

نعم، لو كان العمل بما لا أجرة له عادةً لقلته فلا شيء للعامل، كمن أمر غيره بعمل من غير أن يذكر له أجرة^(٣) (إلا في رد الآبق من المصر) الذي فيه ماله إليه^(٤) (فدينار، وفي ردّه من غيره) سواء كان من مصر آخر أم لا (أربعة دنانير) في المشهور، ومستنده ضعيف.

ولو قيل بثبوت أجرة المثل فيه كغيره كان حسناً. والمراد بالدينار على القول به: الشرعي، وهو المثلقال الذي كانت قيمته عشرة دراهم.

(والبعير كذا) أي كالآبق في الحكم المذكور، ولا نص عليه بخصوصه، وإنما ذكره

(١) في قول المصنف: «كمن ردّ عيدي فله شيء، أو مال».

(٢) وهو استحقاق الأجرة مع الإطلاق.

(٣) فإن له أجرة المثل إلا مع قلة العمل، لاقتضاء العرف ذلك كما لعله ظاهر.

(٤) أي إذا وجده في المصر الذي فيه ماله وورده منه إلى ماله في المصر المزبور.

وفي الحاشية المستندة إلى الشارح قدس سره هكذا: والمستند رواية مسع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن النبي صلى الله عليه وآله جعل في رد الآبق ديناراً إذا وُجد في مصره، وإن وُجد في غيره فأربعة دنانير. وعمل بها أكثر الأصحاب، مع ضعف عظيم في طريق الخبر، لجماعة منهم محمد بن الحسن بن ميمون، وهو ضعيف جداً ووضّاع، ومنهم عبد الله بن عبد الرحمن الأصم، وحاله كذلك أو زيادة، ومنهم سهل بن زياد، وحاله مشهور - انتهى.

الشيخان وتبعهما عليه جماعة . ويظهر من المفيد أنَّ به رواية ، لأنه قال : بذلك^(١) ثبتت السنة .

وفي إلحاقه - على تقدير ثبوت الحكم في الآتي - إشكال^(٢) . ويقوى الإشكال^(٣) لو قصرت قيمتها عن الدينار والأربعة . وينبغي حينئذ أن يثبت على المالك أقلَّ الأمرين من قيمته والمقدَّر شرعاً^(٤) . ومبنى الرواية على الغالب من زيادة قيمته عن ذلك كثيراً .

(ولو بذل جُعلاً لمن ردَّه واحداً كان أم أكثر (فردَّه جماعة استحقَّه بينهم بالسوية^(٥)) . ولو كان العمل غير الردِّ من الأعمال التي يمكن وقوعها أجمع من كل واحد منهم - كدخول داره مع الغرض الصحيح^(٦) - فلكل ما عيَّن .

(ولو جعل لكل من الثلاثة جُعلاً مغايراً) للآخرين - كأن جعل لأحدهما ديناراً وللآخر دينارين وللثالث ثلاثة - (فردَّوه فلكلُّ ثلث ما جُعِلَ له) ولو ردَّه أحدهم فله ما عيَّن له أجمع ، ولو ردَّه إثنان منهم فلكل منها نصف ما عيَّن له (ولو لم يسمَّ

(١) أي بذلك الحكم في البعير ثبتت السنة .

(٢) وذلك لأنه لو فُرض ثبوت الحكم في الآتي بالرواية فالحاق البعير به لا وجه له .

(٣) وعن المحقق ثبوت الحكم في العبد وإن قصرت قيمته ، وحكم في البعير بعدم الظفر فيه بمسند .

(٤) وذلك لئلا يلزم إلزام المالك بزيادة عن ماله لأجل تحصيله . وفيه : أنه مع العدول عن مقتضى الرواية وحملها على الغالب فالظاهر في هذه الصورة الحكم بأجرة المثل لا ما ذكره من أقلَّ الأمرين . فليتأمل .

(٥) قال في الحاشية ما لفظه : بناءً على قسمته على الرؤوس كما سلف ، والأقوى قسمته على العمل كما تقدم ، وكذا الحكم في نظائره .

(٦) قيَّد الغرض بالصحة لتصحیح الجعالة .

لبعضهم) جُعلاً مخصوصاً^(١) (فله ثلث أجرة المثل) ولكل واحد من الآخرين ثلث ما عين له. ولو ردّه من لم يُسم له وأحدهما فله نصف أجرة مثله، وللآخر نصف ما سمي له، وهكذا (ولو كانوا أزيد) من ثلاثة (فبالنسبة) أي لو ردّوه أجمع فلكل واحد بنسبة عمله إلى المجموع من أجرة المثل أو المسمى.

(ولو اختلفا في أصل الجعالة) بأن ادعى العامل الجعل وأنكره المالك وادعى التبرع (حلف المالك) لأصالة عدم الجعل (وكذا) يحلف المالك لو اختلفا (في تعيين الآتي) مع اتفاقها على الجعالة، بأن قال المالك: إن المردود ليس هو المجعول وادعاه العامل، لأصالة براءة الذمة من المال الذي يدعي العامل استحقاقه.

(ولو اختلفا في السعي) بأن قال المالك: حصل في يدك قبل الجعل (يفتح الجيم، وقال الرائد: بل يعده) - (حلف) المالك (أيضاً، للأصل) وهو براءة ذمته من حق الجعالة، أو عدم تقدم الجعل على حصوله في يده، وإن كان الأصل أيضاً عدم تقدم وصوله إلى يده على الجعل، إلا أنه بتعارض الأصلين لا يثبت في ذمة المالك شيء^(٢). ومثله^(٣) ما لو قال المالك: حصل في يدك قبل علمك بالجعل، أو من غير سعي وإن كان بعد صدوره.

(وفي قدر الجعل كذلك) يحلف المالك، لأصالة براءته من الزائد، ولأن العامل مدّعٍ للزيادة والمالك منكر (فيثبت للعامل) بيمين المالك (أقلّ الأمرين من أجرة

(١) كما لو سمي لبعض جعلاً معيناً كدرهم، ولبعض آخر جعلاً مبهماً كشيء مثلاً.

(٢) هذا مبني على ما قيل من أنه إذا حصل في يده قبل الجعل فلا يستحق الجعل لردّه لوجوبه عليه، وأما إذا قلنا بعدم وجوب ردّه على المالك بل يكفي تمكينه منه إن كان قد علم بوصوله إلى يده، فالحق للعامل هذا ما أفاده جمال المحققين.

(٣) أي ومثل اختلاف الجاعل والعامل في السعي.

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 يجعل في الجملة وأنه عمل محترم ، فثبت له الأجرة إن لم ينتف بعضها^(١) بإنكاره (إلا أن يزيد ما ادعاه المالك) عن أجرة المثل فثبت الزيادة ، لاعترافه باستحقاق العامل إياها ، والعامل لا ينكرها .

(وقال) الشيخ نجيب الدين (ابن غما رحمه الله : إذا حلف المالك) على نفي ما ادعاه العامل (ثبت ما ادعاه) هو ، لأصالة عدم الزائد ، واتفاقها على العقد المشخص بالعوض المعين ، وانحصاره في دعواها . فإذا حلف المالك على نفي ما ادعاه العامل ثبت مدعاه ، لقضية الحصر^(٢) (وهو قوي كمال الإجارة) إذا اختلفا في قدره .

وقيل : يتحالفان ، لأن كلاً منها مدّع ومدعى عليه^(٣) ، فلا ترجيح لأحدهما ، فيحلف كلُّ منهما على نفي ما يدعيه الآخر ويثبت الأقل كما مر . والتحقيق : أن اختلافهما في القدر إن كان مجرداً عن التسمية - بأن قال العامل : إني أستحق مائة من جهة الجعل الفلاني ، فأنكر المالك وادعى أنه خمسون - فالقول قول المالك ، لأنه منكر

(١) أي إن لم ينتف بعض أجرة المثل بإنكار العامل ، وذلك بأن يكون ما يدعيه العامل أقل من أجرة المثل ، فهو بادعائه الأقل ينتفي بعض أجرة المثل ، فلو لم يكن مدعاه الأقل فله تمام أجرة المثل .

(٢) وأيضاً مصبّ دعوى العامل هو الزائد والجاعل ينكره ، فقضى قاعدة « البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر » ذلك ، وليس للجاعل دعوى ويمين المالك ، لنفي دعوى العامل لا لأثبات شيء آخر . فليتأمل .

(٣) قد بيّنا أن الدعوى في الواقع ليست إلا من العامل ، وإنكار المالك وحلفه يسقط دعواه ، فلا موجب لحلف العامل أصلاً . وقاعدة التحالف - كما هو محزّر في محله - أن لا يجتمعا على شيء ، بل كل منهما منكر لجميع ما يدعيه الآخر .

محض والأصل براءته عن الزائد، كما يُقدّم قوله لو أنكر أصل الجُعل. ولا يتوجه اليين هنا من طرف العامل أصلاً.

وإن قال: جعلت لي مائة، وقال المالك: بل خمسين، ففيه الوجهان الماضيان^(١) في الإجارة.

والأقوى تقديم قول المالك أيضاً، لاتفاقهما على صدور الفعل بعوض، واختلافهما في مقداره خاصة، فليس كل منها مدعياً لما ينفيه الآخر^(٢).

وإن كان اختلافهما في جنس المَجْعُول مع اختلافه بالقيمة، فادعى المالك جعل شيء معين يساوي خمسين، وادعى العامل جعل غيره مما يساوي مائتين، فالتحالف هنا متعين^(٣)، لأن كلاً منهما يدعي ما ينكره الآخر، إلا أن ذلك نشأ من اختلاف الجُعل جنساً أو وصفاً، لا من اختلافه قدراً. وإذا فرض اختلاف الجنس فالقول بالتحالف أولى^(٤)، وإن تساوى قيمة. وإنما ذكرنا اختلاف الجنس في هذا القسم، لأن جماعة - كالحقق والعلامة - شَرَكُوا بينه وبين الإختلاف قدراً في الحكم^(٥)، وليس بواضح. ويبقى في القول بالتحالف مطلقاً^(٦) إشكال آخر، وهو فيما إذا تساوت الأجرة وما

(١) وهما ما نقل عن ابن غما قدس سره والتحالف.

(٢) أي فليس كل منها مدعياً حتى يحكم بالتحالف.

(٣) فحكمه بعده الرجوع إلى أجرة المثل على ما صرح به في المسالك.

(٤) أي القول بالتحالف أقرب إلى القواعد وإن تساوى من حيث القيمة، لأن مصب الدعوى هو الجنس، كأن يدعي أحدهما أنه البُر والآخر أنه الشعير.

(٥) أي الحكم بحلف المالك.

(٦) أي سواء قيل به في المتخالفين جنساً، أم قيل به في المتفقين أيضاً، أو في القول به مطلقاً. سواء تساوت الأجرة وما يدعيه المالك، أم زاد ما يدعيه عنها، أو زادت الأجرة عليه.

يدعيه المالك ، أو زاد ما يدعيه عنها ، فإنه لا وجه لتحليف العامل بعد حلف المالك على نفي الزائد الذي يدعيه العامل ، ثبوت ما حكم به من مدعى المالك زائداً عن الأجرة أو مساوياً باعترافه ، فتكليف العامل باليمين حسيث لا وجه له ، لاعتراف المالك به ، وإنما يتوجه لو زادت أجرة المثل عما يدعيه المالك (فيتوقف إثبات الزائد من الأجرة عما يدعيه) على يمين المدعي ، وهو العامل .



مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

كتاب الوصايا

وفيه فصول :

[فصل] (الأول الوصية)^(١)

مأخوذة من وصي يصي ، أو أوصى يوصي ، أو وصَّى يوصِّي^(٢) . وأصلها الوصل ،
وشمي هذا التصرف وصية لما فيه من وُصلة التصرف في حال الحياة به بعد الوفاة^(٣) .
أو وُصلة القرية في تلك الحال بها في الحالة الأخرى .
وشرعاً : (تمليك عين أو منفعة ، أو تسليط على تصرف بعد الوفاة) فالتمليك
بمنزلة الجنس يشمل سائر التصرفات المملّكة من البيع ، والوقف ، والهبة . وفي ذكر
العين والمنفعة تنبيه على متعلقي الوصية . ويندرج في « العين » الموجود منها بالفعل
كالشجرة ، والقوة كالثمر المتجددة ، وفي « المنفعة » المؤبدّة والمؤقتة^(٤) والمطلقة .

(١) الوصية اسم مصدر ، وقد سبق في كتاب الطهارة الفرق بين المصدر واسمه ، فليراجع
هناك .

(٢) إذ يصلح أن يكون كل واحدٍ منها مأخذاً لهذا . ثم هذا بحسب الإعلال الصرفي والإشتقاق
لا من جهة المعنى ، فإن المعاني متّحدة كما هو واضح ، فلا مورد لهذا التردد .

(٣) أي وُصلة التصرف في حال الحياة بالتصرف بعد الوفاة .

(٤) فالمؤبدّة كسكنى الدار أبداً ، والمؤقتة كسكنائها سنّة مثلاً ، والمطلقة كسكنائها من غير
قيّد .

ويدخل في «التسليط على التصرف» الوصاية إلى الغير بإنفاد الوصية^(١)، والولاية^(٢) على من للموصى عليه ولاية. ويخرج به «بعدية الموت» الهبة وغيرها من التصرفات المنجزة في الحياة المتعلقة بإحداها^(٣) والوكالة، لأنها تسليط على التصرف في الحياة. وينتقض في عكسه^(٤) بالوصية بالعتق، فإنه فك ملك، والتدبير فإنه وصية به عند الأكثر^(٥)، والوصية بإبراء المديون، وبوقف المسجد، فإنه فك ملك أيضاً، وبالوصية بالمضاربة والمساواة، فإنها وإن أفاداً ملك العامل الحصة من الربح والثمرة على تقدير ظهورهما، إلا أن حقيقتها ليست كذلك^(٦)، وقد لا يحصل ربح ولا ثمرة، فينتفي التملك.

(وإيجابها: أوصيتُ) لفلان بكذا، (أو فَعَلُوا كَذَا بعد وفاتي) هذا القيد يحتاج إليه في الصيغة الثانية خاصةً، لأنها أعمُّ مما بعد الوفاة. أمّا الأولى فمقتضاها كون ذلك بعد الوفاة (أو لفلان بعد وفاتي كذا)، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على المعنى المطلوب. (والقبول: الرضا) بما دلَّ عليه الإيجاب، سواء وقع باللفظ أم بالفعل الدال عليه

(١) وذلك كما إذا أوصى إلى شخص بأن يخرج من ماله أجرة الحج والصلاة ونحوهما.

(٢) أي وبالولاية. هذا عطف على قوله: إنفاذ الوصية.

(٣) أي بالعين أو المنفعة.

(٤) أي في جامعيتها لخروج ما ذكر مع أنه من مصاديق الوصية.

(٥) أي التدبير وصية بالعتق عند الأكثر، فعلى القول بأنه وصية يحتاج في تحريره إلى صيغة أخرى غير صيغة التدبير كالوصية، ولم يثبت بل ثبت خلافه، كما هو مذكور في كتابه، فالحق أنه إيقاعٌ يشبه الوصية في بعض الأحكام لا أنه وصية.

(٦) أي ليست حقيقة المضاربة والمساواة تملك عين أو منفعة، إذ قد لا يحصل ربح ولا ثمرة، فلا تملك مع أنها صحيحتان بدونها.

كالأخذ والتصرف. وإنما يفتقر إليه^(١) في من يمكن في حقه كالمحصور لا غيره كالفقراء ،
والفقهاء^(٢)، وبني هاشم ، والمسجد ، والقنطرة كما سيأتي .

واستفيد من إفتقارها إلى الإيجاب والقبول أنها من جملة العقود^(٣) ، ومن جواز
رجوع الموصي مادام حياً ، والموصى له كذلك^(٤) ما لم يقبل بعد الوفاة^(٥) ، كما سيأتي
أنها من العقود الجائزة . وقد تلحق باللازمة على بعض الوجوه كما يُعلم ذلك من
القيود^(٦).

ولما كان الغالب عليها حكم الجواز لم يشترط فيها القبول اللفظي ، ولا مقارنته
للإيجاب^(٧) ، بل يجوز مطلقاً سواء (تأخر) عن الإيجاب (أو قارن) .
ويمكن أن يريد بتأخيره تأخذه عن الحياة^(٨) ، ومقارنته للوفاة^(٩) . والأول أوفق
بمذهب المصنف ، لأنه يرى جواز تقديم القبول على الوفاة ، والثاني للمشهور^(١٠).

(١) أي القبول .

(٢) أي من الجهات العامة .

(٣) لأن الإيقاعات لا تحتاج إلى القبول .

(٤) أي مادام حياً .

(٥) فلو قبل بعد الوفاة يلزم .

(٦) وذلك ككون الرجوع بعد وفاة الموصي ، فإن رجوع الموصى له بعد وفاة الموصي
لا يوجب بطلان الوصية ونحو ذلك .

(٧) أي لم يشترط اتصال القبول بالإيجاب ، كالعقود اللازمة .

(٨) أي عدم كونه متصلاً بآخر حياته ، بل بعد مضي مدة من وفاته .

(٩) أي مقارنته للوفاة بدون مضي مدة من الوفاة .

(١٠) وهو عدم جواز تقديم القبول على الوفاة .

ومبنى القولين على أن الإيجاب في الوصية إنما يتعلق بما بعد الوفاة^(١)، لأنّها تمليك أو ما في حكمه، كالوصية بإبراء المديون والعتق ونحوهما بعد الموت، فلو قيلَ قبلَه لم يطابق القبول الإيجاب، وأنَّ المتعلق بالوفاة^(٢) تمام الملك على تقدير القبول والقبض لا إحداث سببه، فإن الإيجاب جزء السبب، فجاز أن يكون القبول كذلك وبالموت يتم^(٣)، أو يجعل الموت شرطاً لحصول الملك بالعقد، كالبيع على بعض الوجوه^(٤). وهذا أقوى، وتعلّق الإيجاب بالتمليك بعد الموت لا ينافي قبوله قبله، لأنّه قبوله بعده أيضاً^(٥).

وإنما يصح القبول على التقديرين (ما لم يرَدْ) الوصيّة قبله^(٦) (فإن رَدْ) حينئذ لم يؤثر القبول لبطلان الإيجاب برّدّه. نعم لو رَدّه (في حياة الموصي جاز القبول بعد وفاته) إذ لا إعتبار برّدّه السابق، حيث إنَّ الملك لا يمكن تحقّقه حال الحياة، والمتأخّر^(٧) لم يقع بعدُ.

وهذا بمذهب من يعتبر تأخّر القبول عن الحياة أو فُق. أما على تقدير جواز تقدمه

(١) هذا مبنى القول الثاني.

(٢) أي وعلى أن المتعلق بالوفاة وهذا مبنى القول بجواز القبول قبل الوفاة.

(٣) فيكون القبول الجزء الأخير للسبب.

(٤) فإنّه على رأي الشيخ لا يوجب الملك إلّا بعد مُضيّ الخيار، وكالبيع الفضولي، فإنَّ الإيجاب والقبول سبب لنقل الملك، ومع ذلك لم يحصل الملك لتقّد شرطه، وهى إجازة المالك.

(٥) أي لأنّ قبوله قبل الموت قبوله بعد الموت أيضاً.

(٦) أي قبل القبول.

(٧) أي الرّد المتأخّر عن الموت.

في حال الحياة فينبغي تأثير الردّ حالتها أيضاً، لفوات أحد رُكْنَيْ العقد حال إعتبراره^(١)، بل يمكن القول بعدم جواز القبول بعد الردّ مطلقاً^(٢)، لا بطلاله - أي الردّ - الإيجاب السابق، ولم يحصل بعد ذلك^(٣) ما يقتضيها، كما لو ردّ المتهب الهبة.

ولو فُزِق بأنّ المانع هنا انتفاء المقارنة^(٤) بين القبول والإيجاب. قلنا: مثله في ردّ الوكيل الوكالة^(٥)، فإنّه ليس له التصرف بعد ذلك بالإذن السابق وإن جاز تراخي القبول. وفي الدروس نسب الحكم بجواز القبول حينئذٍ^(٦) بعد الوفاة إلى المشهور مؤذناً بتمريضه، ولعلّ المشهور مبنيٌّ على الحكم المشهور السابق^(٧).

(وإن ردّ بعد الوفاة قبل القبول بطلت وإن قبض) اتفاقاً، إذ لا أثر للقبض من دون القبول^(٨) (وإن ردّ بعد القبول لم تبطل وإن لم يقبض) على أجدد القولين، لحصول

(١) أي لفوات أحد رُكْنَيْ العقد، وهو القبول حال إعتبراره، إذ في فُرْضِ فجواز قبول الوصية في حال الحياة فهو معتبر شرعاً، فبرد الوصيّة يفوت القبول.

(٢) أي سواء كان الردّ في حال الحياة أم لا.

(٣) أي بعد الإبطال.

(٤) أي بأنّ المانع في الهبة انتفاء المقارنة مع أنّها شرط في الهبة.

(٥) مع أنّ المقارنة ليست بشروط فيها والحال أنّه ليس له التصرف بعد الردّ. وحاصله: أنّه لو قلنا بأنّ قياسها على الهبة مع الفارق - لإعتبار المقارنة في الهبة بين الإيجاب والقبول - لكن الوكالة مثلها، فإنّه ليس له التصرف بعد الردّ بالإذن السابق وإن جاز تراخي القبول فيها.

(٦) أي حين الردّ في حياة الموصي.

(٧) وهو عدم جواز تقديم القبول على الوفاة.

(٨) ولا يخفى: أنّه قد تقدّم منه رحمه الله أنّه يكفي في القبول الفعل الدالّ عليه كالأخذ والتصرف، فلعل مراده ههنا عدم تأثير القبض الذي لم يقترن بإرادة القبول، كقبضه قبل الإطلاع على الوصية، أو أخذه بعنوان العارية ونحوها. فليتمأمل.

الملك بالقبول ، فلا يُبطله الردّ ، كردّ غيره من العقود المملّكة بعد تحقّقه ، فإنّ زوال الملك بعد ثبوته يتوقف على وجود السبب الناقل ولم يتحقّق^(١) ، والأصل عدمه .
وقيل : يصح الردّ بناءً على أن القبض شرط في صحة الملك كالهبة^(٢) ، فتبطل بالردّ قبله .

ويضعّف ببطالان القياس وثبوت حكمها بأمر خارج^(٣) لا يقتضي المشاركة بمجرد ردّها وأصالة عدم الزوال بذلك^(٤) ، واستصحاب حكم الملك ثابت .
(وينتقل حق القبول إلى الوارث) لو مات الموصي له قبله^(٥) ، سواء مات في حياة الموصي أم بعدها على المشهور ، ومستنده رواية تدل بإطلاقها عليه^(٦) .
وقيل : تبطل الوصية بموته ، لظاهر صحيحة أبي بصير ومحمد بن مسلم عن

(١) أي لم يتحقّق وجود السبب الناقل للملك ، والإعراض ليس مخرجاً عن الملك وإن كان موجباً لجواز تملك الغير كالمباحاة الأصلية .

(٢) والظاهر أنّ المراد بصحة الملك لزومه ، لأنّه لا ينقسم إلى الصحيح والفاقد ، قال الشيخ في محكي المبسوط ما حاصله : إنّ الوصية إذا كان قبولها بعد الوفاة لا تبطل بالردّ لكن لا يستقرّ ملكه عليه ما لا يقبضه ، فصحّ منه الردّ قبل القبض والتشبه بالهبة ، بناءً على كون القبض فيها شرطاً للزومها ، كما هو المحكي عن أبي الصلاح والعلامة في المختلف وجماعة .
ولكن لا دليل عليه ، بل القبض شرط في صحتها ، كما هو مذكور في بابها .

(٣) أي ثبوت حكم الهبة بدليل خارج لا يقتضي مشاركة الوصية معها بمجرد ثبوت حكمها بأمر آخر .

(٤) والظاهر أنّ مراده بها إطلاقات الوصية ، إذ ظاهرها استمرار حكمها ، فلا يزول بمجرد الردّ ، مضافاً إلى الأصل العمل الذي أشار إليه بقوله : استصحاب حكم الملك .

(٥) أي قبل القبول .

(٦) وهي رواية محمد بن قيس [الوسائل ، أحكام الوصايا ، الباب ٣٠ ، الحديث ١] .

الصادق عليه السلام^(١).

وفَصَّل ثالث فأبطلها بموته في حياته ، لا بعدها .
والأقوى البطلان مع تعلُّق غرضه بالموثِّث وإلا فلا . وهو مختار المصنّف في
الدروس ، ويمكن الجمع به بين الأخبار لو وجب^(٢) .
ثم إن كان موته قبل موت الموصي لم تدخل العين في ملكه^(٣) ، وإن كان بعده ففي
دخولها وجهان مبنيان على أن القبول هل هو كاشف عن سبق الملك من حين الموت^(٤) ،

(١) الاستبصار ، الطبعة الجديدة ج ٤ ص ١٣٨ حديث ٤ .

(٢) هذا إشارة إلى عدم إمكان الجمع ، لضعف رواية محمد بن قيس ، لإشتراكه بين الثقة
وغيره ، فلا تعارض الصحيحة .

قال في الحاشية : وما قيل من احتمال الصحيحة لغير المطلوب ، من الصحة - أي صحة الوصية -
فلا تعارض الأولى . مردود بأنّ ظاهرها ذلك فلا تعارضها الأولى ، والصحيحة هذه قال :
سُئِلَ عن رجلٍ أوصى لرجلٍ فمات الموصي له قبل الموصي ؟ قال : ليس بشيء .
قال في المسالك ما حاصله : إن الرواية لا صراحة فيها على المطلوب ، لأنها كما تحتمل أن تكون
الوصية حينئذٍ لا شيء يُعْتَدُّ بها بمعنى بطلانها تحتمل إرادة أنّ الموت ليس بشيء ينقض
الوصية ، بل ربّما كان الثاني أنسب بأسلوب الكلام . إنتهى ما في المسالك .

ولكن في الحاشية ردّ هذا الإحتمال بقوله : مردود ، بأنّ ظاهرها ذلك ، أي بطلان الوصية .
وملخص كلامه قدس سره : إنّ الجمع بين الروايات ورفع التنافي بينها غير ممكن ، لعدم
معارضة الضعيف القوي بحسب الصناعة ، ولكن مع ذلك لا يمكن رفع اليد عن الجمع بين
الأخبار ، لأنخبار ضعفها بالشهرة ونحوها ، فيجمع بينها بحمل بطلان الوصية مع تعلُّق
غرضه بالموثِّث ، وإلا فلا . فليتأمل .

(٣) لأن انتقال الملك من الموصي مشروط بموته .

(٤) وحينئذٍ حكم قبول الوارث حكم قبوله ، لأنه نائب عنه ووجود تنزيه له ، فيكون

أَمْ نَاقِلٌ لَهُ مِنْ حِينِهِ^(١)، أَمْ الْمَلِكُ يَحْصُلُ لِلْمَوْصِي لَهُ بِالْوَفَاةِ مَتَزَلِزاً وَيَسْتَقِرُّ بِالْقَبُولِ ؟
أَوْجُهُ تَأْتِي^(٢).

وتظهر الفائدة فيما لو كان الموصي به ينعقد على الموصي له الميث لو ملكه^(٣).
(وتصح) الوصية (مطلقة) غير مقيدة بزمان أو وصف (مثل ما تقدم) من قوله: «أوصيتُ»، 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.

(وتكني الإشارة) الدالة على المراد قطعاً في إيجاب الوصية (مع تعذر اللفظ) لحزب، أو إعتقال لسان بمرض، ونحوه، (وكذا) تكني (الكتابة) كذلك (مع القرينة) الدالة قطعاً على قصد الوصية بها، لا مطلقاً، لأنها أعم.

→ كاشفاً عن ملك مورثه، فينقل إلى المورث من حين موت الموصي ثم ينقل إلى الوارث بالإرث، وبما قيل على القول بالكشف: إن قبول الوارث كاشف عن ملكه ابتداءً من حين موت مورثه، ولا يدخل في ملك مورثه، ولكنه ضعيف، لأن دليلهم على القول بالكشف لا يساعده، كما حققه في شرح الشرائع.

(١) فيكون القبول جزء السبب، فلا يدخل في ملكه إذا مات قبل القبول بعد موت الموصي، بل يدخل القبول في ملك الوارث.

(٢) أي تأتي تلك الأوجه، فعلى الأولى والثالث تدخل في ملك المورث، وعلى الثاني لا تدخل.

(٣) وذلك كما كان الموصي به أباً للموصي له إذا ملكه، فإن قلنا بانتقاله بالموت قبل القبول إنعقد، وإن قلنا بأنه لا يملك إلا بعد القبول لم ينعقد. ثم هذا محصل ما أفاده قدس سره في المقام، ولكن الظاهر من الأخبار الانتقال إلى الوارث ابتداءً على كلا المبنيين، فليتأمل.

ولا تكفيان مع الاختيار^(١) وإن شوهد كاتباً، أو عُلم خطه، أو عمل الورشة ببعضها، خلافاً للشيخ في الأخير، أو قال: «إنه بخطي وأنا عالم به»، أو «هذه وصيتي فاشهدوا عليّ بها»، ونحو ذلك، بل لا بدّ من تلفظه به، أو قراءته عليه واعترافه بعد ذلك، لأنّ الشهادة مشروطة بالعلم وهو مني هنا، خلافاً لابن الجنيّد حيث اكتفى به مع حفظ الشاهد له عنده^(٢).

والأقوى الاكتفاء بقراءة الشاهد له مع نفسه^(٣) مع اعتراف الموصي بمعرفة ما فيه وأنه موصى به. وكذا القول في المقرّ^(٤).

(والوصيّة للجهة العامة مثل الفقهاء وبنى هاشم (والمساجد ، والمدارس لا تحتاج إلى القبول) ، لتعذّره إن أريد من الجميع ، واستلزامه الترجيح من غير مرجّح إن أريد من البعض . ولا يقتصر إلى قبول الحاكم أو منصوبه ، وإن أمكن كالوقف .

وربّما قيل فيه بذلك ، ولكن لا قائل به هنا . ولعلّ مجال الوصية أوسع ، ومن ثمّ لم

(١) بل الأقوى كفايتها مع الاختيار أيضاً إذا كانتا صريحتين أو ظاهرتين في الدلالة، حيث أنّ ظاهر الأعمال كظاهر الأقوال حجة إذا كانت مع القرينة، كما هو محرّز في محله. ويمكن أن يُستدل على حجّية الكتابة بقوله ﷺ: لا ينبغي لأمرئ مسلم أن يبيت ليلة إلّا ووصيته تحت رأسه.

(٢) أي حفظ الشاهد المكتوب المذكور عنده حتى يأمن من التزوير.

(٣) بحيث يطالعه ولا يتلفّظ به مع إعراف الموصي بمعرفة ما فيه وأنّه يوصى به.

(٤) أي الحكم في المقرّ بكتاب الإقرار كالحكم في المقرّ بكتاب الوصية، فلو أقرّ من غير أن يعلم الشهود بما فيه لم يُجز ولم يعتدّ بإقراره. وإن قال «قد عرفت ما فيه فاشهدوا عليّ به» وقد قرأه الشاهد وعلم بما فيه، فإنّه يكفي ذلك في الشهادة على إقراره فيما ذكر فيها من التفصيل.

يشترط فيها التجيز، ولا فورية القبول، ولا صراحة الإيجاب، ولا وقوعه بالبرية مع القدرة.

(والظاهر أن القبول كاشفٌ عن سبق الملك) للموصي له (بالموت) لا ناقلٌ له من حينه، إذ لولاه لزم بقاء الملك بعد الموت بغير مالك، إذ الميت لا يملك، والخروج به عن أهليته كالجباذات^(١)، وانتقال ماله عنه، ولا الوارث، لظاهر قوله تعالى: «مَنْ بَعْدِ وَصِّيَّ يُوصِي بَهَا أَوْ ذَيْنَ»، فلو لم ينتقل إلى الموصي له لزم خُلُوه عن المالك، إذ لا يصلح لغير مَنْ ذُكر^(٢).

ووجه الثاني: أن القبول معتبر في حصول الملك، فهو إما جزء السبب أو شرط^(٣)، كقبول البيع^(٤)، فيمتنع تقدّم الملك عليه، وكونها من جملة العقود يرشد إلى أن القبول جزء السبب الناقل للملك والآخر الإيجاب، كما يُستفاد من تعريفهم العقود بأنها «الألفاظ الدالة على نقل الملك على الوجه المناسب له»^(٥) وهو العين في البيع، والمنفعة في الإجارة، ونحو ذلك، فيكون الموت شرطاً في انتقال الملك، كما أن الملك

(١) وفيه: إن الأهلية أمرٌ اعتباري لا مانع منه، كما اعتبروا مالكية الميت فيما لو نصب شبكة فوق فيها صيدٌ بعد موته وكذا في دية المقتول، فإنّها تدخل في ملكه ونحو ذلك، كما هو مذكور في محلّه.

(٢) وهو الوارث والميت والموصي له.

(٣) المراد بالسبب هنا هو المقتضي، فبناءً على كون الوصية من جملة العقود يكون القبول جزءً للسبب، وأما لو كانت الوصية من الإيقاعات فهو شرط. والفرق بينه وبين السبب: أن وجود الشرط من قبيل دفع المانع ولا إقتضاء له، فإن حصل تحقق تأثير السبب الناقل وهو المقتضي.

(٤) أي قبول الوصية معتبرٌ في حصول الملك، كما أن قبول البيع معتبرٌ في حصوله.

(٥) أي المناسب للملك.

للعين والعلَم بالعوضين شرط فيه^(١).

فإن اجتمعت الشرائط قبل تمام العقد - بأن كان مالكا للمبيع - تحققت ثمرته به^(٢)، وإن تخلف بعضها فقد يحصل منه بطلانه كالعلم بالعوض، وقد تبقى موقوفة على ذلك الشرط، فإذا حصل تحقق تأثير السبب الناقل وهو العقد، كإجازة المالك في عقد الفضولي، والموت في الوصية، فالإنتقال حصل بالعقد^(٣)، لكنّه موقوف على الشرط المذكور، فإذا تأخر قبول الوصية كان الملك موقوفاً عليه، والشرط - وهو الموت - حاصل قبله^(٤)، فلا يتحقق الملك قبل القبول.

ويشكل بأن هذا لو تمّ يقتضي أن قبول الوصية لو تقدّم على الموت حصل الملك به حصّوياً 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^(٥). فتبين أن الموت شرط في انتقال الملك^(٦)، بل حقيقة الوصية التملك بعده، كما علم من تعريفها. فإن تقدّم القبول توقّف الملك على الموت، وإن تأخّر عنه^(٧) فقتضى حكم العقد عدم تحقّقه^(٨) بدون القبول، فيكون تمام الملك موقوفاً على الإيجاب والقبول

(١) أي في الإنتقال بالبائع.

(٢) أي بالقبول.

(٣) أي حصل مراعاةً وبالموت تحقّق ثمرة العقدية.

(٤) أي قبل القبول.

(٥) أي سواء كان الموت قبل القبول أم بعده.

(٦) أي لا يتحقق الإنتقال قبله بحيث لا يتوقف على شيء.

(٧) أي تأخر القبول عن الموت، بأن كان قبول الموصى له بعد موت الوصي.

(٨) أي تحقّق الملك.

والموت. وبالجملية فالقول بالكشف متوجه^(١) لولا مخالفة ما عُلم من حكم العقد^(٢).
 (ويُشترط في الموصي الكمال) بالبلوغ، والعقل، ورفع الحجر (وفي وصية من بلغ عشرين قول مشهور) بين الأصحاب، مستنداً إلى روايات^(٣) مستظافرة، بعضها صحيح، إلا أنها مخالفة لأصول المذهب وسبيل الإحتياط.
 (أما المجنون والسكران ومن جرح نفسه بالمهلك فالوصية) من كلٍ منهم (باطلة): أما الأولان فظاهر، لإنتفاء العقل، ورفع القلم. وأما الأخير فمستنده صحيحة^(٤) أبي ولاد عن الصادق عليه السلام: «فإن كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت^(٥) لم تجز وصيته»، ولدلالة هذا الفعل على سفهه، ولأنه في حكم الميت، فلا تجري عليه الأحكام الجارية على الحي، ومن ثم لا تقع عليه الزكاة^(٦) لو كان قابلاً لها.
 وقيل: تصح وصيته مع ثبات عقله^(٧) كغيره. وهو حسن، لولا معارضة النص

-
- (١) لما ذكر من دعوى خروج الميت عن أهليته للملك، وتعلق الدين بدية المقتول لا يستلزم كونها مملوكة له، إذ يكفي إضافتها إليه ولو كانت مملوكة للورثة، غاية الأمر أنه ليس للوارث التصرف فيها حتى يؤدي دينه.
 (٢) وهو قوله «فمقتضى حكم العقد عدم تحققه» إلى آخر ما ذكره.
 (٣) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٤٤].
 (٤) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٢، الحديث ١].
 (٥) أي سبب قتل وما يؤل إليه.
 (٦) هذا مبني على القول باشتراط استقرار الحياة في الذبيحة، وسيجيء البحث فيه.
 (٧) هذا القول محكي عن الحلي قدس سره عملاً بالأصول من الكتاب والسنة، وهو شاذ، والأصول مختصة بما مر لصحته وصراحته واعتضاده بالشبهة العظيمة.

المشهور^{١١}. وأما دلالة الفعل على سفهه فغير واضح، وأضعف منه كونه في حكم الميت، فإنه غير مانع من التصرف مع تيقن رشده. وموضع الخلاف ما إذا تعدد الجرح، فلو وقع منه سهواً أو خطأ لم تمتنع وصيته إجماعاً.

(و) يُشترط (في الموصي له الوجود) حالة الوصية، (وصحة التملك، فلو أوصى للحمل إعتبر) وجوده حال الوصية (بوضعه لدون ستة أشهر^{١٢} منذ حين الوصية) فيعلم بذلك كونه موجوداً حالها (أو بأقصى) مدة (الحمل) فسا دون (إذا لم يكن هناك زوج، ولا مولى) فإن كان أحدهما لم تصح، لعدم العلم بوجوده عندها، وأصالة عدمه، لإمكان تجددّه بعدها. وقيام^{١٣} الإحتمال مع عدمها بإمكان الزنا والشبهة مندفع بأن الأصل عدم إقدام المسلم على الزنا كغيره من المحرمات، وندور الشبهة. ويُشكل الأول^{١٤} لو كانت كافرة، حيث تصح الوصية لحملها^{١٥}. وربما قيل على تقدير وجود الفراش^{١٦} باستحقاقه بين الغائبتين^{١٧} عملاً بالعادة

(١) وهو ما ذكره سابقاً.

(٢) وأما لو كان وضعه لستة أشهر لم يحرز وجوده حين الوصية، لاحتمال تكوّنه بعد الوصية. وهذا فيما إذا كان لها زوج أو مولى موجود عندها، ولما لو لم يكن هناك زوج ولا مولى فبأقصى الحمل فما دون، كما حققه الشارح.

(٣) و«قيام الإحتمال» مبتدأ خبره قوله «مندفع بأن الأصل عدم إقدام المسلم».

(٤) أي عدم الزنا.

(٥) وذلك كما لو كان أبو الحمل مسلماً وأمه ذمّية ونحو ذلك. ويمكن أن يقال بجريان أصل عدم الإقدام على الزنا في الذمّية أيضاً، لأن لكل قوم نكاح.

(٦) وهو الزوج أو المولى.

(٧) أي بين الستة وأقصى الحمل وهذا بناءً على القول بأن أقصى الحمل تسعة، وأما بناءً على

الغالبية من الوضع لأقصاها، أو ما قاربها. وعلى كل تقدير فيشترط انفصاله حياً، فلو وضعته ميتاً بطلت^(١). ولو مات بعد انفصاله حياً كانت لوارثه. وفي اعتبار قبوله هنا وجه قوي^(٢)، لإمكانه منه، بخلاف الحمل. وقيل: يُعتبر قبول وليه^(٣)، ثم إن اتحد^(٤) فهي له، وإن تعدد قُسم الموصى به على العدد بالسوية^(٥)، وإن اختلفوا بالذكورية والأنوثة.

(ولو أوصى للعبد لم يصح) سواء كان قنّاً أم مدبّراً أم أمّ ولد، أجاز مولاه أم لا، لأن العبد لا يملك بتمليك سيده بتمليك غيره أولى، ولرواية^(٦) عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا وصية لمملوك»^(٧). ولو كان مكاتباً مشروطاً، أو مطلقاً لم يؤدّ شيئاً، ففي جواز الوصية له قولان: من^(٨) أنه في حكم المملوك حيث لم يتحرّر منه شيء، ولرواية^(٩) محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام، ومن^(١٠)

→ أنه عشرة أو سنة فدعوى الظهور باطلة، لندرة طول الحمل إلى المذتين.

(١) أي بطلت الوصية وإن كان حال الوصية في بطن أمه حياً.

(٢) أي وفي اعتبار قبول الوارث هنا وجه قوي، لإمكان القبول من الوارث، بخلاف الحمل، فإنه لا وارث له حين الحمل حتى يقبل.

(٣) أي قيل باعتبار القبول في الحمل أيضاً، فيقبل وليه.

(٤) أي اتحد الحمل.

(٥) لا على كيفية الإرث وإن اختلفوا بالذكورية والأنوثة كما سيجيء.

(٦) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٧٩].

(٧) قال في المسالك: إنه يمكن أن يحمل على نفي أن يوصي المملوك لغيره، لأن الوصية إسم مصدر يمكن إضافته إلى المفعول والفاعل.

(٨) هذا دليل عدم الصحة.

(٩) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٧٨، الحديث ١].

إنتطاع سلطنة المولى عنه . ومن ثمَّ جاز إكتسابه ، وقبول الوصية نوعٌ منها .

والصحة مطلقاً أقوى^(١١) . والرواية لا حجة فيها^(١٢) .

(إلا أن يكون) العبد الموصى له (عبده) أي عبد الموصي (فتُصرف) الوصية (إلى عتقه) ، فإن ساواه^(١٣) أعتق أجمع ، وإن نقص عتق بحسابه^(١٤) (وإن زاد المال عن ثمنه قلّه) الزائد .

ولا فرق في ذلك بين القرنَّ وغيره ، ولا بين المال المشاع والمعين على الأقوى .
ويُحتمل اختصاصه بالأول ، لشيوعه في جميع المال وهو من جملة ، فيكون كعتق جزء منه ، بخلاف المعين^(١٥) ، ولا بين أن تبلغ قيمته ضعف الوصية وعدمه .
وقيل : تبطل في الأول استناداً إلى رواية^(١٦) ضعيفة .

(١٠) هذا دليل الصحة .

(١١) أي في الشروط والمطلق أدى شيئاً أم لا .

(١٢) قال في الحاشية : إمّا لإشتراك محمد بن قيس الذي يروي عن الباقر عليه السلام بين الشقة وغيرها ، أو لأنها واقعةٌ حال فلا تهم ، لأنه سأل عن مكاتبٍ كانت تحت امرأة حرة فأوصت له عند موتها بوصية ، فقال أهل الميراث : لأنجيز وصيتها ، إنه مكاتب لم ينعق ولا يرث . فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه ، ويجوز له من الوصية بحساب ما أعتق منه - الحديث .

(١٣) وكان الموصى به لورثة العبد إن كان معيئاً .

(١٤) أي إن نقص الموصى به عن قيمة العبد عتق بحساب الموصى به وسعى العبد في الباقي ، لسراية العتق في البقية فينعتق كلّه ، ويجب على العبد السعي في أداء بقية القيمة للورثة .

(١٥) فإنه لا يكون كعتق الجزء ، فتبطل الوصية ، لأن العبد لا يملك شيئاً .

(١٦) [الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١١ ، الحديث ١٠] . قال في محكي المسالك : ومع ضعفها لا دلالة له على المطلوب أصلاً .

(وتصح الوصية للمشقص) وهو الذي عُتِقَ منه شَقِصٌ بكسر الشين وهو الجزء^(١) (بالنسبة) أي بنسبة ما فيه من الحرية. والمراد به مملوك غير السيد، أما هو فتصح في الجميع بطريق أولى^(٢).

(ولأم الولد) أي أم ولد الموصي، لأنها في حياته من جملة ممتلكاته، وإنما خصها ليرتب عليها قوله: (فتعتق من نصيبه) أي نصيب ولدها، (وتأخذ الوصية) لصحيحة^(٣) أبي عبيدة عن الصادق عليه السلام، ولأن التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث فيستقر ملك ولدها على جزء منها فتعتق عليه وتستحق الوصية^(٤). والوصية للمملوك وإن لم تتوقف على القبول، فينتقل إلى ملك الموصي له بالموت، إلا أن تنفيذها يتوقف على معرفة القيمة، ووصول التركة إلى الوارث، بخلاف ملك الوارث^(٥).

(١) كما في العبد المكاتب إذا أدى بعض مال الكتابة، فإنه عُتِقَ منه بمقدار أداء البعض ويبقى باقيه على الرقبة. وسيجيء تفصيله في بحث الكتابة إن شاء الله تعالى.

(٢) لما تقدم من صحة وصية المولى لعبده إذا كان قنأ لم يتحرر منه شيء، فهذا أولى.

(٣) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٨٢، الحديث ٤].

(٤) هذا على تقدير وفاء نصيب ولدها بقيمتها، وإلا لاستحق جميع الوصية بل بالمقدار الزائد عن قيمتها، لأنه لا بد حينئذ من تميم قيمتها من مال الوصية، وهذا واضح. ثم هذا فيما لو كانت الوصية بجزء مشاع فواضح، لأن أم الولد تكون من جملة التركة، فكأنه أوصى بجزء منها فتعتق ولو كانت بجزء معين كدار أو فرس، فكذلك تعتق كلها أيضاً، لإطلاق النص الشامل للمعين والمشاع.

(٥) قد أوضحه سلطان العلماء قدس سره بقوله: فإنه لا يتوقف على شيء، فيكون استقرار تملك الوارث التركة مقدماً على استقرار تملك الموصي به، فلذلك تعتق من نصيب الولد لا

وقيل: تُعتق من الوصية^(١)، فإن ضاقت فالباقى من نصيب ولدها، لتأخر الإرث عن الوصية والدَّيْن، بمقتضى الآية^(٢)، ولظاهر الرواية^(٣).
(والوصية لجماعة تقضى التسوية)^(٤) بينهم فيها، ذكوراً كانوا أم إناثاً أم مختلفين،

من الوصية. انتهى.

وفيه: إنَّه كما تنتقل التركة من حين الموت إلى الوارث فكذا تنتقل الوصية إلى ملك الموصى له بالموت، كما أشار إليه الشارح قدس سره، فلا تقدّم لأحد الإستقرارين على الآخر، فالعمدة في المقام هو النص المزبور.

(١) فإن كانت بقدر قيمتها عَقِثَ وكان الموصى به للورثة، وإن ضاقت فالباقى من نصيب ولدها، وإن زادت فالزائد لها.

(٢) النساء: الآية ١١.

(٣) المراد بالرواية هي صحيحة أبي عبيدة التي ذكرها مستنداً لفتوى المصنف من عتق أم الولد من نصيب ولدها وأخذها الوصية. ولا يخفى: أنَّ بين الرواية وما ضمَّ إليها من كتاب أبي العباس تدافعاً واضحاً، والرواية هذه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت له أم ولد منها غلام، فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألف درهم أو بأكثر للورثة إن يسترَّقوها؟ قال: فقال: لا بل يُعْتَق من ثلث الميِّت ويعطى من ثلثه ما أوصى لها به.

ولا يخفى كما عرفت: أنَّ بين الرواية وما ألحق بها من كتاب أبي العباس تدافعاً، فلا تصلح لأن تكون دليلاً لأحد القولين. وكيف كان فالشارح إنما نقل دليل القولين من غير تعرض للصحة أو السقم، فلي تأمل. وهاهنا بحث محلّه الكتب المفصلة.

ثم قول المصنف «فيعتق من نصيب ولده» ظاهر في احتياجه إلى صيغة العتق، مع أنَّ ملك العمودين سببٌ للإعتاق القهري، فلا يحتاج إلى صيغة فلي تأمل. [الوسائل، كتاب الوصايا، الباب ٨٢، الحديث ٤].

(٤) ورثة كانوا أم غيرهم.

وسواء كانت الوصية لأعمامه وأخواله أم لغيرهم على الأقوى^(١) (إلا مع التفضيل) فيُتَّبَع شرطه، سواء جعل المفضَّل الذكر أم الأنثى.
(ولو قال: «على كتاب الله»، فللذكر ضعف الأنثى)، لأنَّ ذلك حكم الكتاب في الإرث، والمتبادر منه هنا ذلك^(٢).

(والقاربة: من عرف بتَسْبِه) عادةً، لأنَّ المرجع في الأحكام إلى العرف حيث لا نَص، وهو دالٌّ على ذلك. ولا يكتفي مطلق العلم بالتَسْبِ كما يتفق ذلك في الهاشمين ونحوهم ممن يُعرف نسبه مع بُعد الآن مع انتفاء القاربة عرفاً^(٣).

ولا فرق بين الوارث وغيره، ولا بين الغني والفقير، ولا بين الصغير والكبير، ولا بين الذَّكَر والأنثى. وقيل: ينصرف إلى أنسابه الراجعين إلى آخر أب وأم له في الإسلام^(٤)، لا مطلق الأنساب استناداً إلى قوله ﷺ: «قَطَعَ الإسلام أرحام الجاهلية»^(٥)، فلا يرتقي إلى آباء الشرك وإن عُرِفوا بالتَسْبِ، وكذا لا يُعطى الكافر وإن انتَسَب إلى مسلم، لقوله تعالى عن ابن نوح: «إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ»، ودلالاتها على

(١) وعن الشيخ وجماعة أن للأعمام ثلاثين وللأخوال الثلث، استناداً إلى صحيحة زرارة عن الباقر عليه السلام: «فالأعمام الثلثان ولأخواله الثلث». وحملت - صوناً عن الطرح - على ما لو أوصى على كتاب الله.
(٢) أي المتبادر من قوله هنا «على كتاب الله» ذلك، وإن كان «على كتاب الله» مطلقاً محتمل الوجوه.

(٣) وفيه ما ذكرنا في كتاب الإرث، فليُراجع.
(٤) بمعنى الإرتقاء بالقاربة من الأخ إلى ما يليه، وهكذا إلى أبعد جدٍّ وجدَّة له في الإسلام وفروعها، ويحكم للجميع بالقاربة، ولا يرتقي بآباء الشرك وإن عُرِفوا بقرابته.
(٥) قَطَعَ الإسلام أرحام الجاهلية.

ذلك ممنوعة مع تسليم سند الأول^(١).

(والجيران لمن يلى داره إلى أربعين ذراعاً) من كل جانب على المشهور. والمستند^(٢) ضعيف. وقيل: إلى أربعين داراً، استناداً إلى رواية عامية^(٣).

والأقوى الرجوع فيهم إلى العُرف، ويستوي «فيه» مالك الدار، ومستأجرها، ومستعيرها، وغاصبها على الظاهر^(٤). ولو انتقل منها إلى غيرها أعتبرت الثانية. ولو غاب لم يخرج عن الحكم ما لم تطل الغيبة بحيث يخرج عرفاً. ولو تعددت دور الموصي وتساوت في الاسم عرفاً استحق جيران كل واحدة، ولو غلب أحدها اختص. ولو تعددت دور الجار واختلفت في الحكم^(٥) اعتبر إطلاق اسم الجار عليه عرفاً كالمُتحد.

ويُحتمل اعتبار الأغلب سكنى فيها^(٦).

(١) قال في المسالك: وهو مع تسليم مستنده غير دالّ على المراد، لأن قطع الرحم في الجاهلية لا يدلّ على قطع القرابة مطلقاً من أصناف الكفار، وكذا قطع الأهلية عن ابن نوح، مع أنّ اللغة والعرف يدلان على خلاف ذلك - إلى آخر ما ذكره في هذا المقام.

(٢) [الوسائل، كتاب أبواب العشرة، باب ٩٠، الحديث ٤].

(٣) وفي الحاشية المنسوبة إلى الشارح: روتها عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: الجار أربعين داراً. ولكن قال في المسالك: وقد حققنا في الوقف أنّ به من طرقتنا روايات كثيرة، منها ما حدّثه جميل بن درّاج عن أبي جعفر عليه السلام قال: حدّ الجوار أربعون داراً من كل جانب - إلى آخر ما ذكر هناك. فليتأمل.

(٤) وعن البصائر ترجيح عدم استحقاق الغاصب، وتوقف في المستأجر والمستعير.

(٥) بأن لم يطلق على بعضها اسم الجار.

(٦) أي وإن لم يطلق عليه اسم الجار فعلاً للإطلاق، ولكنّه في غاية الضعف، لأنّ الإطلاق منصرف عن صدق اسم الجار. وهذا واضح.

وعلى اعتبار الأذرع في استحقاق ما كان على رأس الغاية وجهان، أجودهما الدخول. وعلى اعتبار الدور قيل: يُقَسَّم على عددها لا على عدد سكانها. ثم تُقَسَّم حصة كل دار على عدد سكانها. ويَحْتَمِل القسمة على عدد السكان مطلقاً^(١). وعلى المختار فالقسمة على الرؤوس مطلقاً^(٢).

(وللموالي) أي موالى الموصي، واللام عوض عن المضاف إليه (تُحْمَل على العتيق) بمعنى المفعول (والعتيق) بالبناء للفاعل على تقدير وجودها، لتناول الاسم لهما كالإخوة، ولأن الجمع المضاف يفيد العموم فيما يصلح له (إلا مع القرينة) الدالة على إرادة أحدها خاصة، فيختص به بغير إشكال، كما أنه لو دلت على إرادتهما معاً تناولتهما بغير إشكال، وكذا لو لم يكن له موالى إلا من إحدى الجهتين.

(وقيل: تبطل) مع عدم قرينة تدل على إرادتهما أو أحدهما، لأنه لفظ مشترك، وحمله على معنييه مجاز، لأنه موضوع لكل منهما على سبيل البديل، والجمع تكرير الواحد فلا يتناول غير صنف واحد، والمعنى المجازي لا يُصَار إليه عند الإطلاق، وبذلك يحصل الفرق بينه وبين الإخوة، لأنه لفظ متواطئ لا مشترك^(٣)، لأنه موضوع لمعنى يقع على المتقرب بالأب وبالأُم وبهما. وهذا أقوى.

(١) سواء تساوت رؤوس سكان الدور أم لا.

(٢) أي وعلى المختار من الرجوع فيهم إلى العرف فالقسمة على الرؤوس مطلقاً. قال في المسالك في باب الوقف ما حاصله: إنه يُقَسَّم حاصله على رؤوس الجيران مطلقاً إن أُعْتِبَر ما فيه العرف أو الأذرع، ويستوي فيه الصغير والكبير والدَّكْر والأنثى - إلى أن قال: والظاهر عدم الفرق بين صاحب الدار ومن في عيولته من وَلَدٍ وزوجة وغيرهما، لتناول الاسم للجميع. ومن المعلوم أنه لا فرق من هذه الجهة بين الوصية والوقف.

(٣) وسيذكر الشارح معناهما في ذيل قول المنصف: ويتخير الوارث في المتواطئ.

(و) الوصية (للفقراء تنصرف إلى فقراء ملة الموصي) ، لا مطلق الفقراء وإن كان جمعاً معرّفاً مفيداً للعموم . والمخصّص شاهد الحال الدالّ على عدم إرادة فقراء غير ملته ومجملته ، (ويدخل فيهم المساكين إن جعلناهم مساوين) لهم في الحال ، بأن جعلنا اللفظين بمعنى واحد ، كما ذهب إليه بعضهم (أو أسوأ) حالاً كما هو الأقوى ^(١) (وإلا فلا) يدخلون ، لإختلاف المعنى ، وعدم دلالة دخول الأضعف على دخول الأعلى ، بخلاف العكس .

وذكر جماعة من الأصحاب أنّ الخلاف في الأسوأ والتساوي إنّما هو مع اجتماعهما كآية الزكاة ، أما مع انفراد أحدهما خاصة فيشمل الآخر إجماعاً : وكأنّ المصنّف لم تثبت عنده هذه الدعوى . (وكذا) القول (في العكس) بأن أوصى للمساكين فإنه يتناول الفقراء على القول بالتساوي ، أو كون الفقراء أسوأ حالاً ، وإلا فلا . وعلى ما نقلناه عنهم يدخل كل منهما في الآخر هنا مطلقاً ^(٢) .

(الفصل الثاني في متعلق الوصية)

(وهو كل مقصود) للتملّك عادة ^(٣) (يقبل النقل) عن الملك من ماله إلى غيره ،

(١) وفي الحاشية المنسوبة إلى الشارح كما مر في كتاب الزكاة من أنّه روي في الصحيح عن أبي بصير عن الصادق عليه السلام أنّ المسكين أسوأ حالاً ، لأنه قال : الفقير ، الذي لا يسأل الناس والمسكين أجهد منه .

(٢) أي في الوصية دون الزكاة ، حيث انفراد أحدهما عن الآخر ، بخلاف الزكاة . وحيثنذ يدخل كل منهما في الآخر هنا مطلقاً سواء كان أسوأ حالاً أم لا .

(٣) أي التملّك كل من الموصي والموصى له .

فلاتصح الوصية بما ليس بمقصود كذلك^(١)، إما لحقارته كفضلة الانسان^(٢)، أو لقلته كخبرة الحنطة وقشر الجوزة، أو لكون جنسه لا يقبل الملك كالخمر^(٣) والخنزير، ولا بما لا يقبل النقل كالوقف وأم الولد.

(ولا يشترط كونه معلوماً للموصي، ولا للموصى له، ولا مطلقاً^(٤)) ولا موجوداً (بالفعل) حال الوصية (بل يكفي صلاحيته للوجود عادة في المستقبل.

(فتصح الوصية بالقسط، والنصيب، وشبهه) كالخط، والقليل، والكثير، والجزيل، (ويتخير الوارث) في تعيين ما شاء إذا لم يعلم من الموصي إرادة قدر معين^(٥)، أو أزيد مما عيّنه الوارث.

(أما الجزء فالتعشر) لحسنة أبان بن تغلب عن الباقر عليه السلام^(٦) متمثلاً بالجبال العشرة التي جعل على كل واحد منها جزء من الطيور الأربعة.

(وقيل: السبع) لصحيفة^(٧) البرنظي عن أبي الحسن عليه السلام متمثلاً بقوله تعالى: ﴿هَٰذَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِّكُلِّ بَابٍ مِنْهَا جُزْءٌ مَّقْسُومٌ﴾^(٨). ورُجِّح الأول بموافقتها للأصل. ولو

(١) أي للملك عادة.

(٢) هذا إذا لم يمكن الانتفاع بها، وأما إذا أمكن الانتفاع بها - كما في الزرع - تصح الوصية بها. قال ابن حمزة في الوسيلة: إن جنس ما يوصى به هو كل ما يصح التملك به أو الانتفاع به.

(٣) أي الخمر الغير المحترمة، كالخمر المتخذة لغير التخليل.

(٤) أي ولا كونه معلوماً لأحد كالخط والقليل ونحوهما.

(٥) هذا فيما لم يكن هناك قرينة من عرف أو عادة على تعيين الجزء.

(٦) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٤، الحديث ١].

(٧) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٤، الحديث ١٢].

(٨) الحجر: الآية ٤٤.

أضافه إلى جزء آخر - كالثلث^(١) - فعُشره، لصحيفة^(٢) عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام ومثله أيضاً بالجبال . وهو مرجح آخر^(٣) .

(والسهم الثمن) لحسنة^(٤) صفوان عن الرضا عليه السلام، ومثله روى^(٥) السكوني عن الصادق عليه السلام معللاً بآية أصناف الزكاة الثمانية، وأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قَسَمَهَا على ثمانية أسهم .

ولا يخفى أن هذه التعليقات لاتصلح للعلية^(٦)، وإنما ذكرها عليه السلام على وجه التقريب والتثليل .

وقيل : السهم العُشر استناداً إلى رواية^(٧) ضعيفة .

وقيل : السدس ، لما روي^(٨) عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أَنَّهُ أعطاه لرجل أوصي له بسهم .

II،

(١) كما لو قال جزء الثلث .

(٢) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٤، الحديث ٢] .

(٣) أي المذكور في الصحيفة مرجح آخر للقول بأن الجزء العشر لا السبع .

(٤) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٥، الحديث ٢] .

(٥) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٥، الحديث ٣] .

(٦) يعني أنهم عليه السلام لم يستندوا على الحكم بهذه التعليقات حتى يرد أنها لاتصلح للعلية، وذلك لصحة إطلاق الجزء على كل كسر، كما هو واضح . وإنما اتفق في قصة إبراهيم عليه السلام إطلاقه على خصوص العشر، بل علّموا الحكم من الوجوه التي كانوا عليهم السلام يحيطين لها، وإنما ذكروا هذه التعليقات للتقريب إلى أفهام المخاطبين والتثليل لهم .

(٧) قال في محكي الرياض : ومع ضعفها شاذة لم أر قائلأ بها ولا من نقله إلا شيخنا في الروضة . [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٥، الحديث ٤] .

(٨) المغني لابن قدامة ج ٦ ص ١٠٢ .

وقيل^(١): إن في كلام العرب أن السهم سدس ، ولم يشب .

(والشيء : السدس) ولا تعلم فيه خلافاً .

وقيل : إنه إجماع ، وبه نصوص^(٢) غير معلة .

(و) حيث لم يشترط في الموصى به كونه موجوداً بالفعل (تصح الوصية بما ستحملة الأمة أو الشجرة) إما دائماً أو في وقت مخصوص ، كالسنة المستقبلية ، (وبالمنفعة) كسكنى الدار مدة معينة أو دائماً . ومنفعة العبد كذلك^(٣) وشبهه^(٤) . وإن استوعبت قيمة العين .

(ولا تصح الوصية بما لا يقبل النقل ، كحق القصاص ، وحدّ القذف ، والشفعة)^(٥) فإن الغرض من الأول تشيّي الوارث باستيفائه فلا يتم الغرض بنقله إلى غيره . ومثله حد القذف والتعزير للشم . وأما الشفعة فالغرض منها دفع الضرر عن الشريك بالشركة ، ولا حظّ للموصى له في ذلك . نعم لو أوصى له بالشفقة والخيار^(٦) معاً ، لم تبعد الصّحة ، لأنّ الوصية بالمال والخيار تابع ، ونفعه ظاهر مقصود^(٧) ، وكذا غيرها^(٨)

(١) وفي محكي الرياض : وقد ورد عن أبياس بن معاوية أنه قال : هو في اللغة السدس .
(٢) وفي الحاشية المنسوبة إلى جمال المحققين ما حاصله : كان النص ليس إلا رواية واحدة عن أبان عن علي بن الحسين عليها السلام ، ولكن طرقه مختلفة ، فإطلاق النصوص عليه كأنه بهذا الاعتبار ، والكل ضعيف .

(٣) أي مدة معينة أو دائماً .

(٤) أي منفعة شبه العبد كالدابة وغيرها .

(٥) أي حيث لا يبطل حق الشفعة بالتأخير ، إذ هو فوري إلا ما استثنى وذكر في بابها .

(٦) أي الشفعة ، وإطلاق الخيار على حق الشفعة باعتبار أنّ الشفع له اختيار أن يفسخ شراء المشتري وينقل الحصّة المبيعة إلى ملكه .

(٧) وهو كما يظهر في إسقاط دعوى الشريك بإسقاط الموصى حق الشفعة للموصى له .

من الخيار .

(وتصح) الوصية (بأحد الكلاب الأربعة)^(١١)، والجيزو القابل للتعليم^(١٢)، لكونها مالاً مقصوداً (لا بالخنزير، وكلب المراهش)، لا تتفاء المالية فيها. ومثله طبل اللهو الذي لا يقبل التغيير^(١٣) عن الصفة المحرمة مع بقاء المالية .

(ويشترط في الزائد عن الثلث إجازة الوارث)، وإلا بطل^(١٤) (وتكني) الإجازة (حال حياة الموصي) وإن لم يكن الوارث مالكاً الآن، لتعلق حقه بالمال، وإلا لم يمنع الموصي من التصرف فيه^(١٥)، ولصحيحة^(١٦) منصور بن حازم، وحسنة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام .

وقيل : لا تعتبر إلا بعد وفاته ، لعدم استحقاق الوارث المال حينئذ . وقد عرفت جوابه .

ولا فرق بين وصية الصحيح والمريض في ذلك^(١٧)، لإشتراكهما في التجزئ بالنسبة إلى ما بعد الوفاة ، ولو كان التصرف منجزاً افتراقاً^(١٨) .

(٨) أي وكذا غير الشفعة من الخيار، فينقل إلى الموصى له تبعاً للموصى به .

(٩) وهي كلب الصيد والحائط والماشية والزرع .

(١٠) الجيزو مثلية : ولد الكلب والأسد . كذا عن القاموس .

(١١) وإن قبل تصح الوصية به، ولكن يجب على الموصى له تغييره .

(١٢) وإن أجاز بعض الورثة صح في حصته دون الباقي بلا خلاف .

(١٣) مع أنه ممنوع من التصرف فيما زاد عن الثلث بعد الوفاة ، وليس ذلك إلا لتعلق حق الوارث بالمال .

(١٤) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ١٣، الحديث ٢] .

(١٥) أي في إجازة الوارث .

(١٦) أي الصحيح والمريض ، حيث أن تصرف الصحيح في أمواله منجزاً صحيح ولو في جميع

ويُعتبر في المجيز جواز التصرف، فلا عبرة بإجازة الصبي، والمجنون، والسفيه.
أما المفلس فإن كانت إجازته حال الحياة نفذت، إذ لا ملك له حينئذ^(١)، وإنما إجازته
تنفيذ لتصرف الموصي، ولو كان بعد الموت ففي صحتها وجهان، مسبناهما 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، لتعلق حق الغرماء
بالتركة قبل الإجازة. وعلى الثاني يُحتمل الأمرين^(٢)، وإن كان النفوذ أوجه.

(والمعتبر بالتركة) بالنظر إلى مقدارها ليعتبر ثلثها (حين الوفاة)^(٣) لا حين
الوصية ولا ما بينها، لأنه وقت تعلق الوصية بالمال (فلو قتل فأخذت ديته حُسبت)
الدية (من تركته) واعتبر ثلثها، لثبوتها بالوفاة وإن لم تكن عند الوصية.

وهذا^(٤) إنما يتم بغير إشكال لو كانت الوصية بمقدار معين كمائة دينار مثلاً، أو
كانت بجزء من التركة مشاع - كالثلث - وكانت التركة حين الوصية أزيد منها حين

ج أمواله، بخلاف المريض، فإنه لا يصح إلا في الثلث. وهذا لو قلنا فيه بالفرق بينها، وإلا فلا
فرق بينها هنا أيضاً.

(١) أي حين إجازته حال الحياة. وهذا لا ينافي ما تقدّم من تعلق حقه بالمال، فإن التعلق
لا يلزم الملك.

(٢) أي النفوذ وعدمه؛ أما الأول فلأن الإجازة تكشف عن سبق ملك الموصي له بتعليق
الموصي حين الوصية لا الموت، فأجازته تنفيذ لتصرف الموصي لا ابتداء عطية. وأما
الثاني فلأن قبل الإجازة الزائد عن الثلث ملك الوارث ظاهراً، فلا ينفذ إجازته، لتعلق
حق الغرماء قبل الإجازة.

(٣) فالمال المتجدد بعد الوفاة داخل أيضاً. وعن الدروس التصريح بعدم اعتبار ما يتجدد بعد
الوفاة.

(٤) أي اعتبار حال الوفاة لا حال الوصية.

الوفاة.^(١) أما لو انعكس^(٢) 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 تجدد متوقفاً غالباً، خصوصاً مع زيادته كثيراً.

وينبغي على ما ذكر اعتبارها^(٣) بعد الموت أيضاً، إذ قد يتجدد للميت مال بعد الموت كالدية إذا ثبتت صلاحاً، وقد يتجدد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث، فلا يكون محسوباً عليه.

والأقوى اعتبار أقل الأمرين^(٤) من حين الوفاة إلى حين القبض.

(ولو أوصى بما يقع اسمه على المحرم والمحلل، صرف إلى المحلل) محلاً لتصرف المسلم على الصحيح (كالعود) وله عود هو، وعيدان قسي^(٥)، وعيدان عصي، وعيدان السقف والبُنيان (والطبل) وله طبل هو، وطبل حرب. ثم إن اتحد المحلل محل عليه، وإن تعدد تخير الوارث في تعيين ما شاء. ولو لم يكن له إلا المحرم بطلت الوصية إن لم يمكن إزالة الوصف المحرم مع بقاء ماله، وإلا صحت وحول إلى

(١) هذا قيد للأخير فقط، ووجهه يظهر بعد التأمل.

(٢) بأن كانت حين الوفاة أزيد منها حين الوصية.

(٣) أي وينبغي على ما ذكره المصنف من اعتبار التركة حين الوفاة اعتبار التركة بعد الوفاة أيضاً، لأن ما يتجدد بعد الموت داخل أيضاً فيما تعلقت به الوصية، وإن نقصت التركة بعد الموت اعتبرت حين القبض قد يتجدد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث، فلا يكون ما يتجدد من التلف محسوباً على الوارث بل من أصل المال.

(٤) فإن كانت التركة حين الوفاة أقل يحسب الثلث منها فقط وما زاد بعد الوفاة فللوارث، وإن كانت الأقل حين قبض الوارث يؤخذ الثلث من التركة حين القبض. وذلك واضح.

(٥) أفرد «عود اللُّهُو» وجمع ما بعده، لعله لأن اللُّهُو لا اعتداد به حتى يجعل لنفسه عيدان عديدة بخلاف غيره.

المحلل .

(ويتخير الوارث في المتواطئ) وهو المقول على معنى يشترك فيه كثير^(١) (كالعبد، وفي المشترك) وهو المقول على معنيين فصاعداً بالوضع الأول من حيث هو كذلك^(٢) (كالقوس)، لأن الوصية بالمتواطئ وصية بالماهية الصادقة بكل فرد من الأفراد كالعبد، لأن مدلول اللفظ فيه هو الماهية الكلية، وخصوصيات الأفراد غير

(١) أي المقول على معنى واحد ليشترك فيه أفراد كثيرة. وهذا يُسمى بالمشارك المعنوي كـ «الإنسان»، فإنه وضع لمعنى واحد - وهو الطبيعة - وإنما أفرادها متعددة مشتركة في هذا المعنى، حيث يُطلق على كل فرد من أفرادها، فيقال «زيد إنسان» و«عمرو إنسان» وهكذا. وهذا هو المراد بالمتواطئ. وهذا بخلاف «المشارك اللفظي» فإنه وضع لمعنيين فصاعداً كالقوس ونحوه، فإنه وضع لمعنيين متعددين.

(٢) ولا يخفى ما في هذه العبارة من الإجمال الموجب لتفسير الإنفهام، وهاهنا حاشية منسوبة إلى الشارح لبيان العبارة المذكورة، والحاشية هذه: واحترز بالوضع عن المجاز، فإن لفظه استعمل لمعنيين فصاعداً، لكن لا بوضع واحد بل وضع أولاً للمعنى الحقيقي ثم استعمل في الثاني من غير نقل كـ «الأسد» فإنه وضع أولاً للحيوان المفترس ثم استعمل في الرجل الشجاع، لملاقة بينها وهى الشجاعة. وبقيد الحيثية عن المتواطئ المتناول للمختلفين، لكن لا من حيث الاختلاف بل باعتبار اتحاد المعنى المتناول لهما، انتهى.

فراده بالوضع الأول هو الوضع للمعنى الحقيقي في مقابل الوضع للمعنى المجازي، بناءً على أن المعنى المجازي أيضاً يحتاج إلى الوضع كما رتبا يقال. وبقيد «الحيثية» إحترز عن المتواطئ الشامل للمختلفين بحسب الكم والكيف، كالكبر والصغر والرجولية والأنوثية كـ «الإنسان» فإنه يشمل جميع الأفراد لكن لا من حيث الاختلاف في الأفراد بل باعتبار اتحاد المعنى المشترك، فإنه يعتبر فيه تعدد المعنى كالعين والقوس ونحوهما، فإنها مقولان على المعاني المتعددة. فقوله «من حيث هو كذلك» إشارة إلى هذا. وعلى هذا يكون المشترك اللفظي هو اللفظ الموضوع لمعنيين مختلفين على حدة أو أكثر من ذلك.

مقصودة إلا تبعاً، فيتخير الوارث في تعيين أي فرد شاء، لوجود متعلق الوصية في جميع الأفراد.

وكذا المشترك، لأن متعلق الوصية فيه هو الاسم^(١)، وهو صادق على ما تحته من المعاني حقيقة، 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، فيتوصل إليه بالقرعة.

ويُصَقَّف بأنها لبيان ما هو معين في نفس الأمر مشكل ظاهراً، وليس هنا كذلك، فإن الإبهام حاصل عند الموصي وعندنا وفي نفس الأمر، فيتخير الوارث، وسيأتي في هذا الإشكال بحث^(٢).

(١) أي لأن متعلق الوصية في المشترك اللفظي هو الاسم، أي ما يطلق عليه القوس مثلاً إذا أوصى بالقوس. وهذا لا تعيين فيه واقعاً، بل مبهم من جميع الجهات. وفيه: إن الظاهر - بحسب الإنفهام العرفي - هو الواحد المعين في الواقع المشتبه في الخارج، فيتوصل في تعيينه بالقرعة. نعم لو علم بالقرائن أن متعلق الوصية هو الاسم غير المتعين المبهم من جميع الجهات لما كان مورداً للقرعة، بناءً على عدم شمول أدلة القرعة لمثل هذا الفرض.

(٢) وهو ما تعرض له في ذيل قول المصنف «ولو لم يرتب بسط الثلث على الجميع»، حيث قال هناك بعد سطر: ولو اشتبه الترتب وعدمه فظاهرهم إطلاق التقديم بالقرعة كالأول، وبشكل باحتمال كون الواقع عدمه، وهي لإخراج المشكل ولم يحصل - إلى آخر ما حققه هناك.

فما عن بعض المحشئين من الإيراد عليه: بأنه لم يتعرض في كتاب الوصايا لهذا البحث. ليس على ما ينبغي. نعم ظاهره في موضع آخر أن دليل القرعة شامل للإبهام الحاصل من جميع الجهات أيضاً، حيث قال في ذيل قول المصنف «ولو أوصى بعق ثلث عبيده أو عدد مبهم

(والجمع يُحمل على الثلاثة) جمع (قلّة كان كأعبد، أو كثرة كالعبيد) لتطابق اللغة والعرف العام على اشتراك مطلق الجمع في إطلاقه على الثلاثة فصاعداً.

والفرق بحمل جمع الكثرة على ما فوق العشرة اصطلاح خاص لا يستعمله أهل المحاورات العرفية والاستعمالات العاميّة، فلا يُحمل إطلاقهم عليه.

ولا فرق في ذلك^(١) بين تعيين الموصي قدراً من المال يصلح لتق العبيد بما يوافق جمع الكثرة لو اقتصر على الخسيس من ذلك الجنس وعدمه، فبتخيّر بين شراء النفيس المطابق لأقل الجمع فصاعداً، وشراء الخسيس الزائد^(٢) المطابق لجمع الكثرة حيث يُعبّر بها.

(ولو أوصى بمنافع العبد دائماً، أو بثمره البستان دائماً، قُوّمت المنفعة على الموصي له، والرقبة على الوارث إن فرض لها قيمة) كما يتفق في العبد، لصحة عتق الوارث له^(٣) ولو عن الكفارة^(٤)، وفي البستان بانكسار جذع وغوه، فيستحقه الوارث حطباً أو خشباً، لأنه ليس بثمره. ولو لم يكن للرقبة نفع ألبته قُوّمت العين أجمع^(٥) على الموصي له.

⇒ منهم كثلافة استخرج بالقرعة»، قال ما لفظه: لصلاحيّة الحكم لكل واحد، فالقرعة طريق التعيين، لأنها لكل أمر مشكل - إلى آخر ما حققه في المسألة.

(١) أي لا فرق في حمل الجمع على الثلاثة، لما ذكر من الدليل.

(٢) أي الزائد عن أقل الجمع المطابق لجمع الكثرة. حيث يُعتبر الجمع بالكثرة.

(٣) ولا يخفى ما في العتق من الفائدة وإن كان منافعه للموصي له، لأنّ فائدته رفع الحَجَر عنه في أمواله، وعدم سراية الرّقبة في أولاده، وغير ذلك.

(٤) فإنّها وإن كانت واجبة فإنه يجزى عنها كما هو مذكور في محله.

(٥) المراد بالعين أجمع الرقبة مع منافعها، أي لا يستثنى الرقبة لأنه ليس له نفع في الفرض المذكور، فينبغي أن يكون مراده بالعين أجمع هذا المعنى. فليتأمل.

وطريق خروجها^(١) من الثلث - حيث يُعتبر منه - يُستفاد من ذلك ، فتَقْوَمُ العين بمنافعها مطلقاً^(٢) ثم تُقَوِّمُ مسلوبة المنافع الموصى بها ، فالتفاوت هو الموصى به ، فإن لم يكن تفاوت فالمنخرج من الثلث جميع القيمة . ومنه يُعلم حكم ما لو كانت المنفعة مخصوصة بوقت .

(ولو أوصى بعتق مملوكه وعليه ذَيْنُ قُدِّمَ الدَّيْنُ) من أصل المال الذي من جملته المملوك (وعُتِقَ من الفاضل) عن الدَّيْنِ من جميع التركة (ثلثه)^(٣) إن لم يزد على المملوك ، فلو لم يملك سواه بطل منه فيما قابل الدين وعُتِقَ ثلث الفاضل إن لم يُجْزِ الوارث^(٤) .

ولا فرق بين كون قيمة العبد ضعيف الدَّيْنِ^(٥) وأقلَّ على أصح القولين .
وقيل : تبطل الوصية مع نقصان قيمته^(٦) عن ضعف الدَّيْنِ .

(١) أي المنفعة .

(٢) أي طريق خروج المنفعة عن الثلث حيث يُعتبر منه يستفاد من تقويمها على الموصى له والرقبة على المالك ، فيقَوِّمُ العين بالمنافع إذا فرض لها قيمة مطلقاً ، أي بجميع المنافع الموصى بها وغيرها ، ثم يُقَوِّمُ مسلوبة المنفعة الموصى بها لا مطلق المنافع ، فالتفاوت هو الموصى به ، فإن لم يكن تفاوت أصلاً خرجت القيمة كلها من الثلث . ومن هذا يُعلم مالو كانت المنفعة مخصوصة بوقت ، فإنها تقَوِّمُ مسلوبة المنفعة في ذلك الوقت بعد تقويمها . وهذا لعلّه واضح .

(٣) أي ثلث العبد الموصى به إن لم يزد الفاضل على المملوك .

(٤) وإلا عَتِقَ كُلَّ الفاضل .

(٥) أي في الفرض الثاني .

(٦) أي تبطل حتى في قدر ثلث الفاضل . ولا يخفى : أن مقتضى القواعد المستفادة من الروايات

(ولو شَجَزَ عَقَقَهُ) في مرضه^(١) (فإن كانت قيمته ضِعْف الدَّيْنِ صح العتق) فيه أجمع (وسعى في) قيمة (نصفه للدُّيَانِ، وفي ثلثه) الذي هو ثلثا النصف الباقي عن الدَّيْنِ (للوارث)، لأنَّ النصف الباقي هو مجموع التركة بعد الدين، فيعتق ثلثه^(٢) ويكون ثلثاه للورثة، وهو ثلث مجموعه^(٣).

وهذا مما لا خلاف فيه، وإنما الخلاف فيما لو نقصت قيمته عن ضِعْف الدين، فقد ذهب الشيخ وجماعة إلى بطلان العتق حينئذ، استناداً إلى صحيحة^(٤) عبد الرحمن بن

➤ في باب الوصية أن الوصية المتبرع بها إنما تنفذ من ثلث المال وأن الدَّيْنَ يُقَدَّمُ أولاً ثم يُعتَبَرُ الوصية من ثلث ما يبقى من المال بعد الدَّيْنِ، وأن المنجزات المتبوع بها في مرض الموت بحكم الوصية في خروجها من الثلث عند الأكثر، فبناءً على هذا إذا أوصى بعتق مملوكه متبرعاً أو أعتقه منجزاً بناءً على أن المنجزات من الثلث وعليه ذين، فإن كان الدين محيطاً بالتركة بطل العتق والوصية به، وإن فضل منها عن الدَّيْنِ شيء وإن قلَّ صرف ثلث الفاضل في الوصايا، فيُعتَق من العبد بحساب ما يبقى من الثلث ويسعى في باقي قيمته، سواء كانت قيمته بقدر الدين مرتين أو أقل.

نعم، هذا مقتضى القواعد في هذا الباب، ولكن وردت روايات في التبرع بالعتق تخالف هذه القواعد، وحاصلها ما أفاده المصنف وفُسرَها الشارح قدس سرهما، وقد عمل بضمونها الشيخ وجماعة منهم المصنف، والرواية إنما وردت في المنجز، ولكن المحكي من الشيخ وجماعة أنهم إسرأوا الحكم من منطوق الرواية إلى الوصية بالعتق، ولعل نظرهم إلى تساويهما في الحكم. فليتأمل.

(١) أي أعتقه منجزاً من دون تعليق على الموت.

(٢) أي ثلث الباقي، وهو سدس المملوك.

(٣) أي ثلثا الباقي يكون ثلث مجموع المملوك. وهذا واضح لا يخفى على المحاسب.

(٤) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٣٩، الحديث ٥].

الحجاج عن الصادق عليه السلام. ويُنْفِهم من المصنف هنا الميل إليه، حيث شرط في صحة العتق كون قيمته ضِعْف الدين، إلا أنه لم يصرح بالشق الآخر.

والأقوى أنه كالأول^(١)، فينعتق منه بمقدار ثلث ما يبق من قيمته فاضلاً عن الدين، ويسعى للدين بمقدار دينهم، وللورثة بضعف ما عتق منه مطلقاً^(٢)، فإذا أداه^(٣) عتق أجمع. والرواية المذكورة مع مخالفتها للأصول^(٤) معارضة بما يدل على المطلوب^(٥)، وهو حسنة^(٦) الحلبي عنه عليه السلام.

(ولو أوصى بعتق ثلث عبيده، أو عدد منهم) مبهم كثلاثة (استخرج) الثلث والعدد (بالقرعة) لصلاحية الحكم لكل واحد، فالقرعة طريق التعيين، لأنها لكل أمرٍ مشكل، ولأن العتق حق للمعتق^(٧)، ولا ترجيح لبعضهم، لانتفاء التعيين، فوجب استخراجها بالقرعة.

وقيل: يتخير الوارث في الثاني، لأن متعلق الوصية متواطىء فيتخير في تعيينه الوارث كما سبق، ولأن المتبادر من اللفظ هو الإكتفاء بعتق أي عدد كان من الجميع

(١) أي في عدم بطلان العتق.

(٢) إذا ما عتق من العبد يكون بمقدار ثلث ما يبق من قيمته فاضلاً عن الدين، فالثلاثان الباقيان يكونان ضعف ما عتق منه، فيسعى للورثة بهما. وقوله «مطلقاً أي سواء كان قيمته ضعف الدين أم لا». ويحتمل أن يكون مراده بالإطلاق سواء كان العتق منجزاً أم لا، بقرينة التقييد فيما سبق بالتنجيز.

(٣) فإذا أدى جميع حقوق الدين والورثة.

(٤) المراد بالأصول هو القواعد المستفادة من الروايات، كما ذكرنا.

(٥) وهو عدم الفرق بين ما لو نقصت قيمته عن ضعف الدين وغيره.

(٦) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٣٩، الحديث ٣].

(٧) اسم مفعول، وهو العتق.

فِيُحْمَلُ عَلَيْهِ . وَهُوَ قَوِيٌّ ، وَفِي الْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّلَاثِ نَظَرٌ .

(وَلَوْ أَوْصَى بِأُمُورٍ) مُتَعَدِّدَةٍ (فَإِنْ كَانَ فِيهَا وَاجِبٌ قُدِّمَ) عَلَى غَيْرِهِ وَإِنْ تَأَخَّرَتْ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، سِوَاهُ كَانَ الْوَاجِبُ مَالِيًّا أَمْ غَيْرَهُ ، وَبُدِيَءَ بَعْدَهُ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلُ . ثُمَّ إِنْ كَانَ الْوَاجِبُ مَالِيًّا كَالَّذِينَ وَالْجِجْ أَخْرِجَ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ وَالْبَاقِي مِنَ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ كَانَ بَدَنِيًّا كَالصَّلَاةِ وَالصَّوْمِ قُدِّمَ مِنَ الثَّلَاثِ وَأُكْمِلَ مِنَ الْبَاقِي مُرْتَبًا^(١) لِلْأَوَّلِ فَالْأَوَّلُ .

(وَإِلَّا) يَكُنْ فِيهَا وَاجِبٌ (بِدِئَءٍ بِالْأَوَّلِ) مِنْهَا (فَالْأَوَّلُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الثَّلَاثَ) وَيَبْطُلُ الْبَاقِي إِنْ لَمْ يُجْزِ الْوَارِثُ . وَالْمَرَادُ بِالْأَوَّلِ : الَّذِي قَدَّمَهُ الْمَوْصِي فِي الذِّكْرِ وَلَمْ يُتَعَقَّبْهُ بِمَا يَنْفَاهُ ، سِوَاهُ عَطَفَ عَلَيْهِ التَّالِي بِتَمِّمْ أَمْ بِالْفَاءِ أَمْ بِالْوَاوِ أَمْ قَطَعَهُ عَنْهُ ، بَأَنَّ قَالَ : «أَعْطُوا فَلَانًا مَائَةً ، أَعْطُوا فَلَانًا خَمْسِينَ» ، وَلَوْ رَتَّبَ ثُمَّ قَالَ : «إِبْدَأُوا بِالْآخِرِ» أَوْ بغيره أَتَّبَعَ لَفْظُهُ الْآخِرَ (وَلَوْ لَمْ يُرْتَّبْ) بَأَنَّ ذِكْرَ الْجَمِيعِ دَفْعَةً فَقَالَ : «أَعْطُوا فَلَانًا ، وَفَلَانًا ، وَفَلَانًا مَائَةً» ، أَوْ رَتَّبَ بِالْفَرْقِ ثُمَّ نَصَّ عَلَى عَدَمِ التَّقْدِيمِ (يُبْسِطُ الثَّلَاثَ عَلَى الْجَمِيعِ) وَيَبْطُلُ مِنْ كُلِّ وَصِيَّةٍ بِحَسَابِهَا^(٢) ، وَلَوْ عُلِمَ التَّرْتِيبُ وَاشْتَبَهَ الْأَوَّلُ أَقْرَبَ . وَلَوْ اشْتَبَهَ التَّرْتِيبَ وَعَدَمَهُ فظَاهَرَهُمْ إِطْلَاقُ التَّقْدِيمِ بِالْقِرْعَةِ كَالْأَوَّلِ .

وَيُشْكَلُ بِاحْتِمَالِ كَوْنِ الْوَاقِعِ عَدَمَهُ^(٣) ، وَهِيَ لِإِخْرَاجِ الْمَشْكَلِ وَلَمْ يَحْصُلْ ، فَيَنْبَغِي

(١) أَيِ أَكْمَلَ الثَّلَاثَ مِنْ بَاقِي الْوَصِيَّةِ .

(٢) أَيِ عَلَى تَقْدِيرِ عَدَمِ إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ ، وَدَخَلَ النِّقْصَ حِينَئِذٍ عَلَى الْجَمِيعِ بِالنِّسْبَةِ ، فَيَقْسَمُ عَلَيْهِمْ عَلَى سَبِيلِ الْعَوْلِ ، كَأَرْبَابِ الدَّيُونِ إِذَا ضَاقَ الْمَالُ عَنْ دِيُونِهِمْ .

(٣) قَدْ ذَكَرَ فِي كِتَابِ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ جَوَابًا عَنْ نَظِيرِ هَذَا الْإِشْكَالِ مَا حَاصِلُهُ : إِنْ الْحَكَمَ بِالْقِرْعَةِ غَيْرَ مُنْحَصِرٍ فِيهَا هُوَ مُعَيَّنٌ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ . إِذْ دَلِيلُهُ أَعَمُّ ، وَهُوَ أَنَّهَا لِكُلِّ أَمْرٍ مُشْكَلٍ ، سِوَاهُ كَانَ لِلْجَهْلِ بِهِ أَمْ لغيره ، وَلَا رَيْبَ فِي تَحْقِيقِهِ هُنَا .

الإخراج على الترتيب^{١١} وعدمه ، لإحتمال أن يكون غير مرتَّب ، فتقديم كل واحد ظلم .

ولو جامع الوصايا منجزاً يخرج من الثلث^{١٢} ، قدم عليها مطلقاً^{١٣} وأكمل الثلث منها^{١٤} كما ذكر .

(ولو أجاز الورثة) ما زاد على الثلث (فادَّعوا) بعد الإجازة (ظن القلة) أي قلة الموصى به وأنه ظهر أزيد مما ظنَّوه (فإن كان الإيصاء بعين لم يُقبل منهم)^{١٥} لأن الإجازة وقعت على معلوم لهم ، فلا تسمع دعواهم أنهم ظنوا زيادته عن الثلث ييسر مثلاً فظهر أزيد ، أو ظن أن المال كثير^{١٦} ، لأصالة عدم الزيادة في المال ، فلا تُعتبر دعواهم ظن خلافه .

(وإن كان) الإيصاء (بجزء شائع) في التركة (كالنصف قُبَل) قولهم (مع اليمين) ، لجواز بنائهم على أصالة عدم زيادة المال فظهر خلافه ، عكس الأول^{١٧} .
وقيل : يُقبل قولهم في الموضوعين ، لأن الإجازة في الأول وإن وقعت على معلوم إلا

(١) حاصل الإشكال : إن إخراج الترتيب بالقرعة إنما هو فيما إذا لم يُحتمل غيره ، وأمَّا في صورة إحتمال غيره أيضاً فينبغي القرعة أولاً لإخراج أحد الاحتمالين من الترتيب وعدمه ، فلو خرج الترتيب أخرج بالقرعة ثانياً ، وإلا فتقديم كل واحد بدون القرعة ظلم .
(٢) بأن يكون في المنجز محاباة وكان في مرض موته ، بناءً على أن المنجزات الشرعية تخرج من الثلث .

(٣) أي سواء تأخر أم تقدّم .

(٤) أي أكمل الثلث من الوصايا .

(٥) أي لم يُقبل هذا الإدعاء منهم .

(٦) فلا يكون العين المعلومة أزيد عن ثلثه إلا ييسر .

(٧) إذ الأول مظهرهم أن المال كثير ، وفي هذا بناؤهم على أصالة عدم زيادة المال .

أن كونه بمقدار جزء مخصوص من المال كالنصف لا يُعلم إلا بعد العلم بمقدار التركة، ولأنه كما احتمل ظنهم قلة النصف في نفسه يُحتمل ظنهم قلة المسعّين بالإضافة إلى مجموع التركة ظناً منهم زيادتها^(١)، وأصالة عدمها^(٢) لا دخل لها في قبول قسولهم وعدمه، لإمكان صدق دعواهم، وتعذر إقامة البينة عليها^(٣)، ولأن الأصل عدم العلم بمقدار التركة على التقديرين^(٤)، وهو يقتضي جهالة قدر المسعّين من التركة كالمشاع، وإمكان ظنهم أنه لا دين على الميت فظهر، مع أن الأصل عدمه.

وهذا القول متّجه، وحيث يحلفون على مدّعاهم يُعطى الموصى له من الوصية ثلث المجموع وما ادّعوا ظنّه من الزائد^(٥).

(ويدخل في الوصية بالسيف جفّته) بفتح أوّله وهو غنّده بكسره، وكذا تدخل جليته^(٦)، لشمول اسمه لها عرفاً وإن اختص لغة بالتصل، ورواية أبي جميلة^(٧) بدخولها شاهد مع العرف (وبالصندوق أثوابه) الموضوعه فيه، وكذا غيرها من الأموال المظروقة.

(وبالسفينة متاعها) الموضوع فيها عند الأكثر، ومستنده رواية أبي جميلة عن

(١) أي التركة.

(٢) أي عدم الريادة.

(٣) أي على دعواهم، فلا يكلفون بها.

(٤) أي على تقدير الوصية بعيّن أو بجزء مشاع.

(٥) أي وثلث ما ادّعوا ظنّه من الزائد عن الثلث.

(٦) وهي ما يكون السيف متريناً به من الذهب أو شيء آخر مما كان متداولاً في تلك الأزمنة.

(٧) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٧، (الحديث ١)].

الرضا عليه السلام، وغيرها^(١) مما لم يصح سنده، والعرف قد يقضي بخلافه في كثير من الموارد، وحقيقة الموصى به مخالفة للمظروف، فعدم الدخول أقوى، إلا أن تسدل قرينة حالية أو مقالية على دخول الجميع أو بعضه، فيثبت ما دلّت عليه خاصة. والمصنّف اختار الدخول (إلا مع القرينة) فلم يعمل بمدلول الرواية مطلقاً^(٢). فكان تقييد الدخول بالقرينة أولى، ويمكن حمل الرواية عليه.

(ولو عقّب الوصية بمضادّها) بأن أوصى بعين مخصوصة لزيد، ثم أوصى بها لعمرو (عمل بالأخيرة)، لأنها ناقضة للأولى، والوصية جائزة من قبّله، فتبطل الأولى.

(ولو أوصى بعقوبة مؤمنة وجب) تحصيل الوصف بحسب الإمكان (فإن لم يجد أعتق من لا يُعرف بنصب) على المشهور، ومستنده رواية علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام^(٣)، والمستند ضعيف. والأقوى عدم الإجزاء، بل يتوقّع المكنته وفاقاً لابن إدريس (ولو ظنها مؤمنة) على وجه يجوز التعويل عليه بإخبارها^(٤) أو بإخبار من يُعتدّ به فأعتقها (كفى وإن ظهر بخلافه) لإتيانه بالمأمور به على الوجه المأمور به، فيخرج عن العهدة، إذ لا يُعتبر في ذلك اليقين^(٥)، بل ما ذكر من وجوه الظن. (ولو أوصى بعقوبة بضمن معين وجب) تحصيلها به مع الإمكان (ولو تعذّر إلا

(١) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٥٩، الحديث (١)].

(٢) أي لم يعمل المصنّف على إطلاقها، بل قيّد بعدم القرينة على خلافها.

(٣) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٧٣، الحديث (١)].

(٤) أي بإخبار الرقية المؤمنة بزعمها.

(٥) أي تعيين المطابق للواقع، إذ الوصي متعبد بالظاهر لا بما في نفس الأمر، لأنه لا يطلع عليه إلا الله سبحانه، مع دعوى عدم الخلاف فيه.

بأقل اشتري وعتق ودفع إليه ما بقي) من المال المعين على المشهور بين الأصحاب.
 وربما قيل: إنه إجماع، ومستنده رواية سماعة عن الصادق عليه السلام^(١).
 ولو لم يوجد إلا بأزيد تُوقَّع المكنة، فإن يشس من أحد الأمرين^(٢) فني وجوب
 شراء بعض رقبة، فإن تعذر صُرِفَ في جوه البر، أو بطلان الوصية ابتداءً، أو مبيع
 تعذر بعض الرقبة، أو جهة أوجهها الأول. ويقوى لو كان التعذر طارئاً على زمن
 الوصية أو على الموت، لخروج القدر عن ملك الورثة فلا يعود إليهم.

(الفصل الثالث في الأحكام)

(تصح الوصية للذمي وإن كان أجنبياً) للأصل والآية والرواية^(٣) بخلاف
 الحربي وإن كان رجلاً، لا لاستلزامها^(٤) المودة المنهي عنها لهم، لمنع الاستلزام، بل
 لأن صحة الوصية تقتضي ترتب أثرها الذي من جملته وجوب الوفاء بها، وترتب
 العقاب على تبديلها ومنعها، وصحتها تقتضي كونها مالا للحربي، وماله فيء للمسلم
 في الحقيقة^(٥) ولا يجب دفعه إليه، وهو ينافي صحتها بذلك المعنى^(٦)، بخلاف الذمي.

(١) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٧٧، من أبواب الوصايا، الحديث ١].

(٢) وهما الشراء بالمبلغ الموصى به أو أقل منه.

(٣) أي أصالة الصحة (الممتحنة: الآية ٨) والرواية في [الوسائل، كتاب الوصايا، الباب ٣٥،

الحديث: ١ و ٤ و ٥ و ٦].

(٤) أي استلزام الوصية المودة.

(٥) أي ماله راجع إلى المسلم، فله أخذها بعد الاستيلاء عليها.

(٦) أي عدم وجوب الدفع، وكون ماله فيئاً للمسلم ينافي صحة الوصية - بمعنى وجوب
 الوفاء وترتب العقاب على تبديلها.

وهذا المعنى من الطرفين^(١) يشترك فيه الرِّجْم وغيره. ويمكن أن تمنع المنافاة، فإن منع الحربي منها من حيث إنها ماله غير منافٍ للوفاء بالوصية من حيث إنها وصية، بل منعه من تلك الحيثية مترتب على صحة الوصية^(٢) وعدم تبديلها، وفي المسألة أقوال^(٣) أخر.

(وكذا المرتد) عطف على الحربي، فلا تصح الوصية له، لأنه بحكم الكافر المنهي عن موادته.

ويشكل بما مر^(٤). نعم يتم ذلك في الفطري، بناءً على أنه لا يملك الكسب المتجدد، وأما الميلى والمرأة مطلقاً^(٥) فلا مانع من صحة الوصية له، وهو خيرة المصنف في الدروس.

(ولو أوصى في سبيل الله فلكل قرابة)، لأن «السبيل» هو الطريق، والمراد هنا ما كان طريقاً إلى ثوابه، فيتناول كل قرابة جزئياً له على عمومته. وقيل: يختص الغزاة^(٦). (ولو قال «أعطوا فلاناً كذا» ولم يبين ما يصنع به، دفع إليه يصنع به ما شاء) لأن

(١) أي من الذمي والحربي إثباتاً ونفيًا يشترك فيه الرِّجْم وغيره.

(٢) وذلك لولم تصح الوصية له لا يصير الموصى به مالاً له حتى يمنع منه. وتظهر الفائدة في جواز أخذ الوصي الموصى به للحربي لنفسه، لأنه بالوصية يصير مالاً للحربي، فيأخذ الموصى به لنفسه دون الورثة. وهكذا لو استولى عليه بعض الورثة، فإنه يختص به. وهذا بخلاف بطلان الوصية، فإنه يكون الموصى به من جملة التركة، فيقسم على الورثة.

(٣) منها ما حكى من الفرق بين ذمي الرِّجْم وغيره من الذمي وعدم الجواز مطلقاً فيه كالحربي والجواز في الحربي. والحكي عن التفتيح أنه أنهاها إلى سبعة أقوال.

(٤) من أن الوصية لا تستلزم المودة المنهي عنها.

(٥) أي سواء كانت ولياً أم لا.

(٦) وذلك لكونها أشهر الأفراد وأكملها.

الوصية بمنزلة التملك ، فتقتضي تسلط الموصى له تسلط المالك ، ولو عيّن له المصروف تعيّن^(١) .

(وتُستحب الوصية لذوي القرابة ، وارثاً كان أم غيره) لقوله تعالى ^(٢) : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ أَنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةَ لِلْأُولَادِ وَالْأَقْرَبِينَ ﴾ ، ولأن فيه صلة الرّحم ، وأقلّ مراتبه الإستحباب^(٣) .

(ولو أوصى للأقرب) أي أقرب الناس إليه نسباً (نُزِّلَ على مراتب الإرث) لأنّ 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 يتقدّم ابن العم من الأبوين على العم للأب وإن قدّم في الميراث ، ويتساوى الأخ من الأم والأخ من الأبوين . وفي تقديم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب وجه قوي ، لأنّ تقدّمه عليه في الميراث يقتضي كونه أقرب شرعاً ، والرّجوع إلى مراتب الإرث يرشد إليه^(٤) ولا يرد مثله في إسن العم للأبوين ، لاعترافهم بأنّ العم أقرب منه ، ولهذا جعلوه مستثنى بالإجماع . ويحتمل تقديمه^(٥) هنا ، لكونه أولى بالميراث .

(ولو أوصى بمثل نصيب ابنه فالنصف إن كان له ابن واحد ، والثلث إن كان له

(١) فلو صرف في غيره ضمن ولزم عليه إقامة بدله وصرفه في الوجه المعين .

(٢) البقرة : الآية ١٨٠ .

(٣) أي أقل مراتب الأمر الواقع في الآية .

(٤) أي تنزيل الوصية للأقرب على مراتب الإرث يرشد إلى أنّه مقدّم عليه شرعاً في المرتبة وإن تساوا في الأقربيّة .

(٥) أي تقديم ابن العم من الأبوين على العم للأب .

ابنان، وعلى هذا).

والضابط: أنه يجعل كأحد الوراث^(١) ويزاد في عددهم. ولا فرق بين أن يوصى له بمثل نصيب معين وغيره.

ثم إن زاد نصيبه على الثلث توقف الزائد عليه على الإجازة، فلو كان له ابن وبنت وأوصى لأجنبي^(٢) بمثل نصيب البنت فللموصى له رُبع التركة، وإن أوصى له بمثل

(١) أي يجعل للموصى له كأحد الوراث. وهذا كأنه اعتراض على المصنف قدس سره، حيث فرض المسألة في خصوص ما لو أوصى له بمثل نصيب معين كأبن ونحوه، إذ لا فرق بين أن يوصى بمثل نصيب معين كأبن وغير معين كأن يوصى بمثل نصيب أحد الوراث، فالضابط: أن يجعل للموصى له كأحد الوراث ويجعل كأحدهم إن تساوا، كما كان كلهم أبناء أو كان الوراث واحداً، وإن تعددوا واختلفوا فكأقلهم نصيباً، لأن ذلك هو المستقن والزائد مشكوك فيه كما سيصرح به.

(٢) هذا مثال للوصية بنصيب معين. وكون الوصية بمثل نصيب البنت لا يحتاج إلى الإجازة، لأن نصيب البنت ربع التركة، وهو أقل من الثلث. والوصية بمثل نصيب الابن يحتاج إليها لزيادته عنه بثلث خمس، وذلك لأننا إذا ضربنا الثلاثة في الخمسة صار خمسة عشر، فلكل من الموصى له والابن خمسين وللبن خمس التركة فيزيد نصيب الموصى له عن الثلث بثلث خمس وخمسة يكون ثلاثة وثلث خمسها يكون واحداً. كما هو واضح.

وتوضيح المسألة أن التركة لو كانت خمسة عشر ديناراً مثلاً فثلثها خمسة وهي لا توقف على الإجازة، فيبقى واحد كما ذكرنا في الحاشية السابقة، وهو ثلث خمس موقوفاً على الإجازة منهما لا شراكهما فيه، فإن أجازاه فالمسألة من خمسة، فينقسم بدون كسر. وإن رداً فالمسألة من تسعة، لأن للموصى له ثلث التركة وما يبقى لها أثلاثاً، فتضرب الثلاثة في الثلاثة تبلغ تسعة للموصى له ثلاثة وللإبن أربعة وللبنث إثنان. وإن أجاز أحدهما ورد الآخر ضربت أولاً مسألة الإجازة وهي خمسة في مسألة الرد وهي تسعة تبلغ خمسة

نصيب الابن فقد أوصى له بخمسي التركة، فيتوقف الزائد عن الثلث - وهو ثلث خمس - على إجازتها، فإن أجازا فالمسألة من خمسة، لأن الموصى له بمنزلة ابن آخر وسهام الابنين مع البنت خمسة. وإن ردّا فن تسعة، لأن للموصى له ثلث التركة، وما يبق لها أثلاثاً فتضرب ثلاثة في ثلاثة. وإن أجاز أحدهما ورد الآخر ضربت مسألة الإجازة في مسألة الردّ، فن أجاز ضربت نصيبه^(١) من مسألة الإجازة في مسألة الردّ. ومن ردّ ضربت نصيبه^(٢) من مسألة الردّ 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

ج وأربعين وطريق معرفة نصيب كل واحد: أن من أجاز ضرب نصيبه من مسألة الإجازة في مسألة الردّ. ومن ردّ ضرب نصيبه من مسألة الردّ في مسألة الإجازة، فلبنت مع إجازتها فقط تسعة من خمسة وأربعين، لأنّها مضروب سهمها في مسألة الإجازة، وهو واحد من خمسة، فإذا ضربناه في التسعة حصل التسعة، لعدم الزيادة في ضرب الواحد، وللابن عشرون، وهو مضروب نصيبه من مسألة الردّ، وهو أربعة في خمسة مسألة الإجازة تبلغ عشرين، والباقي للموصى له وهو ستة عشر، وهو ثلث الفريضة الذي حصل له على تقدير عدم الإجازة وهو خمسة عشر، وثلث الباقي على تقدير إجازتها وهو ثلاثة فثلثها واحد والإثنان سقطا باعتبار ردّ الابن. وللابن مع إجازته دون البنت ثمانية عشر، وهو مضروب نصيبه من مسألة الإجازة وهو اثنان في تسعة مسألة الردّ تبلغ ثمانية عشر. وللبنت عشرة مضروب نصيبها من مسألة الردّ، وهو اثنان من تسعة في مسألة الإجازة وهي خمسة. وللموصى له سبعة عشر، خمسة عشر من جهة ثلث المجموع واثنان يضيف ما زاد على التقدير الأول. وعلى هذا القياس.

(١) نصيب الابن في مسألة الإجازة إثنان ونصيب البنت واحد.

(٢) نصيب الابن في مسألة الردّ أربعة ونصيب البنت إثنان.

ولها عشرة ، وللموصى له سبعة عشر ، وعلى هذا القياس .

(ولو قال) : أعطوه (مثل سهم أحد ورثائي أعطي مثل سهم الأقل) لصدق الاسم به ، ولأصالة البراءة من الزائد ، فلو ترك ابناً وبناتاً فله الرُّبُع ، ولو ترك ابناً وأربع زوجات فله سهم من ثلاثة وثلاثين^(١) .

(ولو أوصى بضعف نصيب ولده فثلاثة) على المشهور بين الفقهاء وأهل اللغة . وقيل : مثله ، وهو قول بعض أهل اللغة . والأصح الأول (وبضعفيه ثلاثة أمثاله) ، لأن ضعف الشيء ضمَّ مثله إليه ، فإذا قال : ضعفه فكأنه ضمَّ مثليه إليه . وقيل : أربعة أمثاله ، لأن الضعف مثلان كما سبق ، فإذا ثني كان أربعة . ومثله^(٢) القول في ضعف الضعف .

(ولو أوصى بثلثه للفقراء جاز صرف كلُّ ثلث إلى فقراء بلد المال) الذي هو فيه ، وهو الأفضل ، ليسلم من خطر النقل . وفي حكمه^(٣) احتسابه على غائب مع قبض وكيله في البلد (ولو صرف الجميع في فقراء بلد الموصي) أو غيره (جاز) ، لحصول الغرض من الوصية ، وهو صرفه إلى الفقراء .

(١) أي للموصى له سهم من ثلاثة وثلاثين ، وذلك لأنه لابد من تحصيل أقل عدد به ينقسم التركة على الجميع بغير كسر ، فيضرب مخرج الثمن - وهو الثمانية - في الأربعة عدد الزوجات يبلغ إثنان وثلاثون ، ويضاف للموصى له جزء آخر ، فيبلغ مجموع التركة إلى ثلاثة وثلاثين جزءاً ، فأربعة للزوجة الأربع وواحد للموصى له وثمانية وعشرون للابن . ولا ضير في ورود النقص على الجميع ، لأنه مقتضى الوصية .

(٢) أي مثل الضمنية القول في ضعف الضعف .

(٣) أي وفي حكم الصرف في بلد المال احتسابه على غائب عن المال .

واستشكل المصنف جواز ذلك^(١) في بعض الصور: بأنه إن نقل المال^(٢) من البلاد المتفرقة إلى بلد الإخراج كان فيه تغيير في المال^(٣) وتأخير للإخراج، وإن أخرج قدر الثلث^(٤) من بعض الأموال ففيه خروج عن الوصية، إذ مقتضاها الإشاعة. والأوسط^(٥) منها متوجه، فإن تأخير إخراج الوصية مع القدرة عليه^(٦) غير جائز، إلا أن يُفرض عدم وجوبه^(٧)، إما لعدم المستحق في ذلك الوقت الذي نُقل فيه، أو تعيين الموصي الإخراج في وقت مترقب بحيث يمكن نقله إلى غير البلد قبل حضوره، ونحو ذلك.

وينبغي جوازه أيضاً لفرض صحيح كثرة الصلحاء، وشدة الفقر، ووجود من يرجع إليه^(٨) في أحكام ذلك، كما يجوز نقل الزكاة للفرض. وأما التغيير فغير لازم^(٩) في جميع أفراد النقل. وأما إخراج الثلث من بعض الأموال فالظاهر أنه لا مانع منه، إذ ليس الفرض الإخراج من جميع أعيان التركة، بل المراد إخراج ثلثها بالقيمة، إلا أن

(١) صرف الجميع في فقراء بلد الموصي.

(٢) وهو الثلث الموصى به.

(٣) إن كان في النقل تغيير، أي جعل في معرض الخطر من جهة اللص ونحوه.

(٤) أي قدر ثلث المجموع في الأموال المتفرقة من بعض الأموال.

(٥) قال رحمه الله في المحاشية: أي أوسط التعليقات الثلاثة، وهى: التغيير، وتأخير

الإخراج، وإخراج الثلث من بعض الأموال دون بعض.

(٦) هذا تعليل لتوجه الأوسط.

(٧) أي عدم وجوب الإخراج.

(٨) من أهل العلم ونحوه في أحكام صرف الوصية.

(٩) وهو الأول من اللوازم الثلاثة.

يتعلق غرض الموصي بذلك^(١)، أو تتفاوت فيه مصلحة الفقراء .

والمعتبر صرفه إلى الموجودين في البلد^(٢)، ولا يجب تتبع الغائب، ويجب الدفع إلى ثلاثة فصاعداً، لا في كل بلد، بل المجموع .

(ولو أوصى له بأبيه^(٣) فقبل وهو مريض ثم مات) الموصى له (عُتِقَ) أبوه (من صُلْبِ ماله)^(٤) لأنه لم يُتْلَفْ على الورثة شيئاً^(٥) مما هو محسوب ماله له وإنما يعتبر من الثلث ما يخرج عن ملكه كذلك^(٦)، وإنما ملكه هنا^(٧) بالقبول وانعتق عليه قهراً تبعاً للملكه .

ومثله ما لو ملكه بالإرث، أو بالإتّهاب على الأقوى، أما لو ملكه بالشراء فإنه ينعتق من الثلث على الأقوى، لاستناد العتق إلى حصول الملك الناشئ عن الشراء، وهو ملكه في مقابلة عوض، فهو بشرائه ما لا يبقى في ملكه مُضَيِّعٌ للثمن على الوارث، كما لو اشترى ما يقطع بتلفه. ويُحتمل اعتباره من الأصل، لأنه مال متقوّم بضمن مثله، إذ الفرض ذلك، والعتق أمر قهري طرأ بسبب القرابة. وضعفه واضح،

(١) أي بالإخراج من جميع أعيان التركة .

(٢) ولا يجب إستيعاب الجميع، إذ الظاهر من حال الموصي عدم الإستيعاب. ولا يلزم منه كونه لبيان المصروف حتى يجوز إعطاء الواحد، بل ظاهر اللفظ إعطاء جمع من الفقراء .

(٣) أي لو أوصى بأب الموصى له للموصى له والموصى له مريض .

(٤) أي صلب مال الموصى له .

(٥) أي لم يُتْلَفْ الموصى له على ورثة نفسه شيئاً .

(٦) أي ما يخرج عن ملكه مما هو محسوب ماله .

(٧) قال رحمه الله في الحاشية: وهنا لم يخرج المريض كذلك، وإنما أخرجه الله تعالى عن ملكه بالقبول وانعتق عليه تبعاً للملكه بغير اختياره، فلم يكن مفوّتاً باختياره وإنما جاء الفوات من قبل الله تعالى .

لأن بذل الثمن في مقابلة ما قطع بزوال ماليته محض التضييع على الوارث .
(ولو قال : أعطوا زيدا والفقراء ، فلزيد النصف) لأن الوصية لفرقين فلا يُنظر
إلى أحادهما كما لو أوصى لشخصين أو قبيلتين . (وقيل : الرُّبُع) ، لأن أقل الفقراء
ثلاثة من حيث الجمع وإن كان جمع كثرة ، لما تقدّم من دلالة العرف واللغة على اتحاد
الجمعين ^(١) ، فإذا شَرَك بين زيد وبينهم بالعطف كان كأحدهم .
ويصقّف : بأن التشريك بين زيد والفقراء ، لا بينه وبين أحدهم ، فيكون زيد
فريقاً والفقراء فريقاً آخر .

وفي المسألة وجهٌ ثالث ، وهو أن يكون زيد كواحدٍ منهم ^(٢) ، لأنهم وإن كانوا جمعاً
يصدق بالثلاثة ، لكنّه يقع على ما زاد ولا يتعيّن الدفع إلى ثلاثة ، بل يجوز إلى ما زاد ،
أو يتعيّن حيث يوجد في البلد ، ومقتضى التشريك أن يكون كواحدٍ منهم . وهو أمّثَنُ
من السابق ، وإن كان الأصح الأول ^(٣) (ولو جمع بين) عطية (منجزة) في المرض كهبة ،
ووقف ، وإبراء (ومؤخرة) إلى بعد الموت (قدمت المنجزة) من الثلث وإن تأخرت
في اللَّفْظ ، فإن بقي من الثلث شيء بُدئ بالأوّل فالأوّل من المؤخرة كما مر . ولا فرق في
المؤخرة ^(٤) بين أن يكون فيها واجب يخرج من الثلث ^(٥) وغيره . نعم لو كان مما يخرج

(١) أي دلالة العرف واللغة على اتحاد القلة والكثرة بحسب المفاد .

(٢) أي من حيث النصيب . ولا يتعيّن الدفع إلى ثلاثة ، بل له أن يدفع إلى ثلاثة وله أن يدفع
إلى ما زاد على قول بعض . وقيل : يتعيّن أن يدفع إلى ما زاد ، وليس له أن يحتفي بالثلاثة إذا
يوجد الفقير في البلد .

(٣) وهو أن يكون له النصف .

(٤) أي في تقديم المنجزة عليها .

(٥) وذلك كالواجبات الدينية .

من الأصل قَدْ مطلقاً^(١).

واعلم أن المنجزة تشارك الوصية في الخروج من الثلث في أجود القولين، وأن خروجها من الثلث يُعتبر حال الموت، وأنه يقدّم الأسبق منها فالأسبق لو قصر الثلث عنها. وتفارقها في تقديمها عليها^(٢)، ولزومها^(٣) من قبيل المعطي، وقبولها كغيرها من العقود، وشروطها شروطه^(٤)، وأنه لو برىء من مرضه لزم من الأصل، بخلاف الوصية^(٥).

(ويصح) للموصي (الرجوع في الوصية) ما دام حيّاً (قولاً، مثل رجعت، أو نقضت، أو أبطلت)، أو فسخت، أو هذا لوارثي^(٦) أو ميراثي، أو حرام على الموصي له، (أو لا تفعلوا كذا)، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة عليه (أو فعلاً، مثل بيع العين الموصى بها) وإن لم يقبضها^(٧) (أو رهنها) مع الإقباض قطعاً، وبدونه على الأقوى. ومثله ما لو وهبها، أو أوصى بها لغير من أوصى بها له أولاً.

(١) كالحج والدين المالي قدم مطلقاً، سواء تقدّم في الذكر أم تأخر.

(٢) أي تفارق المنجزة الوصية في تقديمها على الوصية.

(٣) أي لزوم المنجزة في الجملة، فلا ينافي جوازها إذا كانت مثل الهبة بغير ذي رحم. وهذا بخلاف الوصية، فإنها جائزة من قبله مطلقاً.

(٤) أي وتفارقها من حيث القبول والشروط، لأن المنجزة عقد من العقود، فيعتبر في قبولها ما هو معتبر في قبول باقي العقود من اعتبار اللفظ والتنجز ونحو ذلك، وعدم الغرر ونحوه في الشروط.

(٥) فإنه من الثلث وإن برىء ثم مات.

(٦) مشيراً إلى الموصى به.

(٧) أي لم يقبضها المشتري.

والأقوى أن مجرد العرض على البيع^(١) والتوكيل فيه وإيجابه وإيجاب العقود الجائزة المذكورة كافٍ في الفسخ، لدلالته عليه، لا تزويج العبد والأمة، وإجارتها وختانها، وتعليمها، ووطء الأمة بدون الإحبال^(٢).

(أو) فعل ما يبطل الاسم ويدلّ على الرجوع مثل (طحن الطعام، أو عجن الدقيق) أو غزل القطن، أو نسج مغزوله (أو خلطه بالأجود) بحيث لا يتميز^(٣). وإنما قيّد بالأجود لإفادته الزيادة في الموصى به^(٤)، بخلاف المساوي والأردأ، وفي الدروس لم يفرّق بين خلطه بالأجود وغيره في كونه رجوعاً، وفي التحرير لم يفرّق كذلك في عدمه^(٥). والأنسب عدم الفرق. وتوقف كونه رجوعاً على القرائن الخارجة، فإن لم يُحكم بكونه رجوعاً يكون مع خلطه بالأجود شريكاً بنسبة القيمتين^(٦).

(الفصل الرابع - في الوصاية)

بكسر الواو وفتحها، وهي استنابة الموصي غيره بعد موته في التصرف فيما كان له

(١) وهذا صحيح لو دلت القرائن من عُرف أو عادة ونحوها على الرجوع. ومع عدمها فالأصل عدم الرجوع. وكيف كان فالضابط كل ما يدلّ عليه لفظاً كان أو فعلاً ونحوها. ولو شك في الرجوع فالأصل المزبور هو المحكّم.

(٢) وإلا فيكون في حكم الرجوع وإن لم ينو، لأنه لا يجوز نقل الأمة المستولدة مطلقاً ولو بالوصية.

(٣) وأما في صورة التميّز فلا يدلّ على الرجوع، لعدم بطلان الاسم.

(٤) أي إفادة الأجود الزيادة ولم يحصل منه الرضا ببذلها ولم يمكن تمييزها.

(٥) أي في عدم رجوعه.

(٦) هكذا بالأردأ، ولم يظهر وجه تقييده بالأجود.

التصرف فيه ، من إخراج حتى ، أو استيفائه ، أو ولاية على طفل ، أو مجنون يملك الولاية عليه بالأصالة أو بالتعرض^(١).

(وإنما تصح الوصية على الأطفال بالولاية من الأب والجدة له) وإن علا (أو الوصي) لأحدهما (المأذون له من أحدهما) في الإيضاء لغيره ، فلو نهاه عنه^(٢) لم تصح إجماعاً. ولو أطلق^(٣) قيل : جاز لظاهر مكاتبة الصغار^(٤) ، ولأن الموصي أقامه مقام نفسه فيثبت له من الولاية ما ثبت له ، ولأن الإستتابة من جملة التصرفات المملوكة له بالنص^(٥).

وفيه : منع دلالة الرواية^(٦) ، وإقامته مقام نفسه في فعله مباشرة كما هو الظاهر ،

(١) الوصاية بالأصالة هي وصاية الأب والجدة للأب ، حيث أن ولايتها بأصل الشرع وبالتعرض وصاية الوصي إذا أذن الموصي للوصي في الوصاية ، فإنه لو لم يأذن الموصي له لم تكن له وصاية .

(٢) أي لو نهى الموصي الوصي عن نصب الولي على الطفل أو المجنون .

(٣) أي لو أطلق الموصي الوصية ولم يصرح بإذنه للوصي في الإيضاء إلى غيره .

(٤) [الوسائل ، كتاب الوصايا ، الباب ٧٠ ، الحديث] .

(٥) أي نص الموصي .

(٦) والرواية هذه : رجل كان وصي رجل فأت وأوصى إلى رجل هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيته ؟ فكتب عليه : يلزمه بحقه إن كان له قبله حق . فإنه كما ترى لا دلالة لها على صحة وصية الوصي بالولاية على الأطفال .

لأن في الرواية احتمالين :

الأول : أن المراد من قوله عليه « يلزمه بحقه » أنه يلزم الوصية للوصي الثاني بحقه ، أي بحق وصي الأول ، وهي الولاية على طفل أو مجنون إن كان للوصي الأول قبله حق بمعنى

ونمنع كون الإستتابة من جملة التصرفات^(١)، فإنّ رضاه بنظره مباشرة لا يقتضي رضاه بفعل غيره^(٢)، لاختلاف الأنظار والأغراض في ذلك، والأقوى المنع.

(ويُعتبر في الوصي الكمال) بالبلوغ والعقل، فلا يصح إلى صبي بحيث يتصرف حال صباه مطلقاً^(٣)، ولا إلى مجنون كذلك^(٤) (والإسلام) فلا تصح الوصية إلى كافر وإن كان رجلاً، لأنه ليس من أهل الولاية على المسلمين، ولا من أهل الأمانة، وللنهي عن الركون إليه^(٥) (إلا أن يوصي الكافر إلى مثله) أن لم نشترط العدالة في الوصي لعدم المانع حينئذٍ. ولو اشترطناها فهل تكفي عدالته في دينه، أم تبطل مطلقاً؟ وجهان: من أنّ الكفر أعظم من فسق المسلم، ومن أن الغرض صيانة مال

حب الولاية، فالرواية تدلّ على جواز إيصاء الوصي لغيره في صورة إطلاق الوصي الوصية. والثاني: أن المراد أنه يلزم الوصية، فلوصي الثاني بحق موصي الأول إن كان له... أي للوصي الأول - قبّله حق في الإيصاء إلى الغير بإذن الموصي، فلا تدلّ الرواية على المراد.

ومع هذا الإحتالين تصير الرواية بمجملته لا يمكن الإستدلال بها.

(١) أي من جملة التصرفات التي في مورد الوصاية.

(٢) أي فإنّ رضی الموصي بنظر الوصي بولايته على الطفل لا يقتضي رضی الموصي بمباشرة فعل غير الوصي في أمور الطفل.

(٣) أي ولو كان منضماً إلى البالغ، فإنه يجوز ضمنه إلى البالغ، لكن لا يجوز تصرفه إلا بعد بلوغه.

(٤) أي بحيث يتصرف حال جنونه، سواء كان جنونه أدارياً أم لا، أو سواء كان منفرداً أو منضماً عاقل.

(٥) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَرَكُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ﴾. (هود: الآية ١١٤)

(٦) أي سواء كان عادلاً في دينه أم لا.

الطفل وأداء الأمانة ، وهو يحصل بالعدل منهم^(١) .
والأقوى المنع بالنظر إلى مذهبنا . ولو أريد صحتها^(٢) عندهم وعدمه فلا غرض
لنا في ذلك ، ولو ترافعوا إلينا فإن رددناهم إلى مذهبهم وإلا فاللازم الحكم ببطلانها
بناءً على اشتراط العدالة ، إذ لا وثوق بعدالته في دينه ، ولا ركون إلى أفعاله ، لخالفها
لكثير من أحكام الاسلام .

(والعدالة في قول قوي)^(٣) ، لأن الوصية استثنائية ، والفساق ليس أهلاً له ،
لوجوب التثبت عند خبره^(٤) ، ولتضمنها الركون إليه ، والفساق ظالم منهي عن
الركون إليه^(٥) ، ولأنها استنابة إلى الغير ، فيشترط في النائب العدالة كوكيل الوكيل ،
بل أولى ، لأن تقصير وكيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل والموكّل وتفحصها على

(١) أي الغرض يحصل بالعدل بينهم . وهذا هو الأقوى وفقاً لجماعة من المحققين كالعلامة
وغیره . قال في محكي الرياض : لحصول الوثوق وجداناً ، وإنكاره مكابرة ، بل ربما يحصل
الوثوق ببعض عدوهم أكثر من بعض عدول المسلمين . انتهى .

(٢) أي صحة الوصية .

(٣) قال في محكي الرياض : وعلى اعتبار العدالة الأكثر - إلى ان قال - وادّعى في الغنية عليه
الإجماع - إلى آخر ما ذكره في هذا المقام . ولكن الأقوى خلافه . إذ الظاهر - والله العالم
بمناسبة الحكم والموضوع في المقام - أن المناط الوثوق والإطمئنان ، حيث أن الغرض
صيانة مال الطفل ، وهو يحصل بطلاق الوثوق لا خصوص العدالة .

(٤) لقوله تعالى : ﴿إِنْ جَانَحَكُمْ فَاسِقٌ بَنِيًّا فَتَبَيَّنُوا﴾ .

(٥) للآية ﴿وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا﴾ ، ولكن صدق مفهوم الركون حتى على مثل المقام
غير ظاهر ، ولهذا لم يحكموا بعدم جواز تزويج الفاسق أو عدم مشاركته في المعاملات ونحو
ذلك تمسكاً بالآية ، مع أنه لا فرق ظاهراً بين هذه المسألة وما ذكرناه . فليتأمل .

مصلحتها، بخلاف نائب الميت. ورضاه به غير عدل لا يقدح في ذلك^(١)، لأن مقتضاها إثبات الولاية بعد الموت، وحينئذ فترتفع أهليته عن الإذن والولاية، ويصير التصرف متعلقاً بحق غير المستتيب 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 من أنها في معنى الوكالة، ووكالة الفاسق جائزة إجماعاً وكذا استيداعه. لما عرفت من الفرق بينها وبين الوكالة والاستيداع، فإنهما 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^(٢)، مع أننا نغنى أن مطلق الوكيل والمستودع لا يشترط فيها العدالة. واعلم أن هذا الشرط إنما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الرصي، ويقبل خبره به، كما يستفاد ذلك من دليله^(٣)، لا في صحة الفعل في نفسه، فلو أوصى لمن ظاهره العدالة وهو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصية فالظاهر نفوذ فعله وخروجه عن العهدة.

(١) أي رضى الموصي بالموصي حال كونه غير عدل لا يقدح فيما ذكر مما يقتضي البطلان. هذا جواب سؤال مقدّر، كأنه قيل: كيف لا يصح مع أن الموصي رضى بوصاية الفاسق؟ فيجاب: بأن ذلك لا يقدح في البطلان، إذ مقتضى هذه الوصاية إثبات الولاية بعد الموت، ولا أهلية للميت، لأنه ترتفع أهليته بعد الموت عن الإذن والولاية، لأن تصرفه متعلق بحق غيره من طفل ومجنون وفقير وغيرهم. وهذا بخلاف الوكالة، فإنها في حال الحياة ورضاه بذلك مقتضى للصحة.

(٢) هذا تعليل لحق الغير، أي خرج عن ملكه بالموت مطلقاً، أي بالكلية بحيث أنه ليس له حق بعد موته حتى التلث لو لم يوص به، بخلاف الموكل والمودع.

(٣) أي من دليل اعتبار العدالة.

ويمكن كون ظاهر الفسق كذلك^(١) لو أوصى إليه فيما بينه وبينه^(٢) وفعل مقتضاه ، بل لو فعله ظاهراً كذلك لم تتبَّعد الصحة^(٣) ، وإن حكم ظاهراً بعدم وقوعه ، وضمانه ما ادعى فعله .

وتظهر الفائدة لو فعل مقتضى الوصية باطلاع عدلين أو باطلاع الحاكم . إلا أن ظاهر اشتراط العدالة يتنافى ذلك كله . ومثله يأتي في نيابة الفاسق عن غيره في الحج ونحوه . وقد ذكر المصنف وغيره أنَّ عدالة النائب شرط في صحة الإستنابة ، لا في صحة النيابة .

(وكذا) يُشترط في الوصي (الحرية) فلا تصح وصاية المملوك ، لإستلزامها التصرف في مال الغير بغير إذنه ، كما لا تصح وكالته (إلا أن يأذن المولى) فتصح لزوال المانع ، وحينئذٍ فليس للمولى الرجوع في الإذن بعد موت الموصي ، ويصح قبله ، كما إذا قبل الحر .

(وتصح الوصية إلى الصبي منضماً إلى كامل) لكن لا يتصرف الصبي حتى يكمل ،

(١) في نفوذ فعله وخروجه عن العهدة .

(٢) أي من دون إطلاع أحدٍ ولم يقع بينها تشاجرٌ لفعل الموصى إليه مقتضى الوصاية ، فيمكن كونه صحيحاً أيضاً .

(٣) أي لو فعله لا بينه وبينه بل وبين غيره ، وفعل مقتضاه في الواقع لم يبعد الصحة وإن لم يثبت فعل مقتضاه ، وحكم ظاهراً بعدم وقوعه وضمانه ما ادعى فعله . وكيف كان فالمتحصّل في المقام كما نقل قدس سره عن المصنّف: أنَّ العدالة إنما هو شرطٌ في صحة الإستنابة لا في صحّة النيابة . وهذا ولكن التحقيق : أنَّ خصوص العدالة ليست بشرط أيضاً ، بل مطلق الوثوق كافٍ . والله العالم . ويمكن أن يكون المراد من قوله «لو فعله ظاهراً» أي فعله حسب قوله وادعائه ، فكذلك لم تبعد الصحة .

فينفرد الكامل قبله^(١) ثم يشتركان فيها مجتمعين . نعم لو شرط عدم تصرف الكامل إلى أن يبلغ الصبي اتّبع شرطه . وحيث يجوز تصرف الكامل قبل بلوغه لا يختص بالضروري ، بل له كمال التصرف ، وإنما يقع الاشتراك في المتخلف . ولا اعتراض للصبي بعد بلوغه في نقض ما وقع من فعل الكامل موافقاً للمشروع .
(وإلى المرأة والخنثى) عندنا مع اجتماع الشرائط^(٢) ، لانتفاء المانع . وقياس الوصية على القضاء واضح الفساد .

(ويصحّ تعدّد الرصي فيجتمعان) لو كانا اثنين في التصرف ، بمعنى صدوره عن رأيهما ونظرهما وإن باشره أحدهما (إلا أن يشترط لهما^(٣) الإنفراد) فيجوز حينئذٍ لكل واحد منهما التصرف^(٤) بمقتضى نظره (فإن تعاسرا) فأراد أحدهما نوعاً من التصرف ومنعه الآخر (صح) تصرفهما (فيما لا بدّ منه كمؤونة اليتيم) ، والدّابة ، وإصلاح العقار ، ووَقَفَ غيره^(٥) على اتفاقهما (وللحاكم) الشرعي (إجبارهما على الاجتماع)

(١) لأن ظاهر الوصاية تفويض الأمر إلى الموصى إليه بالفعل ، فلا ينتظر كمال الصبي . ثم لو مات الصبي أو بلغ فاسد العقل فهل للكامل الإنفراد بالتصرف ؟ وجهان . ولعل الأوجه عدم ، اقتصاراً على القدر المتيقن ، فلا بدّ من المراجعة إلى الحاكم حتى يُعَيَّن تكليفه فيه .

(٢) من البلوغ والعقل وغيرهما .

(٣) الإشتراط بمعنى الإذن والرخصة . كما سيذكر الشارح في قوله « والظاهر أن شرط الإنفراد رخصة لهما لا تضيق .

(٤) فبعد ما فسرنا الإشتراط بالإذن والرخصة يكون المراد من الجواز هو الإمكان الخاص ، فلا يحتاج إلى التكلف بما قيل الظاهر : أن المراد بالجواز هنا المعنى الأعم ، أي لا يمنع الإنفراد ، لا الجواز بمعنى الإمكان الخاص حتى يصح قوله فيما بعد : ولو شرط لهما الإنفراد ففي جواز الاجتماع نظر .

(٥) أي غير ما لا بدّ منه .

من غير أن يستبدل بهما مع الإمكان، إذ لا ولاية له فيما فيه وصي^(١) (فإن تعدد) عليه جمعهما (استبدل بهما) تزيلاً لهما بالتعدّد منزلة المَعدوم، لاشتراكهما في الغاية. كذا أطلق الأصحاب، وهو يتمّ مع عدم اشتراط عدالة الوصي، أما معه فلا، لأنهما بتعاسرهما يفسقان^(٢)، لوجوب المبادرة إلى إخراج الوصية مع الإمكان، فيخرجان بالفسق عن الوصاية، ويستبدل بهما الحاكم، فلا يُتصور إجبارهما على هذا التقدير، وكذا^(٣) لو لم نشترطها وكانا عدلين، لبطلانها بالفسق حينئذ على المشهور. نعم لو لم نشترطها ولا كانا عدلين أمكن إجبارهما مع التشاخ.

(وليس لهما قسمة المال) لأنه خلاف مقتضى الوصية من الاجتماع في التصرف.
(ولو شرط لهما الإنفراد في جواز الاجتماع نظر) من أنه خلاف الشرط فلا يصح،

١ ٢

(١) أي لا ولاية للحاكم فيما فيه وصى للميت.
(٢) ولكن يُشكل ذلك لو كان اختلافهما مستنداً إلى اعتقاد كل منهما ورجحان نظره وتزييف رأي الآخر، لا إلى الاقتراح والتشهي النفسي، فالإختلاف المزبور لا يوجب الفسق على الإطلاق، ولا يمكن للحاكم أن يجبرهما على الاجتماع فيه.
قال في الجواهر: إن جبر الحاكم لا يكون إلا مع امتناع المخالف على ما يجب عليه، ومع فرض عدالتهما وكون تكليفهما الوقوع إلى الأصلح في نظر الحاكم لا امتناع منهما، فلا جبر. فالأولى إبدال الجبر بأمر الحاكم لهما بما هو تكليفهما في التعاسر المفروض، كما أن الأولى التصريح بالتفصيل على القول باشتراط العدالة، بأن التشاخ إن كان لاختلاف النظر لم يلزم فسقهما، وإن كان يوجب الاختلال بالواجب مع إمكان الاجتماع يلزم فسقهما إن أصرّا على ذلك، إذا لم يثبت كونه من الكبائر، ولعله مراد من أطلق بمن اشتراطها من الأصحاب. إنتهى.

(٣) أي كذا يستطآن عن الوصاية فيما إذا كانا عدلين وتنازعا ولو لمن اشترط العدالة. وفيه نظر، لأنّ استناد البطلان بالفسق مع عدم اشتراط العدالة غير تام.

ومن أن الإتفاق على الاجتماع يقتضى صدوره عن رأي كل واحد منهما، وشرط الإنفرد اقتضى الرضا برأي كل واحد، وهو حاصل إن لم يكن هنا أكد^(١).

والظاهر أن شرط الإنفرد رخصة لهما، لا تضييق. نعم لو حصل لهما في حال الاجتماع نظر مخالف له حال الإنفرد توجه المنع، لجواز كون المصيب هو حالة الإنفرد ولم يرض الموصي إلا به، (ولو نهاهما عن الاجتماع اتبع) قطعاً عملاً بمقتضى الشرط الدالّ صريحاً على النهي عن الاجتماع فيتبع.

(ولو جوّز لهما الأمرين) الاجتماع والإنفرد (أمضي) ما جوّزه وتصرف كل منهما كيف شاء من الاجتماع والإنفرد (فلو اقتسما المال) في هذه الحالة (جاز) بالتنصيف والتفاوت حيث لا يحصل بالقسمة ضرر، لأنّ مرجع القسمة حينئذٍ إلى تصرف كل منهما في البعض وهو جائزٌ بدونها. ثم بعد القسمة لكل منهما التصرف في قسمة الآخر وإن كانت في يد صاحبه، لأنه وصي في المجموع، فلا تزيل القسمة ولايته فيه^(٢).

(ولو ظهر من الوصي) المتحد أو المتعبد على وجه يفيد الاجتماع^(٣) (عجز ضمّ الحاكم إليه معيّناً)، لأنه بعجزه خرج عن الاستقلال المانع من ولاية الحاكم، وبقدرته على المباشرة في الجملة لم يخرج عن الوصاية بحيث يستقلّ الحاكم، فيجمع بينهما^(٤).

(١) وجه الأكديّة: أنّ الاجتماع قد يحصل به حسن النظر زيادةً عن حال الإنفرد، كما هو مسلمٌ وواقع.

(٢) أي في قسم الآخر.

(٣) أي المتعبد الذي يفيد الاجتماع في التصرف، كما إذا نهى الموصي عن الإنفرد أو صرح الاجتماع أو أطلق ولكنه راجع إلى الاجتماع، وأما المتعبد الذي يفيد الإنفرد فليس للحاكم الضم إلى أحدهما بعجز الآخر، لبقاء وصي كامل.

(٤) أي بين خروجه من الاستقلال وعدم خروجه عنه بالكلية.

بالضم .

ومثله ما لو مات أحد الوصيين على الاجتماع ، أما المأذون لهما في الإنفراد فليس للحاكم الضم إلى أحدهما بعجز الآخر ، لبقاء وصي كامل .
ويبقى قسم آخر ، وهو ^{١١} ما لو شرط لأحدهما الاجتماع وسوّغ للآخر الإنفراد ، فيجب اتّباع شرطه ، فيتصرف المستقل بالإستقلال ، والآخر مع الاجتماع خاصةً .
وقريب منه ما لو شرط لهما الاجتماع موجودين ، وانفراد الباقي بعد موت الآخر ، أو عجزه فيتبع شرطه .

وكذا يصح شرط مشرف ^{١٢} على أحدهما بحيث لا يكون للمشرف شيء من التصرفات وإنما تصدر عن رأيه ، فليس للوصي التصرف بدون إذنه مع الإمكان ، فإن تعذر ^{١٣} - ولو بامتناعه - ضمّ الحاكم إلى الوصي معيناً كالمشروط له الاجتماع على الأقوى ، لأنه في معناه ^{١٤} حيث لم يرض برأيه منفرداً . وكذا يجوز اشتراط تصرف أحدهما في نوع خاص ، والآخر في الجميع منفردين ومجتمعين ^{١٥} على ما اشتركا فيه .

(١) هذا وما بعده لم يذكر ضمّ المعين فيها ، لأنه قد ظهر مما قرّره ، فتضم في موضع يحتاج إليه بالقيود التي قد علّمت مما ذكر .

(٢) وهو الناظر .

(٣) أي تعذر الإذن ، بأن سافر أو غاب بحيث لا يمكن الإستينان منه ، أو يمتنع من الإذن ، فيضم الحاكم إلى الوصي معيناً .

(٤) أي لأنّ شرط المشرف في معنى شرط الاجتماع .

(٥) لأن الذي مجازئ في التصرف في الجميع مجاز في التصرف في النوع الخاص ، لأنه جزء الجميع ، فيشتركان في النوع الخاص ، فيجوز اشتراط تصرفهما فيه منفردين ومجتمعين . وهذا معنى قوله على ما اشتركا فيه . وأما الجزء الآخر الذي هو مختص بالوصي الآخر فينفرد به الآخر خاصةً .

(ولو خان) الوصي المتحد، أو أحد المجتمعين^(١)، أو فسق بغير الخيانة (عزله الحاكم) بل الأجود انعزاله بذلك من غير توقف على عزل الحاكم، لخروجه عن شرط الوصاية (وأقام) الحاكم (مكانه) وصياً مستقلاً إن كان المعزول واحداً، أو منضمها إلى الباقي إن كان أكثر.

(ويجوز للوصي استيفاء دينه مما في يده) من غير توقف على حكم الحاكم^(٢) بثبوته، ولا على حلقه على بقائه، لأن ذلك^(٣) للإستظهار ببقائه، لجواز إبراء صاحب الدين أو استيفائه، والمعلوم هنا خلافه^(٤)، والمكلف بالإستظهار هو الوصي.

(و) كذا يجوز له (قضاء ديون الميت التي يعلم بقاءها) إلى حين القضاء، ويتحقق العلم بسماعه إقرار الوصي بها^(٥) قبل الموت يزمان لا يمكنه بعده القضاء، ويكون المستحق ممن لا يمكن في حقه الإسقاط كالطفل والمجنون. أما ما كان أربابها مكلفين يمكنهم إسقاطها فلا بد من إحلافهم على بقاءها وإن علم بها سابقاً، ولا يكفي إحلافه إياهم إلا إذا كان مستجمعاً لشرائط الحكم. وليس للحاكم أن يأذن له في التحليف^(٦)

(١) بل أو كلاهما. واحتراز بقوله «أحد المجتمعين» عن أحد المنفردين، فإنه يُكتفى به ولا يحتاج إلى إقامة الحاكم وصياً مكانه.

(٢) خلافاً لما عن النهاية والقاضي، فلم يجوز ذلك إلا مع البيئته.

(٣) أي الحلف على بقاء الدين.

(٤) أي خلاف إبراء الدين أو استيفائه، لأنه عالم بحاله، والمكلف بالإستظهار هو الوصي، لأنه الدائن والحال أنه عالم بأنه لم يبرئه ولم يستوفه، فلا معنى للإستظهار ببقائه بعد العلم ببقائه.

(٥) أي بالدين.

(٦) أي ليس للحاكم أن يأذن للوصي في تحليف المدعي على الميت بمجرد علم الوصي بالدين، بل لابد من ثبوته عند الحاكم، وبعد ثبوته يجوز توكيله في الإحلاف.

استناداً إلى علمه بالذَّين ، بل لابدّ من ثبوته عنده ، لأنّه تحكيم لا يجوز لغير أهله . نعم له بعد ثبوته عنده بالبيّنة توكيله في الإحلاف .

وله ^(١) ردّ ما يعلم كونه وديعة ، أو عارية ، أو غصباً ، أو نحو ذلك من الأعيان التي لا يُحتمل انتقالها عن ملك مالِكها إلى الموصي ، أو إلى وارثه في ذلك الوقت .

(ولا يوصي) الوصي إلى غيره عمن أوصى إليه ^(٢) (إلا بإذن منه) له في الإيصاء على أصح القولين . وقد تقدّم ، وإنما أعادها لفائدة التعميم ، إذ السابقة مختصة بالوصي على المطلق ومن يحكمه من أبيه وجده ، وهنا شاملة لسائر الأوصياء ^(٣) . وحيث يأذن له فيه ^(٤) يقتصر على مدلول الإذن ، فإن خَصّه بشخص أو وصف اختص ، وإن عمم أوصى إلى مستجمع الشرائط . ويتعدى الحكم إلى وصي الوصي أبداً مع الإذن فيه ، لا بدونه .

(و) حيث لا يصحّ له بالإذن في الإيصاء (يكون النظر بعده) في وصية الأول (إلى الحاكم) ، لأنّه وصي من لا وصي له ، (وكذا) حكم كل (من مات ولا وصي له ، ومع تعدّد الحاكم) لفقده أو بعده بحيث يشق الوصول إليه عادةً (يتولى) إنفاذ الوصية (بعضُ عدول المؤمنين) من باب الحسبة ^(٥) والمعاونة على البرّ والتقوى

(١) أي للوصي .

(٢) وهو الموصى ، أي لا يوصي الوصي إلى غير نفسه عن قبل الشخص الذي أوصى إليه .

(٣) كالوصي على المال وغيره .

(٤) حيث يأذن الموصى للوصي في الإيصاء .

(٥) الحسبة : احتساب الأجر ، كذا في اللّغة . كأنّه يعدّه ويحسب من الأجر الأخروي ، لأنّ إنفاذ الوصية قرينةٌ إلى الله تعالى يوجب الأجر .

المأمور بها^(١).

واشتراط العدالة يدفع محذور إتلاف مال الطفل وشبهه والتصرف فيه بدون إذن شرعي، فإن ما ذكرناه هو الإذن.

وينبغي الاختصار على القدر الضروري الذي يضطر إلى تقديمه قبل مراجعة الحاكم، وتأخير غيره إلى حين التمكن من إذنه، ولو لم يمكن لفقده لم يختص^(٢). وحيث يجوز ذلك يجب، لأنه من فروض الكفاية.

وربما منع ذلك كله بعض الأصحاب، لعدم النص. وما ذكر من العمومات^(٣) كافٍ في ذلك. وفي بعض الأخبار ما يرشد إليه^(٤).

(والصفات المعتبرة في الوصي) من البلوغ والعقل والاسلام - على وجه - والحرية، والعدالة يُشترط حصولها (حال الإيصاء)، لأنه وقت إنشاء العقد، فإذا لم تكن مجتمعة لم يقع صحيحاً كغيره من العقود، ولأنه وقت الوصية ممنوع من التفويض إلى من ليس بالصفات.

(وقيل:) يكفي حصولها (حال الوفاة) حتى لو أوصى إلى من ليس بأهل فاتفق حصول صفات الأهلية له قبل الموت صح، لأن المقصود بالتصرف هو ما بعد الموت وهو محل الولاية ولا حاجة إليها قبله^(٥). ويضعف بما مر.

(وقيل:) يُعتبر (من حين الإيصاء إلى حين الوفاة) جمعاً بين الدليلين.

(١) في الكتاب الكريم بقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ (المائدة: الآية ٣).

(٢) أي لو لم يمكن الإذن من الحاكم لفقده لم يختص بالتصرف بالضروري.

(٣) لقوله تعالى ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾.

(٤) [الوسائل، كتاب الوصايا، باب ٨٨، الحديث ٢].

(٥) أي لأ حاجة إلى صفات الأهلية قبل الوفاة.

والأقوى اعتبارها من حين الإيصاء واستمراره مادام وصياً.
(وللوصي أجرة المثل عن نظره في مال الموصى عليهم^(١) مع الحاجة) وهي الفقر،
كما نبّه عليه تعالى بقوله : ﴿ وَمَنْ كَانَ فَقِيْرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوْفِ ﴾ ، ولا يجوز مع الغناء ،
لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ﴾^(٢) .

وقيل : يجوز أخذ الأجرة مطلقاً^(٣) ، لأنها عوض عمل محترم .
وقيل : يأخذ قدر الكفاية لظاهر قوله تعالى : ﴿ فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوْفِ ﴾ ، فإن المعروف
ما لا إسراف فيه ولا تقتير من القوت .

وقيل : أقلّ الأمرين ، لأنّ الأقلّ إن كان أجرة المثل فلا عوض لعمله شرعاً سواها ،
وإن كان الأقلّ الكفاية فلأنها هي القدر المأذون فيه بظاهر الآية .

والأقوى جواز أخذ أقلها مع فقره خاصة ، لما ذكر ، ولأنّ حصول قدر الكفاية
يوجب الغناء ، فيجب الاستعفاف عن الزائد وإن كان من جملة أجرة المثل .

(ويصح) للوصي (الردّ) للوصية (مادام) الموصي (حياً) مع بلوغه الردّ (فلو
ردّ ولمّا يبلغ) الموصي (الردّ بطل الردّ ، ولو لم يعلم بالوصية إلّا بعد وفاة الموصي لزمه
القيام بها) وإن لم يكن قد سبق قبول (إلّا مع العجز) عن القيام بها ، فيسقط وجوب
القيام عن المعجوز عنه قطعاً ، للخرج .

وظاهر العبارة أنه يسقط غيره^(٤) أيضاً ، وليس بجيد . بل يجب القيام بما أمكن

(١) هذا إذا لم يعيّن الموصى أجرة معينة له ، وإلّا فمن ثلث ماله إن لم يزدها ، وإلّا توقفت فيما زاد
على إجازة الوارث .

(٢) النساء : الآية ٥ .

(٣) أي غنياً كان أو فقيراً ، زائداً من الكفاية أم لا .

(٤) أي يسقط غير المعجوز عنه أيضاً ، بأن يسقط باقي موارد الوصية بالعجز من أحدها .

منها ، لعموم الأدلة^(١) . ومستند هذا الحكم المخالف للأصل من إثبات حق على الموصي إليه على وجه قهري وتسليط الموصي على إثبات وصيته على من شاء ، أخبار^(٢) كثيرة تدل بظاهرها عليه .

وذهب جماعة - منهم العلامة في المختلف والتحرير - إلى أن له الرد ما لم يقبل ، لما ذكر ، ولاستلزامه الحرج العظيم والضرر في أكثر موارد ، وهما منفيان بالآية^(٣) والخبر^(٤) ، والأخبار ليست صريحة الدلالة على المطلوب ، ويمكن حملها على شدة الاستحباب ، وأما حملها على سبق قبول الوصية فهو منافي لظاهرها .
والمشهور بين الأصحاب هو الوجوب مطلقاً^(٥) .

وينبغي أن يُستثنى من ذلك ما يستلزم الضرر والحرج ، دون غيره . وأما استثناء المعجوز عنه فواضح .

⇨ وليس بجيد .

(١) وهو قوله تعالى : ﴿ لَمَنْ يَدُلُّهُ بِغَدَمٍ سَوْعَةً فَبِأَمَّا إِفْئَةُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ ﴾ . (البقرة : الآية ١٨١) .

(٢) [التهذيب ج ٩ ، كتاب الوصية ، باب ١٤ ، ص ٢٠٥] .

(٣) وهو قوله تعالى : ﴿ وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ (الحج : الآية ٧٨) .

(٤) « لا ضرر ولا ضرار » [الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٧ ، الحديث ٣ - ٤ - ٥] .

(٥) سواء سبق من الوصي قبول أم لا .

المحتويات

٥	كتاب المتاجر
٥	الفصل الثالث: في بيع الحيوان
١٠	أحكام شراء المملوكة
٣٧	الفصل الرابع: في بيع الثمار
٤٩	الفصل الخامس: في الصرف
٤٩	اشتراط التقاض في المجلس
٥٢	عدم جواز التفاضل
٦٤	الفصل السادس: في السلف
٦٤	شرائط بيع السلف
٧٦	أحكام بيع السلف
٨٠	الفصل السابع: في أقسام البيع بالنسبة إلى الإخبار بالثمن وعدمه
٩١	الفصل الثامن: في الربا
٩٧	الفصل التاسع: في الخيار
١٣٤	الفصل العاشر: في الأحكام
١٥٩	خاتمة
١٦١	كتاب الدين
١٦١	القسم الأول: القرض

القسم الثاني: ذَيْن العبد ١٨١

كتاب الرهن ١٨٥

عقد الرهن ١٨٦

في الشروط، أو اللواحق ١٩٥

في المتعاقدين ٢٠٣

في الحق ٢٠٥

في اللواحق ٢٠٨

كتاب الحجر ٢٢٣

كتاب الضمان ٢٣١

كتاب الحوالة ٢٤٥

كتاب الكفالة ٢٥٥

كتاب الصلح ٢٦٥

كتاب الشركة ٢٨٣

كتاب المضاربة ٢٩٣

كتاب الوديعة ٣٠٥

كتاب العارية ٣٢١

كتاب المزارعة ٣٣٣

كتاب المساقاة ٣٤٥

كتاب الإجارة ٣٥٧

٣٨٩	كتاب الوكالة	.
٤٠٩	كتاب الشفعة	.
٤٢٩	كتاب السبق والرماية	
٤٤٣	كتاب الجعالة	
٤٥٧	كتاب الوصايا	.
٤٥٧	فصل الأول: الوصية	
٤٧٧	الفصل الثاني: في متعلق الوصية	
٤٩٤	الفصل الثالث: في الأحكام	
٥٠٤	الفصل الرابع: في الوصاية	