

بجاء مع المقاصد

في شرح العقائد

تأليف

المحقق الفاضل

الشيخ علي بن الحسين البكري

الطبعة سنة ١٤٠٦ هـ

لدار المعارف

تحقيق

مؤسسة الإمام الباقر عليه السلام في العراق



بِجَانِبِ الْمَقْصِدِ
فِي سَبْحِ الْبَلَدِ



٤٨

جَمَاعَةُ الْمُفْتَاحِ

فِي شَرْحِ الْقَوْلِ عِنْدَكَ

تَأليف

المُحَقِّقِ الثَّانِي

الشيخ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ الْكُرِّي

الطبعة سنة ١٤٠ هـ

لِلْمَجْمُوعَةِ السَّالِمِيَّةِ

تحقيق

مُؤَسَّسَةُ آلِ الْبَيْتِ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ الْإِحْيَاءُ الثَّرَاثِي

جميع الحقوق محفوظة ومسجلة
لمؤسسة آل البيت - عليهم السلام - لإحياء التراث

الكتاب:	جامع المقاصد في شرح القواعد - ج ٦
المؤلف:	المحقق الثاني، الشيخ علي بن الحسين الكركي
تحقيق ونشر:	مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث - قم المشرفة
الطبعة:	الأولى - ربيع الثاني ١٤١٠ هـ
المطبعة:	مهر - قم
الكمية:	٢٠٠٠ نسخة
السعر:	٢٠٠٠ ريال

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تنبيه

النسخة المعتمدة التي اعتمدها في تحقيقنا لكتاب القواعد هي غير النسخة التي اعتمدها المحقق الكركي في شرحه للكتاب، وهناك اختلافات بينة لا تحق على القارئ اللبيب

مؤسسة آل البيت - عليهم السلام - لإحياء التراث

قم - صفائية - ممتاز - پلاك ۷۳۷ - ص . ب ۹۹۶ / ۳۷۱۸۵ - هاتف ۲۳۴۵۶

كتاب الأمانات وتوابعها

وفيه مقاصد :

الأول: في الوديعة : وفيه فصول :

الأول: في حقيقتها : وهي عقد يفيد الاستنابة في الحفظ ، جائزة من الطرفين .

قوله : (كتاب الأمانات وتوابعها ، وفيه مقاصد :

الأول : الوديعة ، وفيه فصول :

الأول : في حقيقتها ، وهي : عقد يفيد الاستنابة في الحفظ) .

نقض في طرده بالوكالة ، المتضمنة للاستنابة في الحفظ .

وجوابه : أن المراد من العقد ذلك ، وفي الوكالة الغرض بالقصد الأول

الاستنابة في التصرف ، وما ثبت ضمناً فهو غير مقصود بالذات .

واعلم أن اللغة^(١) والعرف العامي يقتضيان أن الوديعة هي المال ، وعرف

الشرع أنها العقد .

قوله : (جائزة من الطرفين) .

فاذا أراد المالك الاسترداد لم يكن للمستودع المنع ، ووجب عليه

الدفع ، ولو أراد المستودع الرد لم يكن للمودع أن يمتنع من الأخذ ، لأنه متبرع

بالحفظ ، ولو عزل المستودع نفسه ارتفعت الوديعة وبقي المال أمانة شرعية

مطلقة في يده ، كالثوب الطائر في الهواء إلى داره .

ولا بد فيها من إيجاب : هو كل لفظ دال على الاستتابة بأي عبارة كان ، وقبول ، فعلاً أو قولاً دالاً على الرضى ، ولا بد من صدورهما من مكلف جائر التصرف، فلو استودع من صبي أو مجنون ضمن ، إلا إذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان ، ولا يبرأ بالرد إليهما في صورتين بل إلى الولي .

وللشافعية قول بأنه لا ينزل بالعزل بل يقع لغوا^(١) ، والأصل في ذلك أن الوديعة مجرد إذن أم عقد .

فعلى الأول يلغو العزل ، كما لو أذن له في تناول طعامه فرد الإذن ، فإن له الأكل بالإذن السابق .

وعلى الثاني : يرتفع العقد ويبقى المال أمانة يجب رده ، وإن لم يطلبه المالك ، فإن آخر متمكناً ضمن ، ذكر ذلك كله في التذكرة^(٢) .

قوله : (ولا بد فيها من إيجاب ، وهو : كل لفظ دال على الاستتابة بأي عبارة) .

ولا يختص بلغة دون أخرى ، ولا يفتقر إلى التصريح ، بل يكفي التلويح والإشارة .

قوله : (الا اذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان) .

لأنه محسن و(ما على المحسنين من سبيل)^(٣) . ويحتمل ضعيفاً الضمان ، لأنه استولى على مال غيره بغير إذن ، ويرده أن الاذن ثابت بالشرع ، فإن ذلك من الأمور الحسبية .

قوله : (ولا يبرأ بالرد إليهما في صورتين) .

(١) المجموع ١٤ : ١٧٦ وفيه : ففي حالة عزل الوديعة نفسه يرد الوديعة الى ربه .

(٢) التذكرة ٢ : ١٩٧ .

(٣) التوبة : ٩١ .

ولا يصح أن يستودعا ، فإن أودعا لم يضمنا بالإهمال ، أما لو أكلها الصبي أو أتلفها فالأقرب الضمان .

هما صورتنا الأخذ من الصبي والمجنون؛ لخوف التلف وعدمه .

قوله : (أما لو أكلها الصبي أو أتلفها ، فالأقرب الضمان) .

وجه القرب : أن الإلتلاف سبب الضمان . ويحتمل العدم ، لأن المالك قد سلطه عليها فكان سبباً ، والمباشرة ضعيف . وكذا الحكم في المجنون . واختار في التذكرة^(١) ما اختاره هنا ، وهو قول ابن إدريس^(٢) .

والحق أن يقال : ان الصبي إذا كان مميزاً يضمن بالإلتلاف قطعاً ، لوجود المقتضي وانقضاء المانع ، إذ ليس إلا كونه غير بالغ ، وذلك لا يصلح للمانعية ، خصوصاً المراهق ، فانه كالبالغ في فعله وقصده وركون الناس إليه ، نعم لا يضمن بالتقصير ، لعدم وجوب الحفظ عليه .

فإن قيل : إذا تلفت في يده بالتقصير يجب أن يضمن ، لعموم : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(٣) ولهذا لو وضع يده عدواناً فتلفت العين في يده يضمن .

قلنا : يمكن أن يُفرّق بين وضع يده عدواناً ، وبين ما إذا كان الوضع باذن المالك وتسليطه ، إذ لا عدوان وهو ظاهر ، ولا تقصير لعدم وجوب الحفظ عليه حينئذ .

أما إذا كان غير مميز ، أو كان مجنوناً ففي ثبوت الضمان في مالهما بالإلتلاف التردد ، وليس ببعيد القول بالضمان ، لوجود المقتضي وهو الاتلاف ،

(١) التذكرة ٢ : ١٩٧ .

(٢) السرائر : ٢٦٥ .

(٣) سنن الترمذي ٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤ ، مسند أحمد ٥ : ١٢ ، وغيرهما .

ولو استودع العبد فأتلف فالأقرب أنه يتبع بها بعد العتق ، ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه الحفظ اذا لم يقبلها ، وكذا لو اكره على قبضها ولا

ولا مانع الا تسليط المالك إياهما ، وهو غير صالح للمانعية ، لأنه لم يسلطهما على الإتلاف ، بل أراد منهما الحفظ .

غاية ما في الباب أنه لعدم صلاحيتهما للحفظ عرض ماله للاتلاف ، وهذا القدر غير كاف في سقوط الضمان عن متلفهما ، وإنما قلنا أنه لا مانع إلا هذا ، لأنهما لو أتلفا المال بدون إيداع المالك يضمنان قطعاً ، فانحصر المانع فيما ذكرناه ، وهذا القول قوي متين .

قوله : (ولو استودع العبد فأتلف ، فالأقرب أنه يتبع بها بعد العتق)

وجه القرب إن ما أتلفه العبد بغير إذن سيده لا يلزم السيد ، إذ ﴿ لا تزرُ وازرةٌ وزرَ أخرى ﴾^(١) ولا مال له لأنه مال لغيره ، فيجب أن يتبع به إذا صار مالكاً ، وذلك إنما يكون بعد العتق .

ويحتمل تعلق الضمان (برقبته ، وهو قول الشيخ في المبسوط ، لأنه قال : إن غلبنا الجناية تعلق الضمان برقبته^(٢) .

ويحتمل تعلق الضمان^(٣) بكسبه إذا أذن له المولى في قبول الوديعة ، لأن الإذن في الشيء إذن في توابعه ، ومن جملتها الضمان عند الاتلاف ، وحكاها الشارح قولاً^(٤) .

والأصح أنه يتبع بها ، سواء أذن المولى أم لا ، إذا لم يكن الاتلاف باذنه ، لأن الإذن في قبول الوديعة إذن في الحفظ ، ولا يدل على الإذن في

(١) الأنعام : ١٦٤ .

(٢) المبسوط : ٤ : ١٤٧ .

(٣) ما بين القوسين لم يرد في ٤٠٥ .

(٤) ايضاح الفوائد : ٢ : ١١٤ .

يضمن لو تلف وإن أهمل ، أما لو استودع مختاراً فإنه يجب عليه الحفظ .
وتبطل بموت كل واحد منهما ، ويجنونه ، واغمائه ، وبعزله عن نفسه .

وإذا انفسخت بقيت أمانة شرعية في يده ، فلا يُقبل قوله في الرد كالثوب تطيره الريح الى داره يجب عليه إعلام صاحبه به ، فإن اخر متمكناً ضمن .

الإتلاف بشيء من الدلالات ، والأصل براءة الذمة ، ولعموم : ﴿ولا تزرُ وازرة وزرَ أخرى﴾^(١) . وأما إذا أذن السيد في الإتلاف فأتلف ، فان الضمان يتعلق به ، اذ لا ذمة للعبد ، هذا حكم ما إذا أتلف .

أما اذا قصر في الحفظ فلا يخلو : إما أن يكون قبول الوديعة باذن السيد ، أو بدون إذنه ، فان كان بدون الإذن فلا شيء عليه لو تلفت ، لعدم جواز قبولها وعدم وجوب الحفظ عليه ، وتضيق المال من المالك ، وإن كان باذنه فلا يخلو : إما أن يكون التضيق باذنه ولو بمنعه من الحفظ ، أو لا ، ففي الأول الضمان على المولى ، وفي الثاني الضمان على العبد ويتبع به .

قوله : (أما لو استودع مختاراً فإنه يلزمه الحفظ) .

هل يستحق عليه أجره؟ فيه نظر ، من أنه عمل محترم صدر من فاعله بالإذن ، ومن ابتناء الوديعة على التبرع ، والأصل براءة الذمة ، فشغلها يتوقف على دليل .

قوله : (ويجب عليه إعلام صاحبه به ، فان اخر متمكناً ضمن) .

لأنه بوقوعه في داره قد دخل تحت يده ، ولما لم يكن ذلك بسعيه امتنع كونه ضامناً ، لكن يجب إعلام المالك على الفور ، لأن وضعه تحت يده بغير

الفصل الثاني: في موجبات الضمان : وينظمها شيء واحد : وهو التقصير وأسبابه ستة :

الأول: الانتفاع. : فلو لبس الثوب أو ركب الدابة ضمن ، إلا أن يركب لدفع الجموح عند السقي ، أو يلبس لدفع الدود عند الحر . وكذا يضمن لو اخرج الدراهم من كيسها ليتتفع بها - وإن كان الكيس ملكه -

إذنه ، فيقتصر على الحكم بنفي الضمان على مقدار الضرورة .

قوله : (وينظمها شيء واحد هو التقصير ، وأسبابه ستة :

الأول : الانتفاع ، فلو لبس الثوب أو ركب الدابة ضمن ، إلا أن يركب لدفع الجموح عند السقي) .

ذكر السقي على طريق التمثيل ، فإنه لو احتاج في أخذها إلى المرعى إلى ذلك جاز ، وكذا ما جرى هذا المجرى .

في الصحاح : جمع الفرس جموحاً : إذا أعشى فارسه وغلبه^(١) .

قوله : (أو يلبس لدفع الدود عند الحر) .

فإن بعض الثياب وهو الصوف يفسده الدود في زمان الحر ، فلو لبس الثوب عند خوف الفساد بدونه لم يضمن ، بل قد يجب عليه اللبس ، لأن الحفظ واجب ، فيجب ما يتوقف عليه ، فلو أدخل به ففسد ضمن ، إلا أن ينهائه المالك فلا ضمان عليه .

وهل يكون قد فعل حراماً؟ قال في التذكرة : فيه إشكال أقربه ذلك ، لأن إضاعة المال منهي عنها^(٢) ، وللنظر فيه مجال .

قوله : (وإن كان الكيس ملكه وأعادها إليه) .

(١) الصحاح (جمع) ١ : ٣٦٠ وفيه : إذا اعتزّ فارسه وغلبه .

(٢) التذكرة ٢ : ١٩٨ .

وأعادها إليه .

ولو نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ لم يضمن ، بخلاف الملتقط الضامن بمجرد البينة ؛ لأن سبب أمانته مجرد البينة . وكذا لو جدد الإمساك لنفسه ، أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع ،

لأن الإخراج بهذه النية تصرف يصير به ضامناً ، فبإعادته إياها إلى موضعها لا ترجع أمانته .

قوله : (ولو نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ لم يضمن بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية ، لأن سبب أمانته مجرد النية) .
 أي : لو أخذ المستودع الوديعة على قصد الحفظ ، ثم نوى الأخذ للانتفاع ولم يأخذ ، فلم يحدث منه سوى تغيير النية لم يضمن ، بخلاف الملتقط فإنه يضمن بمجرد نية ذلك .

والفرق : ان أمانة الملتقط إنما تثبت بمجرد نية الأخذ للتعريف ، إذ لا استئمان من المالك ولا ممن يقوم مقامه ، وفي الوديعة الإستئمان من المالك ، فلا يزول بدون مخالفته ، ولا تتحقق المخالفة إلا بفعل^(١) ينافي الحفظ ، وهو التصرف ولم يحصل ، وفي التذكرة قال : في الضمان إشكال^(٢) .

قوله : (وكذا لو جدد الإمساك لنفسه ، أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع)

أي : وكذا يضمن ، فهو معطوف على ما قبل قوله : (ولو نوى الأخذ . . .) وقد وقع قوله : (ولو نوى) موقع الاعتراض ، فكانه قال : وكذا يضمن لو أخرج الدراهم من كيسها لينتفع بها لا إن نوى الأخذ ولم يأخذ ، بخلاف الملتقط إلى آخره .

(١) في وقء: بقصد .

(٢) التذكرة ٢ : ١٩٨ .

وكذا لو أخرج الدابة من حرزها للانتفاع وإن لم ينتفع . ولا تعود أمانته لو ترك الخيانة ، فلورد الوديعة الى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستئمان .

والمراد : أنه لو أمسك للحفظ ، ثم جدد الإمساك لنفسه يضمن ، للتصرف المنافي للحفظ ، وكذا يضمن لو أخذها من أول الأمر من المالك على قصد الانتفاع ، إذا لم يقبضها على سبيل الأمانة فلا يكون أميناً .

قوله : (وكذا لو أخرج الدابة من حرزها للانتفاع وإن لم ينتفع) .
لأن الإخراج تصرف لغير الحفظ ، فيكون غير مأذون فيه .

قوله : (ولا تعود أمانته لو ترك الخيانة ، فلورد الوديعة الى الحرز لم يزل الضمان ما لم يجدد الاستئمان) .

أي : لا تعود أمانته بعد صيرورته ضامناً في المسائل كلها لو ترك الخيانة وعزم على الحفظ ، فلورد الوديعة إلى الحرز - إن كان قد أخرجها ، أو خلع الثوب إن كان قد لبسه - لم يبرأ بذلك ، لأنه قد صار ذا يد عدوان ، فلا يزول إلا بالاستئمان من المالك .

ويتحقق الاستئمان : بأن يدفعها إلى المالك ، ثم يعيدها إليه أمانة ، ولو لم يدفعها الى المالك لكن جدد له الاستئمان : بأن قال له : أذنت لك في حفظها ، أو أودعتكها ، أو استأمنتك عليها ، أو أبرأتك من ضمانها ونحو ذلك ، فهل تعود أمانته؟ فيه وجهان :

أحدهما : نعم ، واختاره في التذكرة^(١) ، لأن التضمين لحق المالك وقد رضي بسقوطه .

ولو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن .
 ولو أتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي كما لو قطع يد العبد ،
 أو بعض الثوب .
 ولو كان منفصلاً أو المودع مخطئاً ضمنه خاصة ،

والثاني : لا ، لعموم : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(١) .
 ويرده القول بالموجب ، لأن الأداء يتحقق باستنابة المالك إياه ثانياً ،
 فتصير يده كيده ، لأن يد النائب كيد المنوب ، ومختاره قوي . ومثله : ما لو
 حفر بئراً في ملك غيره عدواناً ثم أبرأه المالك .
 ولو قال له المالك من أول الأمر : استودعتك ، فان خنت ثم تركت
 الخيانة عدت أميناً ، لم يعد أميناً ، والفرق : ثبوت الضمان في الأول فيمكن
 إسقاطه ، بخلاف الثاني ، ولأنه معلق .

قوله : (ولو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن) .
 لأنه تصرف غير مأذون فيه ، لا من المالك ولا من الشارع ، وللتعيب
 بالشركة .

ولا فرق في ذلك بين المزج بأدون ، أو أعلى ، أو مساوٍ ، خلافاً لبعض
 العامة في الأخيرين .

قوله : (ولو أتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي ، كما لو قطع
 يد العبد أو بعض الثوب ، ولو كان منفصلاً أو المودع مخطئاً ضمنه
 خاصة) .

الصور أربع ، لأن الإتلاف : إما عمداً ، أو خطأ ، وعلى التقديرين : إما

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦ : ٩٥ ، سنن ابن ماجه ٢ : ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠ ، سنن الترمذي ٢ :

كما لو أخرج بعض الدراهم ، فإن أعادها بعينها ومزجها فكذلك .
ولو أعاد مثلها ومزجها ضمن الجميع ،

لبعض متصل ، أو لبعض منفصل .

فإن أتلف عمداً لبعض متصل ضمن التالف والباقي ، لأن التصرف في المجموع فيضمنه ، كما لو قطع يد العبد أو أتلف بعض الثوب ، وجمع بين المثاليين لينبه على ما يكون لمقطوعه بعد القطع قيمة وما لا قيمة له .

وإن كان خطأ ضمن التالف خاصة ، وهو أرش جنائية قطع يد وقطع الثوب ، لأن الباقي مملوك للمودع ، ولم يتحقق من المستودع خروج عن مقتضى الحفظ ، إذ الإلتلاف خطأ إنما يكون بظنه ثوبه ، أو عبده ، أو صدوره عن غير قصد ونحو ذلك ، ولا يكون ذلك خروجاً عن مقتضى الوديعة ، وثبوت الضمان عليه في التالف ليس لخيانته ، بل لأن الإلتلاف وجب للضمان عمداً وسهواً ، نعم لو سرت الجنائية على العبد ضمن وإن كان مخطئاً ، لثبوت الإلتلاف بفعله ، فيجب أن يقيد إطلاق العبارة .

ولو كان البعض منفصلاً لم يضمن ، سوى ذلك البعض ، عمداً كان الإلتلاف أو سهواً ، لأن التصرف المنافي للاستيداع إنما وقع في ذلك البعض خاصة ، وقول المصنف : (خاصة) يتعلق بالصور الثلاث ، وهي : ما إذا كان البعض منفصلاً ، أو مطلقاً ، أو المودع مخطئاً .

قوله : (كما لو أخرج بعض الدراهم ، فإن أعادها بعينها ومزجها فكذلك ، ولو أعاد مثلها ومزجها ضمن الجميع) .

الفرق : حصول الشركة باختلاط مال المستودع بمال آخر ، وهو عيب في الثاني بخلاف الأول ، لأن المثل وإن وجب على المستودع إلا أنه لا يملكه ، إلا أن يقبضه هو أو وكيله ، فهو باق على ملك المستودع ، فتحقق الشركة بخلطه ، وفي الأولى إنما خلط مال المالك بماله ، فلا يضمن سوى ما تصرف فيه .

وكذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم سواء أخذ منه شيئاً أو لا ، بخلاف ما لو ختمه هو . ولو مزج الوديعتين بحيث لا مائز ضمن الجميع وإن اتحد المالك .

ولو مزج بإذن أحدهما ضمن الأخرى .

وقول المصنف : (فكذاك) معناه : ضمانه ذلك البعض خاصة والمشبه به المشار إليه هو قوله : (ولو كان منفصلاً . . .) .

قوله : (وكذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم ، سواء أخذ منه شيئاً أو لا ، بخلاف ما لو ختمه هو) .

لأن فض الختم تصرف غير مأذون فيه ، لا من المالك ولا من الشارع ، ولما فيه من الهتك ، أما لو ختمه هو فلا ضمان ، إذ لا هتك فيه ولا نقصان عما فعله المالك (وهذا إذا لم يكن الختم منه بأمر المالك ، فان كان بأمره فهو كختم المالك)^(١) .

قوله : (ولو مزج الوديعتين بحيث لا مائز ضمن الجميع وإن اتحد المالك) .

أما إذا تعدد المالك فلا بحث ، لأن الشركة عيب ، وأما إذا اتحد ، فلأن المزج تصرف غير مأذون فيه ، ولأن التمييز بينهما مظنة تعلق غرض به ، ففي الخلط تفويت لذلك الغرض ، لكن يفهم من قوله : (بحيث لا مائز) أنه لو كان ثم مائز لم يضمن .

ويشكل بأن هذا القدر من التصرف كاف في الوديعة ، فيجب به الضمان خصوصاً ، والخلط يقتضي إخراج أحد المالين من كيسه ، ومثله ما لورد بدل البعض المأخوذ وخلطه بحيث يتميز .

قوله : (ولو مزج بإذن أحدهما ضمن الأخرى) .

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م» .

ولو مزج غيره ضمنهما المازج . والشد كالختم إن كان من المالك ضمن إذا حله لنفس الحل وإن لم يتصرف ، وإلا ضمن بالأخذ .

ولو أذن له المالك في أخذ البعض ولم يأذن في رد البديل فرده ومزجه ضمن الجميع .

الثاني: الإيداع : فلو أودعها عند زوجته أو ولده أو عبده أو أجنبي وإن كان ثقة من غير ضرورة ولا إذن ضمن .

هذا إذا اختلف مالك الوديعتين .

قوله : (والشد كالختم إن كان من المالك ضمنه ، إذا حله بنفس الحل وإن لم يتصرف) .

في التذكرة : لو حلَّ الخيط الذي شد به رأس الكيس أو رزمة الثياب ، لم يضمن ما في الكيس والرزمة وإن فعل ذلك للأخذ ، بخلاف فض الختم وفتح القفل ، لأن القصد منه المنع من الانتشار ولم يقصد به الكتمان عنه^(١) .

هذا كلامه ، وما ذكره من الفرق غير ظاهر ، وما هنا هو المعتمد ، للتصرف المخالف لمقتضى الوديعة ، ولما فيه من الهتك المنافي لما أراد المالك من الشد .

قوله : (وإلا ضمن بالأخذ) .

أي : وإن لم يكن من المالك ضمن بالأخذ لا بنفس الحل ، لعدم الهتك ، لكن ينبغي أن يستثنى منه ما إذا شده المستودع باذن المالك .

قوله : (الثاني : الإيداع ، فلو أودعها عند زوجته ، أو ولده ، أو عبده ، أو أجنبي وإن كان ثقة من غير ضرورة ضمن) .

أي : وإن كان كل واحد من هؤلاء ثقة إذا كان الإيداع من غير ضرورة ،

وكذا لو سافر بها مختاراً مع أمن الطريق ، أما لو سافر بها مع خوف تلفها مع الإقامة فإنه لا يضمن ، وكذا لو أودعه حالة السفر وإذا أراد السفر ردها على المالك ، فإن تعذر فعلى الحاكم ، فإن تعذر أودعها من الثقة ولا ضمان ،

أما إذا كان ضرورة ففيه تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى ، وجوز بعض العامة الإيداع من الزوجة والعبد والولد اختياراً^(١) ، وهو غلط .

قوله : (وكذا لو سافر بها مختاراً مع أمن الطريق) .

لو قال : وإن كان مع أمن الطريق ، شمل حكم الخوف ، والمراد بكونه مختاراً : عدم حصول ضرورة تدعو إلى السفر بها .

قوله : (وكذا لو أودعه حالة السفر) .

أي : وكذا لا ضمان لو أودعه المالك حالة السفر فسافر بها ، لأن المالك رضي به حيث أودعه ، فكان له إدامة السفر والسير بالوديعة .

قوله : (وإذا أراد السفر ردها على المالك ، فإن تعذر فعلى الحاكم ، فإن تعذر أودعها من ثقة ولا ضمان) .

أي : إذا أراد من عنده الوديعة - وهو حاضر - السفر ردها على المالك أو وكيله ، ولا يجوز له الرد على الحاكم مع التمكن من المالك ، لأن الحاكم لا ولاية له على الحاضر ، فإن تعذر المالك - لغيبته ، أو تواريه ، أو حبسه مع تعذر الوصول إليه ونحو ذلك - ووكيله ردها على الحاكم ، فإن تعذر أودعها من ثقة وهو العدل ، لأن الفاسق لا أمانة له .

ثم ما الذي يراد بالسفر هنا؟ لم أقف له على تحديد ، والمتبادر منه شرعاً : قصد المسافة ، فعلى هذا لا يجب الرد إلا بالخروج إلى مسافة . وهو

(١) هو مالك كما في بلغة السالك ٢ : ٢٠١ .

وكذا لو تعذر ردها على مالكها فإنه يعيدها الى الحاكم ، فإن تعذر فالثقة مع الحاجة ،

مشكل ، لأنه متى خرج المستودع من بلد الوديعة على وجه لا يعد (في يده عرفاً يجب أن يقال : إنه ضامن ، لأنه أخرج الوديعة من يده فقصر في حفظها فيضمن ، وينبغي الجزم بأن تردده في البلد ، وحوله في المواضع التي لا يعد)^(١) الخروج إليها في العادة خروجاً عن البلد وانقطاعاً عنه ، كالبساتين ونحوها لا يجب معه رد الوديعة .

وتعذر المالك والحاكم يكفي فيه لزوم المشقة الكثيرة التي يعد ذلك معها في العادة متعذراً . وإذا لم يجد واحداً من المالك والحاكم والثقة ، لم يجز له السفر بها ولا تركها في غير يد ثقة ، لكن يلوح من عبارة التذكرة : أنه إذا التزم خطر الضمان يجوز له السفر بها ، حيث خيره بين أمرين : إما تأخير السفر ، أو التزام الضمان^(٢) .

هذا كله إذا لم يكن السفر ضرورياً ، فمع الضرورة وفقد الجميع فإنه يسافر بها ولا ضمان ، إذ « لا ضرر ولا ضرار »^(٣) ونقل في التذكرة على ذلك الاجماع^(٤) .

قوله : (وكذا لو تعذر ردها على مالكها ، فانه يعيدها إلى الحاكم ، فان تعذر فالثقة مع الحاجة) .

متى أراد المستودع رد الوديعة على مالكها ، وتعذر المالك ردها على

(١) ما بين القوسين لم يرد في (ق) .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٠٠ .

(٣) الكافي ٥ : ٢٨٠ ، ٢٩٢ ، ٢٩٤ حديث ٤ ، ٢ ، ٨ ، الفقيه ٣ : ٤٥ ، ١٤٧ حديث ١٥٤ ، ٦٤٨ ،

التهذيب ٧ : ١٤٦ ، ١٦٤ حديث ٦٥١ ، ٧٢٧ .

(٤) التذكرة ٢ : ٢٠٠ .

فإذا خالف هذا الترتيب في الموضوعين مع القدرة ضمن .

والأقرب وجوب القبض على الحاكم

الحاكم ، فان تعذر^(١) فالثقة ، لكن إنما يجوز ذلك مع الحاجة الداعية إلى ذلك ، وبدونها يضمن .

ثم الحاجة أي شيء يراد بها؟ لم أجد بها تعيناً في كلامهم ، وفي التذكرة قال : إذا تبرمّ المستودع بالوديعة فسلمها إلى القاضي ضمن ، إلا مع الحاجة^(٢) .

ولقائل أن يقول : إن دوام وجوب المحافظة على الوديعة ومراعاتها من الأمور الشديدة المشقة ، ودفع هذه المشقة أمر مطلوب ، وهو من أكد الحاجات ، فيسوغ معه التسليم إلى الحاكم ، لكن هذا إنما يكون مع طول الزمان ونحو ذلك .

قوله : (وإذا خالف هذا الترتيب في الموضوعين مع القدرة ضمن)

لقائل أن يقول : إن قوله : (مع القدرة) مستدرک ، لأنه لا معنى له إلا العدول عن المالك إلى الحاكم بدون تعذر المالك ، وكذا القول في العدول عن الحاكم إلى الثقة .

قوله : (والأقرب وجوب القبض على الحاكم) .

أي : إذا جاءه بالوديعة المستودع عند إرادة السفر والحاجة وجب عليه القبض ، ووجه القرب : أنه منصوب للمصالح ، ولو لم يجب القبض فانت المصلحة المطلوبة من نصبه وهو الأصح . ويحتمل ضعيفاً عدم تمسكاً بأصالة البراءة .

(١) في (م) : ومع تعذره .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٠١ .

وكذا المديون والغاصب اذا حملا الدين أو الغصب اليه .

ولو أراد السفر فدفنها ضمن ، إلا أن يخاف المعاجلة . ومن حضرته

قوله : (وكذا المديون والغاصب إذا حملا الدين أو الغصب إليه)

ولا يتقيد هذا بإرادة السفر ، ولا بحصول الحاجة بالنسبة إلى الغاصب ، لأن يده يد عدوان ، وينبغي أيضاً في المديون ذلك ، لأن براءة الذمة أمر مطلوب ، والمراد بقوله : (وكذا . . .) المساواة بينهما وبين المستودع في وجوب القبول على الحاكم إذا حملا المال إليه .

ويحتمل عدم وجوب القبول ، نظراً إلى أن البقاء في يد الغاصب أعود على المالك ، لكونه مضموناً في يده ، وكذا المديون ، لأن الدين في ذمته .

قوله : (ولو أراد السفر فدفنها ضمن ، إلا أن يخاف المعاجلة) .

أي : لو أراد السفر ، فاقتصر في الوديعة على دفنها ضمن ، لأن ذلك تضييع لها ، فإنه ربما هلك في سفره فلا يصل إليها المالك ، أو انهدم المنزل فلا يعرف مكانها ، سواء كان موضع الدفن حرزاً أم لا ، وسواء أعلم بها غير ثقة أو لم يعلم أحداً .

ولو أنه أعلم بها ثقة ، وكان ساكناً في الموضع بحيث يكون في يده ، وتعذر المالك والحاكم جاز ولا ضمان ، لأنه كالإيداع نص عليه في التذكرة^(١) ، ومنه يعلم أن الدفن يعدّ حرزاً .

ولو خاف المعاجلة فدفنها ، فلا ضمان وإن لم يردها إلى المالك أو الحاكم ، ولم يجعلها تحت يد ثقة ، وفسّر شيخنا الشهيد المعاجلة بتفسيرين : أحدهما : معاجلة السراق ، وهو المتبادر من عبارة التذكرة ، فانه قال :

الوفاة وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة فإن أهمل ضمن ، إلا أن يموت فجأة على اشكال .

ولو خاف المعالجة عليها فدفنها فلا ضمان^(١) ، وهو صحيح ، لأن حفظها حينئذ لا يكون إلا بالدفن ، لكن يعتبر الدفن في موضع يعد حرزاً ، شأنه أن يخفى على السراق .

الثاني : معاملة الرفقة إذا أراد السفر وكان ضرورياً ، وكان التخلف عن تلك الرفقة مضراً ، وإن وقع في كلامه مطلقاً فانه إذا دفن في حرز فلا ضمان عليه .

قوله : (فإن أهمل ضمن ، إلا أن يموت فجأة على إشكال) .

ينبغي أن يكون الاستثناء منقطعاً ، فإن موت من حضرته الوفاة فجأة غير متصور ، ومنشأ الإشكال : من تقصيره بترك الوصية المفضي إلى تلف الوديعة ، ومن أنه بنى على الظاهر ، فان الصحيح ظاهر حاله استمرار البقاء ، مالم تحصل امارة الموت ، ولو وجب الضمان هنا لاقتضى وجوب الوصية على كل مستودع من حين قبض الوديعة ، حتى أنه لو أخرج ساعة يضمن ، وعمل جميع الفقهاء على خلافه .

والحق أن هذا الاشكال في غاية الضعف ، لأن الإيضاء إذا لم يجب إلا عند امارة الموت ، لم يعد تركه بدونها تقصيراً ، فلا يترتب عليه الضمان بوجه ، والعجب أن الشارح الفاضل اختار الضمان هنا معللاً بالتفريط^(٢) ، ولا شبهة في فساده .

(١) المصدر السابق.

(٢) ايضاح الفوائد ٢ : ١١٥ .

ولو أوصى الى فاسق ، أو أجمل كقوله : له عندي ثوب وله أثواب ضمن ، أما لو قال : عندي ثوب ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن تنزيلاً على التلف قبل الموت على اشكال .

قوله : (ولو أوصى إلى فاسق أو أجمل ، كقوله : عندي ثوب وله أثواب ضمن) .

أما الوصية إلى الفاسق فإنها تزيد التضييع ، لأنه مع السلطان عليها أقرب إلى الخيانة^(١) وأما مع الإجمال فلا لأنه لا يعرف حينئذ عين الوديعة ، فلا يكون الرد ممكناً بحسب العادة ، وذلك مناف للحفظ .

ويفهم من قوله : (وله أثواب) أنه لو لم يكن له إلا ثوب واحد لا ضمان عليه ، وكأنه تنزيلاً للوصية عليه .

وفي التذكرة مال - بعد الاشكال - إلى أنه يضمن الوديعة لتقصيره بعدم تمييزها ، ولا يدفع إليه عين الموجود لإحتمال أن تكون الوديعة غيره^(٢) .

فإن قيل : يجوز أن تكون الوديعة قد تلفت قبل الوصية بغير تفريط ، فلا ضمان هنا ، والثوب الموجود من التركة .

قلنا : مقتضى كلام الموصي بقاؤها إلى حين الوصية ، والأصل عدم التلف ، فيعد ضماناً لعدم التمييز ، ويحتمل مع ذلك تنزيل إطلاقه على ذلك بالثوب ، لأن الأصل عدم غيره .

قوله : (أما لو قال : عندي ثوب ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن ، تنزيلاً على التلف قبل الموت على إشكال) .

ينشأ : من قول أكثر علمائنا بال ضمان ، محتجين بظاهر قوله عليه

(١) في «م» : الجنابة .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٠١ .

ولو وجد على كيس مختوم أنه وديعة فلان لم يسلم اليه ، وكذا لو وجد في دستورة إلا بالينة .

الثالث: التقصير في دفع المهلكات : فلو ترك علف الدابة أو سقيها مدة لا تصبر عليه عادة فهلكت ضمن ، سواء أمره المالك أو لا ،

السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(١) والمسقط هو التلف من غير تفریط ، وهو مشكوك فيه ، ومن أن مجرد الاستيداع ليس سبباً في الضمان ، بل السبب التفریط وهو غير معلوم ، فالحكم بالضمان مع عدم علم سببه باطل .

وينبغي أن يقال : إن أجمل الوصية ولم يبين الثوب ، بني الضمان على^(٢) عد ذلك تقصيراً ، وإن بينه فلا مقتضي للضمان ، لأن الأصل براءة الذمة ، والواجب في الوديعة ردّها مع وجود العين لا بدونه ، والانتقال إلى البديل إنما هو مع الضمان ولا مقتضي له ، وهذا هو التحقيق .

واعلم أنه ليس المراد بالإيضاء دفع الوديعة إلى الوصي ، فإن هذا هو الإيداع الممنوع عنه مع عدم الحاجة ، وتعذر المالك والحاكم (بل المراد الأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده ، ولو أودع في هذه الحالة مع تعذر المالك والحاكم)^(٣) لم يمنع منه ، لأن ظهور امارات^(٤) الموت أشد خطراً من السفر .

واعلم أيضاً أن حضور الوفاة المراد به حصول المرض المخوف ، والحبس للمقتل ونحوه .

قوله : (الثالث : التقصير في دفع المهلكات ، فلو ترك علف الدابة أو سقيها مدة لا تصبر عليه عادة فهلكت ضمن ، سواء أمره المالك أو لا) .

(١) السنن الكبرى ٦ : ٩٥ ، سنن الترمذي ٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤ ، سنن ابن ماجه ٢ : ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠ ، مسند أحمد ٥ : ٨ ، عوالي اللآلي ٣ : ٢٥١ حديث ٣ .

(٢) في «وق» : ولم يبين الثوب في الضمان .

(٣) ما بين القوسين لم يرد في «م» .

(٤) في «وق» : امارة .

ويرجع على المالك وإن نهاه على أشكال إذا لم يتبرع .

ولو لم تهلك بل نقصت ضمن النقص ، ولو لم يحصل واحد من الأمرين صار ضامناً وخرج عن كونه أميناً ، ويجب علفها وسقيها بما جرت العادة به بالنسبة إلى أمثالها ، ولا فرق في ذلك بين أن يأمره المالك بالعلف والسقي أو لا .

قوله : (ويرجع على المالك وإن نهاه على إشكال إذا لم يتبرع) .
إذا عُلّف المستودع الدابة وسقاها كان له الرجوع على المالك ، لأن ذلك مأمور به شرعاً ، إذ لا يتم الحفظ بدونه ، فلا تضييع عليه إن لم يقصد التبرع .

فلو نهاه المالك عن العلف والسقي ، فقام به لكونه واجباً عليه من ، حيث أنه حق لله تعالى ، وأن إتلاف المال منهبي عنه ، فهل له الرجوع به على المالك مع قصد عدم التبرع؟ فيه إشكال، ينشأ : من نهي المالك المقتضي لصدورهما بغير إذن وذلك هو التبرع ، ومن عدم اعتبار ذلك النهي فإنه محرم ، والعلف والسقي لوجوبهما مأذون فيهما شرعاً وإذن الشارع قائم مقام إذن المالك ، وهو الأصح ويتحقق عدم التبرع ظاهراً مع عدم إذن المالك ووكيله بإذن الحاكم ، ومع تعذره فبالإشهاد ، فان تعذر قال في التذكرة : الأقرب أنه يرجع مع قصده الرجوع وتقدم قوله في ذلك ، لأنه أعرف بقصده^(١) ، هذا كلامه ، وهو حسن .

وتقديمه إنما هو باليمين ، والانفاق عليها من مال المالك جائز مع الظفر به وتعذر إذنه ، لكن مع إذن الحاكم إن أمكن ، فان لم يوجد رأى الحاكم المصلحة في الاقتراض عليه ، أو إجارتها ، أو بيع بعضها ، أو بيعها ، ومع عدم الحاكم وانتقال الحكم إلى المستودع ، يقوم مقام الحاكم في ذلك .

أما لو نهاه عن العلف أو السقي فتركه عصي ولا ضمان .

ويضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر اليه ، أو طرح الأقمشة في المواضع التي تعفنها ، أو لم يعرض الثوب الذي يفسده الدود للريح ، ولو لم يندفع إلا باللبس وجب إلا مع نهى المالك

ولو أمر خادمه بالسقي أو العلف لم يضمن ؛ لاعتياده .

قوله : (أما لو نهاه عن العلف أو السقي فترك عصي ولا ضمان) .

أما عصيانه ، فلائه ضيِّع حق الله سبحانه ، وأما عدم الضمان ، فلأن إتلاف مال المالك بإذنه فلا يستعقب ضماناً .

قوله : (ولو لم يندفع إلا باللبس وجب ، إلا مع نهى المالك) .

مقتضاه عدم الوجوب مع نهيه ، وهو مخالف لما في التذكرة^(١) ، نظراً إلى أن إضاعة المال محرمة .

قوله : (ولو أمر خادمه بالسقي أو العلف لم يضمن لاعتياده) .

هذا إذا كانت الدابة مع ذلك في يده ، فلو أخرجها من يده وبعثها على يد الخادم للسقي أو العلف ، فإن لم يكن الخادم أميناً ضمن ، وإن كان أميناً فقد قال في التذكرة : الأقرب عدم الضمان ، لقضاء العادة بالاستنابة في ذلك^(٢) ، وما قرّر به قريب .

وربما قيل : إن الوجهين مخصوصان بمن يتولى ذلك بنفسه ، فأما غيره فلا ضمان قطعاً ، ولا يخلو من وجه .

إذا علم هذا ، فعبارة الكتاب مطلقة ، فتقتضي عدم الضمان وإن لم يكن

(١) التذكرة ٢ : ٢٠٢ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٠٣ .

ولو أخرجها من منزله للسقي مع أمن الطريق أو خوفه ضمن ، إلا مع
الضرورة كعدم التمكن من سقيها أو علفها فيه وشبهه .

الرابع : المخالفة في كيفية الحفظ : فلو عيّن له موضعاً للاحتفاظ
وجب الاقتصار عليه ، ويضمن لو نقل ، إلا إلى ما هو أحرز أو مساوٍ على
رأي ، فإن تلفت بالنقل إليه كأنهدامه ضمن . ولا يجوز نقلها إلى الأذن
وإن كان حرزاً ، إلا مع الخوف في إبقائها في الأول وعدم تمكنه من
المساوي .

الخادم أميناً ، إلا أن يقال : الحكم بعدم الضمان إذا كان فعل الخادم مجرد
السقي ، لا أخذ الدابة إلى الماء والعلف .

قوله : (ولو أخرجها من منزله للسقي مع أمن الطريق أو خوفه
ضمن ، إلا مع الضرورة ، كعدم التمكن من سقيها وعلفها فيه وشبهه) .
قال في التذكرة : ولو أخرجها من غير ضرورة للعلف والسقي ، فإن كان
الطريق آمناً لا خوف فيه وأمكته سقيها في موضعها ، فالأقرب عدم الضمان ،
لاطراد العادة بذلك^(١) . هذا كلامه ، وما ذكره قريب ، لأن الحفظ إنما ينزل
على الأمور المطردة في العادة .

قوله : (الرابع : المخالفة في كيفية الحفظ ، فلو عيّن له موضعاً
للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه ، ويضمن لو نقل ، إلا إلى ما هو أحرز أو
مساوٍ على رأي) .

صرّح الشارح^(٢) وشيخنا الشهيد في حواشيه بأن الرأي في المساوي ،
وهو الظاهر من عبارة الشارح العميدي ، وعبارة الشرائع^(٣) والارشاد^(٤) تشهد

(١) المصدر السابق .

(٢) ايضاح الفوائد ٢ : ١١٧ .

(٣) الشرائع ٢ : ١٦٤ .

(٤) الارشاد (مخطوط) : ١٣٣ .

بذلك ، فعلى هذا النقل إلى الأحرز جائز ولا ضمان به قولاً واحداً ، على ما يفهم من كلامهم .

ويدل عليه أن الرضى بوضع الوديعة في الأدون يدل على الرضى بالوضع في الأحرز بطريق أولى ، وأما المساوي ففيه قولان يلتفتان إلى أن تعيين الموضوع أفاد تقدير الحرز به فقط - وأن المراد ما كان في هذه المرتبة ، كما كان تعيين زرع الحنطة في الإجارة ، وهذا الراكب دال على جواز المساوي والأدون - أو أن المتبادر من التعيين هو الواجب؟

ولا ريب أن الانتقال إلى المساوي غير ظاهر ، لثبوت المخالفة ، بخلاف الأحرز ، لدلالة مفهوم الموافقة على الرضى به .

ويشكل بأنه مع التعيين لشخص الحرز لا يدل ذلك على الرضى بالأحرز بمفهوم الموافقة ولا بغيره ، لأن شرط هذه الدلالة العلم بعله الحكم ، وثبوتها في المسكوت عنه بوجه أقوى ، وذلك مع التعيين متنف ، لإمكان أن يراد خصوص المعين .

وحيث لا فرق بين الأحرز والمساوي من حيث الدليل ، لكن اللائح من كلام جمع من الأصحاب أنه لا خلاف في الأحرز ، فتشكل حينئذ المخالفة ، وإطلاق كلام ابن إدريس في السرائر يقتضي عدم الجواز مطلقاً ، حيث قال في سياق الضمان : أو خالف مرسوم صاحبها في كيفية حفظها^(١) ، فإن من المخالفة نقلها إلى الأحرز في هذه الصورة .

واعلم : أن الحكم بضمانه بتلفها بانهدام المنزل المنقول إليه ، مع تجويز النقل مما لا يجتمعان ، فإن النقل إن استفيد الأذن فيه من كلام المودع فلا ضمان به ، ولا يثبت به الضمان مطلقاً ، والذي يقتضيه النظر الضمان

ولو نهاه عن النقل من حرز معين ضمن بالنقل الى الأحرز
والمساوي ، إلا أن يخاف تلفها فيه ولو قال : وإن تلفت .

ولو عيّن له حرزاً بعيداً عنه وجب المبادرة اليه بما جرت العادة ، فإن
آخر متمكناً ضمن .

ولو وضعها فيما عيّن له فخاف من غرق أو حرق وجب نقلها الى
حرز غيره ، فإذا تركها والحال هذه ضمنها ، سواء تلفت بالأمر المخوف أو
بغيره .

مطلقاً ، والمنع من النقل مطلقاً إلا أن القول به موقوف على وجود الموافق .

قوله : (ولو نهاه عن النقل من حرز معين ضمن بالنقل إلى
الأحرز والمساوي ، إلا أن يخاف تلفها فيه) .

فإنه لا يضمن حينئذ ، حيث أن النقل جائز ، بل واجب ، لأنه مقدمة
الحفظ المطلوب بالوديعة ، فيضمن لو أدخل به حينئذ كما سيأتي .

وقوله : (ولو قال : وإن تلفت) وصليّ لما تقدم ، أي : لا ضمان عليه
وإن قال له : لا تنقلها وإن تلفت ، وذلك لأن الحفظ واجب عليه ، للنهي عن
إضاعة المال ، وإن كان لو ترك في هذه الصورة لا ضمان عليه كما سيأتي ان
شاء الله تعالى .

قوله : (ولو عيّن له حرزاً بعيداً عنه وجب المبادرة إليه بما جرت
العادة ، فإن آخر متمكناً ضمن) .

لأن الإطلاق إنما يحمل على الأمور المتعارفة في العادة ، ولا يجوز
التأخير لاستكمال وطره ، فيضمن .

قوله : (ولو وضعها فيما عيّن له ، فخاف من غرق أو حرق وجب نقلها
إلى حرز غيره فإن تركها والحال هذه ضمنها ، سواء تلفت بالأمر المخوف

ولو قال : لا تنقلها وإن خفت فنقلها من غير خوف ضمن ، ولو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن كما لو قال : أتلّفها .

ولو ادّعى الناقل عن المعين السبب كالغرق فأنكر المالك احتمال تقديم قول المالك لإمكان إقامة البينة ، وقول الودعي لأنه أمينه .

أو بغيره) .

هذا شامل لما إذا عيّن له الموضع ، سواء نهاه عن النقل ولم يقل : وإن خفت تلفها ، أم لم ينهه ، لأنه في كل من الموضعين مأمور بالنقل الذي لا يتم الحفظ بدونه .

ويبين حكم القسم الآخر ، وهو ما إذا قال : وإن خفت تلفها ، بقوله : (ولو قال : لا تنقلها وإن خفت ، فنقلها من غير خوف ضمن ، ولو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن ، كما لو قال أتلّفها) .

قد سبق ذكر الحكم الأول غير مرة .

وأما الثاني ، فلأن النقل واجب عليه ، فإذا أتى به كان مبالغاً في الحفظ ومحسناً فلا يضمن ، وإن لم يأت به كان التلف المستند إلى عدم النقل مستنداً إلى المالك ، لأنه على وفق قوله فلا ضمان به ، كما لو قال له : أتلّفها فأتلّفها .

قوله : (ولو ادّعى الناقل عن المعين السبب كالغرق ، فأنكر المالك ، احتمال تقديم قول المالك لإمكان إقامة البينة ، وقول الودعي لأنه أمينه) .

ولأنه محسن فلا سبيل عليه ، ولأنه إنما قبض لمحض مصلحة المالك فلا يناسب عدم قبول قوله بيمينه ، ولأن عدم تقديم قوله يقتضى إلى تنفر الأمانة من الوديعة فربما أدى إلى تعذر حصولها .

ويضعف الأول : بأن إمكان إقامة البينة لا يستلزم توقف القبول على

ولو أمره بالوضع في المنزل فوضعها في ثيابه ضمن ، ولو قال :
 ضعها في كُمَّكَ فجعلها في جيبه لم يضمن ؛ لأنه أحرز ، ويضمن
 بالعكس . ولو قال : اربطها في ثوبك فجعلها في يده احتمل الضمان
 لكثرة السقوط من اليد ، وعدمه لأنها أحفظ من الطرار بالبط .
 أما لو استرخى بنوم أو نسيان فإنه يضمن ،

إقامتها ، كما في دعوى التلف ، ومن هذا ظهر أن تقديم قوله باليمين قوي .
 قوله : (ولو قال : ضعها في كُمَّكَ ، فجعلها في جيبه لم يضمن ،
 لأنه أحرز) .

بل يضمن على ما حققناه : من أنه لا يجوز النقل إلى الأحرز إذا عين
 المودع موضعاً .

قوله : (ولو قال : اربطها في ثوبك فجعلها في يده ، احتمل
 الضمان لكثرة السقوط من اليد ، وعدمه لأنها أحفظ من الطرار بالشق) .

في الصحاح : وقد يكون الطر الشق ، ومنه الطرار^(١) . إذا عرفت ذلك
 فلاحتمال الأول قوي^(٢) لأن الكَمَّ أحرز ، وكون اليد أحفظ من الطرار إنما هو
 في حال اليقظة ، أما مع الغفلة والنسيان فلا ، وذلك من الأمور اللازمة ، وهل
 يكون الوضع في اليد حرزاً مع إطلاق المودع؟ فيه احتمال .

قوله : (أما لو استرخى بنوم أو نسيان فانه يضمن) .

أي : أما لو استرخى الواضع في اليد ، والحال ما سبق من أنه أمره
 بالربط في الثوب ، فانه يضمن ، لأن كون اليد حرزاً - على القول به - إنما هو
 في حال اليقظة ، فاذا حصل الاسترخاء بنوم ونحوه فقد زالت الحرزية ، فيتحقق

(١) الصحاح (طرر) ٢ : ٧٢٥ .

(٢) في وق : أقوى .

فإن ربطه امتثالاً له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن ، لأنه اغراء للطرار ، ولا يضمن لو جعله من داخل .

ولو نقل من صندوق الى صندوق والصناديق للمالك ضمن ، ولو كانت للمودع فهي كالبيوت ، ولو أمره بجعلها في صندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضمن .

الضمان .

أو يقال : إنه قد خالف ، فاستند التلف إلى المخالفة ، فيشكل بأنه إذا كان جائزاً لا تقصير فلا ضمان .

قوله : (فان ربطه امتثالاً له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن ، لأنه إغراء للطرار) .

أي : بعث له على الشق حيث أعد له الفرصة ، ونبه على ما لم يكن بصده .

قوله : (ولو نقل من صندوق إلى صندوق والصناديق للمالك ضمن) .

لأن المالك بوضعه قد عين الحرز ، فاذا خالف ضمن ، إلا مع الخوف أو الحاجة ، وكذا لو كان الصندوق المنقول منه فقط للمالك .

قوله : (ولو كانت للمودع فهي كالبيوت) .

ظاهر السياق يوميء إلى الفرق بين كون الصناديق للمالك والمستودع ، وليس بواضح ، فان الوضع من المالك في صندوق المستودع إذا كان باذنه ، والإيداع على هذه الحالة لا يقصر عن تعيين البيت ، فلا يجوز النقل منه إلا في المواضع السابقة .

ويمكن أن يقال : إذا كان الصندوق للمالك ، فمجرد إخراج الوديعة منه

ولو قال : اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل فيها ضمن ، سواء سرقت حال الإدخال أو بعده ، سرقتها من دخل البيت أو غيره .

ولو قال : اجعل الخاتم في الخنصر فوضعه في البنصر لم يضمن ، بخلاف العكس .

تصرف فيها غير مأذون فيه ، فيجب به الضمان وإن كان إلى أحرز ، لأن ذلك تغيير بحال الوديعة ، بخلاف ما إذا كانت الصناديق للمستودع .

قوله : (ولو قال : اجعلها في هذا البيت ولا يدخله أحد ، فأدخل قوماً ضمن ...) .

لو أدخل واحداً ضمن ، فليس إدخال القوم معتبراً في الحكم .

قوله : (ولو قال : اجعل الخاتم في الخنصر ، فجعله في البنصر لم يضمن) .

لأنه زاده حفظاً وحراسةً ، فإن البنصر أغلظ من الخنصر ، فالحفظ فيه أكثر ، لأنه أبعد من القلع وأوثق ، لكن هذا إذا لم يكن وضعه في البنصر مفضياً إلى تلفه بالكسر أو الفك ونحوهما ، ولم يكن الخاتم لضيقه لا يبلغ أصل البنصر ، فيبقى في أناملته التي تلي أصله ، فإنه يضمن ، إذ لا يخفى أن أصل الخنصر أحرز من أنملة البنصر .

قوله : (بخلاف العكس) .

فانه لو أمره بوضعه في البنصر فوضعه في الخنصر ضمن للتضييع ، لكن هذا إذا كان بحيث يبلغ أصل البنصر ، أما إذا كان بحيث لا يبلغه ، فإن أصل الخنصر أوثق ، وهذا كله مبني على أن النقل إلى الأحرز عن المعين جائز اختياريًا ، أما على المختار من عدم جوازه إلا عند الضرورة فلا يتأتى ذلك .

ولو لم يعين موضعها وجب حفظها في حرز مثلها ، ولا يضمن بالنقل عنه وإن كان الى أدون .

ولو كانت في بيت صاحبها فقال له : احفظها في موضعها فنقلها من غير خوف ضمن ، لا معه .

الخامس : التضييع : بأن يلقيا في مضيعة ، أو يدل عليها سارقاً ،

قوله : (ولو لم يعين موضعاً ، وجب حفظها في حرز مثلها أو أعلى ، ولا يضمن بالنقل عنه وإن كان إلى أدون) .

ينبغي أن يكون الضمير في (عنه) راجعاً إلى الأعلى ، لأن الأدون من حرز مثلها ليس بحرز .

قوله : (ولو كانت في بيت صاحبها فقال له : احفظها في موضعها فنقلها من غير خوف ضمن لا معه) .

أي : لو كانت الوديعة في بيت مالكةا ، فقال له : احفظها في موضعها ، لم يجز له نقلها بحال وإن كان إلى أحرز قولاً واحداً ، لأنه ليس بمستودع في الحقيقة ، وإنما هو وكيل في الحفظ - هذا إذا لم يكن خوف - فيضمن حينئذ ، لا إن نقلها مع الخوف فانه لا يضمن ، لأنه محسن .

قوله : (الخامس : التضييع ، بأن يلقيا في مضيعة أو يدل سارقاً)

أي : على مكانها ، قال في التذكرة : لو أخبر المستودع اللص بالوديعة فسرقها ، فإن عين له الموضع ضمن ، لأنه فرط في حفظها ، ولو لم يعين المكان لم يضمن^(١) .

ويستفاد من قوله : (أو اقر بها لظالم) أن مجرد الإخبار بها هنا يقتضي

أو أقربها لظالم ، أو يسعى بها إلى من يصادر المالك فيضمن .
ولو ضيِّع بالنسيان فالأقرب الضمان .

الضمان ، وهو جيد ، والفرق : أن الظالم إذا علم أخذها قهراً والسارق لا يمكنه السرقة إلا إذا علم موضعها .

ويمكن أن يقال : مجرد علم السارق موجب لسعيه في معرفة مكانها وأخذها ، فكان سبباً لتضييعها .

قوله : (أو يسعى بها إلى من يصادر المالك) .

أي : يأخذ أمواله ، وقد يقال : إن هذا كالمستغنى عنه ، لأن المصادر ظالم ، والسعاية بها إليه إجبار وزيادة .

قوله : (ولو ضيِّع بالنسيان فالأقرب الضمان) .

أي : لو حصل تضييع الوديعة بسبب نسيانها ، كأن ترك نشر الثوب - حيث يفسده الدود بتركه - وسقي الدابة مع الضرورة ، وكذا إحرازها ونحو ذلك ، فالأقرب الضمان . ووجه القرب : أنه فرط بنسيانه ، لقدرته على التكرار الموجب للتذكار .

ويحتمل العدم ، لقوله عليه السلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان^(١) .

والحق الضمان ، لأن التضييع موجب للتفريط ، المقتضي لكون يد المستودع يد عدوان ، لأنه إنما أذن له في وضع يده للحفاظ ، والعدوان موجب للضمان ، سواء عدّ مقصراً بالنسيان أم لا ، فإن من وضع يده على مال غيره بغير حق وأتلفه نسياناً ضامناً لا محالة .

ولو سلمها الى الظالم مكرهاً استقر الضمان على الظالم ، والأقرب
انتفاؤه عنه . وهل يجب عليه الاختفاء لو طلبه الظالم ؟ الأقرب ذلك ،

قوله : (ولو سلمها إلى ظالم مكرهاً استقرّ الضمان على الظالم) .

لأن التلف لو فرض وقوعه إنما هو في يده

قوله : (والأقرب انتفاؤه عنه) .

وجه القرب : أنه غير مقصّر ، لأن الفرض أن جميع ما يجب للوديعة من
الحفظ حاصل ، ويده يد أمانة ، فيجب أن ينتفي الضمان ، لانتهاء مقتضيه ،
كما لو تلف بدون تقصير منه .

ويحتمل الضمان ، لأنه مباشر لتسليم مال الغير إلى غير مالكة ،
ولعموم : على اليد ما اخذت حتى تؤدي^(١) ، واختاره في التذكرة^(٢) .

والأصح العدم ، لأن الإكراه صير فعله منسوباً إلى المكره ، ولأنه محسن
فلا سبيل عليه ، إذ التسليم باذن الشارع ، ولأن قبضه لها إنما كان لمصلحة
المالك ، فلا يناسب تضمينه بغير عدوان ، ولما فيه من سدّ باب الوديعة .

ولو أمكنه مصانعة الظالم بشيء يرجع به على المالك ، فليس ببعيد القول
بالوجوب ، لأنه مقدمة الواجب .

واعلم : أن الإكراه يختلف باختلاف الأحوال ، وقد بين في الطلاق .

قوله : (وهل يجب عليه الاختفاء لو طالبه الظالم ؟ الأقرب ذلك) .

وجه القرب : أنه مقدمة للواجب ، وهو الحفظ ، ويحتمل العدم ، لما
فيه من الضرر ، والأصح الأول .

(١) عوالي اللآلي ٣ : ٢٥١ حديث ٣ ، السنن الكبرى ٦ : ٩٥ ، سنن ابن ماجه ٢ : ٨٠٢ حديث
٢٤٠٠ ، سنن الترمذي ٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤ ، مسند أحمد ٥ : ٨ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٠٥ .

ويجوز الحلف كاذباً للمصلحة ، وتجب التورية على العارف .

ولو أكرهه على التسليم أو اليمين فسلمه ضمن ، ولو أكرهه على تسليم لم يضمن به ، فإن تمكن من الدفع وجب ، فإن أهمل ضمن ، ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع .

قوله : (ويجوز الحلف كاذباً للمصلحة ، وتجب التورية على العارف) .

الأولى التعبير بالوجوب ، لأن جواز الحلف كذلك أنما يكون حيث يتوقف حفظ الوديعة عليه ، والحفظ واجب ، وإنما ساء^(١) الكذب هاهنا للمصلحة ، لأن ذهاب مال المسلم أشدَّ قبحاً من هذا الكذب ، وتجب التورية على العارف بها - بأن يقصد ما يخرجها عن الكذب - تفصيلاً عن ارتكاب القبيح ، ومتى لم يحلف فأخذها الظالم ضمنها .

واعلم : أن العبارة لا تخلو من مناقشة ، حيث تقتضي ثبوت الكذب مع التورية ، ومعلوم أنه لا كذب معها ، ولو قال : ويجب الحلف على نفيها ويجب على العارف التورية ويغتفر لغيره الكذب للمصلحة ، لكان أولى .

واعلم : أنه يجوز قراءة الحلف بإسكان اللام على أنه مصدر ، وبكسره على أنه أسم لليمين .

قوله : (ولو أكرهه على التسليم أو اليمين فسلم ضمن) .

لأن الإكراه على أحد الأمرين ليس إكراها على أحدهما بعينه ، ومتى سلم الوديعة مختاراً ضمنها .

قوله : (فإن تمكن من الدفع وجب ، فإن أهمل ضمن ، ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع) .

السادس: الجحود : وهو موجب للضمان إن كان مع المالك بعد مطالبته لا مع مطالبة غيره ، وفي سؤال المالك اشكال ، فإن لم يقم بينة أو لم يعترف فالقول قوله مع اليمين ، فإن أقيمت عليه البينة فادعى الرد أو التلف من قبل : فإن كانت صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها على الأقوى ، لتناقض كلاميه .

متى. تمكن من دفع الظالم عن الوديعة بوجه من الوجوه وجب ، إذا لم يكن في الدفع ضرر كثير عادة ، فان أهمل حيث لا ضرر ضمن ، ومعه لا ضمان ، ومتى أمكن مصانعة الظالم عنها بشيء من المال فليس ببعيد الوجوب ، كمؤونة العلف ، ويرجع به على المالك مع عدم التبرع .

قوله : (السادس : الجحود ، وهو : موجب للضمان إذا كان مع المالك بعد مطالبته لا مع مطالبة غيره ، وفي سؤال المالك إشكال) .

أي : لو أنكر في وقت سؤال المالك إياه ، بقوله : لي عندك وديعة ، ففي ضمانه إشكال ، ينشأ : من أنه بإنكاره منع المالك عن طلبها ، فكان كمنعه عقيب المطالبة ، ومن أنه لم يصدر من المالك طلب ، والمنع مترتب عليه .

وفيه نظر؛ لأن جحود الوديعة يقتضي كون المستودع ليس عن المالك ، لأن نفي الملزوم يقتضي نفي لازمه من حيث هو لازمه ، فلا يكون أميناً عنه فيضمن ، وهو الأقرب .

ومتى أظهر عذراً لجحوده - سواء كان بعد طلب المالك أو سؤاله - بنسيان أو غلط ونحو ذلك وصدقه المالك لم يضمن .

قوله : (فإن كان صيغة جحوده إنكار أصل الوديعة ، لم يقبل قوله بغير بينة ، ولا معها على الأقوى ، لتناقض كلامه) .

قال ابن الجنيدي : تسمع دعواه من غير بينة ، فإذا حلف سقط الضمان ،

وإن كان صيغة الجحود : لا يلزمني شيء قبل قوله في الرد والتلف مع البينة ، وبدونها في الأخير ، وفي الأول على رأي .

لأن إنكاره يجوز أن يكون عن سهو ونسيان لها^(١) . ومنع الشيخ^(٢) من سماعها بدون البينة ومعها ، وهو الأصح ، لأنه بانكاره مكذب لدعواه الهلاك .

قال المصنف في المختلف : نعم لو طلب إحلاف الغريم كان له ذلك^(٣) .

قلت : فيه نظر ، لأن المقتضي لمنع سماع بيئته هو تكذيبه لدعواه ، وهو قائم هنا ، فلا يتوجه له اليمين ، إلا أن يقال : لعل الغريم يقرّ فينتفع .

لا يقال : البينة أقوى من الإقرار - فحيث لا تسمع لتكذيبه إياها لا يعتد بالإقرار ، فلا يتوجه اليمين طمعا فيه - لأننا نقول : إذا رجع عن التكذيب في الإقرار سمع ، بخلاف البينة .

قوله : (وإن كان صيغة الجحود : لا يلزمني شيء ، قبل قوله في الرد والتلف مع البينة ، وبدونها في الأخير وفي الأول على رأي) .

الفرق بين الصيغتين : أن الثانية لا تنافي حصول الإيداع ، بخلاف الأولى ، فحينئذ تقبل بيئته على الرد أو التلف ، وبدونها تثبت بيمينه دعواه التلف ، لأنه أمين ، وهو الذي عناه بقوله : (الأخير) و (الأول) هو الرد ، وفي قبول قوله بيمينه فيه خلاف ، من حيث أنه محسن وأمين ولا أجرة له في مقابل الحفظ ، ومن عموم : « البينة على المدعي »^(٤) .

وربما فصل في ذلك ، ففرق بين ادعاء التلف بسبب ظاهر ، أو خفي ،

(١) نقله عنه العلامة في المختلف : ٤٤٦ .

(٢) المبسوط ٤ : ١٤١ .

(٣) المختلف : ٤٤٦ .

(٤) الكافي ٧ : ٤١٥ حديث ١ ، التهذيب ٦ : ٢٢٩ حديث ٥٥٣ .

ولو أقرَّ ربّها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان ، وفي سماع بيئته بذلك اشكال ، نعم تقبل لو شهدت بالإقرار .

فيكتفى في الثاني باليمين ، والقبول مطلقاً أقوى ، فإن الأصل براءة الذمة ، إذ الضمان إنما يكون بالتقصير ، والأصل عدمه ، وشغل الذمة يحتاج إلى دليل ، فهو في الحقيقة في معنى المنكر ، فيكتفى بيمينه .

قوله : (ولو أقرَّ بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان) .

الظاهر أن هذا من تنمة أحكام الشق الأول من شقي المسألة ، بدليل ما سيأتي من تردده في سماع البيئته ، وفي الشق الثاني لا يتأتى ذلك ، لكن هذا غير حسن ، لأن السابق إليّ الفهم خلاف هذا ، ولا يستقيم المعنى إلا على ذلك التقدير ، فيحصل الاختلال بالفهم .

وإنما قيّد الإقرار بكون التلف قبل الجحود ، لأنه بدون ذلك لا يسقط الدعوى ، لأن التلف بعده يقتضي الضمان ، وكذا التقييد بكونها في الحرز .

قوله : (وفي سماع بيئته بذلك إشكال) .

لا يستقيم أن يكون المشار إليه بقوله : (بذلك) هو الاقرار ، ويكون منشأ الإشكال : من أن البيئته حيث لم تسمع للتناقض المقتضي لتكذيبها ، كذا الإقرار فانه أضعف من البيئته ، ومن أن إقرار العقلاء على أنفسهم ماضٍ^(١) ، ورجوع المقرّ له عن التكذيب مصحّح للإقرار ، للمنافاة الصريحة^(٢) بينه وبين تصريحه ، متصلاً بهذا قبول البيئته لو شهدت بالاقرار ، فيتعين أن يكون المشار إليه بذلك هو التلف ، ويكون الغرض من إعادة المسألة بعد سبقها في قوله : (ولامعها على الأقوى لتناقض كلاميه) أمران :

أ : رجوعه عن الفتوى بعدم السماع إلى التردد ، الناشئ : من أن البيئته

(١) في «ق» : جائز .

(٢) في «م» : الصحيحة .

الفصل الثاني: في الأحكام :

يجب على المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة كالشوب في الصندوق ، والدابة في الإصطبل ، والشاة في المراح . ويجب عليه ردها متى طلب المالك وإن كان كافراً ، فإن أخطر لغير عذر ضمن ، ومعه لا ضمان .

حجة يثبت بها عند جحود الخصم ما يثبت باعترافه ، ومن أن سماعها فرع سماع الدعوى ، وهي غير مسموعة لتكذيب المدعي إياها .

ب : الفرق بين الإقرار والبينة ، حيث أن الإقرار يمضي وإن كذبه المقر له إذا رجع إلى التصديق - لما سيأتي في الإقرار ان شاء الله تعالى - بخلاف البينة ، والأصح عدم سماع البينة ، لأنها كاذبة باعتراف المدعي ، فلا تكون حجة على المدعى عليه . وما ذكره في الإقرار متجه ، وإن كان يرد عليه أن دعوى الإقرار ينبغي أن لا تسمع أيضاً للتكذيب .

قوله : (الفصل الثالث : في الأحكام : يجب على المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة) .

لما لم يكن لحفظ الوديعة كيفية مخصوصة منقولة من الشارع ، أحيل فيه على العرف المطرد .

قوله : (ويجب عليه ردها متى طلب المالك وإن كان كافراً) .

لرواية الفضيل عن الرضا^(١)^(٢) عليه السلام ، وأوجب أبو الصلاح^(٣) رد

(١) كذا في «وق»، وفي «م»: عن الصادق، وفي التهذيب والاستبصار عن فضيل قال: سألت أبا الحسن (ع) . .

(٢) التهذيب ٧: ١٨١ حديث ٧٩٥، الاستبصار ٣: ١٢٣ حديث ٤٣٩.

(٣) الكافي في الفقه: ٢٣١.

وليس استتمام غرض النفس كمن كان في حمام ، أو على طعام عذراً . ولو قال : رد على وكيلي فطلب الوكيل فامتنع ضمن ، ولو لم يطلب وتمكن من الرد ففي الضمان اشكال .

وديعة الحربي على السلطان العادل ، والمشهور خلافه .

قوله : (وليس استتمام غرض النفس - كمن كان في حمام أو على طعام - عذراً) .

لأن أداء الأمانة واجب مضيّق ، فلا يجوز التشاغل عنه بمثل هذه الأشياء ، ومن ذلك صلاة النافلة والفريضة إذا لم يكن في أثنائها ولم يتضيّق الوقت ، وهو الذي اختاره في آخر كلامه في التذكرة^(١) ، ويجب عليه الذهاب بمجرد العادة . وهذا كله إذا كان الأداء ممكناً ، فمتى أخر حيث لا يجوز له التأخير ضمن .

قوله : (ولو لم يطلب وتمكّن من الرد ففي الضمان إشكال) .

ينشأ : من أنه قد أمره بالرد فلم يفعل فيضمن ، ومن أن الأمر بالتسليم ليس طلباً للوديعة ، والحق أن يقال : إنّ طلب الرد على الوكيل مثل طلب الرد على المالك ، لأن يده يد المالك والتسليم إليه تسليم إلى المالك ، فالأمر به يقتضي عزل المستودع ، فيجب الرد معه على الفور .

نعم لا يجب عليه حمل الوديعة إليه ، بل يجب عليه التخلية ، فإن كان المراد من الرد في قول المصنف : (وتمكن من الرد) التخلية فلا معنى للإشكال في الضمان حيثئذ ، بل يجب القول بالضمان قطعاً ، وإن كان المراد (به حملها إلى الوكيل فلا وجه له أيضا ، إذ لا يجب عليه ذلك ، وإن كان المراد^(٢) بالرد وجوب الإعلام للوكيل - لو لم يكن قد علم بأمر المالك وإظهار

(١) التذكرة ٢ : ٢٠٦ .

(٢) ما بين القوسين لم يرد في «م» .

وكذا كل أمانة كالثوب تطيره الريح في داره فإن رد على الوكيل ولم يشهد فلا ضمان لو أنكر ، بخلاف التقصير في ترك الإشهاد على قضاء الدين لأن مبنى الوديعة على الإخفاء .

التخلية - فهو محتمل . وليس يبعد القول بوجوب ذلك ، لأن ظاهر الأمر يتضمن العزل .

وعلى هذا فيكون منشأ الإشكال : من التردد في أن المعزول عن الوديعة هل هو مأمور بالرد على الفور ، أو وقت المطالبة ، كما في الثوب الذي أطارته^(١) الريح ، والذي أودعه المستودع بمجرد ضرورته ، وكما في الوديعة إذا مات المودع ، وسائر الأمانات؟

والمعتمد الضمان ، لأن إثبات اليد على مال الغير موقوف على الإذن ، إلا فيما اقتضته الضرورة ، وهو ما قبل التمكن من الاعلام والتخلية ، وهذا كله إذا لم تدلّ القرينة على عدم العزل

قوله : (وكذا كل أمانة ، كالثوب تطيره الريح في داره) .

أي : يجيء ذلك في^(٢) الإشكال السابق في الضمان ، إذا تمكن من الرد فلم يرد ، وهذا إذا كان المراد بالرد إعلام المالك ، والتخلية بينه وبين ماله رجوع عما سبق من الجزم إلى التردد ، وإن كان المراد حملها إليه ففيه ما سبق من الاشكال ، فإن إيجاب ذلك بعيد .

قوله : (فان ردّ على الوكيل ولم يشهد فلا ضمان لو أنكر ، بخلاف التقصير في ترك الاشهاد على قضاء الدين ، لأن مبنى الوديعة على الإخفاء) .

(١) في «م» : أطار به الريح .

(٢) في «ق» : في ذلك .

وأجرة المسكن إن احتاجت ومؤونة الرد على المالك وإن قلت ،

ما جزم به هنا قال في التذكرة^(١) : إنه الأقرب ، وفرق بأمرين :

أحدهما : أن الوديعة أمانة ، وقول المستودع مقبول في الرد والتلف ، فلا معنى للاشهاد . ولا محصل لهذا ، لأن الاشهاد لخوف إنكار الوكيل ، فلا أثر لكون قول المستودع مقبولاً في الرد والتلف ، ولو قال بدل المستودع : قول الوكيل مقبول في الرد والتلف لكان أوجه .

الثاني : ما ذكره هنا من أن الودائع حقها الإخفاء ، بخلاف قضاء الدين .

ويمكن الفرق بثالث ، وهو : أن المطلوب بقضاء الدين انقطاع مطالبة المدين عن المديون وبراءة ذمته ، وذلك موقوف على الاشهاد ، والمطلوب في الوديعة إيصال الحق إلى مستحقه ، ويد الوكيل يد الموكل ، فكما لا يجب الاشهاد عند الدفع إلى المودع ، لا يجب عند الدفع إلى الوكيل ، بل ربما يقال : إن ذلك إن نافي الفورية عدّ به ضامناً .

واعلم أن في قول المصنف : (فلا ضمان لو أنكرك) مناقشة ، لأننا لو قلنا بالضمان وعددها مقصراً أوجبناه على كل حال ، سواء أنكرك ، أو أقرّ وامتنع من التسليم ، أو تلفت العين في يده ، فانه على كل واحد من التقديرات يرجع على المستودع .

قوله : (وأجرة المسكن - إن احتاجت - ومؤونة الرد على المالك وإن قلت) .

لأن الاستيداع وإن اقتضى وجوب الحفظ ، لكن ما جرت العادة ببذل المالك في مقابله مما يتوقف عليه الحفظ ، من أجرة المسكن ، وثمر العلف ، وأجرة السقي إن كان له أجرة ، وأجرة الراعي ونحو ذلك ، لا يجب بذله من

(١) التذكرة ٢ : ٢٠٦ .

نعم لو سافر بها بغير اذنه أو بغير ضرورة كانت مؤونة الرد عليه .

ولو كان المودع غاصباً لم يجوز رد الوديعة إليه ، بل الى مالكها إن عُرف ، ولو جهل عرّفت سنة ، ثم يتصدق بها عن المالك مع الضمان ، وإن شاء أبقاها أمانة ابداً من غير ضمان ،

ماله ، بل يجب على المالك بذله ، فان امتنع أو لم يوجد وجب الرجوع إلى الحاكم ، ومع عدمه فالاشهاد ، ومع تعذره يرجع إلى بذل غير متبرع على ما سبق .

ولو كان المسكن للمستودع ، أو تولى شيئاً من الأعمال التي جرت العادة ببذل الأجرة في مقابلها مما لا بدّ منه ، مع رعاية الترتيب السابق وعدم التبرع ، فالظاهر أنه يرجع بأجرته .

قوله : (نعم لو سافر بها بغير اذنه أو بغير ضرورة ، كانت مؤونة الرد عليه) .

لأنه غاصب حينئذ ، بخلاف ما إذا اقتضت الضرورة ذلك .

قوله : (ولو جهل عرفت سنة ، ثم يتصدق بها عن المالك مع الضمان ، وإن شاء أبقاها أمانة ابداً من غير ضمان) .

هذا هو المشهور ، ومستنده رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام^(١) ، ولا يضر ضعف السند مع الشهرة ، ويؤيدها أن التصدق مع الضمان فيه جمع بين مصلحة الدنيا والآخرة بالنسبة إلى مالكها ، فلا^(٢) منافي أصلاً ، وهو المختار .

وقال ابن ادريس : يردّها إلى إمام المسلمين ، فان تعذر أبقاها أمانة ثم

(١) الكافي ٥ : ٣٠٨ حديث ٢١ ، الفقيه ٣ : ١٩٠ حديث ٨٥٦ ، التهذيب ٧ : ١٨٠ حديث ٧٩٤ ،

الاستبصار ٣ : ١٢٤ حديث ٤٤٠ .

(٢) في «وق» : فلا ينافي .

وليس له التملك مع الضمان على أشكال .
ولو مزجها الغاصب بماله فإن تميّزت وجب ردها على مالكها دون
المودع ، وإلاّ رد الجميع على المودع على أشكال .

يوصى بها إلى عدل^(١) . وقال المفيد : يخرج خمسها إلى مستحق الخمس
والباقي يتصدق به^(٢) . وقول ابن ادريس له وجه ، والأول أوجه .
قوله : (وليس له التملك مع الضمان على إشكال) .

ينشأ : من أن الأصل عصمة مال المسلم ، ومن ورود الرواية^(٣)
الضعيفة : بأنها في يده بمنزلة اللقطة ، ومن جملة أحكامها جواز التملك بعد
التعريف .

ويضعّف بأن الرواية مع ضعفها قاصرة الدلالة عن ذلك ، لوجوه : منها
أنه لاعموم لها ، ومنها أن المتبادر من قوله عليه السلام : فيعرفها إلى آخره ،
بيان وجه نزولها منزلة اللقطة ، والأصح الأول .

قوله : (وإلاّ ردّ الجميع على المودع على إشكال) .

ينشأ : من إطلاق الأصحاب وجوب الرد ، لأن منعه منها يقتضي منع
المودع من ماله ، لأن الفرض عدم التميز ، ومن أن تسليطه على مال غيره
عدواناً قبيح . والأصح المنع ، بل يردّها على الحاكم إن وجدّه ، فلو لم يجده
احتمل رد قدر ما يملكه الغاصب وحفظ الباقي لمالكه ، والقسمة هنا ضرورية
وفاقاً للتذكرة^(٤) في هذا الاحتمال ، ولو كان ذلك بحضور عدول المؤمنين لكان
أحوط إن أمكن .

(١) السرائر: ٢٦٣ .

(٢) المقنعة: ٩٧ .

(٣) الكافي ٥ : ٣٠٨ حديث ٢١ ، الفقيه ٣ : ١٩٠ حديث ٨٥٦ ، التهذيب ٧ : ١٨ حديث ٧٩٤ ،

الاستبصار ٣ : ١٢٤ حديث ٤٤٠ .

(٤) التذكرة ٢ : ١٩٩ .

ولا يبرأ المفرط بالرد الى الحرز ، بل الى المالك أو بآبرائه .
 ولو أنكروا الوديعة ، أو ادعى التلف وإن كان بسبب ظاهر ، أو نقص
 القيمة أو عدم التفريط فالقول قوله مع يمينه ، وفي الرد نظر .
 أما لو ادعى الاذن في التسليم الى غير المالك فالمصدق المالك مع
 اليمين ،

قوله : (ولا يبرأ المفرط بالرد إلى الحرز ، بل إلى المالك أو
 بآبرائه) .

قد سبق في كلام المصنف : أنه لو رد المال إلى الحرز تاركاً للخيانة لم
 تعد أمانته ، ما لم يجدد^(١) الاستئمان ، وظاهره قد يخالف ما هنا ، لأنه قد
 يشك في أن الإبراء من الضمان موجب لتجديد الاستئمان ، بل قد يشك في
 براءته بالإبراء ، لأن معنى كونه ضامناً أنها لو تلفت وجب البذل ، فيكون الإبراء
 من ذلك إبراء مما لم يجب .

وعلى ما ذكرناه في الرهن ، فينبغي أن لا يبرأ بالإبراء ، وقد استشكله
 المصنف هناك ، فيكون هذا رجوعاً عن التردد .
 قوله : (وفي الرد نظر) .

ينشأ : من أن الأصل العدم وعموم البينة على المدعي^(٢) ، ومن أنه أمين
 ومحسن ، حيث أنه قبض لمصلحة الغير فقط ، والأصل براءة ذمته ، والأصح
 قبول قوله باليمين ، وهو قول الشيخ^(٣) .

قوله : (أما لو ادعى الإذن في التسليم إلى غير المالك ، فالمصدق
 المالك مع اليمين) .

(١) في «ق» : يتجدد .

(٢) الكافي ٧ : ٤١٥ حديث ١ ، التهذيب ٦ : ٢٢٩ حديث ٥٥٣ ، ٥٥٤ .

(٣) المبسوط ٤ : ١٤١ .

فإن صدق الإذن وأنكر التسليم فكدعوى الرد .

ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدين سواء
على اشكال

لأنه بالتسليم عاد حتى يثبت الاذن ، والأصل عدمه^(١) ، فيقدّم قول
المنكر .

قوله : (فان صدق الاذن وأنكر التسليم ، فكدعوى الرد) .

أي : فيجيء في قبول قوله بيمينه التردد السابق ، لأن المأذون في تسليمه
يده يد المالك ، فتكون دعوى الرد إليه دعوى الرد إلى المالك ، والمفتي به ما
تقدم من تقديم قوله بيمينه^(٢) .

قوله : (ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته ، فهي
والدين سواء على إشكال) .

قال الشارح : إن هذا الاشكال في كيفية الضمان^(٣) ، والذي في شرح
العميد : أنه في أصل الضمان ، وهو الظاهر من سوق الكلام في التذكرة^(٤) ،
لكن سوق عبارة الكتاب يقتضي ما قاله ولد المصنف ، فانه لولا ذلك لكان
قوله : (هذا إن أقر أن عنده وديعة . . .) وقوله : (أما لو كانت عنده وديعة
إلى قوله : ففي الضمان إشكال) كلّ فاسد الوضع لأن الإشكال إذا كان في
أصل الضمان استوت هذه المسائل كلها ، فيكون قوله (هذا . . .) وقوله :
(أما . . .) غير صحيح ، وأيضاً فان عدوله عن جعل الاشكال في الضمان إلى
كونه في مساواتها للدين يشعر بذلك .

(١) في وق: عدم .

(٢) المراد به الشيخ ، انظر: المبسوط ٤ : ١٤١ - ١٤٢ .

(٣) الايضاح ٢ : ١٢٣ .

(٤) التذكرة ٢ : ٢٠١ .

هذا إن أقر أن عنده وديعة ، أو عليه وديعة ، أو ثبت أنه مات وعنده وديعة .

ومنشأ الاشكال : من أن الأصل بقاء الوديعة ، فإذا تعذر الوصول إلى العين وجب الانتقال إلى البدل فيقدم به ، لأن أصالة بقاء عين ماله الذي هو مختص به يقتضي الإختصاص ببده .

ومن أن المختص به هو العين ، فإذا تعذرت كان البدل من جملة الديون ، إذ لا تعلق له ببعض دون بعض .

قوله : (هذا إن أقر أن عنده وديعة ، أو عليه وديعة ، أو ثبت أنه مات وعنده وديعة) .

هذا الحكم الذي سبق - وهو كونها أسوة الدين ، أو تقدم مالكها ببدها - إنما يكون إذا أقر الميت قبل موته بأن عنده وديعة إلى آخره .

أما الاول ، فلأن الظاهر بقاؤها في التركة إلى أن وصلت إلى الورثة ، نظراً إلى اقتضاء الإقرار وجودها وقت صدوره ، وبعد تلفها في الزمان المتخلل بين الإقرار والموت .

وأما الثاني ، فلأن قوله عليّ وديعة أكد في وجوب الأداء ، لأن عليّ يقتضي حقاً في الذمة .

وأما الثالث ، فلأنه إذا ثبت أنه مات وعنده وديعة ، كان أدل على وصولها إلى الورثة ولم يعلم بقاؤها بعينها .

بخلاف ما إذا قامت البيينة بأنه قد كان عنده وديعة في حياته ولم توجد ولم يعلم بقاؤها ، فإن في أصل الضمان هنا إشكال ، ينشأ : من أن الظاهر أنه قد ردّها إلى المالك أو تلفت بغير تفريط ، وإلا لأقرّ بها عند الموت ، عملاً بظاهر حال المسلم من أنه لا يخلّ بالواجب ، مع أن الأصل براءة الذمة . ومن أصالة بقائها ، فإذا تعذرت العين وجب البدل ، وهذا هو المراد .

أما لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ، ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان اشكال .

قوله : (أما لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها ، ففي الضمان إشكال) .

ومثله ما لو أقر الورثة بأنه قد كان عنده وديعة في حياته ، وحاول الشارح العميد الفرق بين هذه المسألة والمسائل الأولى ، بان الضمان في هذه أخف ، وليس بجيد ، لأن المصنف إذا ساوى بين المسائل في مجيء الاشكال كان قوله : (هذا ...) وقوله : (أما ...) ضائعاً ، والذي ذكرناه أقصى ما يتكلف له .

وعلى هذا فيكون ما ذكره هنا معيناً عما ذكره سابقاً ، من قوله : (أما لو قال عندي [ثوب] ^(١) ولم يوجد في التركة ثوب ...) .

والذي في التذكرة : أنه إذا كان عنده وديعة ومات ولم توجد في تركته ، فالذي يقتضيه النظر عدم الضمان ، والذي عليه فتوى أكثر العلماء من الشافعية وجوب الضمان ، وحكى عن الشافعي : أنه إذا لم توجد بعينها حاص المالك الغرماء ، ثم حكى عن أصحابه ثلاث طرق .

أحدها : إثبات المحاصة فيما إذا كان الميت قد أقر بأن عنده وديعة أو عليه لفلان ، فإذا لم توجد كان الظاهر أنه قد أقر ببدلها وأنها تلفت على وجه مضمون ، بخلاف ما إذا قامت البينة بالوديعة أو أقر بها الورثة ، فإنه لا ضمان للأصل .

الثانية : أنه مع الوصية بالوديعة وعدم وجدانها ، لكن يكون في التركة من جنسها ، ويحتمل الاختلاط ، فتثبت هنا المحاصة دون ما سواه .

(١) ما بين المعقوفين لم يرد في «م» و«وق»، وأثبتناه من القواعد للسياق.

ويصدّق المستودع مع اليمين في تعيين المدّعين - فإن نكل غرم
للآخر -

قلت : وكان اللازم هنا القول بتقديم مالكها .

الثالثة : المحاصة مطلقاً^(١) .

هذا محصل ما فيها ، وهو مخالف لما هنا ، والذي يقتضيه النظر : أنه إن علم بقاء عينها ولم يتميز من التركة ، قدّم مالكها على الغرماء بما يجب ، كمن اختلط ماله بمال غيره ، وإن علم تلفها بتفريط ، فهو أسوة الغرماء ، وإلا فلا ضمان أصلاً ، وهو المفتى به .

واعلم أنه ينبغي أن يكون قول المصنف : (هذا إن أقر أن عنده وديعة) منزلاً على ما إذا أقر بالوديعة على وجه يرتفع الاحتمال^(٢) وينتفي التقصير ، وإلا كان ضامناً .

قوله : (ويصدّق المستودع مع اليمين في تعيين المدّعين ، فإن نكل غرم للآخر) .

إذا ادعى كلّ من الشخصين على ثالث أن المال الفلاني الذي بيده وديعة له عنده ، فأقر لأحدهما بعينه ، حكم بها للمقر له ، فيدفع ويحلف للآخر ، فإذا حلف سقطت دعوى الآخر ، وإن نكل حلف الآخر ، فيغرم له المثل إن كان مثلياً ، وإلا فالقيمة - وفي اعتبار كونها وقت الحلف أو وقت الاقرار إشكال ، يلتفت إلى أن وقت الاقرار هو وقت التلف ووقت اليمين هو وقت الثبوت - وفي التذكرة^(٣) سياق المسألة هكذا ، وذكر الاشكال ولم يرجّح شيئاً .

أقول . إذا قلنا : إن اليمين المرودة كالإقرار ، فلا بحث في صحة

(١) التذكرة ٢ : ٢٠١ .

(٢) في (ق) : الاجمال .

(٣) التذكرة ٢ : ٢٠٧ .

وفي نفي العلم ، وتقر في يده حتى يثبت المالك ،

ذلك ، بناء على أن من أقرّ بعين لزيد ثم أقر بها لعمرو يغرم وعمرو .

واما إذا قلنا بأنها كالبينة ، فقد يقال : يجب انتزاع العين من المقر له وتسليمها إلى الآخر ، لثبوت كونها له بالبينة .

ويجاب : بأن كونها كالبينة إنما هو في حق المتداعيين دون غيرهما ، وقد استحقتها المقرّ له بالاقرار ، فلا يبطل استحقاقه باليمين .

نعم هي بالنسبة إلى المدعى عليه كالبينة ، فباليمين تثبت كون العين للحالف بالنسبة إلى المدعى عليه خاصة ، وحيث لم يكن في يده وقد حال بينها وبين من استحقتها بيمينه بالاقرار ، وجب الغرم ، فلا يتفاوت الحال في الغرم باعتبار كونها كالأقرار أو كالبينة ، إلا في شيء واحد ، وهو أنه على القول بأن من أقر بعين لزيد ثم أقر بها لغيره لا يغرم للثاني شيئاً ، لا يغرم للآخر بيمينه ، لو قلنا اليمين المردودة كالأقرار ، لأن غايته أن يكون قد أقر له بها بعد الاقرار للأول ، وهو لا يقتضي الغرم ، فلا فائدة فيه ، فلا ردّ ولا حلف ، بخلاف ما إذا قلنا كالبينة ، فان الغرم ثابت مطلقاً .

واعلم أن قول المصنف : (فان نكل غرم للآخر) محمول على حلفه اليمين المردودة ، لان المصنف لا يرى القول بالقضاء بمجرد النكول ، والظاهر أن يمين المستودع على البت ، لأنه يدعي عليه استحقاق التغريم .

إذا تقرر هذا ، فان الدعوى بين الآخر وبين المقر له ، فله إحلافه ، فان نكل حلف وأخذ العين ، فيرد القيمة حينئذ على المستودع ، لأنه استحقتها بالحيلولة وقد زالت .

قوله : (وفي نفي العلم وتقر في يده حتى يثبت المالك) .

أي : ويصدق المستودع في نفي العلم بكون العين لهما أو لأحدهما ، وحينئذ فتقر العين في يده إلى أن يثبت المالك ، لأن يده في الأصل يد أمانة ،

فإن ادعيا علمه أحلفاه على نفي العلم يمينا واحدة ، ويحتمل التعدد ،

والأصل بقاؤها إلى أن يثبت المالك .

ويحتمل - إن قال لهما : المال لاحدكما ولا أعلمه - أن تنزع من يده بأمر الحاكم لمطالبتهما إياه ، ويضعف بأن المطالبة المقتضية للعزل هي التي يجب معها التسليم ، وهو ممتنع هنا ، فلا يكون واجبا .

قوله : (فإن ادعيا علمه أحلفاه على نفي العلم يمينا واحدة ، ويحتمل التعدد) .

لا شك أنه لو ادعى عليه كل منهما علمه بأنه المالك ، له إحلفاه على نفي العلم ، لأنه لو أقر لَنفَع ، ولكن هل يحلف يمينا واحدة لهما معا ، أم يجب لكل واحد منهما يمين؟

يحتمل الأول ، لأن إحدى الدعويين كاذبة قطعاً ، لاستحالة كون العين ملكاً لكل واحد منهما ، وحيث لم تكن معينة حكماً بأنه يحلف لهما ، وهو قول الشيخ في الخلاف^(١) .

ويحتمل الثاني ، لأن كل واحد منهما بانفراده مدع لا يعلم كذبه ، فيندرج في عموم الحديث^(٢) ، ولكل واحد منهما أن يستقل بإنشاء الدعوى ، والأصل براءة الذمة من وجوب الاجتماع ، وإمكان كونه لهما معا ، وهو اختيار المبسوط^(٣) ، وهو الأصح .

فاذا حلف احتمل استعمال القرعة ، فمن خرج اسمه أحلف وسلّمت العين إليه ، أو يقسم بينهما نصفين ، ذكره الشيخ في الخلاف^(٤) والمصنف في

(١) الخلاف ٢: ١٨٦ مسألة ١٤ كتاب الودعة .

(٢) الكافي ٧: ٤١٥ حديث ٢،١ ، التهذيب ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣ ، ٥٥٤ وغيرهما .

(٣) المبسوط ٤: ١٥٠ .

(٤) الخلاف ٢: ١٨٦ مسألة ١٥ كتاب الودعة .

فإن نكل أحلفا على علمه فيضمن القيمة فتجعل مع العين في أيديهما ، وإن سلّم العين بحجة إلى أحدهما رد نصف القيمة إلى المودع ولم يجب على الثاني الرد ؛ لأنه استحق بيمينه ولم يعد عليه المبدل .

التحرير^(١)

قوله : (فإن نكل أحلفا على علمه ، فيضمن القيمة ، فتجعل مع العين في أيديهما) .

لأن يمينهما اقتضتا أن تكون بالاضافة إلى كلّ بخصوصه ، عالمأ بأن العين له ، وبانكاره حصل حيلولة بين المستحق وحقه ، حيث ترتب على إنكاره ونكوله يمين كلّ منهما ، فوجب أن يغرم القيمة ، ولما كانا سواء في اليمين لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر ، فتجعل العين والقيمة معاً في أيديهما .

وقال الشيخ : لو حلفا فيه قولان : أحدهما يقسم بينهما ، والثاني أنه يوقف حتى يصطلحا ، والأول أقوى . ثم قال : ولو قلنا بالقرعة كان قويا^(٢) . قال المصنف في التحرير : وعندي فيه نظر^(٣) .

قلت : القول بالقسمة أوجه ، لأن التصادم في الدعوى والتساوي في الحجة يقتضي القسمة ، فلا يكون الأمر مشكلاً ليعمل فيه بالقرعة ، وإنهما إنما أحلفا على علمه ليتوجه عليه غرم القيمة ، إذ لو حلفا على الاستحقاق للعين قسمت بينهما فقط ، وإنما ثبت لهما الحلف كذلك لأنه المدعى به .

قوله : (وإن سلّم العين بحجة إلى أحدهما ردّ نصف القيمة على المودع ، ولم يجب على الثاني الرد ، لأنه استحق بيمينه ولم يعد عليه المبدل) .

(١) التحرير ١ : ٢٦٨ .

(٢) المبسوط ٤ : ١٥١ .

(٣) التحرير ١ : ٢٦٨ .

ولو مات المالك سلمها الى الورثة أجمع من غير تخصيص ،
فيضمن معه .

هذا من جملة أحكام ما إذا أحلفا على علمه ، وجعلت العين والقيمة في
أيديهما .

وتحقيقه : أنه إما أن لا ينازع أحدهما الآخر ويرضيا بما صار إليهما ، فلا
بحث ، أو يجري بينهما التنازع ، فاذا تنازعا وثبت بحجة شرعية أن العين
لأحدهما بعينه - كبينة ، أو يمين أحدهما مع نكول الآخر ، وهو المراد من
العبرة - فان العين بكمالها تسلم إليه .

فحينئذ يجب أن يرد نصف القيمة ، لأنه استحقها للحيلولة بينه وبين
نصف العين وقد زالت ، فيجب ردّها .

وأما الثاني ، فلا يجب عليه الرد ، لأنه استحق بيمينه للحيلولة ، ولم تنزل
إذا لم يعد عليه المبدل ، وهو النصف الذي في يد الأول .

واعلم أن (سلم) في العبارة ينبغي أن يقرأ مجهولاً ، إذ الحكم ليس
مبنياً على تسليم المستودع ، ولا مرجع للضمير إذا كان الفعل معلوماً سواء ،
ولأن المقر قبل جعل العين في أيديهما ، فكيف يكون التسليم منه؟ وأما (رد)
فانه معلوم ، وضميره يرجع إلى (أحدهما) .

قوله : (ولو مات المالك سلمها إلى الورثة أجمع من غير
تخصيص ، فيضمن معه) .

أي : فيضمن مع التخصيص ، ويسلمها إليهم أجمع يجعلها في أيديهم
أو في يد وكيلهم .

المقصد الثاني: في العارية : وفيه فصلان :

الأول: في الأركان : وهي خمسة :

أ : العقد : وهو كل لفظ دل على تسويغ الإنتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً أو مدة معيّنة ، وثمرته التبرع بالمنفعة ،

قوله : (المقصد الثاني : في العارية) .

هي بتشديد الياء ، كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار ، قاله صاحب الصحاح^(١) . وقال غيره^(٢) : منسوبة إلى العارة ، وهي مصدر . وقيل : مأخوذة من عار يعير ، أي : جاء وذهب ، ومنه قيل للبطلال : عيار لترده في بطالته ، فسميت عارية لتحولها من يد إلى يد . وقيل : إنها مأخوذة من التعاور والاعتوار ، وهو تداول الشيء بين القوم، وعن غريب الخطائي : أن لغة الغالبة العارية ، وقد تخفف .

قوله : (وفيه فصلان : الأول في الأركان ، وهي خمسة : الأول العقد ، وهو : كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً أو مدة معينة ، وثمرته التبرع بالمنفعة) .

قيل عليه : إن كان قوله : (وثمرته التبرع بالمنفعة) جزء التعريف انتقض ني عكسه بأعرتك حماري لتعيرني فرسك ، وإلا انتقض في طرده بالاجارة . ويمكن أن يجاب : بكونه جزءاً ولا يرد ما ذكره ، لأن هذا الفرد من العارية مقتضاه التبرع ، وإنما جاء العوض من أمر زائد على العقد وهو الشرط ، فإنه عقد مع شرط .
ونقص بالسكنى ، والحبس ، والعمرى ، والوصية بالمنفعة .

(١) الصحاح (عور) ٢ : ٧٦١ .

(٢) وهو الأزهري كما في لسان العرب (عور) ٤ : ٦١٩ .

ولا يختص لفظاً ولا يشترط القبول نطقاً .

ب : المعير : ويشترط كونه مالكاً للمنفعة جازئ التصرف ، فلا تصح عارية الغاصب ، ولا المستعير، ولا الصبي ، ولا المجنون ، ولا المحجور عليه لسفه أو فلس ، وتصح من المستأجر ، ويجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه أو بوكيله .

وأجيب بما لا يدفع ، والأولى أن يزداد في التعريف : مع بقاء الجواز .
ويرد عليه : أن الثمرة المذكورة حاصلة بالايجاب لا بمجموع الايجاب والقبول ، فلا تكون ثمرتهما معا .

واعلم أن كلامه في التذكرة صريح في أنه لا يشترط في العارية اللفظ ، بل يكفي ما يقوم مقام الألفاظ من الكتابة والاشارة ، لأنه عقد ضعيف ، لأنه يشمر بإباحة الانتفاع . قال : وهي قد تحصل بغير عقد ، كما لو حسن ظنه بصديقه نفى في الانتفاع عن العقد^(١) .

وقوله هنا : (ولا يشترط القبول نطقاً)^(٢) قد يشعر بأن الإيجاب يشترط فيه النطق .

قوله : (وتصح من المستأجر) .

إلا أن يشترط المالك مباشرة الانتفاع بنفسه فلا يصح ، وإذا قلنا بالجواز فيجب أن لا تخرج العين من يده .

قوله : (ويجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله) .

لكن بشرط أن لا تخرج العين من يده .

(١) التذكرة ٢ : ٢١١ .

(٢) في «م» «وق» : قطعاً ، وما أثبتناه من الحجري ، وهو الصحيح .

ج : المستعير : وشرطه أن يكون معيناً أهلاً للتبرع عليه بعقد يشتمل على ايجاب وقبول ، فلا تصح استعارة الصبي ولا المجنون .

د : المستعار : وشرطه أن يكون منتفعاً به مع بقائه كالثوب للباس ، والدابة للركوب ، والأرض للزرع والغرس والبناء ، دون الأطعمة فإن منفعتها في استهلاكها . والأقرب جواز استعارة الدراهم والدنانير إن فرضت لها منفعة حكومية كالتزوين بها والضرب على طبعها .

قوله : (وشرطه أن يكون معيناً) .

يحترز به عما لو أبهم ، بأن أعار أحد هذين ونحوه ، ولو عمم فقال : أعرت جميع الناس ، فهو من المعين فيصح .

قوله : (فلا تصح استعارة الصبي ولا المجنون) .

بمعنى أنه لا يترتب عليهما أحكام العارية ، لا أن استيفاءهما للمنفعة مضمون ، فلو أعارهننا وشرط عليهما الضمان لم يضمننا إذا لم يتلفا ، هكذا ينبغي أن يفسر هذا وإن لم أظفر في ذلك بشيء بخصوصه .

قوله : (والأقرب جواز إعارة الدراهم والدنانير إن فرضت لهما منفعة حكومية ، كالتزوين بها والضرب على طبعها) .

وجه القرب : وجود المقتضي على ذلك التقدير وانتفاء المانع ، ولا وجه للمنع على التقدير المذكور ، فلا يحسن قوله : (والأقرب) حينئذ ، فكان عليه أن يترك قوله : (إن فرضت . . .) ليكون وجه المنع ضعف هذه المنفعة ، وكون المنفعة المقصودة منها غالباً في الانفاق والاخراج ، وذلك مناف للعارية .

ويرده : أن إرادة المنفعة الضعيفة بخصوصها ينفي ما ذكر ، والأصح

الجواز .

هـ : إباحة المنفعة فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم ولا محل ، فإن أمسكه ضمنه للمحل وإن لم يشترط عليه .

قوله : (فان أمسكه ضمنه للمحل وإن لم يشترط عليه) .

في التذكرة : لا يحل للمحرم استعارة الصيد من المحرم ولا من المحل ، لأنه يحرم عليه إمساكه ، فلو استعاره وجب عليه إرساله وضمن للمالك قيمته ، ولو تلف في يده ضمنه أيضاً بالقيمة لصاحبه المحل وبالجزاء لله تعالى ، بل يضمه بمجرد الامساك وإن لم يشترط صاحبه الضمان عليه ، فلو دفعه إلى صاحبه برىء منه وضمن لله تعالى^(١) .

هذا كلامه ، وفي موضعين منه إشكال :

أحدهما : أن وجوب الإرسال مع كون الصيد ملكاً لأدمي - وحق الأدمي مقدّم على حق الله تعالى - غير ظاهر ، وإنما الذي يقتضيه الدليل ردّه على مالكة ووجوب الجزاء لله تعالى ..

الثاني : وجوب القيمة للمالك المحل لو تلف في يده بغير تعد - مع عدم اشتراط الضمان - أيضاً غير ظاهر ، لأن غاية ما هناك أنها عارية فاسدة ، وكل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده ، ولأن المالك لما أعاره فقد رضي بعدم ثبوت الضمان عليه الذي هو مقتضى العارية ، فلا وجه لتضمينه .

فالحاصل : أن الذي يقتضيه النظر خلاف الأمرين ، لكن لم أظفر إلى الآن بمخالف ، فان المصنف في التحرير^(٢) قد صرح بالثاني ، وكذا المحقق في الشرائع^(٣) .

(١) التذكرة : ٢٠٩ .

(٢) التحرير : ٢٧١ .

(٣) الشرائع : ٢ : ١٧٢ .

ولو كان في يد محرم فاستعاره محل جاز ؛ لزوال ملك المحرم عنه بالإحرام ، كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك .

قوله : (ولو كان في يد محرم فاستعاره محل جاز ، لزوال ملك المحرم عنه بالإحرام) .

فيه نظر ، لأن الواجب على المحرم إرسال الصيد ورفع السلطنة عنه ، لا إثبات سلطنة شخص آخر عليه ، وسيأتي في عبارة الكتاب في الفروع ما يدل على خلاف ما ذكره هنا .

والذي في التذكرة خلاف هذا ، فانه قال : ولو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل ، فان قلنا : المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على المحل ، لأنه إعارة ما ليس ملكاً له ، وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد المحل ، لتعديده بالإعارة ، فانه كان يجب عليه الإرسال ، وإن قلنا : لا يزول صحت الإعارة ، وعلى المحل القيمة لو تلف الصيد عنده^(١) .

هذا كلامه ، وفيه اعتراف بتعدي المحرم بالإعارة ، وهو الأصح .

لكن قوله : وإن قلنا لا يزول صحت الاعارة ، وعلى المحل القيمة لو تلف الصيد عنده ، فيه نظر ، لأن صحة الاعارة مع وجوب الإرسال ورفع السلطنة مشكل ، وإثبات القيمة أشكل ، لأن العارية تقتضي عدم الضمان ، إلا أن يراد بالقيمة الجزاء لله تعالى .

[ويمكن أن يقال : إن أمر الصيد غليظ ، فربما وجب ضمانه للمالك تغليظاً وإن لم يشترط ضمانه ، وإطلاق النصوص بوجوب الجزاء لله تعالى والقيمة للمالك يقتضي الثبوت هنا ، فان تمّ هذا فهو دفع للإشكال]^(٢) الثاني من الإشكاليين السابقين .

(١) التذكرة ٢: ٢١٠ .

(٢) ما بين المعقوفين لم يرد في نسختي «م» و«ق»، وأثبتناه من النسخة الحجرية لاقتضاء السياق له .

ولا تجوز استعارة الجوّاري للاستمتاع ، وتجاوز للخدمة وإن كان المستعير اجنبياً .

وتكره استعارة الأبوين للخدمة ، وتستحب للترفه .

وتحرم اعارة العبد المسلم من الكافر .

فروع: أ : لو تلف الصيد عند المحل المستعير من المحرم لم يضمه المحل ؛ لزوال ملك المحرم بالإحرام ، وعلى المحرم الضمان ؛ لأنه تعدّى بالإعارة لما يجب ارساله .

ب : لو قال : أعرتك حماري لتعيرني فرسك فالأقرب الجواز لكن لا يجب ،

قوله : (ولا يجوز إعارة الجوّاري للاستمتاع ، ويجوز للخدمة وإن كان المستعير أجنبياً) .

قال في التذكرة : لا يجوز استعارة الجوّاري للاستمتاع على الأشهر^(١) . وكأنه يريد بذلك الإشارة إلى ما يحكى من خلاف بعض العامة^(٢) في ذلك ، ومنع الشافعي من إعارة الجارية الشابة للخدمة ممن لا يوثق به^(٣) ، وعندنا يجوز على كراهية مغلّظة .

قوله : (ويحرم إعارة العبد المسلم من الكافر) .

هذا رجوع عما ذكره في التجارة ، إلا على بعض المحامل التي نزلنا عليها العبارة هناك .

قوله : (لو قال : أعرتك حماري لتعيرني فرسك ، فالأقرب الجواز

(١) التذكرة ٢: ٢١٠ .

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٥: ٣٥٦ .

(٣) المغني لابن قدامة ٥: ٣٦٠ ، الوجيز ١: ٢٠٣ .

وليس على واحد منهما أجره ، أما لو لم يعر الثاني فالأقرب الأجره .

لكن لا يجب) .

وجه القرب : وجود المقتضي وانتفاء المانع ، ويحتمل العدم ، لأن مقتضى العارية عدم العوض ، فمعه تكون فاسدة .

ويدفعه : أن المذكور شرط لا عوض ، ولا ريب أن العارية عقد يقبل الشروط التي لا تنافي مقتضاه ، وليس الشرط عوضاً ، إنما العوض ما جعل مقابلاً كهذا بهذا .

والأصح الجواز ، ولا يجب على المستعير عارية ما اشترط المعير ، للأصل ولإنتفاء المقتضي .

وزعم بعض العامة أن هذا إجارة فاسدة ، وليس بجيد كما ذكرناه .

قوله : (وليس على واحد منهما أجره) .

أي : ليس على المعير الأول ولا على الثاني أجره للآخر ، لأن بناء العارية على التبرع .

قوله : (أما لو لم يعر الثاني فالأقرب الأجره) .

وجه القرب : أنه لم يبيح له الانتفاع مطلقاً ، بل مع الشرط ، فإذا لم يحصل كان له المطالبة بالعوض . ويحتمل العدم ، لأن العارية لا عوض فيها وقد تحققت .

وجوابه : أنه وإن لم يكن فيها عوض ، إلا أن الإذن في الانتفاع قد حصل على وجه مخصوص ، فينتفي بانتفائه .

فان قيل : الإذن في الانتفاع قد حصل في الجملة ، وغاية ما يقتضيه الشرط التسلط على الفسخ بدون فعله ، كما لو باع بشرط ، فان الملك ينتقل فيه ، ومع عدم الشرط يتسلط على الفسخ ، نعم لو كان المذكور عوضاً لا شرطاً

ولو قال : اعرتك الدابة بعلفها فهي اجارة فاسدة تقتضي أُجرة المثل ، وكذا : اعرتك الدابة بعشرة دراهم .

صح ذلك ، لكن تكون إجارة فاسدة لا عارية .

قلنا : لما كان عقد العارية في غاية الضعف - ولهذا يعول فيه على قرائن الأحوال ، كالظرف الذي فيه الهدية والقصة المبعوث فيها الطعام ، فانه يجوز أكله منها ، وكذا ثمرته في غاية الضعف ، وهي مجرد إباحة الانتفاع - انتفت ثمرته بأدنى سبب ، بخلاف العقود اللازمة أو المثمرة للملك .

وأيضاً فان البيع مثلاً مبني على اللزوم ، وعدم فعل الشرط يوجب تزلزله وجوازه ، فظهر أثر الشرط في ذلك ، وأما العارية فان أثر العقد هو الإباحة التي لا شيء أضعف منها ، وجوازه ثابت على كل حال ، فلا بد للشرط من أثر ، وليس إلّا عدم جواز الانتفاع بدونه ، فيمنع منه إلّا بعد فعل الشرط ، وبه صرح في التذكرة^(١) .

والذي ذكره الشارح : جواز الفسخ بدون الشرط ، فينتفي مبيع العين ، فتثبت الأجرة^(٢) . وهذا لو صح إنما يؤثر فيما سيأتي ، أما ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا .

قوله : (ولو قال : اعرتك الدابة بعلفها ، فهي إجارة فاسدة تقتضي أُجرة المثل ، وكذا : اعرتك الدابة بعشرة دراهم) .

ووجهه : أن لفظ العارية وإن كان حقيقة في العقد المخصوص ، إلّا أن التصريح بالعوض ينافيه ، فينطبق على الاجارة من حيث المعنى ، فان المالك لم يبذل المنفعة مجاناً ، بل بعوض ، فاذا فات لفساد العقد وجب أُجرة المثل لتلك المنفعة التي أتلّفها .

(١) التذكرة ٢: ٢١١ .

(٢) ايضاح الفوائد ٢: ١٢٦ .

ج : لو أذن الولي للصبي في الإعارة جاز مع المصلحة .

فان قيل : هذا لا يقتضي كونها إجارة فاسدة كما ذكره المصنف ، لأن هذا الحكم ثابت مع كونها عارية فاسدة ، والأصل في اللفظ كونه حقيقة ، والمجاز يحتاج إلى الدليل ، ومع ذلك فالعقود بالقصود ، فمع قصد العارية كيف يكون إجارة؟ فيكون عارية فاسدة ، وهو أحد وجهي الشافعية^(١) .

والتحقيق أن يقال : إن أراد المصنف بقوله : (فهي إجارة فاسدة) أنها كذلك من حيث المعنى لكون المنفعة مقابلة بعوض ، ومن حيث الحكم باعتبار وجوب أجرة المثل - إذ المالك لم يبذل المنفعة مجاناً ، وامتناع معنى العارية هاهنا لانتفاء التبرع بالمنفعة الذي مدار العارية عليه - فهو حق .

وإن أراد أن لفظ العارية مرادُ به الإجارة البتة ، ولا يقع على هذا التقدير اسم العارية الفاسدة ، فليس كذلك ، ومن أين يعلم هذا والأصل في الاستعمال [الحقيقة]^(٢) والعقود تابعة للقصود؟ نعم شبهه بالإجارة الفاسدة أكثر ، فلعل المصنف أراد هذا المعنى ، فيندفع الإشكال عن كلامه .

واعلم أن صاحب الشرائع^(٣) ذهب إلى جواز الأجارة بلفظ العارية ، فاذا ضبطت المنفعة والعوض وقصد باللفظ الأجارة مجازاً صح عنده ، إلا أنه بقصد الأجارة يخرج عما نحن فيه ، وسيأتي تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى .

قوله : (لو أذن الولي للصبي في الإعارة جاز مع المصلحة) .

لا شك في الجواز مع المصلحة ، والعبرة حينئذ باذن الولي لا بعبارة

الصبي .

(١) كفاية الأختيار : ١٨١ .

(٢) لم ترد في (٤٠) ووق، وأثبتناها من الحجري والمفتاح : ٦ : ٥٩ عن جامع المقاصد، وهو الصحيح .

(٣) شرائع الإسلام : ٢ : ١٧٩ .

د : تجوز استعارة الفحل للضراب ، والكلب للصيد ، والسنور والفهد ، واستعارة الشاة للحلب وهي المنحة ، وله الرجوع في اللبن مع وجوده عنده وكذا غيرها .

الفصل الثاني: في الأحكام : وهي أربعة :

الأول: الرجوع : العارية عقد جائز من الطرفين ، إلا إذا أعار لدفن ميت فيمتنع نبش القبر الى أن يندرس أثر المدفون ، فلورجع في إذن البناء أو الغرس قبلهما وجب الامتناع ، فإن غرس حينئذ فللمالك القلع مجاناً والمطالبة بالأجرة وطمه الحفر .

ولورجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فالأقرب جواز اجابته ، لكن

قوله : (وكذا غيرها) .

أي : وكذا يجوز استعارة غير الشاة للحلب من الأنعام وغيرها .

قوله : (الفصل الثاني: في الأحكام ، وهي أربعة : الأولالرجوع :

العارية عقد جائز من الطرفين، إلا إذا أعار لدفن ميت، فيمنع نبش القبر إلى أن يندرس أثر المدفون).

لما في النيش من هتك حرمة المسلم ، قال في التذكرة : ولا نعلم فيه خلافاً^(١) . ولا يخفى أن المرجع في اندراس أثر المدفون إلى الظن الغالب .

قوله : (فان غرس حينئذ فللمالك القلع مجاناً) .

وله المطالبة بالقلع ، ويجبر عليه الغارس ، لأنه حينئذ غاصب .

قوله : (ولورجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع ، فالأقرب إجابهته

بشرط دفع أرش الغرس والزرع ولو قبل ادراكه ،

- لكن بشرط دفع أرش الغرس والزرع - ولو قبل إدراكه) .

مقتضى إطلاق العبارة تناول ما إذا كانت العارية مطلقة ، وأما إذا كانت مؤقتة بأمر معين في كل من البناء والغرس والزرع ، فيكون عدم الإجابة - وهو مقابل الأقرب - محتملاً في كل من الصور .

وقد صرح الشارح بأن الخلاف إنما هو فيما إذا أعاره للبناء أو الغرس مدة معينة ثم رجع قبل انقضائها ، وأعاره للزرع ثم رجع قبل إدراكه ، أما ما عدا ذلك فإن للمعير الرجوع إجماعاً^(١) .

وكلام الشيخ في المبسوط في العارية^(٢) ، وكذا ابن إدريس في السرائر^(٣) مصرّح بالمنع من الرجوع في الموضوعين^(٤) المذكورين خاصة ، لكن هذا لا يدل على ما ادّعاه من الإجماع .

ولا ريب أن ظاهر عبارة المصنف هنا وفي الصلح عدم الفرق ، بل كلامه في الصلح أدل ، حيث أنه فرض المسألة التي هي موضع الخلاف في البناء ولم يذكر العارية للزرع ، بحيث يحتمل اختصاص الإحتمال به .

(١) إيضاح الفوائد ٢ : ١٢٦ ، وما هنا مضمون كلام الشارح لا نصه .

(٢) في المبسوط ٣ : ٥٥ - ٥٦ قال الشيخ في حكم ما اذا كانت عارية الغرس مؤقتة بأمد معين : (فاما اذا أذن له الي سنة ثم رجع قبل مضي السنة. وطالب بالقلع من غير أن يضمن الأرض فلا يلزمه القلع الا بعد الضمان بلا خلاف)، وهو مخالف لما هنا، إذ لا يجبر على القلع سواء ضمن أم لم يضمن . وفي المفتاح ٦ : ٦٢ نقل قول الشيخ من دون لفظ (الا بعد الضمان) ولعله اختلاف في النسخ فتأمل .

(٣) السرائر : ٢٦٣ . وقال السيد العاملي في المفتاح ٦ : ٦٢ : ولم يصرح في السرائر بالمنع في صورة التوقيت كالمبسوط، والموجود فيها انه يجبر المستعير على القلع في البناء والغرس من دون فرق بين الاطلاق والتوقيت .

(٤) قال السيد العاملي في المفتاح ٦ : ٦٢ : وعنى بهما: الزرع قبل ادراكه، وما اذا كانت عارية البناء والغرس مؤقتة بأمد معين .

وصرح الشارح هناك بما يقتضي تعميم الخلاف ، حيث قال : وقال الشيخ^(١) وابن البراج^(٢) ليس له الرجوع بعده ، لأن إذنه اقتضى البقاء والدوام ، وفي القلع إضرار به ، فلا يملك المعير ذلك ، كما لو أعاره أرضاً للدفن^(٣) . هذا كلامه .

وجه القرب : أن بناء العارية على الجواز واللزوم يحتاج إلى دليل ، وهو منتف ، واللزوم في الدفن خرج بالاجماع ، والقياس باطل مع وجود الفارق ، فان هتك حرمة المسلم لا بدل لها ، بخلاف ما يتلف من المال بالقلع ، فان له بدلاً .

فإن قيل : الدليل قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار^(٤) » .

قلنا : هو مشترك بين المعير والمستعير ، والضرر لا يدفع بالضرر ، مع أنه إذا دفع الأرض حصل الجمع بين الحقيين ، لكن إنما يجاب إلى إزالة ما فعله المستعير إذا دفع الأرض للغرس والبناء والزرع .

وترك المصنف ذكر البناء اكتفاء ببيان حكم الغرس والزرع ، ووجهه : أن كلاً منهما محترم صدر بالاذن ، فلا يجوز إتلاف شيء فيه مجاناً ، وهذا رجوع من المصنف عن الأشكال الذي ذكره في الصلح إلى الجزم ، وهذا هو الأصح .

واعلم أن قوله : (ولو قبل إدراكه) وصلّي لقوله : (فالأقرب إجابته)

(١) المبسوط ٢ : ٢٩٧ .

(٢) نقله عنه العلامة في المختلق : ٤٤٨ .

(٣) ايضاح الفوائد : ١٠٧ .

(٤) الكافي ٥ : ٢٩٢ حديث ٢ ، الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٤ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٧ .

والأقرب توقف تملك الغرس بالقيمة أو الإبقاء بالأجرة على التراضي منهما .

بالنسبة إلى كل من الزرع والغرس ، وحاول به التنبيه على ردّ خلاف الشيخ^(١) وابن إدريس^(٢) ، المانعين من الرجوع في العارية للزرع قبل إدراكه ، لأن له أمداً ينتظر ، فلا يجوز له الرجوع قبله .

إن قيل : أي معنى لثبوت الأرش بعد الإدراك ، فانه حينئذ يطلب إزالته ولو لم يزل النقص بعدم الازالة والأرش عوض التالف .

قلنا : لم يحكم المصنف بثبوت الأرش في هذا الفرد ، وإنما حكم بثبوت الأرش وأطلق ، ولما كان الأرش عبارة عن عوض ما يتلف بالازالة ، وجب اختصاصه بما عدا ما بلغ مبلغاً يراد إزالته ، وإلا لكان بمعرض النقصان .

قوله : (والأقرب توقف تملك الغرس بالقيمة أو الإبقاء بالأجرة على التراضي منهما) .

خالف الشيخ^(٣) وابن الجنيد^(٤) في ذلك ، حيث قالوا بأنه إذا دفع صاحب الأرض قيمة الغرس ، أُجبر صاحب الغرس على أخذها ، ويملك صاحب الأرض الغرس ، لأنه لا ضرر عليه .

وهو ضعيف ، لأن نقل الملك من مالك إلى آخر لا يكفي فيه عدم الضرر ، بل لا بدّ من التراضي ، وكذا الإبقاء بالأجرة ، لأن استحقاق العوض في مقابل المنفعة إنما يكون بالتراضي ، والأصح مختار المصنف .

(١) المبسوط: ٣: ٥٥ - ٥٦ .

(٢) السرائر: ٢٦٣ .

(٣) المبسوط: ٣: ٥٥ .

(٤) نقل قوله فخر المحققين في ايضاح الفوائد ٢: ١٢٧ .

ولو رجع في عارية الجدار لوضع الخشب قبله جاز ، وبعده على الأقوى ، فيستفيد التخيير بين طلب الأجرة للمستقبل مع رضى المستعير ، وبين القلع مع دفع أرش النقص وإن أدى الى خراب ملك المستعير لكون الأطراف الأخر مبنية عليه على اشكال .

قوله : (وبعده على الأقوى ، فيستفيد التخيير بين طلب الأجرة للمستقبل مع رضى المستعير . . .) .

قد سبق أن الأصح أن له الرجوع مطلقاً مع الأرش ، ومعنى قول المصنف : (فيستفيد التخيير . . .) أن المعير يستفيد برجوعه تخير الشارع إياه بين الأمرين .

قوله : (وإن أدى إلى خراب ملك المستعير ، لكون الأطراف الأخر مبنية عليه على إشكال) .

أي : على ملك المستعير ، ولعل ذكر هذا الفرع هو السبب في إعادة المسألة التي قبله ، إذ قد سبقت في الصلح .

ومنشأ الاشكال : من أن جواز الرجوع مشروط بما إذا لم يستلزم التصرف في ملك الغير (وتخریب بنائه الواقع في ملكه ، فان الثابت له هو تفريغ ملكه من ملك الغير ، لا تخريب ملك الغير^(١)) .

ومن أن ذلك مما يتوقف عليه التفريغ الذي هو حق للمعير ، ولا يتم إلا به ، فهو مقدمته ، والمستعير هو الذي أدخل الضرر على نفسه ، بينائه في ملكه بناء معرضاً للزوال بالرجوع في العارية التي هي مبنية على الجواز. والأول مختار الشيخ^(٢) وابن ادریس^(٣) ، والأصح الثاني .

(١) ما بين القوسين لم يرد في (م) .

(٢) المبسوط: ٢٩٧ و٣: ٥٦ .

(٣) السرائر: ٢٦٣ .

ولو انهدم الحائط ، أو أزال المستعير الخشب باختياره أو باكره ، أو انقلعت الشجرة لم يملك اعادته ، سواء بنى الحائط بآلته أو بغيرها ما لم يجدد الإذن .

فروع

أ - لورجع في الإعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جاز .

ب : لورجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع مجاناً على اشكال ، وفي استحقاق الأجرة قبله نظر .

قوله : (فروع : أ ، لورجع في الإعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جاز) .

لأنه لا يستلزم النيش المحرم ، وأجرة الحفر حيث تثبت على ولي الميت ، أما الطم فإنه على صاحب الأرض ، لصدوره بإذنه .

قوله : (ب : لورجع قبل الغرس ، فلم يعلم حتى غرس ، جاز له القلع مجاناً على إشكال) .

ينشأ : من التردد في نفوذ الرجوع قبل العلم ، وسيأتي ان شاء الله تعالى تحقيقه في الوكالة .

والأصح أنه لا ينفذ ولا يخاطب به إلا بعد العلم ، إذ لو نفذ لكان ممنوعاً من الغرس وعادياً ، وهو يقتضي التكليف بما لا يطاق ، إذ يستلزم خطاب الغافل ، فحينئذ لا بدّ من الأرش .

قوله : (وفي استحقاق الأجرة قبله نظر) .

أي : قبل القلع أو قبل العلم ، والأول أوقع ، لأن السياق يقتضي كون

ولو حمل السيل نواة فنبتت في أرض غيره أجبر المالك على القلع ،
والأقرب أن عليه تسوية الأرض لأنه قلعه لتخليص ملكه ،

هذا من أقسام ما إذا لم يعلم بالرجوع حتى غرس ، ومنشأ النظر هو منشأ
الاشكال ، فان الرجوع إن نفذ كان تصرفه في ملك الغير بغير إذن ، فتجب
الأجرة ، وإلا فلا بحث ، والأصح عدم الوجوب .

قوله : (ولو حمل السيل نواة فنبتت في أرض غيره ، أجبر المالك
على القلع) .

لو حمل السيل نوى شخص أو حبه إلى ملك آخر فنبتت في أرضه ، فهو
باق على ملك مالكة ، ولصاحب الأرض مطالبته بالإزالة ، فيجب عليه ، لأن
ملكه قد شغل أرض غيره بغير حق ، فيجب تخليصه منها ، ولا أجرة عليه على
الظاهر إذا لم يقصر في القلع ، وهذا إذا لم يكن النوى والحب ممن أعرض عنه
المالك وطرحه ، فان كان كذلك فله تملكه ولصاحبه الرجوع فيه ، ولو جهل
المالك مع عدم تحقق الإعراض ، فهو مال مجهول المالك .

قوله : (والأقرب أن عليه تسوية الأرض ، لأنه قلعه لتخليص ملكه) .

وجه القرب : أن الحفر أمر واجب عليه ، لمحض تخليص ملك الغير
وتخليته من ملكه ، حيث أنه شغله بغير حق فوجبت التسوية .

ويحتمل ضعيفاً العدم ، لأن التخليص عائد على صاحب الأرض أكثر .

ويرده : أنه وإن كان كذلك ، إلا أن ذلك الحق لصاحب الأرض ، فان
شغل أرضه لما كان بغير حق ، وجب أن يكون رفع ذلك واجباً على مالك
النوى ، وما يحدث من الضرر عليه إزالته ، وهو الأصح .

ولا يخفى أن تعليل المصنف ليس بجيد ، لأنه مشترك بين صاحب
الأرض والنوى ، فلا يستلزم ما ادّعاه .

ولصاحب الأرض الإزالة مجاناً .

ج : لو رجع في اذن الزرع وقد بلغ القصيل وجب قلعه مجاناً ؛
لانتفاء الضرر ، ومع الضرر الأرش .

د : لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً وتسوية الحفر ألزم الوفاء ولا
أرش ، وإن شرط الأول لم يكلف المستعير التسوية .

هـ : لو لم يشترط القلع فأراد المستعير فله ذلك ، وهل عليه
التسوية ؟ اشكال ينشأ : من أنه كالمأذون في القلع بأصل الإعارة ، ومن
أنه قلع باختياره فليرد الأرض كما كانت .

قوله : (ولصاحب الأرض الإزالة مجاناً) .

لما قلناه : من أن شغل ملكه بغير حق .

قوله : (لو رجع في الإذن وقد بلغ القصيل وجب فصله مجاناً ،
لانتفاء الضرر ، ومع الضرر الأرش) .

هذا إذا كان ذلك النوع من الزرع مما يعتاد فصله ، سواء حصل بقضله
ضرر ونقصان أم لا ، لكن مع انتفاء الضرر لا أرش ، ومعها يجب الأرش ، أما
لو لم يكن ذلك النوع معتاداً فصله ، فالأقرب أن حكمه في القلع والتبقيّة حكم
الرجوع في الغرس ، وفاقاً للمصنف في التذكرة^(١) ، حملاً للإطلاق على العادة
الغالبية .

قوله : (لو لم يشترط القلع فأراد المستعير ، فله ذلك ، وهل عليه
التسوية؟ إشكال ، ينشأ : من أنه كالمأذون في القلع بأصل الإعارة ، ومن
أنه قلع باختياره فليرد الأرض كما كانت) .

لو قيل في توجيه الاشكال غير هذا لكان أوجه ، وتحقيقه : أن الاذن في

و : يجوز للمعير دخول الأرض ، والانتفاع بها ، والاستغلال بالبناء والشجر ، وكل ما لا يضر البناء والغرس ، وللمستعير الدخول لسقي الشجر ، ومرمة البناء دون التفرج .

الزرع إذن في توابعه التي من جملتها القلع ، ومتى كان القلع ماذوناً فيه من المالك لم تجب التسوية ، ووجه الوجوب : أنه قد أحدث في أرض الغير حدثاً باختياره ، فيجب عليه إصلاحه .

ولقائل أن يقول : لا نسلم أن الإذن في الزرع يقتضي الإذن في القلع ، ولا دليل يدل على ذلك ، فيكون القلع حينئذ جناية غير مأذون فيها ، ولا ريب أن المسألة محل تردد ، فنحن فيها من المتوقفين .

ومثله ما لو نقصت الأرض بالقلع ، فإن في وجوب الأرش الإشكال .

واعلم : أن قول المصنف (لو لم يشترط القلع) يشعر بأنه لو اشترط لم يجب عليه التسوية ، وهو كذلك ، لأن القلع حينئذ مأذون فيه ، فلا يكون ما أحدث بسببه مضموناً .

قوله : (يجوز للمعير دخول الأرض والانتفاع بها ، والاستغلال بالبناء والشجر ، وكل ما لا يضر البناء والغرس) .

أي : ويجوز له كل ما لا يضر البناء والغرس ، لأن ذلك كله تصرف في ملكه ، أما التصرف في البناء والغرس فلا يجوز .

قوله : (وللمستعير الدخول لسقي الشجر ومرمة البناء دون التفرج)

أما السقي فانه من ضرورات الغرس ، ومثله سقي الزرع ، وأما مرمة البناء فليس تجديداً ليتوقف على الإذن ، وفي تركه إضاعة المال المنهي عنها ، بخلاف التفرج ، فانه غير مأذون فيه .

قال في التذكرة : لو تعطلت المنفعة على صاحب الأرض بدخوله ، لم

ز : لكل من المستعير والمعير بيع ملكه من صاحبه ، ومن اجنبي .

ح : لو أعاره للغرس مدة معينة فله الرجوع قبله ، وقبل انقضائها مع الأرض ، وهو التفاوت بين كونها قائمة الى المدة ومقلوعة قبل انقضائها ،

يمكن منه إلا بالأجرة ، جمعاً بين حفظ المالين^(١) .

قوله : (لكل من المعير والمستعير بيع ملكه من صاحبه ومن جنبي) .

منع بعض العامة من بيع المستعير ملكه ، لأنه في معرض النقص والهدم . وليس بشيء ، فان الحيوان المشرف على التلف يجوز بيعه ، وكذا المستحق للقتل قصاصاً ، ومتى كان المشتري جاهلاً بالحال فله الخيار ، بخلاف ما إذا كان عالماً ، وينزل منزلة المستعير .

ويجوز بيعهما معاً باتفاقهما : المعير والمستعير ، وحينئذ فيوزع الثمن على أرض مشغولة بالغراس أو البناء على وجه الاعارة ، مستحق للقلع مع الأرض ، أو الإبقاء مع الأجرة إذا تملكه بالقيمة مع التراضي فيهما ، وعلى ما فيها من بناء أو غرس مستحق للقلع على أحد الأنحاء ، فحصة الأرض للمعير وحصة ما فيها للمستعير .

قوله : (لو أعاره للغرس مدة معينة ، فله الرجوع قبله وقبل انقضائها مع الأرض) .

التقييد بالأرض مخصوص بما إذا رجع قبل انقضاء المدة ، لأنه إذا رجع قبل الغرس لا نقص حينئذ بسبب الرجوع على غرس المستعير بتدارك الأرض .

قوله : (وهو التفاوت بين كونها قائمة إلى المدة ومقلوعة قبل انقضائها) .

وله الرجوع بعدها ، والإلزام بالقلع مجاناً .

إنما اعتبر في الأرض تقويمها قائمة إلى المدة المعينة وتقويمها مقلوعة ، لأن بقاءها إلى المدة مستحق إلى أن يبدل الأرض ، ومن ثم تقوم قائمة على حالها ، ومقلوعة فيما إذا أعار للغرس مثلاً وأطلق ، لأنها مستحقة للإبقاء مطلقاً إلى أن يبدل الأرض ، وقبله لا يجوز قلعها .

ومن توهم أن الأرض لا بدّ فيه من تقويمها قائمة بالأجرة ، فقد غلط قطعاً ، إذ لا أجرة حينئذ .

قوله : (وله الرجوع بعدها والإلزام بالقلع مجاناً) .

أي : بعد المدة المشترطة ، لأن زمان العارية ينتهي بانتهائها ، وحينئذ فيكون شغل أرض المعير بها بغير استحقاق ولا إذن ، فيستحق الإزالة .

وفي التذكرة فصل تفصيلاً آخر ، حاصله : أنه إن شرط القلع بعد المدة أو نقض البناء وجب ولا أرض^(١) ، عملاً بالشرط ، وكذا لا يجب على المستعير طم الحفر ، للآذن فيه. الحاصل بالشرط . وإن لم يكن شرط عليه القلع واختاره المستعير كان له ذلك ، والأقوى عنده أن عليه تسوية الأرض ، لأنه أحدث في أرض الغير^(٢) حدثاً باختياره . وإن لم يختار القلع وأراد المعير ، فلا بد من الأرض^(٣) . هذا محصل كلامه ، وهو مخالف لما هنا .

والذي يظهر من مطاوي كلامه : أن فائدة تعيين المدة في العارية ، أن للمستعير تجديد الغرس مثلاً في كل يوم إلى انقضاء المدة ، فبعده لا يجوز . والظاهر أن ما اختاره هنا هو الصواب ، لأن تأقيت مدة العارية يقتضي انتفاءها بعد انقضائها .

(١) في وق: لا يجب الأرض.

(٢) في وق: المعير.

(٣) التذكرة ٢ : ٢١٢ .

ولا فرق بين الغرس والزرع على اشكال ينشأ : من أن الغرس والبناء للتأيد ، وللزرع مدة تنتظر فليس له الرجوع قبلها .

الثاني: الضمان : العارية أمانة لا يضمنها المستعير إلا بالتفريط في الحفظ ، أو التعدي ، أو اشتراط الضمان ،

نعم لو صرح في العقد بكون التأقيت لتحديد التصرف فقط لا لمدة العارية ، كان ما ذكره في التذكرة متجها .

قوله : (ولا فرق بين الزرع والغرس على إشكال ، ينشأ : من أن البناء والغرس للتأيد ، وللزرع مدة تنتظر فليس له الرجوع قبلها) .

أي : لو أعار للزرع مدة معينة فانقضت ولما يدرك ، فهل يكون الحكم كما سبق في الغرس ، وهو وجوب القلع مجاناً؟ أم يفرق بينهما ، فيكون الحكم في الزرع كالحكم فيما لو أعار للغرس ولم يقيد بمدة ، فيجب الأرش إذا أراد القلع؟ في الفرق وعدمه أشكال .

ينشأ : من أن البناء والغرس للتأيد ، فيمكن التأقيت فيه بأي مدة أراد المعير ، لعدم تفاوت الأزمنة بالنسبة إليه ، بخلاف الزرع ، فان له مدة تنتظر ، فلا يعتد بالتأقيت القاصر عنها .

ومن أن الناس مسلطون على أموالهم ، والمسلمون عند شروطهم ، ولم تصدر الإباحة من المالك إلا إلى الأمد المخصوص ، وقد دخل المستعير على القلع عند انقضائه ، فيجب الوفاء ، وهو الأصح . وضعف الأول ظاهر .

ولا يخفى أن موضع الاشكال ما اذا لم يكن عدم إدراك الزرع مستنداً إلى تقصير المستعير ، فان أخز باختياره حتى ضاق الوقت وجب القلع مجاناً قطعاً .

قوله : (الثاني الضمان ، العارية أمانة لا يضمنها المستعير . . .)

أو كانت ذهباً أو فضة وإن لم يشترط الضمان إلا أن يشترط سقوطه .
وفي دخول المصوغ نظر ،

العارية أمانة باجماع علمائنا ، والنص من أهل البيت عليهم السلام^(١) ،
إلا في مواضع منها : التعدي أو التفريط في الحفظ وهو ظاهر ، ومنها : ما إذا
اشترط الضمان بالنص^(٢) والاجماع ، ومنها : عارية غير المالك فانها غصب
في الحقيقة ، ومنها : عارية الصيد للمحرم - فان إمساكه حرام عليه ، فيكون
متعدياً وضامناً ، وهذا ظاهر بالنسبة إلى حق الله تعالى ، أما بالنسبة إلى حق
المعير الذي هو المالك ففيه الكلام السابق - ومنها : عارية الذهب والفضة كما
سيأتي إن شاء الله تعالى .

قوله : (أو كانت ذهباً أو فضة وإن لم يشترط الضمان ، إلا أن
يشترط سقوطه) .

إذا كان الذهب أو الفضة دنائير أو دراهم فلا خلاف في ضمانها ،
والنصوص^(٣) في ذلك كثيرة ، إنما الخلاف في المصوغ منهما ، وهذا إذا لم
يشترط سقوط الضمان ، أما مع اشتراطه فانه يسقط قطعاً ، للنص^(٤) ، ولوجوب
الوفاء بالشرط .

قوله : (وفي دخول المصوغ نظر) .

لا شبهة في دخول المصوغ من الذهب والفضة في مسامها ، إنما
الكلام في دخولهما في الحكم ، فكأنه أراد أن في اندراجهما في الحكم
بالضمان نظراً ، ينشأ من تخيل تعارض النصوص :

(١) الكافي ٥ : ٢٣٨ باب ضمان العارية والوديعة ، التهذيب ٧ : ١٨٢ باب العارية .

(٢) الكافي ٥ : ٢٣٨ حديث ١-٣ ، التهذيب ٧ : ١٨٣ حديث ٨٠٤ ، ٨٠٦ .

(٣) الكافي ٥ : ٢٣٨ حديث ٢ ، ٣ ، التهذيب ٧ : ١٨٣ حديث ٨٠٤ ، ٨٠٦ .

(٤) الكافي ٥ : ٢٣٨ حديث ٣ ، التهذيب ٧ : ١٨٣ حديث ٨٠٦ .

فان في حسنة زرارة عن الصادق عليه السلام في كون العارية مضمونة :
 « جميع ما استعرت فتوى^(١) فلا يلزمك تواه ، إلا الذهب والفضة فانهما
 يلزمان^(٢) » الحديث .

وفي صحيحة ابن مسكان عن الصادق عليه السلام : « لا تضمن العارية
 إلا أن يكون اشترط فيها ضماناً ، إلا الدنانير فانها مضمونة وإن لم يشترط فيها
 ضماناً^(٣) » وحسنة عبد الملك عنه عليه السلام^(٤) مثلها ، إلا أن الإستثناء فيها
 للدراهم .

والتحقيق : أنه لا تعارض ، لأن استثناء الذهب والفضة في الرواية
 الأولى يقتضي ثبوت الضمان في هذين الجنسين ، لأن اللام فيهما للجنس ،
 واستثناء الدراهم والدنانير في الروايتين الاخيرتين يقتضي كون المخرج من
 العموم الدراهم والدنانير ، فيبقى العموم فيما عداهما بحاله ، فيخرج منه
 الجنسان من حيث هما ذهب وفضة ، لأنهما أخص من هذا العموم مطلقاً ، ولا
 تعارض بين العام والخاص .

وما ذكره الشارح - من أن الدراهم والدنانير أخص من الذهب والفضة ،
 فيخصان بهما ، وتكون الدراهم والدنانير مخصوصين للعموم^(٥) - لا محصل
 له ، ولا ينطبق على القوانين ، لأن استثناء الذهب والفضة تارة واستثناء الدراهم
 والدنانير تارة أخرى ، لا يقتضي أكثر من أن أحد المخصصين أعم من الآخر
 مطلقاً ، فيخص بكل منهما ، لأن أحدهما يخص بالآخر .

(١) قال الجوهرى في الصحاح (توى) ٦ : ٢٢٩٠ - والتوى - مقصور : هلاك المال .

(٢) الكافي ٥ : ٢٣٨ حديث ٣ ، التهذيب ٧ : ١٨٣ حديث ٨٠٦ .

(٣) الكافي ٥ : ٢٣٨ حديث ٢ ، التهذيب ٧ : ١٨٣ حديث ٨٠٤ ، الاستبصار ٣ : ١٢٦ حديث ٤٤٨ .

(٤) التهذيب ٧ : ١٨٤ حديث ٨٠٨ .

(٥) ايضاح الفوائد ٢ : ١٣٠ .

أو استعار من المستعير ، أو صيداً في الحرم ، أو كان محرماً

وما توهمه بعضهم - من أن أحدهما مطلق والآخر مقيد ، فيحمل المطلق على المقيد - ليس بشيء أيضاً ، لأنه إذا أخرج من العموم الدنانير والدرهم في لفظ ، وأخرج الذهب والفضة في لفظ آخر لم يكن بينهما منافاة ، لأن إخراج الأمر الكلّي إخراج لبعض أفراده ، كما أن إخراج البعض لا ينافي إخراج الكلّ .

فإن قيل : المنافاة حاصلة ، لأن الاستثناء إذا دلّ على أن المخرج ليس الدراهم والدنانير ، نافي أن يكون المخرج الذهب والفضة ، فيجمع بينهما بحمل الذهب والفضة على الدراهم والدنانير .

قلنا : الاستثناء وإن دلّ على ذلك ، إلّا أنه يقتضي بقاء العموم فيما عداهما ، والاستثناء الآخر يقتضي بقاءه فيما عدا الذهب والفضة ، والأصل فيهما إرادة الحقيقة ، وحملهما على المجاز خلاف الظاهر ، ولا شك أن العدول بهما عن الحقيقة أبعد من استعمال اللفظ مجازاً في الأفراد الأقل ، وهذا بمثابة : قام القوم إلّا الشجاع منهم مع قام القوم إلّا زيداً ، وهو أحد الشجعان .

والأرجح الضمان ، فيدخل المصوغ ، ويؤيده عموم « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(١) .

قوله : (أو استعار من المستعير صيداً في الحرم أو كان محرماً) .

يرد عليه ما سبق من الإشكال ، إلّا أن يريد به بالاضافة إلى حقّ الله تعالى ، لكنه خلاف ما صرح به .

فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً وإلا فالقيمة يوم التلف .
ويحتمل أعلى القيم من حين الضمان الى حين التلف .
ويجب رد العين مع الطلب والمكنة ، فإن أهمل معهما ضمن .
ولو تلفت بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فأشكال ينشأ : من
استناد التلف الى مأذون فيه ، ومن انصراف الإذن غالباً الى استعمال غير
متلف ،

قوله : (فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً ، وإلا فالقيمة
يوم التلف ، ويحتمل أعلى القيم من حين الضمان إلى حين التلف) .
وجه الأول : أن الواجب مع بقاء العين ردها دون القيمة ، وإنما ينتقل
إليها حين التلف ، لتعذر رد العين حينئذ ، فتجب قيمته حين التلف ، ففي قول
المصنف : (يوم التلف) توسع ، وهذا هو الأصح كما سبق بيانه غير مرة .
وجه الثاني : كون كل واحدة من القيم المتعددة في محل كون العين
مضمونة (فتكون مضمونة)^(١) إذ معنى الضمان كونها لو تلفت تجب تلك
القيمة .

وهناك ثالث وهو : وجوب قيمته حين الضمان ، لأنها ثابتة أول أوقات
صيرورته مضموناً - على معنى وجوبها لو تلفت - فيبقى ، وقد سبق تنقيح مثل
هذا البحث في البيع .

قوله : (ولو تلفت بالاستعمال ، كثوب انمحق باللبس فأشكال ،
ينشأ : من استناد التلف إلى مأذون فيه ، ومن انصراف الاذن غالباً إلى
استعمال غير متلف) .

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م» .

فإن أوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم، وكذا لو اشترط الضمان فنقصت بالاستعمال ثم تلفت، أو استعملها ثم فرط فإنه يضمن القيمة يوم التلف؛ لأن النقص غير مضمون على اشكال.

لقائل أن يقول: إن وجهي الاشكال لا يتعلقان بمسألة واحدة، لأن استعمال المتلف إما أن يكون بحيث يتناوله الاذن - فيكون مأذوناً فيه - أو لا، فعلى التقدير الأول لا يجيء الوجه الثاني، وعلى الثاني لا يجيء الأول.

ويمكن بيانه بطريق آخر، وهو أن يقال: منشأ الاشكال: من دلالة ظاهر الاذن في الاستعمال على تجويز كل استعمال، ومن أن الغالب في الاستعمال ما لا يكون متلفاً، فيحمل الاطلاق عليه.

والذي يقتضيه النظر: أن الاستعمال المتلف متى كان بحيث يتناوله عقد العارية لا يستعقب ضماناً، واختاره في التحرير^(١)، وفيه قوة.

نعم لو شك في تناول اللفظ إياه فالضمان قوي، ولا أستبعد أن يكون من صور الثاني مالو أذن في لبس الثوب ولم يزد، بخلاف مالو أذن في كل لبس أو في لبسه دائماً، لأن إذنه في لبسه في الجملة لا يقتضي الاذن في كل لبس قوله: (فإن أوجبناه ضمن بالقيمة آخر حالات التقويم).

أي: فإن أوجبنا الضمان في الصورة السابقة - حملاً للإذن في الاستعمال على استعمال غير متلف - ضمنه بقيمته آخر حالات تقويمه قبيل التلف، لحمل الاذن على كل لبس غير متلف، فالضمان منتف إلى حين التلف.

قوله: (وكذا لو شرط الضمان، فنقصت بالاستعمال ثم تلفت، أو استعملها ثم فرط، فإنه يضمن القيمة يوم التلف، لأن النقص غير مضمون على إشكال).

(١) تحرير الأحكام ١: ٢٧١.

وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة ، فلو نقص من العين شيء ، أو تلف بالاستعمال فلا ضمان ، إلا أن يشترط ذلك في العارية .

أي : وكذا لو شرط المعير ضمان العين لو تلفت ، فنقصت بالاستعمال المأذون فيه ثم تلفت ، فانه يضمن قيمة يوم التلف خاصة ، لأن النقص بفعل مأذون فيه ، فلا يكون مضموناً على إشكال ، ومثله ما لو استعملها بالاذن ثم فرط في حفظها ، فصار ضامناً ثم تلفت ، فان الاشكال آت .

ومنشأ الاشكال : من استناد النقص إلى فعل مأذون فيه فلا يكون مضموناً ، ومن أنها عين مضمونة بالإشترط والتفريط ، فيكون ذلك النقص مضموناً . وفي رواية^(١) وهب - وهي ضعيفة السند - ما يقتضي الضمان .

والتحقيق أن نقول : إن الضمان للأجزاء في العارية التي فرط فيها بعد أن نقصت الأجزاء بالاستعمال المأذون فيه - مع أن النقص بالاستعمال غير مضمون إذا ردّ العين - لا وجه له .

أما العارية المضمونة ، فقد تعارض فيها : تضمين الأجزاء الذي هو مقتضى تضمين العين ، والإذن في الاستعمال الذي هو مقتضى لكون أنواع الاستعمال المأذون فيها لا يتعلق بها ضمان ، وهو محل التردد .

ولا أستبعد الضمان ، لأنه ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص ، ولأنه لا منافاة بين كون الاستعمال مأذوناً فيه والنقص مضموناً ، وهذا قوي جداً .

قوله : (وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة ، فلو نقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال فلا ضمان ، إلا أن يشترط ذلك في العارية) .

لا يخفى أن هذا مناف لما سبق في كلامه من الاشكال في كل من المسألتين ، والفتوى على ما قدمناه ، ولو حملت العبارة السابقة على استعمال

(١) الكافي ٥ : ٣٠٢ حديث ٢ ، التهذيب ٧ : ١٨٥ حديث ٨١٤ ، الاستبصار ٣ : ١٢٥ حديث ٤٤٥ .

والمستعير من المستأجر ، والموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك .

ولو استعار من الغاصب عالماً بالغصب فللمالك الرجوع على من شاء بالأجرة وأرش النقص والقيمة لو تلفت ، ويستقر الضمان على المستعير ، ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع ، إلا أن يكون هناك ذهب أو فضة فإن الأقرب الضمان على المستعير خاصة .

غير مأذون فيه وهذه على مأذون فيه لم يتجه الاشكال ، بل يتعين الضمان قطعاً ، ولو حملت هذه العبارة على أن الباء التي في قوله : (بالاستعمال) بمعنى مع - ليكون التلف لا بسبب الاستعمال - لا ندفع التنافي ، إلا أنه بعيد عن الظاهر جداً ، وعلى كل حال فالعبارة لا تخلو من شيء .

قوله : (والمستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك) .

لأن كل واحد منهما مالك للمنفعة فله نقلها إلى غيره ، وهذا إذا لم يشترط عليه استيفاؤها بنفسه ، والظاهر أنه لا يجوز له تسليم العين إلا باذن المالك ، كما سيأتي بيانه في الاجارة إن شاء الله .

قوله : (ومع الجهل يضمن الغاصب الجميع ، إلا أن يكون ذهباً أو فضة فإن الأقرب الضمان على المستعير خاصة) .

أي : ومع جهل المستعير بالغصب يستقرّ الضمان على الغاصب ، إلا إذا كانت العارية مضمونة لكونها ذهباً أو فضة ونحوهما ، فإن الأقرب أن قرار الضمان على المستعير خاصة ، هذا هو المراد من العبارة ، لأن المستعير وإن كان جاهلاً فإن يده يد عدوان ، فللمالك الرجوع عليه ، لعموم على اليد ما أخذت^(١) .

(١) مستدرك الوسائل ٣ : ١٤٥ ، سنن البيهقي ٦ : ٩٥ ، مستدرك الحاكم ٢ : ٤٧ .

ولو جحد العارية بطل استثماره ويضمن .

ولو تجاوز المأذون ضمن .

ولو أمر رسوله بالاستعارة الى قرية ، فكذب الرسول وأخبر المعير بطلب المستعير الى أخرى ، فخرج بها المستعير الى ما ذكره الرسول فتلفت لم يضمن ؛ لأن صاحبها أعارها اليه . ولو خرج بها الى ما قال المستعير لرسوله فتلفت ضمن ، ولا شيء على الرسول وإنما يبرأ الضامن اذا رد على المالك أو وكيله لا الى الحرز ، ولو تجاوز المسافة المشتركة لم يبرأ بالرد اليها .

وتوهم أن المراد ما يقتضيه ظاهر العبارة - من اختصاص الضمان بالغاصب في الأولى وبالمستعير في الثانية - فاسد بما قلناه .

ووجه القرب : أنه مع عدم كون العارية مضمونة دخل على أنها أمانة ، والمغرور يرجع على من غره ، ومع كونها مضمونة دخل على الضمان ، وقد استقرّ التلف في يده ، فيستقر الضمان عليه ، وهو الأصح .

ويحتمل ضعيفا عدم لغوره ، وليس بشيء ، لأن غوره في كونها غير مغبوبة ، والضمان غير ناشيء عن الغصب ، بل عن كونها مضمونة ، وهو ظاهر .

قوله : (ولو أمر رسوله بالاستعارة إلى قرية ، فكذب الرسول وأخبر المعير بطلب المستعير إلى أخرى ، فخرج بها المستعير إلى ما ذكره الرسول فتلفت لم يضمن . لأن صاحبها أعارها إليه ، ولو خرج بها إلى ما قال المستعير لرسوله فتلفت ضمن ولا شيء على الرسول) .

أما الحكم الأول فوجهه ما ذكره المصنف : من أن العارية وقعت إلى ذلك الموضع ، ويرد عليه : أن خروجه إلى القرية الأخرى مع عدم علمه باذن

الثالث: التسلط على الانتفاع : ويتقدّر بقدر التسليط ، وينتفع بما جرت العادة به ، فلو أعاره الدابة لحمل معين لم تجز له الزيادة ويجوز النقصان ، ولو اطلق فله حمل المعتاد على مثلها .

المعير إليها يكون تصرفاً ممنوعاً منه شرعاً ، فحقّه أن يضمن على مقتضى ما ذكره في عارية الصيد للمحرم ، وثبوت الاثم عليه لإقدامه بزعمه على فعل المحرم لا ريب فيه .

وأما الحكم الثاني فانه مستقيم إذا أخبر الرسول المرسل بالحال الواقع أو سكت ، أما إذا أخبره بالعارية إلى ما طلب المستعير ، فان قرار الضمان على الرسول على أظهر الوجهين لكونه غاراً ، فاطلاق العبارة لا يخلو من شيء .

قوله : (الثالث : التسلط على الانتفاع ، ويتقدّر بقدر التسليط ، وينتفع بما جرت العادة به) .

أما تقدّر الانتفاع بقدر التسليط فواضح ، إذ لا يجوز التصرف في مال الغير إلّا بمقتضى الاذن ، فان عمّم له وجوه الانتفاع - كأن أعاره الأرض لينتفع بها في الزرع والغرس والبناء وغير ذلك - كان له الانتفاع بسائر وجوه النفع المعدة تلك العين لها ، وإن خصّص لم يجز التخطي قطعاً ، وإن أطلق صح على أقرب الوجهين .

إلّا أن كلام المصنف في التذكرة اختلف ، ففي أول كلامه أجراه مجرى التعميم ، فجوز جميع وجوه الانتفاع ، وفي آخر البحث مال إلى الانتفاع بما جرت به العادة الغالبة من الانتفاع بتلك العين ، فلو أعاره الأرض كذلك كان له البناء والغرس والزرع ، دون الرهن والوقف والدفن والاجارة^(١) ، وهو مختاره في التحرير^(٢) .

(١) التذكرة ٢ : ٢١١ .

(٢) تحرير الأحكام ١ : ٢٦٩ .

ولو أذن في زرع الحنطة تخطى الى المساوي والأدون لا الأضر ،
ولو نهاه حرم التخطي وعليه الأجرة لو فعله . والأقرب عدم إسقاط التفاوت
مع النهي لا الإطلاق ،

إذا تقرر هذا فعبارة الكتاب لا تخلو من مناقشة ، لأن الانتفاع بمجرى
العادة لا يثبت في كل موضع كما حققناه ، بل مع الإطلاق خاصة ، والمتبادر
من العبارة الانتفاع بما جرت العادة مع تقدير التسليط ، فلو قال : ويتنفع بما
جرت العادة به لو أطلق لكان أولى .

قوله : (ولو أذن في زرع الحنطة تخطى إلى المساوي والأدون لا
إلى الأضر) .

الظاهر من كلامهم أن هذا الحكم إجماعي ، وإلا فهو مشكل من حيث
الدليل ، لوجوب الاقتصار على المأذون ، فعلى هذا لو كان أحد الشئيين أقل
ضرراً من وجه وأشد من وجه آخر ، فهل يجوز التخطي من أحدهما إلى الآخر؟
فيه تردد .

قوله : (ولو نهاه حرم التخطي وعليه الأجرة لو فعله) .

أي : فعل التخطي حيث نهاه عن زرع غير المعين ، ووجوب أجرة المثل
لأن ذلك تصرف غير مأذون فيه .

قوله : (والأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهي لا الإطلاق) .

أي : الأقرب عدم إسقاط التفاوت بين الأجرتين للمأذون في زرعه ،
وللمتخطي إليه (إذا كان المتخطى إليه)^(١) أضر وقد نهاه عن التخطي .
والمراد بـ (التفاوت) هو مقدار أجرة المأذون فيه .

والأقرب أنه ليس الحكم كذلك مع الإطلاق ، والمراد به : الاذن في

(١) ما بين القوسين لم يرد في «م» .

زرع معين مع عدم النهي عن التخطي ، فالمراد بالاطلاق ما قابل النهي .
 ووجه القرب في الاول : أنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه ، فيضمن
 المنفعة المستوفاة بتمامها .

ويحتمل ضعيفاً : ضمان ما زاد على أجرة المأذون فيه فقط ، لأنه قد
 أباحه المنفعة المخصوصة ، فلا يجب لها عوض ، بخلاف المنفعة الزائدة ،
 فانها التي لم يؤذن فيها .

وضعف هذا ظاهر ، لأنه إنما أذن في المنفعة في مخصوص لا مطلقاً ،
 فاذا جاوزه كان انتفاعه كله عدوانا ، فيضمن الجميع ، وهو الأصح .

ووجه القرب في الثاني : أنه مع عدم النهي عن التخطي ، استفاد بالاذن
 في الزرع المخصوص استباحة المنفعة المخصوصة في ضمن أي فرد كان ،
 فحيث تخطى إلى الأضر ، كان مقدار منفعة المأذون فيه مباحاً له خاصة ،
 فيضمن الزائد فقط .

ويحتمل : ضمان الجميع هنا أيضاً ، للمنع من إباحة المنفعة
 المخصوصة حينئذ في ضمن أي فرد كان ، بل في ضمن المساوي والأقل ضرراً
 خاصة دون الأكثر ، فالتصرف في الأرض بزرع الأكثر ضرراً غير مأذون فيه ،
 فتكون المنفعة المستوفاة به مضمونة .

والفرق بين الأكثر ضرراً مع الاطلاق ، ومع النهي عن التخطي للنوع
 المخصوص غير واضح ، لأن المزروع في كل من الحالتين غير مأذون فيه ،
 غاية ما في الباب أنه في إحدهما نص على المنع ، وفي الأخرى المنع
 مستصحب بالأصل ، ولا تجد تفرقة بين من منع من التصرف في ملكه ، وبين
 من لم يأذن ولم يمنع، في وجوب الضمان على المتصرف فيه ، وفي وجوب
 الجميع عندى قوة .

بخلاف حمل الأكثر . وليس للمستعير أن يعير ولا أن يؤجر .
 ولو أعار للغراس لم يكن له البناء وبالعكس - وله الزرع .
 ولا يجب في العارية التعرض لجهة الانتفاع وإن تعددت ، فلو
 استعار الدابة ركب أو حمل ، ولو استعار أرضاً فله البناء أو الغراس أو
 الزرع ،

واعلم أن إطلاق التفاوت على مقدار أجرة المأذون فيه غير ظاهر ، فان
 التفاوت هو ما به الافتراق بين الشئيين ، كما نبه عليه في القاموس^(١) .

قوله : (بخلاف حمل الاكثر) .

أي : الأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهي ، بخلاف حمل الأكثر ،
 وقوله : (لا الاطلاق) معترض ، وتحقيقه : أنه لو أذن له في حمل مقدار على
 الدابة ، فحمل أزيد منه ، ضمن أجرة الزائد قولاً واحداً ، لأن المأذون فيه
 داخل فيما حملة ، فلا تجب له أجرة ، بخلاف النوع المخالف ، فان المأذون
 في زرعه غير داخل فيه .

قوله : (ولا يجب التعرض لجهة الانتفاع وإن تعددت) .

خلاقاً لبعض الشافعية في المتعددة ، فانهم حكموا فيها بالبطلان^(٢) .

قوله : (ولو استعار الدابة ركب أو حمل ، ولو استعار الأرض فله
 البناء أو الغراس أو الزرع) .

هذا مع الاطلاق ، فانه يحمل على المنفعة المعتادة ، أما مع التعميم
 فيجوز له كل منفعة أعدت العين لها ، ومع التخصيص الحكم على ما سبق .

(١) القاموس (قوت) ١ : ١٥٤ .

(٢) الوجيز ١ : ٢٠٤ .

وكذا لو قال : انتفع كيف شئت ، ولو استعار للزرع واطلق زرع مهما شاء .

الرابع : التنازع : فلو ادعى العارية ، والمالك الإجارة في الابتداء صدق المستعير ، ولو انتفع جميع المدة أو بعضها احتمل تصديقه بيمينه ، لاتفاقهما على إباحة المنفعة ، والأصل براءة الذمة من الأجرة وتصديق المالك بيمينه ، لأن الأصل مملوك له فكذا المنفعة ، فيحلف على نفي العارية ويثبت له الأقل من أجرة المثل والمدعى .

ولا يخفى أنه إنما يجوز أن تحمل الدابة المعدة لذلك ، أما المعدة للركوب فقط فلا .

قوله : (وكذا لو قال : انتفع كيف شئت . . .) .

هذا من صور الاطلاق أيضاً .

قوله : (الرابع : التنازع ، فلو ادعى العارية والمالك الاجارة في الابتداء صدق المستعير) .

احترز بكون ذلك في الابتداء عما لو كان ذلك بعد مضي مدة لها أجرة ، فانه لا يصدق المستعير بيمينه حينئذ كما سيأتي ، وإنما يصدق في الابتداء بيمينه كما هو ظاهر ، ووجه تصديقه : أصالة البراءة من تعلق الاجارة بذمته .

قوله : (ولو انتفع جميع المدة أو بعضها ، احتمل تصديقه بيمينه ، لاتفاقهما على إباحة المنفعة ، والأصل براءة الذمة من الأجرة وتصديق المالك بيمينه ، لأن الأصل مملوك له فكذا المنفعة ، فيحلف على نفي العارية ، ويثبت له الأقل من الأجرة والمدعى) .

لو قال : ولو انتفع مدة لها أجرة لكان أحسن ، إذا ليس هناك مدة مقررة ، ثم الأصل الذي ادّعاه في توجيه الاحتمال الأول غير ظاهر ، لأن الأصل براءة

ولو ادعى المالك الغضب صدق مع اليمين وتثبت له أجره

الذمة من خصوص ما ادعاه المالك لا مطلقاً ، فانه قد علم استيفاءه للمنفعة التي هي من توابع ملك المالك ، وقد علم كونها مملوكة له ، والأصل عدم خروجها عن ملكه مجاناً .

واعلم أن سوق العبارة يقتضي الاكتفاء بيمين المالك على نفي العارية في ثبوت أقل الأمرين ، وليس بجيد ، لأن نفي العارية لا يقتضي نفي الاجارة ، وقد ادعاه المالك ، فكيف يتعين عليه أخذ أقل الأمرين؟ فلا بد من يمين المستعير على نفي الاجارة ، فيتحالفان ويثبت أقل الأمرين من المدعى وأجره المثل ، لانتفاء الزائد من المسمى بيمين المستعير إن كان المسمى أزيد .

وإن كانت أجره المثل أزيد من المسمى ، فالزائد منتف باقرار المالك ، وقد لحظ شيخنا الشهيد ذلك ، فقال : إن التحالف قضية كلام المصنف .

والحاصل أن القول بالتحالف هو المعتمد ، لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه ، واختاره المصنف في المختلف^(١) ، وهو اللائح من كلام ابن إدريس^(٢) .

وقال الشيخ تارة بتقديم قول المستعير ، وتارة بالقرعة لأنه أمر مشكل^(٣) ، وكل منهما ضعيف ، فانه مع وجود الدليل الدال على التحالف لا إشكال فيه .

قوله : (ولو ادعى المالك الغضب صدق مع اليمين) .

لأن الأصل عدم إباحة المنفعة ، ولا أصل في الطرف الآخر ، لاستيفاء المنفعة المملوكة للغير الناقل من الأصل ، وقال الشيخ : يقدم قول مدعي العارية لأصالة براءة ذمته^(٤) ، وهو ضعيف .

(١) المختلف: ٤٤٧ .

(٢) السرائر: ٢٦٢ .

(٣) الخلاف: ٢ : ٩٦ مسألة ٣ و٤ كتاب العارية ، المبسوط ٣ : ٥٠ ، ٢٦٦ .

(٤) الخلاف: ٢ : ٩٧ مسألة ٥ كتاب العارية ، المبسوط ٣ : ٥٢ .

المثل . ولو ادعى استئجار الذهب وسوغناه بعد التلف ، وادعى المالك الإعارة فإن اتفقت الأجرة والقيمة أخذها المالك بغير يمين ، وإن زادت القيمة أخذها باليمين ، وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين ،

ثم إن كانت الدابة باقية ردّها ، وإن تلفت ، فإن أوجبنا على الغاصب قيمته يوم التلف فلا بحث ، وإن أوجبنا أعلى القيم تحالفاً ووجب هنا قيمته يوم التلف ، نبّه عليه في المختلف^(١) .

قوله : (ولو ادعى استئجار الذهب وسوغناه بعد التلف وادعى المالك الإعارة ، فإن اتفقت الأجرة والقيمة أخذها المالك بغير يمين ، وإن زادت القيمة أخذها باليمين) .

الظرف في قوله : (بعد التلف) يتعلق بقوله : (ادعى) (وسوغناه) معترض بينهما ، وإنما ذكره لأن تسويغ استئجاره لم يسبق بيانه ، ووجه الحكم ظاهر ، لأنه مع اتفاق القيمة والأجرة لا محصل للاختلاف ، لأن ذلك القدر لازم على كل من التقديرين ، أما مع زيادة القيمة فإن المالك إذا حلف على نفي الإجارة انتفت ، فتكون العين حينئذ مضمونة على القابض ، فتجب قيمتها حيث تلفت .

قوله : (وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين) .

أي : ولو ادعى ذلك قبل تلف العين انتزعها المالك إذا حلف على نفي الإجارة ، ولا عوض للمنفعة المستوفاة - لإقراره بالعارية - وإن وجب على مدعي الاستئجار أجرة مدة كون العين في يده بزعمه .

ويصدق المستعير في ادعاء التلف لا الرد ، وفي القيمة مع التفريط أو التضمين على رأي ، وفي عدم التفريط .

فروع:

أ : ولد العارية المضمونة غير مضمون .

ب : مؤونة الرد على المستعير .

قوله : (ويصدق المستعير في ادعاء التلف لا الرد) .

أما التلف فلأنه لولا ذلك لأمكن صدقه فيخلد حبسه ، وأما الرد فلأنه إنما قبض لمصلحة نفسه والأصل عدمه ، بخلاف المستودع لأنه محسن (و ما على المحسنين من سبيل) ^(١) ومن هذا يعلم أن الوكيل يجعل كالمستعير وتبرعاً كالمستودع .

قوله : (وفي القيمة مع التفريط أو التضمين على رأي) ^(٢) .

لأنه لكونه غارماً منكراً للزائد ، فقال الشيخان ^(٣) وجماعة ^(٤) بتقديم قول المالك ، لانتفاء أمانة المستعير حينئذ ، وهو ضعيف ، لأن تقديم قوله ليس لكونه أميناً ، بل لكونه منكراً .

قوله : (ولد العارية المضمونة غير مضمون) .

للإذن في إثبات اليد عليه بفحوى عارية الأم ، وليس داخلاً في العارية ، فلا فرق بين كونه منفصلاً أو حملاً ، ويجيء على قول الشيخ - أن الحمل جزء من الأم - ضمانه أيضاً ، لأنه جزء من مضمون ، وجزء المضمون مضمون .

قوله : (مؤونة الرد على المستعير) .

(١) التوبة : ٩ .

(٢) ذهب إليه ابن ادريس في السرائر: ٢٦٢ ، والمحقق في الشرائع : ٢ : ١٧٥ .

(٣) المفيد في المقنعة : ٩٧ ، والطوسي في النهاية : ٤٣٨ .

(٤) منهم ابن حمزة في الوسيلة : ٣٢١ ، وسلار في المراسم : ١٩٤ .

ج : لو رد الى من جرت العادة بالقبض كالدابة الى سائسها لم يبرأ .

د : لو أعار المستعير فللمالك الرجوع بأجرة المثل على من شاء ، ويستقر الضمان على الثاني مطلقاً على اشكال ،

لأنه قبض لمصلحة نفسه ، ويجب ردّ الملك على مالكة عند الطلب أو انقضاء المدة ، لكن قد يقال : هذا ينافي ما سبق من عدم وجوب طمّ الحفر لو قلع الغرس المالك ، لأنه لم يرد الملك المستعار على المالك ، إلا أن يقال : المراد ردّه على ما هو به ، وعلى ما ذكره فقد يستفاد أن للمالك إذا بذل الأرش إلزامه بالقلع ، وليس ببعيد .

لكن يشكل عليه ما لو استعار في بلد فسافر المالك إلى بلد آخر ، فيمكن أن يقال : الواجب الرد في بلد العارية ، لأنه الذي لزمه وقت تسليمها .

قوله : (لو ردّ إلى من جرت العادة بالقبض ، كالدابة إلى سائقها^(١) لم يبرأ) .

لو قال : إلى من جرت العادة بقبضه إلى اخره ونحوه لكان أولى ، وخالف ابو حنيفة في ذلك ، فحكم بأنه يبرأ بذلك^(٢) ، وليس بشيء .

قوله : (لو أعار المستعير ، فللمالك الرجوع على من شاء ، ويستقر الضمان على الثاني مطلقاً على إشكال) .

أي : لو أعار المستعير العين ، فالمنفعة مضمونة على كل واحد منهما لكونهما غاصبين ، فللمالك الرجوع على من شاء منهما ، لكن قرار الضمان على الثاني لاستقرار التلف في يده مطلقاً ، أي : سواء كان الثاني عالماً بالحال

(١) في (ق) : سائسها .

(٢) بداية المجتهد : ٢ : ٣١٣ .

وكذا العين .

هـ : لو أذن المالك في الإجارة أو الرهن لزمه الصبر الى انقضاء
المدة على اشكال ،

أو جاهلاً على إشكال في الجاهل ، ينشأ : من أنه المتلف ، ومن أنه إنما دخل
مع معيره على استيفاء المنفعة مجاناً بغير عوض ، فكان مغروراً فتضعف
مباشرتة ، فيرجع على من غره ، وهو الأصح .

قوله : (وكذا العين) .

أي : وكذا ضمان العين لو تلفت على كل منهما ، فيتخير المالك في
الرجوع ، وقرار الضمان على الثاني مطلقاً على إشكال في الجاهل ، ينشأ من
نحو ما سبق ، والأصح أن الجاهل يرجع على من غره وهو الأول ، فيكون قرار
الضمان عليه ، إلا أن تكون العارية مضمونة بالأصل أو بالتضمنين ، فان قرار
الضمان على الثاني حينئذ ، لأنه إنما دخل على ضمانها .

والحال في نقص^(١) الأبعاض يعلم من هذا ، فكل موضع تكون الأبعاض
مضمونة على المستعير ، فقرار الضمان فيها على الثاني وإن كان جاهلاً ، وكل
موضع لا يكون نقص الأبعاض فيه مضموناً على المستعير ، فقرار الضمان فيه
على الأول مع جهل الثاني .

قوله : (لو أذن المالك في الاجارة أو الرهن ، لزمه الصبر إلى
انقضاء المدة على إشكال) .

أي : لو أذن المالك للمستعير أن يؤجر العين المستعارة لنفسه ، أو يرهنها
على دين على المستعير ، لزمه الصبر إلى انقضاء المدة على إشكال ، ينشأ :
من أن العارية جائزة ، ومن أن المأذون فيه عقد لازم ، فيفضي العارية هنا إلى

(١) في «م» و«وق» : بعض ، وما أثبتناه من مفتاح الكرامة ٦ : ٨٧ عن جامع المقاصد ، وهو الأنسب .

فتقدر المدة في الإجارة ، ويضمن المستعير في المضمونة دون المستأجر والمرتهن .

اللزوم كالأعارة للدفن ، وهو الأصح .

قوله : (فتقدر المدة في الإجارة) .

لأن مدة الإجارة تقبل الزيادة والنقصان ، والضرر بذلك يتفاوت تفاوتاً بيناً فلا تصح الإجارة حينئذ بدونه ، وقد سبق في الرهن حكم العارية .

قوله : (ويضمن المستعير في المضمونة) .

لأنه مستعير في جميع المدد، ولا يضمن في غير المضمونة لكونه حينئذ أميناً .

قوله : (دون المستأجر والمرتهن) .

لأن يدهما يد أمانة .

* * *

المقصد الثالث: في اللقطة : وفيه فصول :

الأول: في اللقيط : وفيه مطلبان :

الأول : الملقوط : أما انسان ، أو حيوان ، أو غيرهما . ويسمى

الأول : لقيطاً وملتقوياً ومنبوذاً ، وهو كل صبي ضائع لا كافل له وإن كان مميزاً ،

قوله : (المقصد الثالث : في اللقطة ، وفيه فصول : الأول في اللقيط ، وفيه مطلبان : الأول الملقوط إما انسان أو حيوان أو غيرهما ، ويسمى الأول لقيطاً وملتقوياً ومنبوذاً) .

اللقيط بمعنى الملقوط ، لأن فعلاً هنا بمعنى المفعول كجريح وطريح ، وإنما يسمى ملتقوياً لأنه يلقط ، ويسمى منبوذاً لأن النبذ الرمي ، فلكونه قد رمي سمي بذلك .

قوله : (وهو كل صبي ضائع لا كافل له وإن كان مميزاً) .

الـ (كل) هذه هي الافرادية ، وكان عليه أن يدخل في التعريف المجنون ، لأنه بجنونه عاجز عن دفع ضروراته ، لأنه لا يهتدي إلى ذلك ، وقد ادخله شيخنا الشهيد في عبارة الدروس^(١) .

وقوله بعد: (ولا يلتقط البالغ العاقل) يفهم منه أن المجنون يلتقط ، ويحمل قوله: (لا كافل له) على أن المراد به حالة الالتقاط ، لينتفي التدافع بينه وبين قوله : (فان كان له من يجبر على نفقته أجبر على أخذه) .

ويجب أن يستثنى من المميز المراهق ، لأنه كالبالغ في حفظ نفسه ، فلا يجوز التقاطه .

فإن كان له من يجبر على نفقته أُجبر على أخذه .

ولو تعاقب الالتقاط أُجبر الأول ، والتقاطه واجب على الكفاية .

ولا يجب الإسهاد ، ولا يلتقط البالغ العاقل .

ولو ازدحم ملتقطان قَدّم السابق ،

قوله : (فان كان له من يجبر على نفقته أُجبر على أخذه) .

أي : من أب ونحوه .

قوله : (والتقاطه واجب على الكفاية) .

لوجوب حفظ نفسه عن التلف ، وبدون ذلك هو معرض له ، ولوجوب إطعام المضطر وإنقاذه من الغرق .

قوله : (ولا يجب الإسهاد) .

أي : عندنا ، خلافاً لبعض العامة^(١) ، لأن الأصل البراءة ، نعم يستحب ، لأنه أصون وأحفظ وأقرب إلى حفظ نسبه وحرته ، فان اللقطة يشيع أمرها بالتعريف ، ولا تعريف في اللقيط

قوله : (ولا يلتقط البالغ العاقل) .

لأنه يمتنع بنفسه كالدابة الممتنعة ، ولا تمناع ثبوت الولاية عليه ، ولو خيف عليه التلف في مهلكة وجب إنقاذه ، كما يجب إنقاذ الغريق ونحوه .

قوله : (ولو ازدحم ملتقطان قدم السابق) .

الإزدحام إن كان قبل أخذه ، وقال كل واحد منهما : أنا أخذه وأحضنه ، جعله الحاكم في يد من يراه منهما أو من غيرهما ، إذ لا حق لهما قبل الأخذ .

فإن تساوياً ففي تقديم البلدي على القروي ، والقروي على البدوي ،
والموسر على المعسر ، وظاهر العدالة على المستور نظر ،

وإن كان بعد الأخذ ، فإن استويا في أخذه : بأن تناولا تناوياً واحداً دفعة واحدة
وكانا أهلاً للالتقاط معاً ، فكل منهما ملقط ، وسيأتي حكم ذلك ان شاء الله
تعالى .

وإنما اعتبرنا اهليتهما للالتقاط ، لأنه لو انتفت الأهلية عن أحدهما
لكفره - وإن لم يكن اللقيط محكوماً باسلامه على تردد - أو فسقه وعدالة الآخر
في وجه قوي ، أو حرته وكون الآخر عبداً لم يأذن له مولاه ، فالملقط هو
الآخر خاصة .

وإن تفاوتاً في أخذه : بأن سبق أحدهما فأراد الآخر مزاحمته - وهو المراد
من العبارة - فانه يمنع ، لأن الملقط هو السابق ، ولا يثبت السبق بالوقوف على
رأسه من غير أخذ ، وبه صرح في التذكرة^(١) .

قوله : (فإن تساوي ، ففي تقديم البلدي على القروي ، والقروي
على البدوي ، والموسر على المعسر ، وظاهر العدالة على المستور
نظر) .

المراد بـ (ظاهر العدالة) من عرفت عدالته و (المستور) مقابله ، ومنشأ
النظر : من أن كل واحد لو انفرد لجاز التقاطه ، وإلا فلا بحث في التقديم ،
فاذا تساوي في إثبات اليد كان لكل حق : ومن أن الإلتقاط لمصلحة الصبي ،
والبلدي أحفظ لنسبه وأقرب إلى وصول قريبه إليه .

ثم القروي والموسر أقوم بمصالحه من المعسر ، ومعلوم العدالة أوثق ،
لإمكان فسق المستور ، وهذا إذا لم نقل باشتراط العدالة في الملقط ، أما على
الاشتراط كما يراه المصنف فلا وجه للنظر في هذا القسم حيثئذ ، وسيأتي أن

فإن تساويا أقرع أو يشتركا في الحضانة .

الأحوط اشتراط العدالة ، فيكون الترجيح بهذا الاعتبار .

لا يقال : المستور لم يعلم فسقه والمانع هو الفسق ، ولأن المستور يدعي العدالة ولم يعلم ما ينافيها .

لأننا نقول : شرط الالتقاط العدالة ، ومع الجهل بها لم يتحقق الشرط فينتفي المشروط ، ولأن الحاكم بأرجحية أحدهما على الآخر أو تساويهما هو غيرهما لا محالة ، ومع جهل الغير بعدالة أحدهما كيف يحكم بالتساوي على القول باشتراط العدالة؟

نعم المستور إذا كان يعلم العدالة من نفسه واستقلّ بالالتقاط ، يجوز ذلك فيما بينه وبين الله تعالى .

وأما الباقيون ، فالأصح عدم ترجيح أحدهم على مقابله ، لأن كلاً منهما أهل الالتقاط ، وتأثير واحد من الأوصاف المذكورة في الترجيح غير معلوم ، والأصل عدمه .

قوله : (فان تساويا أقرع ، أو شركا في الحضانة) .

أي : فان تساوى الملتقطان وانتفى المرجح - إما باستوائهما في الصفات ، أو على القول بأن شيئاً من الصفات السابقة لا يرجح به - فقد ثبت الحق لهما ظاهراً ، باعتبار إثباتهما اليد على اللقيط باخذه ، فيحتمل التشريك بينهما في الحضانة جمعاً بين الحقين .

ويحتمل القرعة ، لأن في إثبات الحضانة لهما - بحيث يجتمعان عليها - مشقة عليهما وعلى الطفل ، لأن ذلك طريق إلى توزيع مصالحه ، وفي تناوبهما مع ذلك قطع الألفة ، وهو الأصح ، فيقرع بينهما ، فمن خرج اسمه كان هو المستحق ، وقد وقع في الكتاب العزيز ذكر القرعة في قوله تعالى : ﴿وما كنت

ولو ترك أحدهما للآخر صح ، سواء كانا موسرين أو أحدهما ،
حاضرين أو أحدهما ، أو كان أحدهما كافراً مع كفر اللقيط ،

لديهم إذ يُلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ﴿١﴾ .

إذا تقرر هذا ، فاعلم أن الظاهر أن المذكور في العبارة من القرعة أو التثريك احتمالان ، وإليه يرشد كلام التذكرة^(٢) والشرائع^(٣) والدروس^(٤) ، وكأن الشارحين^(٥) فهما أنه على طريق التخيير فلم يتعرضوا إلى شرحه .

قوله : (ولو ترك أحدهما للآخر صح ، سواء كانا موسرين أو أحدهما ، حاضرين أو أحدهما ، أو كان أحدهما كافراً مع كفر اللقيط) .

أي : لو ترك أحد الملتقطين دفعه للآخر اللقيط صح مطلقاً وإن تفاوتوا في اليسار والاعسار وغيرهما مما ذكر ، وفي هذه العبارة مناقشة ، لأنه قد تردد في ترجيح الموسر على المعسر ، والحاضر على غيره .

فعلى احتمال الترجيح كيف يسوغ ترك الموسر للمعسر ، والحاضر لغيره؟ نعم على احتمال التساوي قد يستقيم ذلك . هذا باعتبار نظم العبارة .

وكذا في إطلاق الحكم الذي ذكره نظر ، فان ترك أحدهما للآخر يجوز قبل القرعة أو على القول بالتثريك ، أما على الأول فلأن الحق حينئذ لم يتعين لواحد ، وأما على الثاني فلأن ترك أحدهما أقرب إلى صلاح أحوال الطفل ، أما بعد القرعة فلا يجوز ، لتعين الحضانة على من خرج اسمه ، وقد صرح بذلك المصنف في التذكرة^(٦) .

(١) آل عمران : ٤٤ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٧١ .

(٣) الشرائع ٣ : ٢٨٧ .

(٤) الدروس : ٢٩٧ .

(٥) ايضاح الفوائد ٢ : ١٣٦ .

(٦) التذكرة ٢ : ٢٧١ .

ولا يحكم لأحدهما بوصف العلام .

ولو تداعيا بنوته ولا بينة أقرع ، ولا ترجيح بالالتقاط إذ اليد لا تؤثر في النسب ، وكذا لو أقاما بينة ، ويحكم للمختص بها .

واعلم أن قوله : (أو كان أحدهما كافراً مع كفر اللقيط) يقتضي أن المسلم لا يرجح على الكافر إذا استويا في الالتقاط وكان اللقيط محكوماً بكفره ، وفيه نظر ، لأن كل مولود يولد على الفطرة ، ولتربية المسلم أثر بين في صيرورته مسلماً ، فلا يبعد ترجيحه .

قوله : (ولا يحكم لأحدهما بوصف العلام) .

أي : لا يحكم لأحد المتنازعين في الالتقاط بوصف علام الصبي ، مثل الخال في رأسه ونحو ذلك ، لأنه لا أثر لذلك في إثبات الولاية ونفيها ، كما لا أثر له في إثبات النسب ونفيه لو تنازع اثنان بنوته ووصف أحدهما العلام ، خلافاً لأبي حنيفة في النسب^(١) .

قوله : (ولو تداعيا بنوته ولا بينة أقرع) .

لو قال : ولو تداعيا اثنان بنوته لكان أولى ، لأنه حينئذ لا يكون الحكم مقصوراً على الملتقطين .

قوله : (ولا ترجيح بالالتقاط ، إذ اليد لا تؤثر في النسب) .

على أصح الوجهين ، واستشكل الحكم في كتاب القضاء .

قوله : (وكذا لو أقاما بينة) .

أي : وكذا يقرع لو أقاما بينة ، أي : لو أقام كل منهما بينة بينوته وتعارضتا ، فانه لا بدّ من القرعة عندنا .

وفي ترجيح دعوى المسلم أو الحر على دعوى الكافر أو العبد نظر .
ولو انفردت دعوى البينة حكم بها من غير بينة ، حراً كان المدعي للبينة أو
عبداً ، مسلماً أو كافراً ، ولا يحكم برقه ولا كفره إذا وجد في دارنا إلا مع
بينة البينة .

قوله : (وفي ترجيح دعوى المسلم أو الحر على الكافر أو العبد
نظر) .

ينشأ : من عموم الأدلة الدالة على جواز ادعاء النسب لكل منهم ، ومن
قوة جانب المسلم والحر ، إذ الأصل في اللقيط الاسلام والحرية ، والظاهر
عدم الترجيح ، سواء كان الالتقاط في دار الاسلام أو في دار الكفر .
قوله : (ولا يحكم برقه ولا كفره إذا وجد في دارنا ، إلا مع بينة
البينة) .

إذا شهدت البينة بينوته لكافر فوجهان ، أحدهم : الثبوت ، لأن تبعية
الدار ضعيفة . والثاني : العدم ، لأن بنوته للكافر لا تنافي إسلامه ، لإمكان
إسلام أمه أو جدّه على القول بتبعيته .

وفي هذا الحكم عندي تفصيل : فان القائل بذلك^(١) إن أراد أنه إذا
عُلمت أمومة الكافر له بالبينة أيضاً ، وكذا علم كفر أجداده كذلك يكون كافراً
-لضعف الاسلام بتبعية الدار- فهو صحيح لامرية فيه ، وإن كان مراده ثبوت كفره
وإن لم يثبت ذلك فليس بجيد ، لأن إسلامه الثابت بتبعية الدار لا ينافيه كفر
أبيه ، فلا ينتفي ما ثبت بمجرد الاحتمال .

وكذا القول في الرقية إذا ادّعه رقيق وأقام بذلك بينة ، أما لو لم يقم
بواحد من الأمرين بينة فهو على إسلامه وحرية وإن أثبتنا النسب على أصح

(١) أي : ثبوت كفره مع البينة.

والأقرب افتقار الأم الى البينة أو التصديق بعد بلوغه .

ولو كان اللقيط مملوكاً وجب ايصاله الى مالكة ، فإن أبق أو ضاع من غير تفريط فلا ضمان ، ويصدق في عدم التفريط مع اليمين ، ويبيعه في النفقة بالإذن مع تعذر استيفائها ،

القولين ، لأن اللاحق بمجرد قول الأب لا يجب قبوله في حق الولد فيما يكون ضرراً له .

قوله : (والأقرب افتقار الأم إلى البينة أو التصديق بعد بلوغه) .

وجه القرب : عموم البينة على المدعي^(١) ، خرج من ذلك الأب بالاجماع ، فيبقى ما عداه على الأصل ، وقال الشيخ : تقبل دعواها كالأب^(٢) ، وهو ضعيف .

قوله : (ويبيعه في النفقة بالاذن مع تعذر استيفائها) .

إذا انفق الملتقط على اللقيط بالاذن المعتبر شرعاً ، وهو ما به يخرج عن التبرع ، وتعذر استيفائها - إما لعدم الوصول إلى المالك وعدم الظفر بماله ، أو لكون المالك لا مال له سوى العبد - فان للملتقط أن يبيعه في النفقة ، لكن بالاذن من المالك مع إمكانه ، فان تعذر أو لم يأذن فبإذن الحاكم ، ولو تعذر فهو كالدين الذي امتنع من هو عليه من أدائه .

فقول المصنف : (بالاذن) قد ينازعه كل من قوله : (يبيعه) وقوله :

(في النفقة) ولو حملت العبارة على أن المراد : أن الملتقط يبيع العبد للانفاق عليه إذا تعذر تحصيل ما ينفق عليه منه ، لوجب أن ينزل على بيعه شيئاً فشيئاً إلى أن يستوعبه .

(١) الكافي ٧ : ٤١٥ حديث ٢٠١ ، التهذيب ٦ : ٢٢٩ حديث ٥٥٣ ، ٥٥٤ ، سنن البيهقي ١٠ :

فإن اعترف المولى بعته فالوجه القبول ، فيرجع الملتقط عليه بما انفق إن كان العتق بعده قبل البيع .

لكن على هذا التقدير لا يمكن بيعه كله للانفاق عليه ، إذ الجزء الأخير يمتنع بيعه للانفاق عليه من ثمنه ، لأنه حينئذ مال شخص آخر ، فكيف ينفق عليه من مال الأول؟ فان نزل على أداء النفقة الواقعة بالاذن ، رجع إلى ما قلناه .

قوله : (فإن اعترف المولى بعته فالوجه القبول) .

أي : فان اعترف المولى بعته العبد اللقيط ، وقد حصل الانفاق عليه واستحق الملتقط بيعه في النفقة بشرائطه ، فالوجه القبول ، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز .

ويحتمل عدمه لتعلق حق الغير به ، وفيه ضعف ، لأن حق الغير لم يتعلق به بل بذمة مولاة ، واستحقاق بيعه إنما هو على تقدير رقيته ، كما تباع سائر أموال المديون لاستيفاء ما عليه ، ولا حجر عليه في الاقرار كما هو ظاهر وعليه الفتوى ، ولا يخفى أن هذا دليل على أن المراد ببيعه بعد الانفاق ، فينتفي الاحتمال السابق المذكور ثانياً .

قوله : (فيرجع الملتقط عليه بما أنفق إن كان العتق بعده قبل البيع) .

أي : إذا كان الوجه قبول إقرار المولى بعته ، فيرجع الملتقط المنفق بالاذن على المولى بما أنفق ، إن كان العتق بعد الانفاق وقبل البيع ، لأنه إن كان العتق قبل الانفاق كان الانفاق على حر ، فالرجوع عليه ، وإن كان العتق بعد البيع فلا أثر له ، لصيرورته ملكاً لثالث .

ولا يخفى أن هذا القيد الاخير مستدرك ، لأن العتق بعد البيع لا يتصور ولا يعدّ عتقاً ، ولو قال بدل العتق : إن كان الاعتراف بعد الانفاق قبل البيع ، لكان أولى وأوجه ، لأنه على التقدير الأول لا يعلم من العبارة وقت قبول

ولو كان بالغاً أو مراهقاً فالأقرب المنع من أخذه ؛ لأنه كالضالة الممتنعة ، وإن كان صغيراً كان له التملك بعد التعريف .

وولاية الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل ، فلا يصح التقاط العبد ، فإن أذن المولى صح وانتقل الحكم إليه ، ولا المكاتب ،

الاعتراف وعدم قبوله .

وتوضيحه حينئذ : إن احتمال عدم القبول إنما يجيء على تقدير كون الاعتراف بعد الانفاق ، أما قبله فيقبل قطعاً ، وكذا يشترط كونه قبل البيع ، إذ هو بعده إقرار في حق الغير ، فلا يقبل بدون البينة وإن أسنده إلى ما قبل البيع .

ولو أقر بعد الانفاق : إني كنت قد أعتقته قبل الانفاق ، فالظاهر عدم القبول ، لاستلزامه إسقاط النفقة التي قد ثبت تعلقها بذمته وإثباتها في ذمة اللقيط ، فلا بد من تصديق كل من الملتقط واللقيط ، أو البينة .

قوله : (ولو كان بالغاً أو مراهقاً ، فالأقرب المنع من أخذه ، لأنه كالضالة الممتنعة) .

ويحتمل الجواز ، لأنه مال ضائع ، والحق أنه إن كان مخوف التلف أخذ ، والفرق بينه وبين الحر ظاهر ، فإن المملوك لكونه مالاً مظنة الطمع .

قوله : (وإن كان صغيراً ، كان له التملك بعد التعريف) .

سواء كان ذكراً أو أنثى ، لأنه مال ضائع قد التقطه شرعاً ، وكل ما كان كذلك جاز تملكه بعد تعريفه ، والتعريف الواجب هو ما سيأتي في الأموال ان شاء الله تعالى .

قوله : (وولاية الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل ، فلا يصح التقاط العبد - فإن أذن المولى صح وانتقل الحكم إليه - ولا المكاتب) .

لا ريب أن العبد لكونه لا يقدر على شيء لا عبرة بالتقاطه ، فإن منافعه

ولا حكم لالتقاط الصبي ولا المجنون بل ينتزع من يديهما .

لسيده ، فان أذن له في الالتقاط أو علم به فأقره في يده ، جاز وكان السيد في الحقيقة هو الملتقط والعبد نائبه ، وإذا أذن له السيد فالتقط لم يكن له الرجوع في ذلك .

ولو لم يوجد سوى العبد وخيف على الطفل التلف بالابقاء ، وجب على العبد التقاطه وإن لم يأذن المولى ، كذا قال في الدروس^(١) والتحريير^(٢) .

وعندي في كون هذا لقطة حقيقة نظر ، لانتفاء الأهلية ، وإنما هو إنقاذ للغير من الهلاك ، فان رضي المولى بفعل العبد فهو لقطة من الآن ، وإلا فهو منبوذ يجب التقاطه على الكفاية .

والمكاتب وإن تحرر بعضه ، والمدبر وأم الولد ، وسائر من تحرر بعضه في ذلك كالقن ، لأنه ليس لواحد منهم التبرع بماله ولا بمنافعه إلا بأذن السيد ، كذا قال في التذكرة^(٣) .

ولا يخفى أن من تحرر بعضه له التبرع بمقدار ما فيه من الحرية ، نعم ليس له الحضانة ، لأنه يلزم منه التصرف بحق المولى ، ولو هياه مولاه بقدر زمان الحضانة فكذلك ، لإمكان رجوعه عن المهاية ، فيضيع حال الطفل .

قوله : (ولا حكم لالتقاط الصبي والمجنون ، بل ينتزع من يديهما)

يفهم من عبارة التذكرة أن الذي ينتزع اللقيط الحاكم ، فانه قال : ولو كان الجنون يعتوره أدياراً أخذه الحاكم من عنده ، كما يأخذه لو التقطه المجنون المطبق أو الصبي^(٤) .

(١) الدروس : ٢٩٨ .

(٢) التحريير : ١٢٣ .

(٣) التذكرة : ٢٥٥ .

(٤) التذكرة : ٢٧٠ .

ولا يصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لمثله ، ولا الفاسق ، لأن الحضانة استئمان فلا تليق به .

وهل يكون للتقاط أحدهما اعتبار أولوية بحيث يستحق التملك بعد التعريف سنة كسائر الاموال^(١) .

قوله : (ولا يصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لمثله) .

أما الأول فلأنه يمتنع ثبوت سبيل الكافر على المسلم ، ولأنه لا يؤمن من أن يفتنه عن دينه ، فان التقطه لم يقرّ في يده .

وأما الثاني فلقوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾^(٢) فيكون هذا مستثنى من اشتراط العدالة عند المصنف .

قوله : (ولا الفاسق ، لأن الحضانة استئمان فلا تليق به) .

ولأنه لا يؤمن من أن يسترقه ويأخذ ماله ، وجوّز صاحب الشرائع التقاطه ومنع من انتزاعه منه^(٣) للأصل ، والمسلم محل الأمانة ، على أن هذا ليس استئماناً حقيقياً ، ولانتقاضه بالكافر في التقاطه الكافر ، ولا ريب أن اشتراط العدالة أحوط . نعم لو كان له مال فالاشتراط قوي ، لأن الخيانة في المال لشدة لصوق المطامع به أمر راجح الوقوع .

أما من ظاهر حاله الأمانة ولم يختبر حاله فإنه لا ينتزع من يده ، لأن ظاهر المسلم العدالة ولم يوجد ما ينافي هذا الظاهر .

قال في التذكرة : لكن يوكل الامام من يراقبه من حيث لا يدري لثلاً

(١) كذا في «م» و«ق» والحجري .

(٢) الأنفال : ٨٣ .

(٣) الشرائع ٣ : ٢٨٤ .

والأقرب ثبوت الولاية للمبذّر ، والبدوي ، ومنشئ السفر .

يتأذى ، فإذا حصلت للحاكم الثقة به صار كمعلوم العدالة^(١) ، فإن أراد وجوب ذلك أشكل تمكينه منه .

قال : وقيل ذلك لو أراد السفر به منع وانتزع منه ، لأنه لا يؤمن أن يسترقه^(٢) . وهذا يمكن أن يكون بناء على اشتراط العدالة ، ويحتمل أنا لولم نقل بالاشتراط لوجب القول بها هنا ، لشدة الحاجة حينئذ .

قوله : (والأقرب ثبوت الولاية للمبذّر والبدويّ ومنشئ السفر) .

وجه القرب : أنه لا مانع إلاّ التبذير وعدم الاستيطان والسفر ، وليس واحد من هذه صالحاً للمانعية .

أما التبذير فانه مانع من التصرف في المال ، والحضانة قد لا تستلزم التصرف فيه ، وكونه مولياً عليه إنما هو باعتبار ذلك لا مطلقاً ، وكذا عدم الاستيطان لا ينافي الحضانة ، كما لا ينافيها السفر .

ويحتمل المنع ، أما في المبذّر : فلأن الشرع أسقط ولايته وأثبت عليه الولاية لغيره ، وجوابه : أنه أسقط ولايته بالنسبة إلى المال خاصة لا بالنسبة إلى الحضانة ، والالتقاط يقتضي الحضانة فقط .

ويشكل : بأن الحضانة تستدعي الانفاق ، وهو ممتنع من المبذّر ، وجعل الولاية فيه لآخر يستدعي الضرر على الطفل بتوزيع أموره ، وأيضاً فإن الولاية عليه أمر واحد فلا تتجزأ ، فثبت مطلقاً أو تنتفي مطلقاً ، ولا يخلو هذا من قوة ، وهو مختار المصنف في التذكرة^(٣) وشيخنا في الدروس^(٤) .

وأما البدويّ : فلأن التقاطه يؤدي إلى ضياع نسبه ، وهو قول الشيخ في

(١) التذكرة ٢: ٢٧١ .

(٢) التذكرة ٢: ٢٧١ .

(٣) الدروس: ٢٩٨ .

ويجب على الملتقط الحضانة ، فإن عجز سلمه الى القاضي .
وهل له ذلك مع التبرّم والقدرة؟ نظرينشأ : من شروعه في فرض كفاية
فلزمه .

المبسوط^(١) ، ويضعف : بعدم علم مانعيته وعدم انضباط الأحوال ، فربما كان
ذلك سبب ظهور نسبه ، والأصح الجواز .

ومنه يظهر وجه احتمال المنع في منشيء السفر ، والمعتمد الجواز فيه
أيضاً ، والمراد بمنشيء السفر : من ابتدأ به أو قرب منه جداً ، بحيث صار
بمنزلة المسافر .

قوله : (ويجب على الملتقط الحضانة) .

المراد بوجود ذلك عليه : وجوب صدوره عنه ، ولو بالاستعانة بالغير
بحيث يقوم عليه ، ولا يجب عليه التبرع بما يستدعي من ذلك أجرة عادة ،
كالارضاع وغسل ثيابه وبذل ما يحتاج إليه الانفاق عليه من المال ، وبهذا ينحل
كلامه هنا وفي التذكرة ، فانه قال فيها : الواجب على الملتقط حفظه وتربيته
دون نفقته وحضانته^(٢) . قال في الدروس : يجب حضانته بالمعروف ، وهو
القيام بتعهده على وجه المصلحة ، بنفسه أو زوجته أو غيرها^(٣) .

قوله : (فان عجز سلمه إلى القاضي) .

لأنه ولي من لا ولي له ﴿ولا يكلف الله نفساً إلاّ وسعها﴾^(٤) .

قوله : (وهل له ذلك مع التبرّم والقدرة؟ إشكال ، ينشأ : من
شروعه في فرض كفاية فلزمه) .

(١) المبسوط ٣ : ٣٤١ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٧١ .

(٣) الدروس : ٢٩٨ .

(٤) البقرة ٢ : ٢٨٦ .

والأقرب أن له السفر به والاستيطان به في غير بلد الالتقاط ، فلا يجب انتزاعه منه حينئذ . ونفقته في ماله وهو ما وقف على اللقطاء ، أو وهب منهم ، أو أوصي لهم ويقبله القاضي ،

لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَبْطُلُوا أَعْمَالَكُمْ ﴾^(١) ولأنه استحق الولاية بالأخذ ، ولهذا يقدم به على غيره ، فيجب عليه القيام بمقتضاها . ويحتمل جواز دفعه إلى القاضي ، لأنه ولي الضائع ويضعف : بأنه ولي عام ، فولايته على من لا ولي له ، والملتقط وليّ خاص .

وفي التذكرة بنى الحكم في ذلك على أن الشروع في فروض الكفايات هل يوجب إتمامها وتعينها على الشارع أم لا؟ واختار جواز التسليم إليه^(٢) ، والأصح عدم .

قوله : (والأقرب أنّ له السفر به والاستيطان به في غير بلد الالتقاط ...) .

وجه القرب : أنه وليّ ، فيجوز له ما يجوز لغيره من الأولياء ، ولأن الأصل عدم الحجر عليه في ذلك ، ولأن المنع ربما يؤدي إلى ضرر الطفل . ويحتمل المنع ، لأن ذلك يقضي إلى ضياع نسبه ، فانه إنما يطلب في موضع الالتقاط .

ويضعف : بأنه ربما كان السفر به محصلاً لنسبه ، والأصح أنه إذا كان الملتقط عدلاً ظاهراً وباطناً جاز له السفر به ، ولو كان عدلاً ظاهراً خاصة لم يجز ، لأنه لا يؤمن أن يستره ، وهو خيرة المبسوط^(٣) .

قوله : (ونفقته في ماله ، وهو ما وقف على اللقطاء ، أو وهب منهم ، أو أوصي لهم ، ويقبله القاضي ...) .

(١) محمد (ص) : ٤٧ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٧١ .

(٣) المبسوط ٣ : ٣٤٥ .

أو ما يده عليه عند الالتقاط كالملفوف عليه ، والمشدود في ثوبه ،
والموضوع تحته ، والدابة تحته ،

لا ريب أنه لا يجب على الملتقط النفقة على اللقيط من مال نفسه ، بل
ينفق عليه من مال اللقيط ، وماله أنواع : منها ما وقف على اللقطاء ، أي :
على هذا الصنف ، كالموقوف على الفقراء ونحو ذلك ، وهو ظاهر . ومنها
الموهوب منهم ، أي : من اللقطاء . ويقبل الهبة لهم الحاكم كما يقبل
الوقف ، إن قلنا باشتراط القبول في مثل ذلك ، فعلى هذا تصح الهبة للصنف
كما يصح الوقف عليهم ، ونقله المصنف في التذكرة عن بعض الشافعية ، وذكر
أنه قد اعترض عليه : بأن الهبة لا تصح على غير معين - ثم قال في جوابه -
وقال آخرون : يجوز أن ينزل الجهة العامة منزلة المسجد ، حتى يجوز
تمليكها ، كما يجوز الوقف عليها ، وحينئذ يقبله القاضي ، وليس بشيء^(١) .
هذا كلامه ، وما ذكره حق .

فكلامه هنا إن أراد به جواز الهبة للجهة فليس بجيد ، ومختار التذكرة هو
المعتمد وإن أراد به الهبة لمعينين من اللقطاء ومن جملتهم لقيط مخصوص ، فلا
شبهة في الحكم ، لكن المتبادر من العبارة غير هذا .

ولا يخفى أن الوصية كالوقف وقول المصنف : (ويقبله القاضي) يعود
إلى كل من الهبة والوصية ، وكذا الوقف على القول باشتراط القبول في هذا
النوع منه .

واعلم : أنه لا ينفق عليه من ماله إلا بعد استئذان الحاكم ، لأنه لا ولاية
له على ماله ، وإنما له الحضانة ، فان استقل بالانفاق منه ضمن ، وسيأتي
التصريح بذلك في كلام المصنف .

قوله : (أو ما يده عليه عند الالتقاط ، كالملفوف عليه ، والمشدود
على ثوبه ، والموضوع تحته ، والدابة تحته) .

والخيمة والفسطاط الموجود فيهما ، والدار التي لا مالك لها ، وما في هذه الثلاثة من الأقمشة .

ولا يحكم له بما يوجد قريباً منه ، أو بين يديه ، أو على دكة هو عليها ، ولا بالكنز تحته

فان اليد في كل واحد من هذه حقيقية ، وهي دالة على الملك ، ومثله ما لو غطي به كالحاف ، والظاهر أن قوله : (عند الالتقاط) مستدرك ، بل مضراً ، فان ما كانت يده عليه قبل الالتقاط ثم زالت بعارض - كطائر أفلت من يده ومتاع سقط - محكوم بكونه له .

قوله : (والخيمة والفسطاط الموجود فيهما) .

بجر الصفة ، أعني : (الموجود) لأنها صفة لـ (الخيمة) و (الفسطاط) بالسببية ، و (الفسطاط) : بيت من شعر ، ولا ريب أن اليد في كل شيء بحسب حال ذلك الشيء ، والخيمة والفسطاط بيتان ، فالكون تحتهما وضع لليد عليهما .

قوله : (التي لا مالك لها) .

هي صفة لكل من (الدار) و (الخيمة) و (الفسطاط) ويحتمل عوده إلى جميع ما ذكر ، من قوله : (كالملفوف ...) لأن ما علم أن له مالكاً غيره لا عبرة بيده عليه .

قوله : (وما في هذه الثلاثة من الأقمشة) .

تخصيص الثلاثة بالذكر ، يشعر بأن التي لا مالك لها صفة للجميع لا للثلاثة ، وإلا لكان ذكر الثلاثة مستدركاً ، ووجهه : أنه إذا كانت يده على البيت فيده على ما فيه ، فيكون له .

قوله : (ولا بالكنز تحته) .

وإن كان معه رقعة أنه له على اشكال ، فإن لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان ، فإن تعذر استعان بالمسلمين ،

اذ لا يد لمن جلس على أرض مباحة مدفون فيها كنز بالنسبة إلى الكنز قطعاً، أما لو كان الكنز في بيت مملوك له باعتبار كون يده عليه، فإن يده عليه، فيكون مملوكاً له.

قوله : (وإن كان معه رقعة أنه له على إشكال) .

أي : لا يحكم له بشيء من المذكورات وإن كان معه رقعة مكتوب فيها : أن ذلك الشيء له ، على إشكال ، ينشأ : من انتفاء اليد وأسباب الملك وإمكان تزوير الخط وانتفاء حجته ، ومن أنه أمانة .

والأصح أنه إن أثمرت الكتابة ظناً قوياً - كالصك الذي تشهد القرائن بصحته ، خصوصاً إن عرف فيه خط من يوثق به - عمل بها ، فانا نجوز العمل في الأمور الدينية بخط الفقيه إذا امن تزويره ، وإنما يشر الظن القوي .

هذا إذا لم يكن معارض من يد أخرى ، ولا دعوى مدع ، ولا قرينة أخرى تشهد بخلاف ذلك ، وإلا فلا .

ولا يخفى أنه إذا تحقق ما شرطناه ، لا يشترط في الحكم كون الرقعة معه ، بل لو كانت في المتاع أو كان مكتوباً عليه لا تفاوت ، وإن كانت عبارة الكتاب قاصرة .

قوله : (فان لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان) .

وجوباً إن لم يتبرع هو ولم يجد من يتبرع ، وإلا جاز له الاقتصار على الانفاق من ذلك المتبرع به .

قوله : (فان تعذر استعان بالمسلمين) .

أي : فان تعذر ذلك - وهو الاستعانة بالسلطان ، إما لعدم إمكان الوصول

ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية، فإن تعذر انفق الملتقط، فإن نوى الرجوع رجع والآ فلا .

إليه ، أو لكونه لا مال عنده ، أو لأن ما عنده يجب صرفه فيما هو أضر من ذلك -
 وجب عليه الاستعانة بالمسلمين ، إن كان لا يتبرع ولا يجد متبرعاً كما سبق .
 قوله : (ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية) .

إما تبرعاً أو قرضاً ، كما صرح به في التذكرة^(١) ، وهو ظاهر ، فإن
 الواجب على الكفاية رفع حاجة المحتاج لا التبرع .

فان قيل : لما كان الملتقط من جملة من يتعلق به هذا الواجب الكفائي ،
 لم يحتج إلى ترتب الوجوب على المسلمين أولاً ، ومع التعذر فيجب عليه ، بل
 لا يصح ذلك ، لتعلق الوجوب به بعد تعذر الاستعانة بالسلطان .

قلنا : لا كلام في تعلق الوجوب به في الجملة مع المسلمين ، لكن لما
 لم يجب عليه التبرع كما لا يجب على المسلمين ، وقد يرجى وجود متبرع أو
 متصدق ، لم يجز له الإنفاق على قصد الرجوع قبل اليأس من المتبرع .

قوله : (فان تعذر أنفق الملتقط) .

ينبغي أن يراد : أنه إذا تعذرت إعانة المسلمين تبرعاً ، لأنهم إذا بذلوا
 النفقة قرضاً ، لم يكن بينهم وبين الملتقط فرق بالنسبة إلى مصلحة اللقيط ، فلا
 وجه لتوقف إنفاقه قرضاً .

قوله : (فان نوى الرجوع رجع ، وإلا فلا) .

خلافاً لابن إدريس ، فانه قال : لا يرجع مع نية الرجوع لتبرعه^(٢) ، وهو
 ضعيف ، فانه مأذون في ذلك شرعاً .

(١) التذكرة: ٢٧٣ .

(٢) السرائر: ١٨٠ .

ولو ترك الاستعانة مع امكانها فلا رجوع .

ولو ظهر رقه رجوع مع عدم التبرع على سيده ، وعليه مع الحرية إن كان موسراً أو كسوباً ، وإلا فمن سهم الفقراء أو الغارمين .

نعم لا بد من نية الرجوع ، وظاهر كلامه في التذكرة^(١) اعتبار الاشهاد مع ذلك ، فلا يرجع بدونه ، وهو مخالف لما سبق مثله في الوديعة ، والظاهر العدم . . هذا إذا تعذر عليه استئذان الحاكم ، وإلا تعين .

قوله : (ولو ترك الاستعانة مع إمكانها فلا رجوع) .

إذا كانت الاعانة تبرعاً ، فلو قطع بانتفاء التبرع ، فلا مانع من الرجوع .

قوله : (ولو ظهر رقه رجوع مع عدم التبرع على سيده) .

ظاهر العبارة أن التفصيل السابق آت هنا ، وهو مقتضى إطلاق كلامهم ، ويحتمل إلحاق المملوك الملتقط بالوديعة ، فمتى لم يجد مالا للمالك وتعذر استئذان المالك والحاكم ، أنفق ونوى الرجوع ولا حاجة إلى الاستعانة بالمسلمين .

قوله : (وعليه مع الحرية إن كان موسراً أو كسوباً) .

هذا إذا اكتسب وفضل من كسبه عن مؤنثه المستثناة في الدين شيء ، فإن الإكتساب للدين غير واجب كما سبق .

قوله : (وإلا فمن سهم الفقراء أو الغارمين) .

أي : ويرجع عليه إن لم يكن موسراً ولا كسوباً من سهم الفقراء والغارمين من الزكاة ، مخيراً في الأمرين ، لتحقق كل من الوصفين فيه .

وليس للملتقط الإنفاق من مال اللقيط بدون إذن الحاكم ، فإن بادر بدونه ضمن إلا مع التعذر ، ولا يفتقر في احتفاظه الى الإذن .
ولو اختلفا في قدر الإنفاق قدّم قول الملتقط مع اليمين في قدر المعروف ،

ويشكل : بأن الرجوع عليه يفهم منه ثبوت ذلك جزءاً ، ولا يستقيم ذلك في سهم الفقراء ، لأن قبض الفقير الزكاة مما يتوقف عليه الملك ، وهو نوع اكتساب ، فلا يجب لما قلناه ، ويبعد جواز أخذ المنفق ذلك بدون قبض اللقيط ، لتوقف ملكه له على قبضه . نعم يتصور ذلك في سهم الغارمين ، لأن صيرورته ملكاً للمديون غير شرط ، فيجوز الدفع إلى صاحب الدين وإن لم يقبضه المديون .

ولو حملت العبارة على أن المراد كون الرجوع منوطاً باختيار اللقيط - مع أنه خلاف المتبادر - لم يستقم ذلك بالنسبة إلى سهم الغارمين كما حققناه .
ولا يخفى أن هذا الحكم إنما هو بعد بلوغه ، أما قبله فلا يمكن الرجوع عليه ، نعم يمكن الأخذ من ماله باذن الحاكم ومن سهم الغارمين .
قوله : (ولا يفتقر في احتفاظه إلى الاذن) .

قد ينافي هذا ظاهر قوله في التذكرة : لا ولاية له على ماله ، وإنما له حق الحضانة إلى اخره^(١) .

ويمكن أن يقال : إن المنفي ولاية التصرف لا ولاية الحفظ .
قوله : (ولو اختلفا في قدر الانفاق ، قدّم قول الملتقط مع يمينه في قدر المعروف) .

لأن الظاهر يساعد الملتقط ولم يلتفتوا إلى أن الأصل العدم فيما زاد على

وكذا في أصل الإنفاق وإن كان للملقوط مال .

المطلب الثاني: في الأحكام : وهي أربعة :

الأول: النسب : فإن استلحقه الملتقط أو غيره ألحق به ، ولا يلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه ، وإن استلحق بالغا فأنكر لم يثبت .

قدر الضرورة ، فيقدم قول اللقيط في نفي الزائد ، أما ما زاد على قدر المعروف فلا يلتفت إليه في دعواه ، لأنه إن صح كان مفراطاً ، ولا يحلف إلا أن يدعي الحاجة وينكرها اللقيط .

نعم لو وقع النزاع في عين مال أنه أنفقها صدق باليمين ، لتقطع المطالبة بالعين ، ثم يضمن كالعاصب إذا ادعى التلف .

قوله : (وكذا في أصل الانفاق وإن كان للملقوط مال) .

أي : وكذا يقدم قول الملتقط في قدر الانفاق بالمعروف ، لو اختلفا في أصل الانفاق ، لما قلناه من الظاهر ، ولا يقدح في ذلك وجود مال الملقوط ، لأنه لا يسوغ له التصرف في ماله إلا بأذن الحاكم ، ولأن الموجود لا يتصور كونه المنفق ، والأصل عدم غيره .

قوله : (المطلب الثاني في الأحكام ، وهي أربعة : الأول النسب ، فإن استلحقه الملتقط أو غيره ألحق به) .

للإجماع على أن استلحاق الرجل الصغير يقتضي لحاقه به ، ولا فرق بين كونه ذكراً أو أنثى ، إلا أن يستلحق مملوك الغير ، فلا يثبت بمجرد ، للإضرار بالمالك ، فلا بد من البينة .

قوله : (ولا يلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه) .

لثبوت النسب شرعاً ، فلا يزول بالانكار اللاحق .

قوله : (وإن استلحق بالغا فأنكر لم يثبت) .

الثاني : الإسلام : وإنما يحصل بالإستقلال بمباشرة البالغ العاقل دون الصبي وإن كان مميزاً ، لكن يفرق بينه وبين أبويه خوف الاستئزال ، وغير المميز والمجنون لا يتصور إسلامهما إلا بالتبعية ، وهي تحصل بأمر ثلاثة :

أ : إسلام أحد الأبوين ، فكل من انفصل من مسلم أو مسلمة فهو مسلم ،

هذه مذكورة بالاستطراد ، ويكون المراد : استلحاق اللقيط بعد بلوغه .
 قوله : (الثاني : الإسلام ، وإنما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ العاقل ، دون الصبي وإن كان مميزاً) .

لأنه غير مكلف ، فلا يكون إقراره بالشهادتين معتداً به ، وكذا المجنون .
 قوله : (لكن يفرق بينه وبين أبويه خوف الاستئزال) .

أي : وجوباً ، والاستئزال مصدر استنزله عن كذا أي : طلب نزوله عنه ، والمراد : إنزال والديه الكافرين له عما أظهره من كلمتي الشهادة ، وفي بعض النسخ خوف الاستئزال ، وهو مصدر استزله عن كذا أي : أزله ، وللشيخ قول بأنه يحكم بإسلامه إذا بلغ عشر^(١) ، وهو ضعيف .

قوله : (وغير المميز والمجنون لا يتصور إسلامهما إلا بالتبعية) .
 لا يخفى أن المميز أيضاً كذلك ، لكن إظهار الشهادتين منه يؤثر وجوب التفريق بينه وبين أبويه ، بخلاف من لا تميز له ، لأنه بمنزلة سائر الحيوانات .
 قوله : (وهي تحصل بأمر ثلاثة : الأول إسلام أحد الأبوين ، وكل من انفصل من مسلم أو مسلمة فهو مسلم) .

(١) الخلاف ٢ : ١٤١ مسألة ٢٠ كتاب اللقطة .

انفصال النطفة من مسلم موجب للإسلام قطعاً ، حتى أنه لو بلغ الولد فأظهر الكفر كان مرتداً ، لأنه جزء من مسلم حقيقة .

أما انفصال الولد من مسلمة ، فإنه إن كان تجدد إسلامها بعد العلق مع كفر الأب ، تكون تبعية الولد لها في الإسلام مسبوقه بتبعية في الكفر ، فلذلك قيل بعدم الحكم لو بلغ فأظهر الكفر ، لسبق كفره على الحكم بإسلامه^(١) ، فهو مرتد عن ملة تقبل توبته .

ومثله : ما لو تجدد إسلام الأب بعد العلق والأم كافرة ، وهو مختار المصنف في التذكرة^(٢) ، وعدم الفرق لا يخلو من قوة ، والذي حكاه شيخنا في الدروس^(٣) أن الخلاف في كونه مرتداً ، فحيثذ يكون القول الآخر أنه كافر أصلي ، فتكون في المسألة ثلاثة أقوال^(٤) ، وقد صرح المصنف في التذكرة بذلك^(٥) ، وعدم الفرق هو الذي يرشد إليه إطلاق عبارة الكتاب .

ووجهه : أن الإسلام يعلو^(٦) ، ولأن كل مولود يولد على الفطرة^(٧) ، ولرواية الصدوق عن علي عليه السلام : « إذا أسلم الأب جرّ الولد إلى الإسلام ، فمن أدرك من ولده دعي إلى الإسلام ، فإن أبي قتل »^(٨) قال في الدروس : وهو نص في الباب .

(١) التذكرة ٢: ٢٧٤ .

(٢) الدروس: ٢٩٩ .

(٣) قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦ : ١١١ : قد عرفت ان القول الثالث لم يذهب اليه أحد منا، وإنما هو احتمال للشافعية فلا يناسب عدّه قولاً .

(٤) التذكرة ٢: ٢٧٤ .

(٥) الفقيه ٤ : ٢٤٣ حديث ٧٧٨ .

(٦) عوالي اللآلي ١ : ٣٥ حديث ١٨ .

(٧) الفقيه ٣: ٩٢ حديث ٣٤٣ .

(٨) الدروس: ٢٩٩ .

ولو طراً اسلام أحد الأبوين حكم بالإسلام في الحال ، وكذا أحد الأجداد
والجدات وإن كان الأقرب حياً على اشكال .

ب : تبعية السابي المسلم على رأي إن سبي منفرداً ،

قوله : (ولو طراً إسلام أحد الأبوين حكم بالاسلام في الحال ،
وكذا أحد الأجداد والجدات) .

لأن الأب يتبع الجد ويكون أصلاً له ، فيكون أصلاً للطفل بطريق أولى ،
فان من بلغ مجنوناً يحكم باسلامه إذا كان أبوه مسلماً ، فولد المجنون يحكم
باسلامه لذلك ، ولأن الاسلام للتغليب ، فيكفي أدنى سبب .

قوله : (وان كان الاقرب حياً على إشكال) .

ينشأ : من أن سبب التبعية القرابة وأنها لا تختلف بحياة الأب وموته -
كسقوط القصاص وحدّ القذف - ومن انتفاء ولاية الحضانة للجدين مع
الأبوين .

ويضعف هذا : بأن أحقية الأبوين لا تنافي ثبوت التبعية للجدين ، مع
ثبوت الولاية والأولية للجد في النكاح عندنا ، والأصح عدم الفرق بين حياة
الأب وموته .

قوله : (تبعية السابي المسلم على رأي إن سبي منفرداً) .

هذا قول الشيخ في المبسوط^(١) ، لأن السبي أبطل حرته ، فتبطل تبعية
الأبوة ، وتبعية الدار هنا منتفية ، والاسلام على التغليب ، ولا طريق إليه إلا
بتبعية السابي .

ويضعف : بأن تبعية الأبوين ثابتة شرعاً مقطوع بها ، ولا دليل على التبعية

ولو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يحكم باسلامه ، ولو سباه الذمي لم يحكم باسلامه وإن باعه من مسلم .

ج : تبعية الدار ، وهي المراد هنا فيحكم باسلام كل لقيط في دار الإسلام ، إلا أن يملكها الكفار ولم يوجد فيها مسلم واحد فيحكم بكفره ،

للسابي ، نعم يحكم بطهارته شرعاً^(١) خاصة ، تبعاً للسابي دفعاً للحرج ، إذ لا بدّ من مباشرته واستخدامه ، وهو الذي استقرّ عليه رأي المصنف .

قوله : (ولو كان معه أحد أبويه الكافرين لم يحكم باسلامه) .

لأن تبعيته للسابي حيث ينقطع عن أبويه ، فاما إذا سببا معه أو أحدهما ، فان التبعية لهما هي الأصل فيقدم .

قوله : (ولو سباه الذمي لم يحكم باسلامه وإن باعه من مسلم) .

لأن الذمي لا يتبع في الاسلام إذ لا حظّ له في الاسلام ، وبعض الشافعية^(٢) حكم باسلامه بذلك ، لأن الذمي من أهل دار الاسلام . وبيعه بعد ذلك من مسلم لا يقتضي الحكم باسلامه ، لأن تملك المسلم طراً عليه وهو كافر ، وإنما تحصل التبعية في الابتداء .

قوله : (الثالث تبعية الدار وهي المراد) .

أي : الأمر الثالث مما به تحصل التبعية في الاسلام : تبعية الدار ، وهذا القسم هو المراد في اللقطة ، إذ لا معنى لتبعية الأبوين والسابي في إسلام اللقيط .

قوله : (فيحكم باسلام كل لقيط في دار الاسلام ، إلا أن يملكها الكفار ولم يوجد فيها مسلم واحد ، فيحكم بكفره) .

(١) لفظ (شرعاً) لم يرد في «م» وأثبتناه من «ق» .

(٢) الوجيز ١ : ٢٥٦ ، المجموع ١٥ : ٣١٧ .

وبكفر كل لقيط في دار الحرب ، إلا إذا كان فيها مسلم ساكن ولو واحد
تاجر أو أسير ، فإن بلغ وأعرب عن نفسه الكفر ففي الحكم برده تردد

المراد بـ (دار الاسلام) في عبارته : دار خطها المسلمون كبغداد
والكوفة والبصرة ، أو دار فتحها المسلمون كمداين والشام - فيحكم باسلام
لقيطها - والدار التي كانت للمسلمين ثم غلب عليها الكفار ، كطرسوس^(١)
وبعض سواحل البحر في بلاد الشام .

والذي في الدروس : أن دار الاسلام ما ينفذ فيها حكم الاسلام ولا يكون
بها كافر إلا معاهداً^(٢) . وهو أضيف من الذي ذكره المصنف ، ولا ريب أن التي
غلب عليها الكفار لا يحكم فيها باسلام اللقيط ، إلا إذا كان فيها مسلم ساكن^(٣)
يمكن تولده عنه ، فان لم يكن حكم بكفره .

قوله : (وبكفر كل لقيط في دار الحرب ، إلا إذا كان فيها مسلم
ساكن ولو واحد ، تاجر أو أسير) .

أي : ويحكم بكفر كل لقيط في دار الحرب ، إلا إذا كان فيها مسلم
ساكن بها ، ولو أنه واحد وهو تاجر أو أسير ونحوهما ، بشرط أن يمكن تولده عنه
عادة ، ولا يكفي المارة من المسلمين ، إذ لا تبعية في وقت السكن لانتفاء
التقدم ، [ومثله ما]^(٤) إذا تجدد خروجه قبل الالتقاط لانتفاء المقتضي للتبعية ،
وهو وجوده حينئذ .

قوله : (فإن بلغ وأعرب عن نفسه الكفر ، ففي الحكم برده تردد ،

(١) بفتح اوله وثانيه: مدينة بغير الشام بين انطاكية وحلب وبلاد الروم، وهي من ثغور المسلمين
معجم البلدان ٤ : ٢٨ .

(٢) الدروس : ٢٩٩ .

(٣) كلمة (ساكن) لم ترد في «م» ووردت في «ق» .

(٤) لم ترد في «م»، وفي «ق»: وإلا، وما أثبتنا من مفتاح الكرامة ٦ : ١١٥ وهو الصواب .

ينشأ : من ضعف تبعية الدار .

الثالث : الجنائية : وعاقلة اللقيط الإمام اذا فقد النسب ولم يتوال أحداً دون الملتقط ، فإن جنى عمداً اقتص منه ، وخطأً يعقله الإمام ، وشبيه العمد في ماله ، وإن قتل عمداً فللإمام القصاص، وخطأً الدية .
ولو جنى على طرفه فالأقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص أو الدية له ،

ينشأ : من ضعف تبعية الدار) . .

أي : لو أظهر أنه كافر بعد بلوغه ، ومنشأ التردد : مما ذكره ، ومن سبق الحكم باسلامه ، ولا يبعد الحكم برده ، لسبق الحكم بطهارته وإجراء أحكام أولاد المسلمين عليه ، ولأن الاسلام هو الأصل ، لان كل مولود يولد على الفطرة^(١) ، وإظهاره الكفر بعد بلوغه لا ينافي إسلامه السابق ، وهذا قوي .
نعم لو علم كفر آبائه وأظهر الكفر بعد بلوغه ، فليس بمرتد قطعاً .
قوله : (وعاقلة اللقيط الامام - إذا فقد النسب ولم يتوال أحداً - دون الملتقط) .

أي : وعاقلة اللقيط الامام دون الملتقط ، وما بينهما اعتراض ، ولا يخفى أن مولاته أحداً إنما تعتبر بعد بلوغه .
قوله : (ولو جنى على طرفه ، فالأقرب مع صغره جواز استيفاء القصاص أو الدية) .

وجه القرب : أن القصاص ثابت ، فيجوز للولي استيفاؤه أو أخذ الدية ، مراعيًا للمصلحة في ذلك . ويحتمل العدم ، لأن التشفي مطلوب، وبكل واحد من الأمرين يفوت . والأصح أنه إذا اقتضت المصلحة أحد الأمرين عمل الولي

(١) عوالي اللآلي: ١ : ٣٥ حديث ١٨ .

ولا يتولى الملتقط ذلك بل الحاكم .

ولو أخذ الحاكم الأرش في العمد فبلغ وطلب القصاص فاشكال ينشأ : من أن أخذ المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص .

بمقتضاها ، فانه ربما خشي فوات الأمرين .

وهذا إنما هو في الصغير ، أما المجنون ، فان الولي يعتمد في أمره المصلحة جزماً ، والفرق : أن للصبى غاية تنتظر وهو البلوغ ، بخلاف المجنون ، فانه لا غاية لزوال جنونه ، والتأخير إلى غاية غير معلومة تفويت .

قوله : (ولا يتولى الملتقط ذلك بل الحاكم) .

لأن الملتقط لا ولاية له على اللقيط سوى الحضانة .

قوله : (ولو أخذ الحاكم الأرش في العمد ، فبلغ وطلب القصاص فاشكال ، ينشأ : من أن أخذ المال للحيلولة أو لإسقاط القصاص) .

هذا تفريع على الأقرب ، وهو جواز كل من الأمرين : القصاص والدية للحاكم بحسب المصلحة ، والمراد بالأرش هو الدية ، ولا يخفى ضعف هذا الاشكال ، لأن الحيلولة هي تعذر الحق من جانب من هو عليه ، وهذا المعنى منتف هنا ، والمأخوذ برأي الحاكم ومقتضى المصلحة إنما هو في الدية ، ومع أخذها كيف يبقى القصاص .

وبعد تحرير محل النزاع يسقط هذا الاشكال ، بأن يقال : أخذ المال إن كان بغير رضى الجاني في العمد ، فهو ممنوع منه لا أثر له ويبقى الحكم كما كان ، ولا دية ولا حيلولة هنا ، لأن الواجب هو القصاص خاصة دون المال .

وإن كان برضاه ، فانما يكون عوضاً عن القصاص ، لأنه الفرض ، فان المفروض أنه لم يدفعه هبة وتبرعاً ، فان صح أخذه عوضاً وجب الحكم بسقوط القصاص ، وإلا لم يحل أخذ المال ، وحيث حكمنا بأنه يجوز أخذه عوضاً مع

الرابع : الحرية : فإن لم يدع أحد رقبته فالأصل الحرية ، ونحكم بها في كل ما لا يلزم غيره شيئاً فتملكه المال ، ونغرم من أتلف عليه شيئاً ، وميراثه لبيت المال .

المصلحة وجب القول بسقوط القصاص ، وهذا هو الأصح .

قوله : (فإن لم يدع أحد رقه فالأصل الحرية) .

لأن الرقية إنما تثبت بالكفر الأصلي والسبي ، والأصل عدم هذا الوصف ، ولأن كل إنسان ينتهي في الولادة إلى آدم عليه السلام ، فتستصحب الحرية إلى أن يثبت خلافها .

قوله : (ويحكم بها في كل ما لا يلزم غيره شيئاً ، فيملكه المال ويغرم من أتلف عليه شيئاً) .

الحكم بحريته جرياً على الأصل مع الخلو عن المعارض لا شبهة فيه ، فيحكم بملكه المال إذ لا مانع ، فيجب إجراؤه على الأصل ، ولو أتلف عليه متلف شيئاً من المال حكماً بتغريمه ، لأن الإلتلاف يقتضي الضمان ، أما مع المعارض - وهو ما إذا اقتضى إلزام غيره شيئاً - فسيأتي حكمه .

فان قيل : التغريم يقتضي إلزام غيره شيئاً ، فكيف حكم به؟

قلنا : المراد إلزام غيره شيئاً لا يلزم على تقدير الرقية كالقصاص ، أما تغريم المال فانه ثابت على كل تقدير .

قوله : (وميراثه لبيت المال) .

هكذا قال الشيخان^(١) ، وحمله ابن إدريس على بيت مال الامام^(٢) ،

(١) المفيد في المقنعة: ٩٩، والطوسي في النهاية: ٦٨١، والخلاف: ٢: ١٤١ مسألة ٢١ كتاب اللقطة.

(٢) السرائر: ١٨٠ .

وإن قتله عبد قتل ، وإن قتله حر فالأقرب سقوط القود ؛ للشبهة واحتمال الرق ، فحينئذ تجب الدية أو أقل الأمرين منها ومن القيمة على إشكال .

وعن المفيد التصريح بأنه لبيت مال المسلمين^(١) ، وقال الشيخ : ولاؤه للمسلمين^(٢) ، وما ذكره ابن ادريس هو المتجه ، لأنه من جملة من لا وارث له .

قوله : (وإن قتله حر ، فالأقرب سقوط القود، للشبهة واحتمال الرقية) .

إذا قتل اللقيط حر ، فاما أن يكون عمداً أو خطأ ، فان كان عمداً ، فالأقرب عند المصنف سقوط القود للشبهة ، حيث أنه لا يقطع بثبوت الحرية لاحتمال الرقية ، فقول المصنف : (واحتمال الرقية) عطف تفسيري لـ (الشبهة) ومتى شك في شرط القصاص انتفى ولأن فارط الدماء لا يستدرك ، فيجب فيها رعاية الإحتياط .

ويحتمل الثبوت ، للحكم بحريته ظاهراً ، ولإجراء باقي أحكام الحرية ، مثل مبايعته ومناكحته ، فيجب إجراء الجميع أو منع الجميع ، لأن الشرط واحد .

قوله : (فحينئذ تجب الدية ، أو أقل الأمرين منها ومن القيمة على اشكال) .

أي : فحين حكمنا بسقوط القود للشبهة ، تجب الدية أو أقل الأمرين منها ومن القيمة على إشكال فيهما ، ينشأ : من أنه حرّ في نظر الشارع ، وقد حكمنا بسقوط القود للشبهة ، فيجب الانتقال إلى الدية كمالاً . ومن الشك فيها وفي

(١) المقنعة : ٩٩ .

(٢) قاله في الخلاف ٢ : ١٧٤ مسألة ١٣٩ كتاب الفرائض .

(٣) في «ق» : ومتى شك في الحرية شك في القصاص .

الرقية ، فيجب أقل الأمرين ، لأنه المتيقن والزائد مشكوك فيه للشك في سببه .
ولقائل أن يقول : إن الواقع لا يخلو من رقيته وحريته ، فلا بد من أحدهما ، وعلى أي تقدير كان ، فلا يكون الواجب واحداً من الأمرين المذكورين ، لأنه إن كان حراً فالواجب القصاص لا الدية ، والاحتياط المذكور معارض باحتياط مثله ، فإن الجاني ربما رضي بالقصاص ولم يرض بالدية ، فقهره عليها إلزام له بما لم يثبت عليه ، فيكون باطلاً .

وإن كان رقاً ، فالواجب هو القيمة لا الدية ، فيبطل احتمال كون الواجب هو الدية على كل من التقديرين اللذين انحصر الواقع فيهما ، وكذا يمتنع كون الواجب هو أقل الأمرين مطلقاً على [كل من تقديري^(١) الحرية والرقية ، على أنه يؤدي إلى إسقاط حق معلوم الثبوت قطعاً ، وذلك إذا قطع منه طرفان : أحدهما أكثر قيمة ، والآخر أكثر دية ، وحيث بطلت اللوازم كلها تعين الحكم بالقصاص .

ويؤيده : أنا نحكم بجواز مناكحته ، مع أن الفروج مبنية على الاحتياط التام ، وتمضي جميع تصرفاته استناداً إلى الحكم بحريته ، ولأن كل من كان ظاهره الحرية يحكم له بالقصاص ، مع أنه قد يتطرق الاحتمال إليه .

والذي ينساق إليه النظر : الحكم بالقصاص ، لأنه أسلم من ارتكاب مالا يدل عليه دليل ، ولو ظهر خلافه فهو بيت المال ، لأنه من خطأ الحكام . هذا كله إذا كانت الجناية عمداً ، ولو كانت خطأ ، فعلى ما اختاره المصنف يحتمل الدية وأقل الأمرين ، والأصح الأول .

(١) في «م» : كل تقدير، وفي «ق» : تلك التقديرين ، وما أثبتناه من مفتاح الكرامة : ٦ : ١١٨ عن جامع المقاصد ، وهو الأنسب .

وإن ادعى رقه لم يقبل من غير صاحب اليد ، ولا منها إذا استندت إلى الالتقاط ، وإن استندت إلى غيره حكم ظاهراً على اشكال ،

قوله : (وإن ادعى رقه لم تقبل من غير صاحب اليد ، ولا منها إذا استندت إلى الالتقاط ، فإن استندت إلى غيره حكم ظاهراً على إشكال) .

أي : إن ادعى مدّع رقه ، فالفعل مبني للمجهول أو للمعلوم ، ومرجع الضمير ما سبق في قوله : (فإن لم يدع أحد رقه) . أي : وإن ادعى أحد رقه ، فلا يخلو إما أن يكون المدعي لا يد له أو يكون له يد ، ففي الأول لا تقبل دعواه بدون البينة ، وفي الثاني لا يخلو إما أن تكون اليد مستندة إلى الالتقاط ، أو إلى غيره :

ففي الأول لا عبرة بها ، للعلم بأن سببها الالتقاط الذي لا يفيد الملك ، والأصل الحرية ، فلا تسمع دعواه الرقية بغير حجة ، وليس ذلك كدعوى المال الذي التقطه ، لأنه ملك على كل تقدير ، فليس في دعواه تغير له عن صفته . وإن كانت مستندة إلى غير الالتقاط ، فانه يحكم بها ظاهراً على إشكال ، ينشأ : من أن ظاهر اليد الملك ، ومن أن هذا في غير من ثبتت حرите ظاهراً ، واللقيط محكوم بحرته ظاهراً ، قال الشيخ في المبسوط : يحكم له بشهادة اليد مع اليمين^(١) .

واعلم أن في تصوير هذه المسألة خفاء ، فان ثبوت يد أخرى مع يد الالتقاط لا يكاد يتصور ، فأن اللقيط من لا يد عليه ، فمتى كان لآخر يد عليه فليس بلقيط .

ثم أنه إذا كان لشخص على آخر يد وسلطنة ، يكون محكوماً بكونه رقا له

فإن بلغ وانكر ففي زوال الرق اشكال .

من غير إشكال ، فأى وجه لهذا الاشكال؟

وينبغي تنزيل العبارة على ما ذكره الشارح عميد الدين : من أن الملتقط إذا ادّعي رقه واسند اليد عليه إلى غير الالتقاط ، كأن قال : هذا عبدي وكان لي عليه يد ثم ضلّ فالتقطته ، فيتجه حينئذ الاشكال ، وإن كان خلاف المتبادر من قوله : (استندت) لأنه يقتضي الاستناد في الواقع ، فكان حقه أن يقول : فان استند إلى غيره .

ومشؤه : من أن اليد ثابتة ، وقد أسندها إلى ما يقتضي الملك ، فلا يتوقف الحكم بدلالتها على الملك على العلم بسببها ، ومن أن الالتقاط هو السبب المعلوم ، والأصل عدم غيره ، فتحال اليد عليه ، وهو دال على الحرية ، فيحتاج الملك إلى حجة ، وليس هو كالكيد التي لم يقارنها وصف الالتقاط ، لانتفاء المنافي معها ، فيقضي فيها بالملك ، وللتردد في ذلك مجال .

ولا يخفى أن قوله : (ولا منها إذا استندت . . .) لا يخلو من مناقشة لأن المراد عود الضمير إلى (غير صاحب اليد) فكان حقه التذكير .

قوله : (فإن بلغ وأنكر ، ففي زوال الرق إشكال) .

أي : بناء على الحكم بالرقية ظاهراً في المسألة السابقة ، لو بلغ اللقيط فأنكرها ، ففي زوال الرق الذي ثبت ظاهراً إشكال ، ينشأ : من ثبوته ، فلا ينتفي إلا بحجة شرعية . ومن أن الأصل الحرية ، وثبوت الرق ظاهراً لانتفاء المنازع ، وقد تحقق المنازع الآن ، فلا يحكم بغير بية أو تصديقه ، وهذا الاشكال فرع على الحكم بالرقية ظاهراً في المسألة السابقة ، كما نبهنا عليه ، لامتناع الرقية مع الحكم بالحرية وعدم الالتفات إلى الدعوى .

وعلى ذلك التقدير فلا يخفى ضعف الاشكال ، لأنه إذا حكم برقه للبدل لا

ولو أقام بينة حكم بها ، سواء أطلقت أو استندت الى سبب كإرث أو شراء ، ولو شهدت بأنه ولد مملوكته فأشكال ينشأ : من أنها قد تلد حراً .
ولو بلغ وأقر بالعبودية حكم عليه إن جهلت حرته ولم يقر بها أولاً ، ولو أقر أولاً بالحرية ثم بالعبودية فالأقرب القبول .

يلتفت إلى إنكاره بعد بلوغه ، كما في سائر نظائره .

قوله : (ولو أقام بينة حكم بها ، سواء اطلقت أو استندت إلى سبب كإرث أو شراء) .

تقبل في الحالين لشهادتها بالملك ، ولا يتوقف قبولها على الاستناد إلى سبب ، والإطلاق ضد الاستناد إلى سبب ، ولو قال : إذا اسندت لكان أولى كما لا يخفى .

قوله : (ولو شهدت بأنه ولد مملوكته فأشكال ، ينشأ : من أنها قد تلد حراً) .

ومن أنه نماء مملوكته والأصل تبعيته لها ، والأصح العدم ، لأنها شهادة بالأعم من الدعوى ، فلا يثبت بها ، وقد رجع المصنف في كتاب القضاء عن هذا الاشكال إلى الجزم بعدم القبول .

قوله : (ولو بلغ فأقر بالعبودية حكم عليه إن جهلت حرته ، ولم يقرّ بها أولاً) .

قطعاً ، لعموم : « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز »^(١) ، وينبغي أن يقيد بما إذا لم يستلزم الإقرار ضياع حق آخر أو إلزامه بحق .

قوله : (ولو أقر أولاً بالحرية ثم بالعبودية ، فالأقرب القبول) .

وجه القرب : عموم نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم ، وقال الشيخ : لا

ولو أقر بالعبودية أولاً لواحد فأنكر فأقر به لغيره فاشكال ينشأ : من الحكم بحريته برد الأول اقراره ، ومن عموم قبول اقرار العاقل .
ولو سبق منه تصرف ، فإن اقيم بيّنة على الرق جعلت التصرفات كأنها صدرت من عبد غير مأذون .

ولو عرف رقه باقراره لم يقبل فيما يضر بالغير ، فيستمر النكاح لو كانت امرأة ، ويثبت للسيد أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل ، والأولاد

يقبل ، لأننا حكمنا بحريته وألزمناه أحكامها من الحج والجهاد وغيرهما^(١) ويرده : أن ذلك يقتضي عدم قبول إقرار من ظاهره الحرية ، لوجوب ذلك عليه ، وهو معلوم البطلان .

ولا يخفى أن إقراره بالحرية لا يقتضي كونه حراً في نفس الأمر، وربما كان الحال غير معلوم عنده ثم تجدد العلم به، وإنما يقبل إقراره فيما لا يضر بغيره .
قوله : (ولو أقر بالعبودية أولاً لواحد، فأنكر فأقر لغيره فاشكال، ينشأ من الحكم بحريته برد الأول إقراره، ومن عموم قبول إقرار العاقل).
والأصح الثاني، لأن ردّ الأول لا يقتضي حرّيته، إنها يقتضي كون الرقية التي أقرّ بها ليست له، ولهذا لورجح عن الانكار إلى الاقرار قبل، وربما لم يكن عالماً بالحلل أو كان غالطاً أو تعمّد الكذب، ولا يمنع شيء من ذلك قبول إقراره الثاني .
قوله : (فيستمر النكاح لو كانت امرأة).

أي : لو كانت الملقوطة امرأة وأقرت بعد النكاح بالرقية ولم تقم بيّنة فان النكاح يستمر ، إذ لا يسمع إقرارها فيما يضر بالزوج .
قوله : (ويثبت للسيد أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل).
لأنه إن كان المسمى أقل ، فالزيادة التي مستندها مجرد أقرارها لا تجب، وإن

احرار ، وعدتها ثلاثة اقرء ، وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام .
ولو قذفه قاذف وادعى رقه ، وادعى هو الحرية تقابل أصلاً براءة
الذمة والحرية فيثبت التعزير .

كان مهر المثل أقل ، لم يحل^(١) للسيد المطالبة بالزائد ، لأن الواجب على تقدير
ملكه إياها هو مهر المثل .

وهل يجب على الزوج بذل الزيادة؟ وجهان أحدهما عدم ، لاتفاق
الزوجة والسيد على عدم استحقاقها ، وهو قريب . هذا إذا لم يكن قد سلم
الزوج المهر إليها ، فان كان قد سلّمه لم يكن للسيد المطالبة ، لما تقرر من
عدم سماع إقرارها فيما يضرّ بالغير .

قوله : (وعدّتها ثلاثة أقرء) .

سواء كانت رجعية أو بائنة ، حائلاً أو حاملاً ، لأنّ الحامل تعتد بأبعد
الأجلين ، لأنّ قصرها يقتضي سقوط حق المطلق ، لأنّه في الرجعية يستحق الرجعة
إلى آخر عدّة الحرّة ، وفي البائن يحرم على الغير التصريح لها بالخطبة لحقّه دونه ، فأنّه
يجوز له التصريح في بعض أقسام العدّة البائنة ، ولايستثنى من ذلك المطلقة الحامل
البائنة إذا قلنا أنّ النفقة لها ، وكذا من جرى مجراها ، لأنّ الزائد من النفقة يسقط
باقرارها وتصديق السيد ، فيبقى حقّه بغير معارض .

قوله : (وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشرة أيام) .

لأنّ الحداد واجب وهو حقّ للزوج ، ولأنّ في تعجيل النكاح إضرار بالورثة ،
لأنهم يتألّمون بذلك . وتحتمل عدّة الأمة ، لأنّه لاحق للزوج في عدّة الوفاة ، بل هي
لمحض حقّ الله تعالى ، بخلاف عدّة الطلاق ، لأنّها لحفظ مائه .

قوله : (ولو قذفه قاذف وادعى رقه وادعى هو الحرية ، تقابل أصلاً
براءة الذمة والحرية ، فيثبت التعزير) .

(١) في «ق» : لم يجوز .

ولو قطع حرّيده تقابلاً أيضاً ، لكن الأقرب هنا القصاص ؛ لأن العدول إلى القيمة مشكوك فيه أيضاً ، بخلاف التعزير المعدول إليه فإنه متيقن ،

هذا رجوع إلى أصل الباب ، أي لو قذف اللقيط قاذف وإدعى رقه وإدعى هو الحرية ، ثبت التعزير لتساقط الأصلين ، فيرجع إلى المتيقن ، وهذا أحد القولين ، والآخر ثبوت الحدّ .

والتقابل الذي إدعاه غير واضح ، فإن أصل براءة الذمة قد تحقق الانتقال عنه باشتغالها بعقوبة قذف من حكم بحرّيته وجرت أحكام الأحرار عليه ، وهو الأصح .

قوله : (ولو قطع حرّيده تقابلاً أيضاً ، لكن الأقرب هنا القصاص ، لأنّ العدول إلى القيمة مشكوك فيه أيضاً ، بخلاف التعزير المعدول إليه ، فإنه متيقن) .

أي : لو قطع حرّيد اللقيط المحكوم بحرّيته تقابل الأصلان هنا أيضاً ، لكن الأقرب هنا ثبوت القصاص .

لا يقال الحكمان متنافيان ، لأنّ تقابل الأصلين في المسألة الأولى والثانية قائم فالحكم بالتعزير هناك لاحتمال الرقية ، وبالقصاص هنا الذي لا يثبت إلا على تقدير الحرية مما لا يجتمعان ، لأننا نقول :

المانع من أخذ الدية في الثانية قائم ، لأنه إنّما يثبت على تقدير الرقية ، وهي مشكوك فيها ، والعدول من مشكوك فيه إلى مشكوك فيه باطل ، فتعين الأخذ بها دلّ عليه المرجح ، وهو أصالة الحرية ، بخلاف التعزير ، فإنه ثابت على كل من تقديري الحرية والرقية ، والمشكوك - وهو الزائد - يسقط ويؤتى بالمعلوم ، وإلى هذا الجواب أشار بقوله (لأنّ العدول إلى القيمة مشكوك فيه أيضاً . . .) .

ويشكل ما ذكره من الفرق ، فإنّ التعزير غير واجب على تقدير الحرية ، بل الواجب قدره في ضمن الحدّ ، والتعزير هو ذلك القدر المخصيص دون ما زاد ، فالعدول إليه أيضاً عدول إلى مشكوك فيه ، ثم أنه ينتقض بما ذكره سابقاً في الجناية

ولا ولاية للملتقط عليه بل هو سائبة يتولى من شاء .

الفصل الثاني : في الحيوان : ويسمى ضالة ، ويجوز لكل بالغ عاقل على كراهية - إلا مع تحقق تلفه

على النفس .

ولايتوهم أن الأمر في الطرف أسهل منه في النفس ، لأن الاقتصاص في الطرف قد يسري إلى النفس . ثم يقال إن قوله : (لأن العدول إلى القيمة مشكوك فيه) يقتضي إنحصار الحال في العدول إلى القيمة التي هي فرع الرقية ، ولم لا يجوز أن يكون العدول إلى الدية التي هي فرع الحرية ، أو أقل الأمرين الذي هو المتيقن ، على كل من التقديرين .

والحق أن كل ذلك ضعيف ، بل إجراء أحكام الحرية هو المعتمد ، لأن العدول عنها خروج عن الحكم الشرعي إلى مجرد الرأي ، كما حققناه .

قوله : (ولا ولاية للملتقط عليه ، بل هو سائبة يتولى من شاء) .

قد علم غير مرة أن ولاية الملتقط على اللقيط إنما هي في الحضانة لا في غير ذلك ، فهو سائبة له أن يتولى من شاء بعد بلوغه .

قوله : (الفصل الثاني : في الحيوان ، ويسمى ضالة ، ويجوز لكل بالغ عاقل على كراهية . . .) .

يندرج في البالغ العاقل المرتد عن فطرة ، مع أنه ليس له أن يلتقط ، ولو التقط بني على أنه لو حاز المباحات هل تنتقل إلى ورثته ، أم لا فيجوز انتزاعها من يده لكل أحد ، فأيهما حكم به يأتي مثله هنا .

قوله : (إلا مع تحقق تلفه) .

أي : على كراهية ، إلا في هذه الحالة ، فتزول الكراهية ، قال في

وإن كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً - التقاط كل حيوان مملوك ضائع لا يد لأحد عليه

التذكرة : أما إذا تحقق التلف ، فانه تزول الكراهية ويبقى طلقاً^(١) . يدل على الكراهية قول الباقر عليه السلام : « لا يأكل الضالة إلا الضالون »^(٢) وهو مخصوص بقول الصادق عليه السلام : « الضوال لا يأكلها إلا الضالون إذا لم يعرفوها »^(٣) فان مفهوم الشرط معتبر ، فيبقى نفي الكراهية مع تحقق التلف مستنداً إلى الأصل .

فإن قيل : فعلى هذا تختص الكراهة بما إذا لم يعرفها وإن لم يتحقق التلف .

قلنا : الكراهة فيما عدا هذه الصورة بالاجماع ، ورواية الشاة يفهم منها عدم تحقق التلف ، حيث قال عليه السلام : « هي لك او لاختك او للذئب »^(٤) فيكون قوله عليه السلام : « وما احب أن أمسها »^(٥) غير مناف لما قلناه .
قوله : (وإن كان عبداً) .

سواء أذن المولى أم لا إذا لم ينهه ، لأنه أهل للاكتساب ، وظاهر كلام التذكرة أن هذا الحكم إجماعي^(٦) .

قوله : (أو كافراً أو فاسقاً) .

لأن الالتقاط اكتساب ، والكافر والفاسق أهل له .

قوله : (ضائع لا يد لأحد عليه) .

(١) التذكرة ٢: ٢٦٦ .

(٢) التهذيب ٦: ٣٩٦ حديث ١١٩٣ .

(٣) التهذيب ٦: ٣٩٤ حديث ١١٨٢ .

(٤) الكافي ٥: ١٤٠ حديث ١٢ .

(٥) الفقيه ٣: ١٨٨ حديث ٨٤٨ ، التهذيب ٦: ٣٩٤ حديث ١١٨٥ .

(٦) التذكرة ٢: ٢٦٩ .

في الفلاة ، فالبعير لا يؤخذ إن كان صحيحاً أو كان في كلاً وماء ، فإن أخذه حينئذ ضمنه .

ويبرأ بتسليمه الى المالك أو الحاكم مع فقده ، لا بإرساله في موضعه ، ويرسله الحاكم في الحمى فإن لم يكن باعه وحفظ ثمنه لمالكة .

قد يقال : إن قوله : (ضائع) مغن عن قوله . (لا يد لأحد عليه) لأن المراد بالضائع : الضال ، ولا يكون ضالاً مع ثبوت اليد عليه .

ويجاب : بأن المراد ضائع عن مالكة ، وما هذا شأنه لا يمتنع أن يكون عليه يد ملتقط آخر سابق ، وحينئذ فلا يجوز للأحق التقاطه ، واعلم أن قوله : (كل حيوان) يستثنى من عمومها ما سيذكره بعد .

قوله : (في الفلاة) .

فالضائع في العمران لا يجوز أخذه ولا يعدّ لقطة .

قوله : (فالبعير لا يؤخذ إن كان صحيحاً ، أو كان في كلاً وماء) .

للهي عن التعرض إليه في كل من الموضعين في رواية هشام بن سالم الحسنة عن الصادق عليه السلام^(١) ، والكلاً مهموز كجبل : العشب .

قوله : (ويرسله الحاكم في الحمى^(٢) ، فإن لم يكن ، باعه وحفظ ثمنه لمالكة) .

ظاهره أن الحاكم إنما يبيعه مع فقد الحمى ، وفي الدروس : أنه يعتمد من الأمرين ما يراه مصلحة^(٣) ، وهو حسن . ولو لم يجد الحاكم فهل يسوغ له

(١) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٢ ، الفقيه ٣ : ١٨٨ حديث ٨٤٨ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٦ .

(٢) قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦ : ١٢٧ : والمراد : الحمى الذي حماه الامام لخييل المجاهدين والضوال .

(٣) الدروس : ٣٠٠ .

ولو تركه من جهد في غير كلاً ولا ماء جاز أخذه ، ويملكه الواجد
ولا ضمان .

وفي رد العين مع طلب المالك إشكال .

بيعه؟ وعلى تقدير عدم البيع لو أنفق عليه ، هل له الرجوع إذا قصده ، أم يكون
كالشاة المأخوذة من العمران؟ كل محتمل .

قوله : (ولو تركه من جهد في غير كلاً ولا ماء جاز أخذه) .

للأخبار^(١) الدالة على ذلك ، وظاهر قول أمير المؤمنين عليه السلام :
(أنه إن تركها في غير كلاً وماء فهي للذي أحياها)^(٢) أن المتروك في كلاً ولا
ماء هناك أو بالعكس يؤخذ ، لانتفاء الأمرين حينئذ ، ولأنها لا تعيش بدون
الماء ، وضعفها يمنعها عن الوصول إليه .

قوله : (ويملكه الواجد ولا ضمان) .

للأخبار الصريحة في ثبوت الملك على وجه انقطع سبيل المالك عنها ،
فان في صحيحة عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام : « من أصاب مالا أو
بعيراً في فلاة من الأرض قد كَلَّت وقامت وسيبها صاحبها إما لم تتبعه ، فأخذها
غيره ، فأقام عليها وأنفق نفقة حتى أحياها من الكلال ومن الموت ، فهي له ولا
سبيل له عليها ، وإنما هي مثل الشيء المباح »^(٣) .

والظاهر أن المراد بالمال ما كان من الدواب التي تحمل ونحوها ، بدليل
قوله : « قد كَلَّت وقامت وسيبها صاحبها إما لم تتبعه » والرواية نص صريح في
عدم الضمان .

قوله : (وفي رد العين مع طلب المالك إشكال) .

(١) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٣ ، ١٤ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ - ٣٩٣ حديث ١١٧٧ ، ١١٧٨ ، ١١٨١ .

(٢) الكافي ٥ : ١٤١ حديث ١٦ ، التهذيب ٦ : ٣٩٣ حديث ١١٨١ .

(٣) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٣ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٧ .

وكذا التفصيل في الدابة والبقرة والحمار ، أما الشاة فتؤخذ ويتخير
الآخذ بين حفظها لمالكها أو دفعها الى الحاكم ولا ضمان فيهما ،

ينشأ : من عموم قول الباقر عليه السلام في رواية « فاذا جاء طالبه رده
اليه »^(١) ومن حصول الملك للثاني فلا يزول ، والأصح عدم وجوب الرد ،
للنص الصريح في الرواية السابقة^(٢) .

ودعوى الشارح : ذات عموم^(٣) ، غير جيدة ، لأنها بالاضافة إلى الرواية
الأولى أخص ، فتكون مقدمة ، وهو مختار المصنف في التحرير^(٥) ، وشيخنا
في الدروس^(٦) .

قوله : (وكذا التفصيل في الدابة والبقرة) .

أي : التفصيل بكون الترك من جهد ، وكونه في كلاً وماء وعدمه ، إلى
آخر الأحكام السابقة ، لشمول رواية ابن سنان لهما ، ورواية مسمع عن
أمير المؤمنين عليه السلام المذكور بعضها سابقاً ، والمذكور فيها الدابة والبغل
والحمار كذلك^(٧) .

وقيل بجواز أخذ الحمار مطلقاً ، لعدم امتناعه من الذئب ، ذكره في
الدروس^(٨) .

قوله : (وأما الشاة ، فتؤخذ ويتخير الآخذ بين حفظها لمالكها أو
دفعها إلى الحاكم ، ولا ضمان فيهما) .

(١) الكافي ٥ : ١٣٩ حديث ١٠ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٥ .

(٢) هي صحيحة ابن سنان السابقة .

(٣) أي : ودعوى الشارح ان الرواية السابقة ذات عموم غير جيدة .

(٤) ايضاح الفوائد ٢ : ١٤٨ .

(٥) التحرير : ١٢٥ .

(٦) الدروس : ٣٠٠ .

(٧) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٣ ، التهذيب ٦ : ٣٩٣ حديث ١١٨١ .

(٨) الدروس : ٣٠٠ .

وبين تملكها والضمان على اشكال . وكذا صغار الإبل والبقر وغيرهما .

أي : في الموضوعين المذكورين ، لأن الحاكم ولي الغائب ، فالدفع إليه مع تعذر المالك كالدفع إلى المالك ، وحفظها بنفسه جائز ، لأنه أمين .
 قوله : (وبين تملكها والضمان على إشكال) .

ينشأ : من عموم « فإذا جاء طالبه رده إليه »^(١) ومن إطلاق رواية ابن سنان^(٢) السابقة ، لكن فيها ما قد ينافي الحكم المذكور في الشاة ، وهو قوله عليه السلام : « وسيبها صاحبها لِمَا لم تتبعه »^(٣) فان هذا غير شرط في جواز أخذ الشاة وتملكها إذا كانت في الفلاة ، ولا ريب أن الضمان أحوط وأرجح .
 فإن قيل : إذا جاء صاحبها وهي موجودة ، فعلى الضمان يجب ردّها عليه ، وذلك مناف للملك .

قلنا : لا منافاة ، لجواز كون الملك متزلزلاً .

فإن قيل : متى تحقق الضمان؟

قلنا : الظاهر أن الاخذ من حين تملكها صارت مضمونة عليه ، فان جاء المالك ردّها بعينها ، ومع التلف يضمن ، وهل يجب تعريف الشاة المأخوذة من الفلاة؟ قال في التذكرة : الأقرب العدم^(٤) ، لظاهر قوله عليه السلام : « هي لك أو لآخيك أو للذئب »^(٥) فان المتبادر منه تملكها بغير تعريف ، وليس تقييده بالتعريف بأولى من تقييد دليل التعريف بما عدا الشاة ، وهذا قويّ متين .

قوله : (وكذا صغار الإبل والبقر وغيرهما) .

(١) الكافي ٥ : ١٣٩ حديث ١٠ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٥ .

(٢) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٣ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٧ .

(٣) المصدر السابق .

(٤) التذكرة ٢ : ٢٦٨ .

(٥) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٢ ، الفقيه ٣ : ١٨٨ حديث ٨٤٨ ، التهذيب ٦ : ٣٩٤ حديث ١١٨٥ .

ولا تؤخذ الغزلان المملوكة وشبهها مما يمتنع بعده .

أي : حكمهما في جواز أخذها في الفلاة حكم الشاة ، أسنده في التذكرة إلى علمائنا^(١) ، لكن توقف فيه ابن سعيد^(٢) ، نظراً إلى مورد النص ، والأصح . الجواز ، وفي قوله عليه السلام في الشاة : « هي لك أو لأخيك أو للذئب »^(٣) إيماء إليه ، فانها لا تمتنع من صغار السباع .

وهل يجب التعريف؟ الظاهر نعم ، إذ لا معارض للدليل وجوب تعريف اللقطة سنة ، وهل يضمنها لو تملكها لمالكها لو وجد؟ الظاهر نعم ، لعدم المسقط ، وعموم الرواية عن الباقر عليه السلام^(٤)

قوله : (ولا تؤخذ الغزلان المملوكة وشبهها مما يمتنع بعده) .

قال في الدروس : إلا أن يخاف ضياعها ، فالأقرب الجواز ، لأن الغرض حفظها لمالكها لحفظها في نفسها ، وإلا لما جاز التقاط الأثمان ، لأنها محفوظة في نفسها حيث كانت^(٥) . وهذا بعينه كلام المصنف في التذكرة ، إلا أنه زاد على خوف ضياعها عن مالكها ، عجز مالكها عن استرجاعها^(٦) . أي : خوفه ذلك ، كما هو ظاهر العبارة ، وما ذكره وجيه ، ويعرف سنة .

(١) التذكرة: ٢: ٢٦٧ .

وقال السيد العاملي : وقد حكى في جامع المقاصد والمسالك عن التذكرة انه نسب فيها جواز الأخذ الى علمائنا ، وعبارة التذكرة خالية عن ذلك ، انما نسب الى علمائنا فيها جواز أخذ الشاة ثم قال بعد سطرين : وكذا الحيوان الذي لا يمتنع من صغار السباع ، فلم يكن داخلاً تحت معقد ما نسبه الى علمائنا . مفتاح الكرامة: ٦: ١٣٣ .

(٢) الشرائع: ٣: ٢٨٩ .

(٣) الكافي: ٥: ١٤٠ ، حديث ١٢ ، الفقيه: ٣: ١٨٨ ، حديث ٨٤٨ ، التهذيب: ٦: ٣٩٤ ، حديث ١١٨٥ .

(٤) الكافي: ٥: ١٣٩ ، حديث ١٠ ، التهذيب: ٦: ٣٩٢ ، حديث ١١٧٥ .

(٥) الدروس: ٣٠١ .

(٦) التذكرة: ٢: ٢٦٨ ، وفيها : حكمه حكم الموجود .

أما العمران فلا يحل أخذ شيء من الضوال فيها وإن لم تكن ممتنعة كأطفال الإبل والبقر ، فإن أخذها تخيير بين حفظها لمالكها وعليه نفقتها من غير رجوع ، وبين دفعها الى الحاكم فإن تعذر انفق ولم يرجع .

قوله : (أما العمران ، فلا يحل أخذ شيء من الضوال فيها وإن لم تكن ممتنعة ، كأطفال الإبل والبقر) .

لا كلام في الحكم ، لكن ما الذي يراد من العمران؟ لا ريب أن ما بين البيوت عمران ، سواء كانت بيوت أهل الأمصار والقرى أو أهل البادية . وهل المزارع والبساتين المتصلة بالبلد ولا تفك من الناس غالباً من العمران؟ ليس يبعد ذلك .

قال في التذكرة : ما يؤخذ من الحيوان قريباً من العمران حكمه حكم المأخوذ في العمران ، للعادة القاضية بأن الناس يشمرون دوابهم قريباً من عمارة البلد . وهو متجه .

وللشيخ قول في المبسوط : بأن ما كان من الحيوان في العمران وما يتصل به على نصف فرسخ يجوز أخذه ، ممتنعا كان أو لا ، ويتخير بين الانفاق تطوعاً والرفع الى الحاكم ، وليس له أكلها^(١) . والمشهور خلافه ، والنص^(٢) ينافيه .

قوله : (فإن أخذها تخيير بين حفظها لمالكها وعليه نفقتها من غير رجوع ، وبين دفعها إلى الحاكم ، فان تعذر أنفق ولم يرجع) .

عدم الرجوع بالنفقة لكونه عادياً بالأخذ - فيكون متبرعاً - هو المشهور بين الأصحاب . ويظهر من الدروس^(٣) التوقف في ذلك ، حيث أسنده إلى الشيخ^(٤) .

(١) المبسوط: ٣: ٣٢٠ .

(٢) الكافي ٥ : ١٤٠ حديث ١٣ .

(٣) الدروس : ٣٠١ .

(٤) المبسوط: ٣: ٣٢٠ .

ولو كانت شاة حبسها ثلاثة أيام ، فإن جاء المالك وإلا باعها - وفي
اشترط الحاكم اشكال - وتصدق بثمنها وضمن ، أو احتفظه ولا ضمان ،

في^(١) التحرير ما معناه : لا يجوز أخذ الضوال من العمران ممتعة أو لا ،
فان أخذها أمسكها لصاحبها أمانة وعليه نفقتها من غير رجوع ، وإن شاء دفعها
إلى الحاكم ، فان لم يجده أنفق ورجع بالنفقة^(٢) . وفي بعض هذه الأحكام
بحث .

قوله : (ولو كانت شاة حبسها ثلاثة أيام فان جاء المالك والا باعها) .

الأصل في ذلك رواية ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام^(٣) ، وهي
وإن لم تكن ضريحة في الشاة المأخوذة من العمران ، إلا أن الجمع بينها وبين
غيرها اقتضى حملها على ذلك .

قوله : (وفي اشترط الحاكم إشكال) .

أي : في جواز البيع لأخذها ، ومنشأ الاشكال : من تجويز البيع في
الرواية^(٤) ، على تقدير عدم مجيء صاحبها ، فلا يتوقف على شيء آخر .
ومن أن الحاكم ولي الغائب ، فلا يجوز التصرف في ماله بدون إذن
الحاكم ، والأول أقوى ، وإن كان الاحتياط استثنائه .

قوله : (وتصدق بثمنها وضمن) .

كذا أطلق الأصحاب ، وليس في الرواية^(٥) ذكر الضمان ، ويشكل على
تقدير كون العين أمانة الضمان هنا .

قوله : (أو احتفظه ولا ضمان) .

(١) كذا في «م» و«ق» والحجري .

(٢) التحرير ٢ : ١٢٥ .

(٣) التهذيب ٦ : ٣٩٧ حديث ١١٩٦ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) التهذيب ٦ : ٢٩٧ حديث ١١٩٦ .

وفي الصدقة بعينها أو قبل الحول بثمانها اشكال .

ويجوز التقاط الكلاب المملوكة ، ويلزم تعريفها سنة ثم ينتفع بها إن شاء ويضمن السوقية .

ويستحب الإشهاد على أخذ الضالة .

لأن البيع جائز ، فيكون قبض الثمن مأذوناً فيه شرعاً ، وهل العين كالثمن أمانة؟ قال في الدروس : نعم^(١) . وكلاهما مشكل ، لأنه إذا كان الأخذ ممنوعاً منه كان عدواناً ، والعدوان يقتضي الضمان ، وتجوز البيع لا يقتضي عدم الضمان .

قوله : (وفي الصدقة بعينها أو قبل الحول بثمانها إشكال) .

هنا مسألتان :

أ : المأمور به في الحديث الصدقة بالثمن ، فهل تجوز الصدقة بالعين؟ فيه إشكال ، ينشأ : من عدم التفاوت بين الصدقة بالعين والثمن ، ومن الوقوف عند مورد النص ، والثاني أقوى .

ب : هل تجوز الصدقة بالثمن قبل التعريف حولا ، أم لا؟ فيه إشكال ، ينشأ : من أن ظاهر الرواية الصدقة بالثمن بعد البيع ، فلا يتوقف على أمر آخر . ومن عموم وجوب التعريف في اللقطة ، ولأنه أقرب إلى وصول المال إلى مستحقه ، ولأنه ربما كان فائدة البيع والتصدق بالثمن ذلك دون التصديق بالعين ، والأصح الأول ، عملاً باطلاق الرواية ، ولا دليل على تقييدها بدليل التعريف ، إذ لا أولوية بين تقييد هذه أو تخصيص ذلك ، ولا ريب أن التعريف أحوط .

ولو التقط الصبي أو المجنون الضالة انتزعه الولي وعرفه سنة ، فإن لم يأت المالك تخيير مع الغبطة في ابقائها أمانة ، وتمليكه مع التضمين .
وإذا لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق أنفق ورجع على اشكال ، ويتقاص مع المالك لو انتفع بالظهر وشبهه .

قوله : (ولو التقط الصبي أو المجنون الضالة انتزعه الولي . . .) .
يجب على الولي ذلك - كما يجب عليه حفظ مالهما - وعدم تمكينهما منه ، لما أنهما لا يؤمنان على عدم إتلافه .

قوله : (وإذا لم يجد الآخذ سلطاناً وأنفق رجوع على إشكال) .
أي : أخذ اللقطة إذا لم يجد سلطاناً ليسلم اللقطة إليه أو يستأذنه في الانفاق ، فلا ريب في وجوب الانفاق عليه لوجوب الحفظ ، ولا يتم إلا به .
وفي استحقاق الرجوع إشكال ، ينشأ : من أنه إنفاق على مال الغير بغير إذنه فيكون تبرعاً ، ومن أن إيجابه شرعاً يقتضي حصول الاذن من الشارع ، فاذا أنفق بنية الرجوع استحق الرجوع ، وهو الأصح - ولا يشترط الاشهاد - وبه صرح المصنف في المختلف^(١) ، وهو قول الأكثر^(٢) ، والأول قول ابن إدريس^(٣) .

نعم لو نوى التملك ثم أنفق لم يستحق الرجوع ، قاله في التذكرة^(٤) ، وهو جيد إن صح تملكه ، وإلا ففي عدم استحقاق الرجوع إذا نواه علماً منه بعدم صحة التملك نظر .

قوله : (ويتقاص مع المالك لو انتفع بالظهر وشبهه) .

(١) المختلف ٢ : ٤٥٢ .

(٢) منهم المفيد في المقنعة : ٩٩ ، والطوسي في النهاية : ٣٢٤ ، والمحقق في الشرائع ٣ : ٢٩٠ .

(٣) السرائر : ١٨١ .

(٤) التذكرة ٢ : ٢٦٩ .

والضالة أمانة مدّة حول التعريف ، فإن قصد بعده التملك ملك
وضمن ، والآ فلا إلّا مع التفريط .

ولو قصد التملك ثم نوى الحفظ ، أو قصد الحفظ ثم نوى التملك
ضمن بقصد التملك فيهما .

الفصل الثالث: في لقطة الأموال : وفيه مطلبان :

الأول : في الأركان : وهي ثلاثة :

الأول: الالتقاط : وهو عبارة عن أخذ مال ضائع للتملك بعد
التعريف حولاً أو للحفظ على المالك ، وهو مكروه وإن وثق من نفسه إن

قال الشيخ : إن الركوب للظهر والحمل واللبن والخدمة يكون بأزاء
النفقة^(١) . وما اختاره المصنف من اعتبار قدر كل منهما والتقصص هو الأصح ،
فإن فضل لأحدهما شيء رجع به .

قوله : (الفصل الثالث : في لقطة الأموال ، وفيه مطلبان : الأول
في الأركان ، وهي ثلاثة : الأول الالتقاط ، وهو عبارة عن أخذ مال ضائع
للملك - بعد التعريف حولاً - أو للحفظ على المالك) .

لا ريب أن ضياع المال عن مالكة معتبر في اللقطة ، ومقتضى قوله :
للملك بعد التعريف . . .) أنه لو أخذه لأحد الأمرين لا يكون لقطة ، وليس
بجيد ، لأنه لو أخذه للملك مطلقاً يضمنه ويأثم ، ثم إذا عرفه ملكه على
الأقرب عند المصنف ، على ما سيأتي إن شاء تعالى ، ولو أخذه ذاهلاً فهو
ملتقط^(٢) .

قوله : (وهو مكروه وإن وثق من نفسه) .

(١) النهاية : ٣٢٤ .

(٢) ورد بعد لفظ ملتقط في «ق» في الهامش مع علامة (صح) ، وفي «م» في الهامش أيضاً مع (منه مد
تله) : ولا يرد على عكسه أيضاً ما دون الدرهم وما أخذ لا بقصد شيء .

كان في غير الحرم ، وفيه يحرم على رأي ولا يحل تملكه وإن عرّف طويلاً .

ويستحب الاشهاد ، فيعرّف الشهود بعض الأوصاف لتحصل فائدة الإشهاد .

ولو علم الخيانة حرم الالتقاط ،

لإطلاق الأخبار^(١) بالنهي عن أخذ اللقطة ، إلا مع تحقق التلف ، والظاهر أن المراد بالتحقق : الظن الغالب المستفاد من القرائن .

قوله : (وفيه يحرم على رأي ولا يحلّ تملكه وإن عرف طويلاً) .

هذا هو المشهور والأصح ، للأخبار الصريحة^(٢) في ذلك ، ويحكى عن ظاهر عبارة ابن الجبراج جواز أخذ ما نقص عن الدرهم في الحرم^(٣) ، وهو ضعيف . ولا فرق في ذلك بين القليل والكثير ، نص عليه في التذكرة^(٤) ، وهو المختار .

قوله : (فيعرّف الشهود بعض الأوصاف) .

لاجمعيها ، حذراً من شياخ خبرها ، فيطلع على صفاتها من لا يستحقها ، فيدعيها ويذكر الوصف ، أو يواطئ الشهود الذين عرفوا صفاتها فيأخذها^(٥) بشهادتهم .

قوله : (ولو علم الخيانة حرم الالتقاط)

(١) الفقيه ٣: ١٨٦ حديث ٨٣٩ ، التهذيب ٦: ٣٩٠ حديث ١١٦٦ .

(٢) التهذيب ٦: ٣٩٠ ، ٣٩٥ ، حديث ١١٦٧ ، ١١٩٠ .

(٣) ذهب اليه في كتابه الكامل ، كما نقله عنه في المختلف : ٤٤٨ ، راجع أيضاً : ايضاح الفوائد ٢: ١٥٠ .

(٤) التذكرة ٢: ٢٥٤ .

(٥) في «م» وق: وحدها ، وما أثبتناه . من مفتاح الكرامة ٦: ١٤٦ ، وهو الصحيح .

ولو خاف ففي الجواز نظر .

ويحصل الالتقاط بالأخذ لا بالرؤية وإن اختصت بغير الملتقط اذا أعلمه بها .

ولو قال : ناولنيها : فإن نوى الأخذ لنفسه فهي له ، وإلا فلأمر على أشكال .

لأن الأخذ الذي يكون وسيلة إلى الحرام حرام .

قوله : (ولو خاف ، ففي الجواز نظر) .

أي : لو لم يكن قاطعاً بالخيانة للقطعة ، لكن خاف على نفسه حصولها بعد ذلك ، ففي تحريم الالتقاط نظر ، ينشأ : من أن الأصل جواز الالتقاط والمانع الذي هو الخيانة غير معلوم ، ومن أن الخوف من الوقوع في المحرم الموجب للنار يجب دفعه باجتنب ما يقتضيه ، ولأن الأمانة لا تليق بمن لا يثق من نفسه ، والتحريم أولى .

قوله : (لا بالرؤية وإن اختصت بغير الملتقط إذا أعلمه بها) .

أي : لا يحصل الالتقاط بالرؤية وإن اختصت بغير الملتقط: بأن كان هو الرائي فأعلم الآخر بها فالتقطها ، فان الحكم منوط بالالتقاط وإن تسبب عن رؤية الآخر وإعلامه .

ولا يخفى ما في العبارة من التعقيد ، فان الاختصاص بالرؤية مع تجدد رؤية الآخر غير مستقيم ، وكلمة (إذا) غير واقعة الموقع ، وضمير (بها) ليس له مرجع معين في العبارة ، ولو قال : وإن سبق غير الملتقط برؤية العين فأعلمه فأخذها ، لكان أولى .

قوله : (ولو قال : ناولنيها ، فإن نوى الأخذ لنفسه فهي له ، وإلا فلأمر [على] (١) [إشكال])

(١) ما بين المعقوفتين لم يرد في «م» و«ق»، وابتناها من خطية القواعد.

إن نوى الأخذ لنفسه فهو الملتقط حقيقة ، وإن نوى أخذها للآمر ، فهل يقع الأخذ له؟ فيه إشكال ، ينشأ : من أن المقتضي لتملك المباحات هو الحيازة ، والحائز هو الأخذ ، فيكون الاستحقاق له ، ولا يخرج بأخذها للآمر عن كونه مستحقاً ، كما لا يخرج المالك عن كونه مالكاً بقصد كون الملك للغير ، ولتعليق أحكام الالتقاط في النصوص ^(١) على الأخذ ، فيكون التملك مختصاً بالأخذ

ومن أن الملك لم يحصل بعد ، فاذا نوى الأخذ عن غيره كانت اليد لذلك الغير ، فيكون هو الأخذ ، فيكون الملك له .

وتحرير البحث يتم بتحقيق أن الالتقاط وحيازة المباحات هل تقبل النيابة أم لا؟ ويبني ذلك على أن تملك المباحات هل يشترط فيه مع الحيازة النية - وهي القصد إلى التملك - أم يثبت بمجرد حيازتها؟ يحتمل الأول ، لأنه لولاه لملك الصائد الدرة في جوف السمكة مع الجهل بها ، وهو باطل .

وفيه نظر ، لأن للمانع أن يمنع صدق الحيازة هنا ، لأن المحوز هو السمكة وما في بطنها لا يعد محوزاً شرعاً ولا عرفاً ولا لغةً ^(٢) ، كما لو أخذ النائم الشيء ، فعلى هذا يقال : لا بد من قصد الحيازة ، أما قصد التملك فلا يشترط .

وينبغي أن يقال : لا بد من أن لا يقصد بالأخذ عدم التملك ، فلو حوّل حجراً أو شجراً - مثلاً - مباحاً في الطريق من جانب إلى آخر ، قاصداً بذلك تخلية الطريق ونحو ذلك ، فدخوله في ملكه بمجرد هذا مستبعد جداً . ومثله ما

(١) الفقيه ٣: ١٨٦ باب اللقطة والضالة ، التهذيب ٦: ٣٨٩ باب اللقطة والضالة .

(٢) قال السيد العاملي . . . وما في مقامين من جامع المقاصد من منع صدق الحيازة هنا لان المحوز هو السمكة وما في بطنها لا يعد محوزاً شرعاً ولا عرفاً ولا لغة . . . ففي محل اللغة فتأمل . مفتاح الكرامة ٦: ١٤٧ . وراجع أيضاً: الصحاح (حوز) ٣: ٨٧٥ .

الثاني: الملتقط: وهو كل من له اهلية الكسب وإن خرج عن التكليف، أو كان عبداً، أو كافراً، أو فاسقاً، نعم يشترط في لقطه الحرم العدالة.

لو نحى المال الضائع من جانب إلى آخر، فانه ينبغي أن لا يكون ملتقطاً وإن ضمن مال الغير، لإثبات اليد عليه على إشكال في هذا.

وكيف كان فالقول بقبول الالتقاط النيابة قوي، والحكم بالملك مع قصد عدمه في المباحات، بحيث يكون قهرياً بعيداً، ويؤيده ظاهر قوله عليه السلام: «لكل امرئ ما نوى»^(١).

قوله: (وهو كل من له أهلية التمسك، وإن خرج عن التكليف أو كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً؟ نعم يشترط في لقطه الحرم العدالة).

لما لم يصح تملك لقطه الحرم بحال، لم يكن أخذها كسباً، بل مجرد حفظ، والفاسق ليس أهلاً لحفظ مال الغير، فان أخذها لم تكن له أولوية على حفظها، بل يتزعمها منه الحاكم ويحفظها بما يراه.

وعلى القول بتحريم أخذها، ففي الفرق بين العدل والفاسق نظر، لأن العدل وإن كان أهلاً للأمانة، إلا أن الأخذ محرم عليه، وإذا كان حراماً، فكيف يكون أميناً؟ وكيف يتصور جواز إدامة اليد عليها؟

والذي ينساق إليه النظر - على تقدير التحريم - جواز انتزاعها من العدل للحاكم وإن جاز له ائتمانه عليها، فيزول التحريم حينئذ مع بقاء وصف العدالة، ويكون هذا القدر هو الفرق بين العدل والفاسق، أو جواز الأخذ للعدل على قصد الحفظ دائماً، كما ذكره في التذكرة^(٢).

وقد صرح في الدروس بأن أربعة لا يجوز لهم أخذ لقطه الحرم: العبد

(١) صحيح البخاري ١: ٢، مسند أحمد ١: ٢٥.

(٢) التذكرة ٢: ٢٥٢.

ثم للعدل أن يحفظ اللفظة ، بنفسه أو يدفع الى الحاكم ، وغيره
يتخير الحاكم بين انتزاعه منه وبين نصب رقيب الى أن تمضي مدة
التعريف .

ثم إن اختار الفاسق أو الكافر التملك دفعه الحاكم اليه ، وإلا
فالخيار للملتقط حينئذ إن شاء أبقاه في يد الحاكم أمانة او غيره ، وليس
للحاكم مطالبة الفاسق بعد الحول بكفيل .

والصبي والمجنون والفاسق ، لأنها أمانة محضة^(١) . وينبغي إضافة السفه
إليهم .

قوله : (وغيره يتخير الحاكم بين انتزاعه منه ، وبين نصب رقيب
إلى أن تمضي مدة التعريف) .

الغرض من الرقيب أن يشرف عليها لئلا يتصرف فيها ، ويتولى تعريفها
لئلا يخل به ، لأنه لا أمانة له ، كذا ذكره في التذكرة ، وقال أيضا : إن ضم
المشرف إليه على جهة الاستظهار والاستحباب دون الإيجاب^(٢) .

وقال في التحرير : لم أقف لعلمائنا على نص في انتزاع اللفظتين من يد
الفاسق ، أو ضم حافظ إليه مدة التعريف^(٣) . والمراد باللفظتين : لقطه
الحيوان ، ولقطه الأموال ، وما ذكره في التذكرة هو المختار ، عملاً بالأصل
وتمسكاً بظاهر حال المسلم .

وربما كان للفاسق أمانة ، والالتقاط في معنى الاكتساب لا استئمان
محض ، فلا يعرض الحاكم ، وهذا إذا لم يعلم خيائته فيها ، فان علمت وجب

(١) الدروس : ٣٠٤ ، علما بأن ما في الدروس لم يعد العبد من الأربعة وذكر بدله الكافر .

وقال السيد العاملي في المفتاح ٦ : ١٤٨ : وسها في جامع المقاصد - كما في نسختين منه - فيما
حكاه عن الدروس من عدم جواز العبد .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٥٢ .

(٣) التحرير ٢ : ١٢٧ .

أما الصبي والمجنون فللولي نزعه من يدهما وتمليكهما إياه بعد مدة التعريف ، ويتولاه الولي أو أحدهما .

ولو أتلفه الصبي ضمن ، ولو تلف في يده فالأقرب ذلك ، لأنه ليس أهلاً للأمانة ، ولم يسلطه المالك عليه بخلاف الإيداع .

إما انتزاعها منه ، او ضم مشرف إليه من باب الحسبة ، وهو مقرب التذكرة^(١) .

قوله : (أما الصبي والمجنون ، فللولي نزعه من يدهما) .

يجب على الولي انتزاعها من يد الصبي والمجنون ، لأنهما ليسا من أهل الامانة ، ولا من أهل حفظ ملكهما ، واللقطة في معنى المملوك ، فكما يجب على المولى أخذ مالهما من أيديهما ويحرم تمكينهما منه خوف إتلافه ، فكذا يجب انتزاع اللقطة ، ومع التصيير والتلف يضمن ، كما سيأتي قريباً ان شاء الله تعالى .

قوله : (ويتولاه الولي أو أحدهما) .

أما الولي فظاهر ، لقيامه مقام كل منهما ، وأما أحدهما فلتمكنهما من تملك المباحات ، وهذا في معناها .

قوله : (ولو أتلفه ضمن) .

أي : لو أتلف الصبي أو المجنون المال الملتقط المحدث عنه في قوله (فللولي نزعه ...) ضمن في ماله ، لأن الإتلاف يقتضي الضمان .

قوله : (ولو تلف في يده فالأقرب ذلك ، لأنه ليس أهلاً للأمانة ، ولم يسلطه المالك عليه بخلاف الإيداع) .

محصل ما بيّن به الشارح وجه القرب يرجع الى أن الصبي والمجنون لهما أهلية الاكتساب وليس لهما أهلية الأمانة ، فيكون التقاطهما اكتساباً محضاً لا

ولو قصر الولي فلم ينتزعه حتى أتلفه الصبي أو تلف فالأقرب تضمين الولي .

استئمان فيه ، فإذا تلفت العين في يد أحدهما كانت مضمونة .

وربما يقال : لا بعد فيه ، كمن التقط بنية التملك من أول الأمر فيدهما من أول الأمر يد ضمان ، وفيه نظر من وجهين :

الأول : إنه وإن لم يكن اهلية الأمانة لا يلزم الضمان بالتلف إلا من جهتهما .

فإن قيل : اثبات يديهما على المال غير مأذون فيه من المالك فيكون يد عدوان؟

فلنا : لا شيء من ايدي الملتقطين مأذون فيه من المالك ، وإنما الاذن من الشارع لكل ملتقط ، والصبي والمجنون داخلان .

فان قيل : فيكونان مستأمنين شرعاً .

قلنا : لا يلزم من الاذن ذلك ، ولهذا يجب على الولي انتزاع العين من ايديهما ، فالمستأمن في الحقيقة هو الولي .

أما أصل إثبات اليد فإنه بإذن الشارع ، ولما امتنع تكليفهما امتنع ايجاب التسليم عليهما للولي ، فانحصر الوجوب في طرف الولي اذا علم بالالتقاط ، فلا فرق حينئذ بين لقطتهما وايداعهما ، فلا يستقم قول المصنف بخلاف الايداع ، أي : ايداعهما الذي اقتضى تسليط المالك ، وقد اعترف المصنف في التذكرة بعدم الفرق بينهما .

الثاني : إن يديهما لو كانت يد ضمان لوجب أن تكون يد الولي كذلك ؛ لأنه قائم مقامهما في اثبات اليد ، ويده مبنية على يديهما ، ولا يلزم من أمر الشارع إياه بالأخذ زوال الضمان الذي كان ، والأصح عدم الضمان .

قوله : (ولو قصر الولي فلم ينتزعه حتى اتلفه الصبي أو تلف

وللعبد أخذ اللقطين ، فإن عرّف حولاً ثم اتلفها تعلق الضمان بربقته يتبع به بعد العتق ، وكذا لو لم يعرف .

ولو علم المولى ولم ينتزعها ففي تضمينه اشكال ينشأ : من تفريطه بالإهمال اذا لم يكن أميناً ، ومن عدم الوجوب بالأصل .

فالأقرب تضمين الولي) .

وجه القرب : إن حفظ أموال الصبي واجب على الولي ، فاذا تركها في يده فقد عرضها للتلف فيكون مفراطاً ، وكلما تلف من الأمانة في حال تفريط الأمين في حفظها فهو مضمون عليه لا محالة . ويحتمل ضعيفاً العدم ؛ لأنه لم يدخل في يده ، وهو ليس بشيء .

قوله : (وللعبد أخذ اللقطين) .

أي لقطه الحيوان ، ولقطة الأموال .

قوله : (فإن عرّف حولاً ثم اتلفها تعلق الضمان بربقته يتبع به بعد العتق ، وكذا لو لم يعرف) .

اطلاق تعلق الضمان بريقة العبد فيما يتبع به بعد العتق لا يخلو من تسامح ، فإن ذلك يتعلق بذمته .

قوله : (ولو علم المولى فلم ينتزعها ففي تضمينه اشكال ينشأ : من تفريطه بالإهمال اذا لم يكن أميناً ، ومن عدم الوجوب بالأصل) .

الضمان مشكل ؛ لأن الغرض أن السيد لم يأذن له في الالتقاط لتكون يده يد السيد ، وفي الدروس : لو كان غير مميز اتجه ضمان السيد^(١) . وهذا أيضاً فيه نظر ، فإنه لا يجب على السيد انتزاع مال الغير من يد عبده ، اللهم إلا أن يقال : هو بمنزلة الدابة التي يجب منعها من إتلاف مال الغير وما عداه .

ولو اذن له المولى في التملك بعد التعريف ، أو انتزعا بعده
للملك ضمن السيد .

ولو انتزعا السيد قبل مدة التعريف لزمه إكماله ، فإن تملك أو
تصدق ضمن وإن حفظها للمالك فلا ضمان .

ولو اعتقه المولى قال الشيخ : للسيد أخذها لأنه من كسبه ، والوجه
ذلك بعد الحول .

فالأصح انه إن لم يأذن له المولى في الالتقاط ، ولا في التملك لا ضمان
على المولى بالتلف في يد العبد ، وإن أذن في الالتقاط ولم يكن العبد أميناً
ضمن السيد بالتلف اذا قصر في الانتزاع ، ومع عدم التصدير نظر؛ لأن يد العبد
يد السيد ، وغير الأمين لا يجوز تسليطه على مال الغير بدون اذن المالك ، وفي
حكم الاذن رضاه بعد الالتقاط .

قوله : (ولو أذن له المولى في التملك بعد التعريف . . .) .

لو لم يأذن له في الالتقاط ، وأذن له في التملك ولم يجز التملك ففي
التذكرة : الأقوى تعلق الضمان بالسيد؛ لأنه أذن في سبب الضمان ، فاشبه ما
لو أذن له في أن يسوم شيئاً فأخذه وتلف في يده^(١) .

قوله : (ولو اعتقه المولى قال الشيخ : للسيد أخذها؛ لأنها من
كسبه^(٢) ، والوجه ذلك بعد الحول) .

أي : بعد حول التعريف ، أي : والوجه أنها للسيد بعد حول التعريف ،
أي : إن كان العتق بعد حول التعريف لا قبله ، وهو المفهوم من كلام المصنف
وإن لم يصرح ، به وإلا لم يكن بين كلامه وكلام الشيخ فرق؛ لأنها قبل الحول
أمانة وولاية ، وليس للسيد بعد العتق أخذ الأمانة^(٣) التي في يد العبد بعد

(١) التذكرة: ٢٥٤ .

(٢) في (م) : الأمانات .

(٣) المبسوط : ٣٢٦ .

الثالث: اللقطة : وهي كل مال ضائع اخذ ولا يد لأحد عليه ، فإن كان في الحرم وجب تعريفه حولاً ، فإن لم يوجد المالك تخير بين الصدقة به وفي الضمان قولان ،

عتقه .

أما بعد الحول فإنها كسب محض؛ لأنها إما مملوكة أو في حكم المملوكة ، لإمكان تملكها في كل آن إن وقفنا تملكها بعد التعريف على قصد التملك . وينبغي أن يكون هذا كله اذا لم يكن الالتقاط بإذن السيد ، أما اذا كان بإذنه فإن الالتقاط له واليد يده . ثم في كلام المصنف نظر؛ لأن اللقطة بعد الحول ليست أمانة محضة وإنما هي كسب .

نعم يجب التعريف ليصح التملك ، والعبد لا يقدر على شيء ، ويده يد السيد اذا أذن أو رضي ، وحيث ثبت استحقاق اللقطة للسيد من حين الالتقاط وجب استصحاب هذا الحكم ، فلا يزول بالعتق كما لا يزول غيره من الحقوق ، والأظهر قول الشيخ وعليه الفتوى .

قوله : (الثالث : اللقطة ، وهي كل مال ضائع أخذ ، ولا يد لأحد عليه . فإن كان في الحرم وجب تعريفه حولاً ، فإن لم يوجد المالك تخير بين الصدقة به . وفي الضمان قولان) .

أحدهما : العدم ، وهو قول المفيد^(١) وجماعة^(٢)؛ لأنه مأمور بالصدقة فلا ضمان عليه بفعلها .

والثاني : الضمان ، وهو أحد قولي الشيخ^(٣) وجماعة^(٤) ، وهو الأصح؛ لأن يده يد ضمان ، لأنه عاد بالأخذ ، ولرواية علي بن أبي حمزة ، عن الكاظم

(١) المقنعة: ٩٩.

(٢) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٣٢٤، والشيخ في النهاية: ٣٢٠، وسار في المراسم: ٢٠٦.

(٣) المبسوط: ٣: ٣٢١، الخلاف: ٢: ١٣٩ مسألة ١٢ كتاب اللقطة.

(٤) منهم: ابن الجنيد كما في المختلف: ٤٤٨، وابن ادريس في السرائر: ١٧٨.

وبين الاحتفاظ ولا ضمان .

وإن كان في غير الحرم : فإن كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف

عليه السلام : « فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين ، فإن جاء طالبه فهو له ضامن »^(١) .

ولا يضر ضعف السند؛ لإنجباره بعمل الأصحاب وبباقى الدلائل ، ولا منافاة بين الأمر بالصدقة والضمان . وهذا إذا أخذ المال على قصد الالتقاط ، فإن أخذه على قصد الحفظ للمالك فالذي يحضرنى أن المصنف في التذكرة قال : إن جواز أخذها على هذا القصد جائز وادعى عليه الاجماع^(٢) ، فعلى هذا هل يضمن بالصدقة أم لا؟ ينبغي الضمان .
قوله : (وبين الاحتفاظ ولا ضمان) .

لأنه محسن و﴿ما على المحسنين من سبيل﴾^(٣) ، وهذا إذا كان أخذه لها على قصد الحفظ واضح ، فأما إن أخذها على قصد الالتقاط فكيف تكون يده يد امانة ، مع انه عادٍ باخذها؟

ويمكن أن يقال : إن الالتقاط لا يقتضي التملك جزماً ، ولهذا لا يملك لقطة غير الحرم بعد التعريف إلا بالبينة أو اللفظ على الخلاف ، ولا يدخل في ضمانه من أول الأمر؛ لأن مجرد أخذ اللقطة لا ينافي الحفظ دائماً ، فحينئذ تكون لقطة الحرم غير مناف للحفظ والامانة وإن حرم من حيث أن الالتقاط اكتساب .

ويشكل على هذا كون الأخذ محرماً فكيف يكون أمانة؟

قوله : (ملكه من غير تعريف) .

(١) التهذيب ٦: ٣٩٥ حديث ١١٩٠ .

(٢) التذكرة ٢: ٢٥٦ .

(٣) التوبة: ٩١ .

ولو وجد المالك فالأقرب الضمان ، وإن كان أزيد من ذلك وجب تعريفها
حولاً ، ثم إن شاء تملك أو تصدق وضمن فيهما ، وإن شاء احتفظها
للمالك ولا ضمان .

في عبارة ابن ادريس : إنه يباح له^(١) .

فرع : لو كانت الشاة وغيرها من الضوال التي يجوز التقاطها وتملكها
قيمتها دون الدرهم ، هل يجوز تملكها من غير تعريف ، كما في دون الدرهم
من العروض والأثمان ، أو ما يجب تعريفه من الضوال لا يفرق فيه بين القليل
والكثير عملاً بالإطلاق ، ولانفراد كل من الأموال والضوال عن الآخر في
الأحكام ، فلا يجري حكم القليل من الأموال على الضوال؟ الظاهر الثاني .

قوله : (ولو وجد المالك فالأقرب الضمان) .

وجه القرب : إنه تصرف في ملك المالك بغير اذنه فيضمنه ، ولعموم
قوله عليه السلام : « فإذا جاء طالبه رده اليه »^(٢) . وقال الشيخ^(٣) ، وأبو
الصلاح : لا يضمن لثبوت الملك شرعاً فلا عوض^(٤) ، والضمان قوي^(٥) .

إذا تقرر ذلك فما الذي يجب رده على المالك اهو العين مع بقائها ، أم
القيمة؟ كل منهما محتمل ، وعبارة الكتاب ظاهرة في رد القيمة مطلقاً .

والمفهوم من عبارة التذكرة وجوب رد القيمة إذا نوى التملك وإن بقيت
العين ، وإن لم ينو رد العين^(٦) . وهذا يؤذن بأن التقاط القليل ليس بمنزلة
حيازة سائر المباحات تملك بمجرد الحيازة ، بل لا بد من نية التملك كالكثير

(١) السرائر: ١٧٨ .

(٢) الكافي ٥: ١٣٩ حديث ١٠ ، التهذيب ٦: ٣٩٢ حديث ١١٧٥ .

(٣) النهاية: ٣٢٠ .

(٤) الكافي في الفقه: ٣٥١ .

(٥) في وق: أقوى .

(٦) التذكرة ٢: ٢٦٢ .

ويكره التقاط ما تقل قيمته وتكثر منفعته كالعصا ، والشظايا ، والوتد ،
والحبل ، والعقال ، وشبهها .

وأخذ اللقطة مطلقاً مكروه ، ويتأكد للفاسق ، وأكد منه المعسر .

ويستحب الإشهاد .

بعد التعريف ، وفيه تردد .

والفرق ظاهر^(١) فإن أخذ الكثير لما لم يصلح لكونه سبب الملك ؛
لاشتراط التعريف ، وجب لحدوث الملك وجود سبب ؛ لامتناع انتقال الملك
من مالك الى آخر بغير سبب ناقل ، بخلاف القليل فإنه لا مانع من كون حيازته
سبباً للملك .

ثم انه لا منافاة بين وجوب رد العين وحصول المالك ؛ لامكان كون الملك
متزلاً ، أو حدوث التزلزل له بوجود الملك ، كالمبيع قبل القبض اذا اجتمعت
اسباب لزومه ثم حدث فيه عيب .

والذي يقتضيه الدليل وجوب رد العين مع بقائها ؛ لعموم الحديث ،
واختاره في الدروس

ومع التلف فضمام القيمة متجه ؛ لأن تملكه وجواز تصرفه لا يقتضي
انقطاع حق المالك من العين بالكلية .

قوله : (ويكره التقاط ما تقل قيمته وتكثر منفعته كالعصا ، والشظايا ،
والوتد ، والحبل ، والعقال) .

الشظايا بالكسر : خشبة محدودة الطرف تدخل في عروق الجواليق
لتجتمع بينهما عند حملها على البعير ، والجمع اشظة . والعقال بالكسر : حبل
تشد به قائمة البعير ، والوتد بكسر وسطه .

قوله : (ويستحب الاشهاد) .

المطلب الثاني: في الأحكام : وهي أربعة :

الأول : التعريف : وهو واجب وإن لم ينو التملك سنة من حين الالتقاط ، وزمانه النهار دون الليل .

ولا يجب التوالي ، بل يعرف كل يوم في الابتداء ، ثم كل اسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى انه تكرر لما مضى . وإيقاعه عند اجتماع

قد سبق ذكر هذا أول الفصل .

قوله : (المطلب الثاني في الأحكام : وهي أربعة :

الأول : التعريف واجب وإن لم ينو التملك) .

لأن إيصال المال التي مالكة لا يكون بدون التعريف ، واسقط الوجوب في المبسوط اذا نوى الحفظ .

قوله : (ولا يجب التوالي ، بل يعرف كل يوم في الابتداء . ثم كل اسبوع ، ثم كل شهر) .

مقتضى قوله : (ثم كل اسبوع) أن يعرف كل يوم الى سبعة أيام ؛ لأن الظاهر أن المراد اسابيع الشهر ، فالاكثفاء بتعريف واحد في الاسبوع إنما يكون في الاسبوع الثاني . وكذا قوله : (ثم كل شهر) يقتضي أن يكون الشهر الأول مستوعباً بالأيام ثم بالاسابيع ، فيكون الاكثفاء بتعريف في مجموع الشهر إنما يكون في الشهر الثاني .

قوله : (بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى) .

لا محصل للتقييد بهذه الحثية ؛ لأن التعريف الذي ذكره إن كان بحيث لا ينسى كون الثاني منه تكرر لما مضى فلا معنى للتقييد ، وإن لم يكن كان غير

الناس وظهورهم كالغدوات والعشيات وأيام المواسم ، والمجتمعات كالأعياد وأيام الجمع ودخول القوافل . ومكانه : الأسواق ، وأبواب المساجد ، والجوامع ، ومجامع الناس ويتولاه بنفسه ونائبه وأجيره ،

معتبر ، أو كان القيد غير صحيح . ولو قال : عرفه سنة على وجه لا ينسى أن الثاني تكرر ، لما مضى ، ونحوه لكان له وجه .

ويمكن أن يكون اِشار بالحِيثِيَّة الى معنى آخر ، وهو أن المذكور بخصوصه غير واجب ، فكأنه قال : إن الواجب التعريف بهذا وما جرى مجراه ، والضابط كونه بحيث لا ينسى الى آخره .

وفي التذكرة قال : إنه يعرف في الابتداء في كل يوم مرتين في طرفي النهار ، ثم في كل يوم مرة ، ثم في كل اسبوع مرة أو مرتين ، ثم في كل شهر بحيث لا ينسى كونه تكررًا لما مضى . ثم قال : وبالجملة فلم يقدر الشرع في ذلك سوى المدة التي قلنا انه لا يجب شغلها به ، فالمرجع حينئذ في ذلك الى العادة^(١) .

وقال في الدروس : ينبغي أن يعرف كل يوم مرة أو مرتين من الاسبوع الأول ، ثم في الاسبوع مرة ، ثم في الشهر مرة ، والضابط أن يتابع بينهما بحيث لا ينسى اتصال الثاني بمتلوه^(٢) ، وهذا مشير الى ما قلناه .

وقال في التذكرة : ينبغي المبادرة الى التعريف من حين الالتقاط؛ لأن العثور على المالك في ابتداء الضياع اقرب^(٣) ، والظاهر أن ذلك على طريق الوجوب كما صرح به بعد ذلك .

قوله : (ويتولاه بنفسه ونائبه وأجيره) .

لا يجب أن يتولى التعريف بنفسه؛ لأن الغرض الاشهاد والاعلان ،

(١) التذكرة : ٢٥٨ .

(٢) الدروس : ٣٠٢ .

(٣) التذكرة : ٢٥٨ .

والأجرة عليه وإن نوى الحفظ .

والأقرب الاكتفاء بقول العدل ،

فيجوز أن يوليه غلامه ومملوكه واجيره ونائبه . والمراد به الذي لا أجرة له ، سواء كان عدلاً أم لا ، لكن لا يركن الى مجرد قول غير العدل ، بل لا بد من اطلاعه أو اطلاع من يعتمد على خبره .

قوله : (والأجرة عليه وإن نوى الحفظ) .

أي : أجرة التعريف على الملتقط ، سواء التقط للتملك بعد التعريف أو للحفاظ ابداً؛ لأنه حق واجب عليه فتكون أجرته عليه .

وقال في التذكرة : لو قصد الحفظ حين الالتقاط أبداً فالأقرب أنه لا يجب على الملتقط أجرة التعريف ، بل يرفع الأمر الى الحاكم ليبدل أجرته من بيت المال ، أو يستقرض على المالك ، أو يأمر الملتقط بالاقتراض ليرجع ، أو يبيع بعضها إن رآه اصلح أو لم يمكن إلا به^(١) .

وما ذكره وجيه؛ لأن ذلك لمحض مصلحة الملك؛ ولأنه محسن و﴿ما على المحسنين من سبيل﴾^(٢) فهو كالانفاق .

فان قيل : ليس التعريف لمحض مصلحة المالك؛ لأنه بعد حصوله يسوغ له التملك وإن لم يقصده فيكون لمصلحته أيضاً .

قلنا : المقصود بالذات في ذلك مصلحة المالك ، ومصلحة الملتقط بالتبعية غير مقصودة ، فعلى هذا لو لم يجد الحاكم يمكن أن يقال : يدفع الأجرة ويرجع اذا نوى الرجوع .

قوله : (والأقرب الاكتفاء بقول العدل) .

وجه القرب : إن العدل موثوق بخبره ، ولأن مثل ذلك مما يعسر إقامة

(١) التذكرة: ٢٥٨ .

(٢) التوبة: ٩١ .

ففي وجوب الأجرة حينئذ نظر . ويذكر في التعريف الجنس كالذهب أو الفضة ،

البينة عليه ، ولأنه بالاستنابة يصير ذا ولاية على ذلك فيقبل قوله . ويحتمل العدم؛ لأن خبر العدل لا يثمر اليقين ، ولم تثبت حجيته شرعاً ، وفي الاكتفاء قوة وخصوصاً مع شهادة القرائن بصدقه .

قوله : (ففي وجوب الأجرة حينئذ نظر) .

أي : يتفرع على الاكتفاء في خروج الملتقط من عهدة وجوب التعريف بقول العدل الواحد وجوب الأجرة عليه ، ففي وجوبها نظر .

ولو قرئ : (وفي وجوب الأجرة) بالواو كما في بعض النسخ لكان حسناً؛ لأن معنى (حينئذ) تفرع النظر في وجوب الأجرة على القول بالاكتفاء بخبر العدل ، إذ لو نفينا قبوله لم يكن في عدم وجوب الأجرة بحث .

ومنشأ النظر : من أن الاكتفاء بقوله يقتضي وقوع الفعل الذي هو متعلق الأجرة ، فتجب الأجرة لترتبها على وقوعه . ومن حيث أن خبره لا ينهض حجة على شغل ذمة الغير بمال وإن قيل في سقوط التلكيف بالنسبة الى الملتقط الذي لولاه للزم الحرج ، والأصح عدم وجوب الأجرة بذلك .

إذا تقرّر هذا ، فهل يكون الاكتفاء بقول العدل الواحد على كل تقدير ، سواء كان بأجرة أم لا ، بل يقتصر في قبوله على ما إذا كان متبرعاً؟ يحتمل الثاني ؛ لأنه متهم في خبره إذ يلزم منه اثبات حق له على الغير ، ولأنه إذا رد بالنسبة الى الأجرة كان مردوداً في نظر الشارع ، فلا يسمع حينئذ في سقوط التلكيف بالتعريف ، فيقتصر في الاكتفاء على قول العدل المتبرع ، ويحتمل عدم الفرق . وعدم قبول خبره في بعض الأشياء لا يقتضي رده ، ولا عدم قبوله مطلقاً .

قوله : (ويذكر في التعريف الجنس كالذهب والفضة) .

وإن أوغل في الإبهام كان أحوط بأن يقول : من ضاع له مال أو شيء .
 وينبغي أن يعرفها في موضع الالتقاط ، ولا يجوز أن يسافر بها
 فيعرفها في بلد آخر .
 ولو التقط في بلد الغربية جاز أن يسافر بها الى بلده بعد التعريف في
 بلد اللقطة ، ثم يكمل الحول في بلده .

أي : ينبغي أن لا يذكر في التعريف الأوصاف ، بل ينبغي له أن يقتصر
 على الجنس بدليل قوله : (وإن أوغل في الإبهام كان أحوط) أوغل في
 الشيء : اذا أمعن فيه ، وإنما كان الايغال في الإبهام أحوط ؛ لأنه أبعد أن
 يدخل عليها بالتخمين ، واحفظ لها من ادعاء الكذب .

قوله : (وينبغي أن يعرفها في موضع الالتقاط) .

الحكم على الوجوب لرواية اسحاق بن عمار ، عن الكاظم عليه
 السلام : عن رجل ينزل في بعض بيوت مكة فوجد نحواً من سبعين درهما
 مدفونة ، فلم يزل معه ، ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع؟ قال :
 « يسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفونها » قلت : فإن لم يعرفوها؟ قال :
 « يتصدق بها » .

قوله : (ولا يجوز أن يسافر بها فيعرفها في بلد آخر) .

أي : لا يجوز أن يسافر بها من بلده الذي موضع الالتقاط ؛ لتعلق وجوب
 التعريف به في ذلك البلد ، وللحديث السابق ، ولأن الذي يرجى به وصولها
 الى مالكةا غالباً هو التعريف في موضع الالتقاط ؛ لأن الغالب طلب المالك لها
 في موضع الضياع ، ولو أراد السفر فوض التعريف الى غيره ولا يسافر بها ،
 ذكره في التذكرة .

قوله : (ولو التقط في بلد الغربية جاز أن يسافر بها الى بلده بعد
 التعريف في بلد اللقطة ، ثم يكمل الحول في بلده) .

ولو التقط في الصحراء عرّف في أي بلد شاء ، وما لا بقاء له كالطعام يقومه على نفسه ويتنفع به مع الضمان ، وله بيعه وحفظ ثمنه ولا ضمان ، أو يدفع الى الحاكم .

ثم يذكر مقدار التعريف في بلد الالتقاط ، ولا وقفت على تعيين مقدار منه . ويمكن أن يقال : يجب المقدار الذي يفيد الاشهاد والاعلان في بلد الالتقاط ، ثم يكمل الباقي في بلده ، إذ من المعلوم أن المرة والمرتين في حكم مالا أثر له .

قوله : (ولو التقط في الصحراء عرّف في أي بلد شاء) .

إذ لا أولوية لبلد على آخر ، ولا يجب أن يغير قصده ويعدل الى اقرب البلاد الى ذلك الموضع ، أو يرجع الى مكانه الذي انشأ السفر منه . نعم إن اجتازت به قافلة عرّفها فيهم ، صرح بذلك كله المصنف في التذكرة ، وقال بعض الشافعية يعرّفها في اقرب البلدان اليه .

قوله : (وما لا بقاء له كالطعام يقومه على نفسه ويتنفع به مع الضمان ، وله بيعه وحفظ ثمنه ولا ضمان ، أو يدفع الى الحاكم) .

لا ريب أنه اذا دفعه الى الحاكم برىء ، لكن اذا اراد تقويمه على نفسه ، أو البيع وحفظ الثمن فهل يجب استئذان الحاكم؟ اطلاق العبارة هنا يؤذن بعدم اشتراط الرجوع الى الحاكم .

وفي التذكرة منع من البيع بنفسه ؛ لأنه لا ولاية له في ذلك ، واطلق جواز الأكل وحفظ الثمن^(١) . والفرق مشكل ، فأما أن يشترط الرجوع الى الحاكم فيهما ، أو لا فيهما .

ولا ريب أنه لا يجوز له ابقاء ذلك ؛ لأنه يتلف فيضمن لتقصيره ، ومراجعة

ولو افتقر بقاؤها الى العلاج كالرطب المفتقر الى التجفيف باع الحاكم الجميع أو البعض لإصلاح الباقي .

ولو أّخر الحول الأول عرّف في الثاني ، وله التملك بعده على أشكال .

الحاكم فيهما أوجه، فإن لم يجده استقل بكل من الأمرين حذراً من تلف العين ، وقد صرح بهذا في التذكرة في المسألة التي تلي هذه^(١) .

قوله : (ولو افتقر بقاؤها الى العلاج ، كالرطب المفتقر الى التجفيف باع الحاكم الجميع ، أو البعض لإصلاح الباقي) .

وجوباً حذراً من تلف العين، ويجب على الملتقط رفع الأمر اليه ليعتمد الواجب ، ومع عدم الحاكم فليس يبيعد تولي ذلك بنفسه ؛ لأن الاخلال بذلك مفض الى التلف ، وهو ممنوع منه .

قوله : (ولو أّخر الحول الأول عرّف في الثاني ، وله التملك بعده على اشكال) .

ينشأ : من أن تملك مال الغير على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على موضع اليقين^(٢) . ومن عموم النص : بأن تعريف اللقطة حولاً مبيح لجواز تملكها^(٣) .

وربما احتج بقول أحدهما عليهما السلام في صحيحة محمد بن مسلم : « فإن ابتليت بها فعرفها سنة ، فإن جاء طالبها وإلا فاجعلها في عرض مالك »^(٤) . ووجه الاستدلال : إن الفاء تدل على التعقيب ، فيكون جعلها في

(١) المصدر السابق .

(٢) في «م» : التعيين .

(٣) الكافي ٥ : ١٣٧ حديث ٢ ، التهذيب ٦ : ٣٨٩ حديث ١١٦١ ، الاستبصار ٣ : ٦٧ حديث ٢٢٥ .

(٤) التهذيب ٦ : ٣٩٠ حديث ١١٦٥ ، الاستبصار ٣ : ٦٨ حديث ٢٢٥ .

الثاني: الضمان : وهي أمانة في يد الملتقط أبداً ما لم ينو التملك أو يفرط ، ولو نوى التعريف والتملك بعد الحول فهي أمانة في الحول مضمونة بعده .

ولو قصد الخيانة بعد قصد الأمانة ضمن بالقصد وإن لم يخن ، بخلاف المودع لتسليط المالك هناك .

ولو نوى التملك ثم عرّف سنة فالأقرب جواز التملك ،

جملة مال الملتقط موقوفاً على التعريف الفوري .

ويضعّف بأن اللفظ يدل على أن التعريف معتبر في التملك ، ولا دلالة له على اشتراط الفور فيه وإن كان الفور مستفاداً من الفاء ، ولا يلزم من وجوبه اشتراطه ، والمتبادر من اللفظ : فاذا عرفتها سنة ولا يجيء طالبها فاجعلها في عرض مالك ، وتقدير شيء زائد لا دليل عليه ، والأصح أن له التملك بعد التعريف .

قوله : (وهي أمانة في يد الملتقط أبداً ما لم ينو التملك أو يفرط ، ولو نوى التعريف والتملك بعد الحول فهي أمانة في الحول مضمونة بعده) .
لأنه يملكها بعد الحول .

قوله : (بخلاف المودع ، لتسليط الحاكم هناك) .

قد سبق في الوديعة بيان الفرق .

قوله : (ولو نوى التملك ، ثم عرّف سنة فالأقرب جواز التملك) .

أي : لو أخذها بقصد التملك ، وعرفها التعريف المعتبر متصلاً بالأخذ فيكون قوله : (ثم عرّف سنة) لا يراد منه التراخي على الأخذ ، فلا تكون (ثم) على بابها ، فالأقرب له أن يملكها .

ووجه القرب حصول المقتضى ، وهو الالتقاط والتعريف على الوجه

وبنية التملك يحصل الضمان وإن لم يطالب المالك على رأي .

المأمور به على الفور ، ولا مانع إلا ما يتخيل من نية التملك ، وهو لا يصلح للمناعية؛ للأصل ، ولا دليل على مانعيته ، وهو الأصح .

ويحتمل العدم؛ لأنه بالنية المذكورة أخذ مال الغير على وجه لا يجوز ، فكان كالغاصب . ويرده اطلاق النصوص ، والضمان لا ينافي جواز التملك مع حصول الشرط .

قوله : (وبنية التملك يحصل الضمان وإن لم يطالب المالك على رأي) .

هذا اختيار ابن سعيد ، وقال الشيخ في المبسوط : إنه يلزم الملتقط الضمان عند مطالبة المالك؛ لقوله عليه السلام : « فإن جاء صاحبها فليردها ، وإلا فهو مال الله يؤتية من يشاء » .

ورد بأن المطالبة تقتضي سبق الاستحقاق ، وبأن تملك مال الغير بغير اذنه يقتضي الضمان ، وفيه نظر؛ لأن اقتضاء المطالبة سبق الاستحقاق صحيح ، لكن لا يلزم منه ثبوت الضمان قبل مجيء المالك ، بل غاية أنه اذا جاء المالك فطالب استحق حينئذ .

وتمنع الكلية في أن كل تملك لمال الغير يقتضي الضمان ، ثم ان تملك مال الغير بغير اذنه إن جاز شرعاً ، ولم يشترط الشارع فيه قبول العوض وجب أن لا يثبت في الذمة به عوض؛ لانتفاء المقتضي وعدم النص عليه ، والأصل براءة الذمة؛ ولأنه يبعد ثبوت عوض في ذمة الغير على جهة القهر مع بقاء العين .

والذي يقتضيه النظر ويرشد اليه النص : إن العين متى كانت باقية وظهر المالك وطالب بها وجب ردها عليه ، ولا يبعد في ذلك بأن يكون ملك الملتقط إياها متزلاً . وإن جاء بعد تلفها وطالب وجب البدل من المثل ، أو القيمة يوم التلف ، أو يوم المطالبة على احتمال .

الثالث: التملك : وإنما يحصل بعد التعريف حولاً ، ونية التملك على رأي .

ورجّح في التحرير قيمة يوم التلف؛ لوجوب رد العين حينئذ ، وقد تعذر فيجب البديل^(١) .

لا يقال : لو لم يجب العوض قبل ذلك لم تكن له المطالبة به ؛ لأن العين قد تلفت على وجه غير مضمون لأننا نقول : لا يلزم من وجوب العوض قبل ذلك كون التلف غير مضمون؛ لإمكان أن يقال : المراد بضمان العين من حين تملكها كون المالك اذا جاء يرد عليه ، ومع تعذرها رد البديل ، وهذا كاف في صدق معنى الضمان .

والحاصل أن الملتقط يملكها ملكاً مراعى ، فيزول بمجيء صاحبها ، وهذا أعدل الأقوال؛ لأن فيه جمعاً بين الأدلة ، والأصل عدم أمر زائد عليه ، وقد اختار المصنف هذا في التحرير^(٢) ، وهو قوي متين .

فرع :

على القول بأن العوض ثبت في الذمة بالتملك كالقرض ، لو رد العين على المالك فهل يجب القبول؟ قال في التذكرة : نعم؛ لأنها لا تقصر عن المثل^(٣) . وهو مستقيم اذا قلنا : إنّ القيمي يثبت في الذمة مثله .

قوله : (وإنما يحصل بعد التعريف حولاً ونية التملك على رأي) .

هذا أحد اقوال الأصحاب؛ لأنه لا بد من سبب يقتضي نقل الملك ، والاصل عدم اشتراط التلفظ بشيء ، ولا دليل يدل عليه فتكفي نية التملك ،

(١) تحرير الاحكام ٢ : ١٢٧ .

(٢) تحرير الاحكام ٢ : ١٢٧ .

(٣) التذكرة ٢ : ٢٦١ .

ولو قدّم قصد التملك بعد الحول ملك بعده وإن لم يجدد قصداً ،

وهو مختار الشيخ في المبسوط^(١) ، والمصنف في المختلف^(٢) ، وهو الأصح .

والثاني : اشتراط أن يقول : اخترت تملكها ، ونحوه ، وهو قول الشيخ في الخلاف^(٣) ، وجماعة ؛ لأن الملك يثبت، حينئذ إجماعاً ، ولا دليل على ما سواه .

ويضعّف بأن حصول الملك لا شك فيه ، وتوقفه على سبب لا يستدعي سبباً معيناً ، والأصل عدم التعيين ، وذلك دليل على الاكتفاء بالنية ، فلا يستقيم نفي الدليل على ثبوت الملك بها ، وليس الدليل منحصرأ في الاجماع .

والثالث : دخوله في الملك قهراً من غير احتياج الى أمر زائد على التعريف؛ لظاهر قول الصادق عليه السلام : « فإن جاء لها وطالب وإلا فهي كسبيل ماله »^(٤) والفاء للتعقيب ، وهو قول الشيخ في النهاية^(٥) ، وابن ادريس^(٦) .

ويضعّف بأن كونها كسبيل ماله لا يقتضي حصول الملك حقيقة كما لا يخفى ، فالمعتمد حينئذ الأول .

قوله : (ولو قدّم قصد التملك بعد الحول ملكً بعده وإن لم يجدد قصداً) .

أي : لو قصد قبل الحول التملك بعده ملكً في الوقت الذي تعلق القصد به ؛ لأن المعبر القصد وقد حصل ، ولا دليل على اشتراط مقارنته لحصول

(١) المبسوط ٣: ٣٢٣ .

(٢) المختلف: ٤٥٢ .

(٣) الخلاف ٢: ١٣٩ مسألة ١٠ كتاب اللقطة .

(٤) الفقيه ٣: ١٨٨ حديث ٨٤٩ ، التهذيب ٦: ٣٩٦ حديث ١١٩٤ .

(٥) النهاية : ٣٢٠ .

(٦) السرائر: ١٧٩ .

ولا يفتقر الى اللفظ ولا الى التصرف ، سواء كان غنياً أو فقيراً ، مسلماً أو كافراً .

أما العبد فيمتلك المولى ، ولو نوى التملك دون المولى لم يملك نعم له التصرف ويتبع به بعد العتق ومن انتعق بعضه حكمه حكم الحر في قدر الحرية ، وحكم العبد في الباقي .

الملك ، ولصلاحيه القصد المذكور لكونه سبباً لحدوث الملك في الوقت الذي علق به .

قوله : (ولا يفتقر الى اللفظ ولا الى التصرف) .

لانتفاء الدليل .

قوله : (سواء كان غنياً أو فقيراً ، مسلماً أو كافراً) .

لاطلاق النصوص^(١) ، وصلاحيه كل واحد منهم للاتقاط لكونه اكتساباً .

قوله : (أما العبد فيمتلك المولى) .

هنا حذف تقديره : أما العبد فيمتلك لقطته المولى ؛ لأن العبد لا يملك .

قوله : (ولو نوى التملك دون المولى لم يملك ، نعم له التصرف ويتبع به بعد العتق) .

أي : لو نوى العبد التملك ، ولم تقع من المولى نية التملك لم يملك ، لكن يشترط أن لا يكون قد أذن له في التملك ، ولا فرق في عدم حصول الملك بذلك بين أن ينوي التملك لنفسه أو للمولى ، صرح به في التذكرة^(٢) ، فإنه على كل من التقديرين إنما يقع الالتقاط منه للسيد .

(١) الفقيه ٣ : ١٨٦ حديث ٨٤٠ ، التهذيب ٦ : ٣٨٩ ، ٣٩٠ حديث ١١٦٣ ، ١١٦٥ ، ١١٦٦ ،

الاستبصار ٣ : ٦٨ حديث ٢٢٧ ، ٢٢٩ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٥٣ .

ولكن لا فرق في هذا الحكم بين أن نقول : العبد لا يملك مطلقاً أو يملك بتمليك السيد؛ لانتهاء التمليك من السيد حينئذ .

إذا تقرر هذا ، فإنه إذا نوى التملك لم يملك كما حققناه ، فإن العين في يده كالمقبوضة بالقرض الفاسد ، بناءً على أن التملك إذا صح يكون كالمأخوذ بالقرض الصحيح ، فيثبت العوض من أول الأمر كما هو مختار المصنف .

فعلى هذا هل يباح^(١) له التصرف؟ ظاهر قوله في الكتاب : (نعم له التصرف) يقتضي ذلك؛ لأن له التصرف بالمباحات إذا حازها كشرب الماء ، واكل الخضراوات المباحات ، ولحوم الصيد ، ونحوها من غير توقف على إذن السيد ، واللقطة كأحدها . وفيه نظر؛ لأن اللقطة مال الغير فلا يحل التصرف فيها إلا بعد التملك ، فينبغي توقف ذلك على إذن المولى ، فإذا أذن له في التصرف فمقتضى ما ذكرناه دخوله في ملك السيد؛ لاستلزام الاذن له ، ويحتمل العدم؛ لأنه أعم منه .

وعلى هذا التقدير لا يفيد الاذن إباحة التصرف؛ لأن اللقطة باقية على ملك الغير ، فلا يحل التصرف فيها بحال ، ومتى تلفت العين في يد العبد بعد نية التملك كانت مضمونة عليه يتبع بها بعد العتق ، كل هذا مع عدم الاذن في الالتقاط ولا في التملك .

ويمكن تنزيل اطلاق المصنف أن له التصرف على أحد أمرين : إما كون اللقطة دون الدرهم ، فإنها كسائر المباحات حقيقة ، ولا تحتاج الى نية التملك ، وهو خلاف الظاهر من العبارة ، إذ الظاهر^(٢) منها أن هذا فيما كان درهماً فصاعداً باعتبار ما قبله .

(١) في وق: يجوز.

(٢) في وق: المتبادر.

ولو نوى أحد الملتقطين اختص بملك نصيبه .

وهل يملكها مجاناً ويتجدد وجوب العوض بمجيء مالكها ، أو بعوض ثبت في ذمته ؟ اشكال . والفائدة : وجوب عزلها من تركته ، وأستحقاق الزكاة بسبب العزم ، ووجوب الوصية بها ، ومنع وجوب الخمس بسبب الدين على التقدير الثاني .

وإما كون التصرف بنحو ركوب الظهر ، وشرب اللبن ، وتحمل الدابة ، ونحو ذلك فإنه يجوز للملتقط ، والعبد ملتقط حقيقة ، فلا يتوقف على الاذن . أما مطلق التصرف فلا يتجه ، ومن هذا يعلم أن العبارة لا تخلو من مناقشة .
قوله : (وهل يملكها مجاناً ، ويتجدد وجوب العوض بمجيء مالكها ، أو بعوض يثبت في ذمته ؟ اشكال) .

أي : هل يملك الملتقط اللقطة مجاناً؟ إي : بغير عوض ، ثم عند المطالبة من المالك يتجدد وجوب العوض ، أو يملكها من أول الأمر بعوض يثبت في ذمته؟ فيه اشكال ، وهذه المسألة بعينها هي التي تقدمت في قوله : (وبنية التملك يحصل الضمان . . .)

فمنشأ الاشكال هو ما سبق بيانه هناك ، مع أنه قاصر عن بيان الوجوه المحتملة ، فإن من المحتمل هو أن يملكها ملكاً مراعى ، أي : مترزلاً يزول بمجيء المالك ، ويجب البدل مع تعذر رد العين ، وهو مختاره في التحرير^(١) .

ومنه أن يملكها ملكاً مستقراً ، ويجب العوض بمطالبة المالك ، وهو قول الشيخ في المبسوط^(٢) .

ومنه أن يملكها بعوض كالقرض الصحيح ، وهو مختار المصنف هنا على

(١) التحرير ٢ : ١٢٧ .

(٢) المبسوط ٣ : ٣٢٣ .

ما يرشد اليه ظاهر كلامه السابق ، وإن كان قد تردد هنا فهو مناقشة ثالثة .

ويبعد أن يكون رجوعاً الى التردد عن الجزم ، وكأن المصنف حاول في الأول بيان أن الملك للملتقط يثبت مستقراً ، ثم اظهر التردد في أن العوض متى يلزمه ، إذ لا شبهة في أن المالك له استحقاق في ماله اذا علم ، كما صنع في التذكرة^(١) فلم تساعده العبارة ، وتظهر فائدة الاحتمالين اللذين ذكرهما في أمور :

الأول : وجوب عزلها من تركته وإن لم يجيء المالك ؛ لأنها دين فيجب فيها ما يجب في الدين على الثاني دون الأول .

الثاني : استحقاق الزكاة بسبب الغرم قبل المطالبة على الثاني أيضاً .

الثالث : وجوب الوصية بها على الثاني .

الرابع : منع وجوب الخمس بسبب الدين قبل المطالبة ؛ لأنها دين فيستثنى من الارباح على الثاني أيضاً . وربما قيل : إن المراد عدم وجوب الخمس فيها على الثاني ؛ لأنها في معنى القرض ، وهو صحيح ، إلا أن العبارة قد تأباه .

وينبغي أن يقال : لا يجب الخمس فيها مطلقاً ؛ لأنها بمعرض وجوب العوض ، ولأن ملكها متزلزل فلا يعد اغتناماً حقيقياً ، ولأنها منتقلة عن مالك بخلاف مباحات الأصل .

الخامس : تقسيط التركة مع القصور واموال المفلس على عوضها وعلى باقي الديون على الثاني خاصة دون الأول .

السادس : اندراجه في النذر والوصية والوقف على المديونين قبل مجيء

وتملك العروض كالأثمان ، ولا يجوز التملك إلا بعد التعريف وإن بقيت في يده أحوالاً .

ويكفي تعريف العبد في تملك المولى لو أراه .

وما يوجد في المفاوز ، أو في خربة قد باد أهلها فهو لواجده من غير تعريف إن لم يكن عليه أثر الإسلام ، وإلا فلقطة على اشكال .

المالك على الثاني خاصة ، وبالجملة فكل حكم يتعلق بالمديون يتعلق به قبل مجيء المالك على الثاني خاصة ، والمعتمد ما قدمناه .

قوله : (وتملك العروض كالأثمان) .

وفي إحدى الروايتين عن أحمد^(١) : لا يملك العروض بالتعريف ، بل يعرفها دائماً عند بعض ، أو يتخير بينه وبين دفعها الى الحاكم عند آخرين ، وهو غلط .

قوله : (وإلا فلقطة على اشكال) .

أي : وإن كان عليه أثر الاسلام فاشكال ينشأ : من عموم صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : ان الواجد ربما وجد في الخربة^(٢) ، ومن أن أثر الاسلام يقتضي سبق يد للمسلمين ، فتكون لقطة يجب تعريفها .

ويشكل بأن أثر الاسلام قد يصدر من غير المسلمين ، إلا أن يقال : إن ضميمة الدار اليه تؤيد كونه للمسلمين ، ولأنه اشهر واقرب الى تعين^(٣) البراءة ، وعليه تنزل رواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام^(٤) ، وهو الأقرب . ويتحقق اثر الاسلام بإحدى الشهادتين اذا كانت مكتوبة عليه ، وكذا

(١) المغني لابن قدامة ٦ : ٣٥٧ .

(٢) التهذيب ٦ : ٣٩٠ حديث ١١٦٥ .

(٣) في ٤م : يقين .

(٤) التهذيب ٦ : ٣٩٨ حديث ١١٩٩ .

وكذا المدفون في أرض لا مالك لها ، ولو كان لها مالك فهو له ، ولو انتقلت عنه بالبيع إليه عرفه ، فإن عرفه فهو أحق به ، وإلا فهو لواجده ، وهل يجب تتبع من سبقه من الملاك ! اشكال .

اسم سلطان من سلاطين الاسلام ، ونحو ذلك ، وهذا اذا كان في بلاد الاسلام كما سبق في الخمس .

قوله : (وكذا المدفون في أرض لا مالك لها) .

أي : الحكم فيما لا أثر عليه وفيما عليه أثر كما سبق ، فيكون في الثاني اشكال .

قوله : (ولو انتقلت عنه بالبيع عرفه ، فإن عرفه فهو احق به ، وإلا فهو لواجده) .

لانتفاء يد الثاني عنه ، فتكون اليد فيه للأول ، فاذا عرفه بأنه له كان أحق به ووجب تسليمه إليه ؛ لأنه صاحب يد ، ولقول أحدهما عليهما السلام في صحيحة محمد بن مسلم : « إن كانت الدار معمورة فهو لأهلها ، وإن لم يعرفه فهو لواجده »^(١) فينبغي أن يقال : إن لم يكن عليه أثر الاسلام وإلا فبعد التعريف .

قوله : (وهل يجب تتبع من سبقه من الملاك اشكال) .

ينشأ : من وجود المقتضي ، وهو كونه قد كان في يده ، ولم يعلم الانتقال عنه . ومن اطلاق قولهم إنه للمشتري اذا لم يعرفه البائع ، وهو ضعيف ، والأول أقوى . ولا فرق بين انتقال الملك بالبيع ، أو بغيره من وجوه الانتقالات في وجوب التعريف ، فإن لم يعرفه أحد منهم فهو للمشتري قطعاً ، لكن ينبغي أن يكون مع أثر الاسلام لقطعة ، وقد صرح بذلك في الدروس في باب الخمس^(٢) ، وهو المعتمد .

(١) التهذيب ٦ : ٣٩٠ حديث ١١٦٥ .

(٢) الدروس : ٦٨ .

وكذا التفصيل لو وجده في جوف الدابة ،

قوله : (وكذا التفصيل لو وجده في جوف دابة) .

فإنه يجب أن يعرفه البائع وغيره ممن كان مالكاً قبل ، فإن عرفه فهو له ، وإلا فمن قبله (كما سبق)^(١) فإن لم يعرفه أحد منهم فهو للواجد عند علمائنا ، أسنده في التذكرة اليهم واحتمل كونه لقطه^(٢) .

وينبغي أن يقال : مع وجود أثر الاسلام يكون لقطه ، لكن في صحيحة علي بن جعفر قال : كتبت الى الرجل أسأله عن رجل اشترى جزوراً أو بقرة للاضاحي ، فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم أو دنانير أو جواهرأ لمن تكون؟ قال : فوق عليه السلام : « عرفها البائع فإن لم يكن يعرفها فالشيء لك رزقك الله إياه »^(٣) وظاهرها يقتضي الاقتصار على تعريف البائع .

ويمكن أن يقال : مع وجود الأثر فوجوب التعريف مستفاد من الادلة الدالة على التعريف مطلقاً^(٤) ، وفيه بحث ، وإنما وجب تعريف البائع لسبق يده وإمكان كون ذلك من ماله ؛ لأنه مال مملوك في الأصل .

والظاهر أن الجوهر له ؛ لبعد وجود الجوهر في الصحراء واعتلافه ، ولو كان الحيوان وحشياً في الأصل وقد رباه المالك عنده ، وكذا السمكة في حفيرة يختص به في بيته ، ونحو ذلك لم يبعد الحاقه بالدابة .

(١) لم ترد في «م» .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٦٥ .

(٣) الكافي ٥ : ١٣٩ حديث ٩ ، الفقيه ٣ : ١٨٩ حديث ٨٥٣ ، التهذيب ٦ : ٣٩٢ حديث ١١٧٤ ، وفيها جميعاً : عبدالله بن جعفر ، وهو الصحيح . قال السيد العاملي في مفتاح الكرامة ٦ : ١٧٨ : وقد سها القلم في جامع المقاصد فأثبت علي بن جعفر مكان عبدالله بن جعفر الحميري ، وتبعه على ذلك الشهيد الثاني في الروضة وموضعين من المسالك .

(٤) الكافي ٥ : ١٣٧ حديث ٤ ، التهذيب ٦ : ٣٩٦ حديث ١١٩٤ .

أما لو وجده في جوف السمكة فهو لواجده وتحتة دقيقة .

قوله : (أما لو وجده في جوف سمكة فهو لواجده وتحتة دقيقة) .

أي : لو وجد مالا ، فمرجع الضمير في هذا ، وفي قوله : (لو وجده في جوف دابة) ما دل عليه ، وما يوجد في المفاوز في جوف سمكة فهو لواجده ، واطلق الأصحاب ذلك^(١) .

وفصل بعض العامة فقال : إن كانت السمكة قد انتقلت بالبيع من الصياد فوجدها المشتري ، ولم يعلم الصياد بها فهي للصيد؛ لأنها قد دخلت في ملكه ولم يرض ببيعها إذ لم يعلم بها . واصحابنا على أنها للمشتري ، وهو المختار؛ لأنها لم تدخل في ملك الصياد ، إذ لم يعلم بها ، فإن الملك فرع القصد الى الحيازة ، وهو متف مع عدم العلم .

واشار المصنف بقوله : (وتحتة دقيقة) على ما ذكره الى أن تملك المباحات يحتاج الى النية ، إذ لولا ذلك لكانت للصيد .

ويمكن أن يقال : هذا يدل على أن من لم يعلم بالمباح لم يملكه ، ولا يدل على اشتراط نية التملك؛ لإمكان أن لا يعد ذلك حيازة ، لأن حيازة الشيء أخذه وحفظه والاختصاص به ، ولا يكون ذلك إلا مع العلم .

وكذا لو كان الموجود في جوفها شيئاً مما يخلق في البحر كالعنبر وشبهه ، ولو كان الموجود في جوفها دراهم أو دنانير ، أو درة مثقوبة ، أو فيها ذهب أو فضة ، أو غير ذلك مما يكون أثر الأدمي فقد قال احمد : إنه لقطعة ، ونفى عنه الباس في التذكرة .

وفي التحرير : إنه إن وجد ذلك الصياد فهو كالملتقط يجب عليه التعريف ولا كلام فيه ، وإن وجده المشتري فعليه التعريف ، ثم قال : واطلق علماؤنا

(١) منهم الشيخ المفيد في المقنعة : ٩٩ ، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٢٥ ، والعلامة في التذكرة ٢ :

القول في ذلك فواجبوا تعريف البائع فإن عرّفها فهي له ، وإلا اخرج الخمس وحل له الباقي ، ولم يجعلوه كاللقطة^(١) .

والذي حققه في المختلف : إن الموجود إما أن يكون عليه أثر الاسلام أو لا ، فإن كان وجب تعريفه من البائع وغيره ؛ لسبق ملك المسلم عليه ، ويكون حكمه حكم اللقطة ؛ لأنه مال مسلم ضائع فوجب التعريف حولاً إذ الحيوان هنا كالألة ، وإن لم يكن عليه أثره فقال بعد كلام طويل : ليس عندي بعيداً من الصواب القول بوجوب التعريف لما يجد في بطن الدابة مطلقاً ، سواء كان عليه أثر الاسلام أم لا ، وكذا ما يجده في بطن السمكة مما ليس اصله البحر ، أما إذا كان اصله البحر فلا^(٢) .

واقول : إن الذي يقتضيه النظر ان الموجود في جوف الدابة يجب تعريفه بائعها ومن قبله ، فإن لم يعرفه أحد منهم فهو لقطة ، ولا يعد ركازاً كما في الموجود في الدار ، وإن كان في جوف السمكة المأخوذة من غير المياه المحصورة ، وليس عليه أثر ملك مالك للواجد على ظاهر مذهب الاصحاب ، وما عداه لقطة .

وأما السمكة المأخوذة من الماء المحصور فليس يبيعد كون ما في بطنها كالذي في بطن الدابة ، ثم إن كان محسوباً من البحر وملحقاً بالغوص يجب فيه الخمس دون ما سواه على ما ذكره المصنف في المختلف^(٣) .

واعلم ان عبارة الكتاب غير محررة ؛ لأن الموجود في جوف السمكة لا يكون لواجده وهو مشتريها من الصياد على اطلاقه ، كما هو مقتضى أول الكلام .

(١) التحرير : ٢ : ١٢٨ .

(٢) المختلف : ٤٥١ .

(٣) المصدر السابق .

ولو وجد في صندوقه أو داره مالاً ولا يعرفه فهو له إن لم يشاركه في الدخول غيره ، وإلا فلقطة .

ولو دفع اللقطة الى الحاكم فباعها رد الثمن على المالك ، فإن لم يعرف بعد الحول ردها على الملتقط ؛ لأن له التملك والصدقة .

ومع ذلك فقولوه : (وتحتة دقيقة) لا ينطبق على ذلك ؛ لأن الدقيقة هي أن تملك المباح يحتاج الى البينة وهذا إنما يكون في المخلوق في البحر فيكون مباحاً بالأصالة فلا ينتظم هذا مع أول الكلام .

فرع :

لو صاد غزالاً أو طائراً عليه آثار الملك كخيطه في عنقه ، أو قلادة ونحو ذلك فلقطة .

قوله : (إن لم يشاركه في الدخول غيره ، وإلا فلقطة) .

ينبغي أن يخص كونه لقطه بما اذا كان المشارك غير محصور ، فإن كان محصوراً فيجب تعريف المشارك خاصة ، لكن يشكل حينئذ كونه ملكاً له اذا لم يعرفه مع كونه لا يعرفه ، فلذلك اطلق الأصحاب كونه لقطه مع الشريك .

قوله : (ولو دفع اللقطة الى الحاكم فباعها رد الثمن على المالك ، فإن لم يعرف بعد الحول ردها على الملتقط ، لأن له التملك والصدقة) .

لا ريب أن دافع اللقطة الى الحاكم يبرأ بذلك ؛ لأنه ولي الغائب ، فاذا رأى المصلحة في بيعها فباعها ووجد المالك رد الثمن عليه والبيع صحيح ؛ لأن تصرف الحاكم مع المصلحة ماض ، وإن لم يعرف بعد التعريف حولاً ويجب ردها على الملتقط ؛ لأنه استحقها بالالتقاط . ويكفي تعريف الحاكم عن تعريفه ؛ لأنه لا يجب أن يعرف بنفسه .

ولو وجد عوض ثيابه أو مداسه لم يكن له أخذه ، فإن أخذه عرّفه سنة ثم ملكه إن شاء ، إلا أن يعلم بشاهد الحال أنه تركه عوضاً فيجوز أخذه

والظاهر أنه لا فرق بين أن يلتقطه بنية الحفظ أبداً أو لا ، نعم لو عرف الحاكم منه أنه لا يريد أخذها حفظها هو أو تصدق بها ، ولا ريب أن للملتقط التخيير بين : التملك ، والصدقة ، والحفظ . لكن يحتمل أن الحاكم لا يجب عليه الدفع إليه لاجل مجرد الحفظ؛ لأن حفظ اموال الغائبين الى الحاكم ، ولعل المصنف إنما لم يذكره لذلك .

والتحقيق : إن أصل الرد واجب ؛ لأن للملتقط التملك فيجب الرد لاجله قطعاً ، أما الرد لأجل الصدقة والحفظ ففي وجوبه لكل منهما نظر ، ينشأ : من أن ولي الغائبين الحاكم ، ومن أن للملتقط ولاية خاصة لكل من الامرين .

قوله : (ولو وجد عوض ثيابه أو مداسه لم يكن له أخذه ، فإن أخذه عرّفه سنة ثم ملكه إن شاء) .

لو كان في الحمام أو المسجد ونحوهما ، فلم يجد ثيابه أو مداسه أو فراشه ، ولكن وجد مثل المفقود لم يكن له تملكه عوضاً عما ذهب له ؛ لأنه مال الغير فلا يحل من دون طيب نفسه .

وقول المصنف : (ولو وجد عوض ثيابه . . .) لا يريد به العوض الحقيقي ، إذ لو تحقق كون مالكة قد عاوضه به جاز الأخذ قطعاً .

وقوله : (لم يكن له أخذه) يريد به على قصد العوض ، أما أخذه لقطه فجائز قطعاً ، فإن أخذه لم يكن إلا لقطه ، فيجب تعريفه سنة إن كان درهما فصاعداً ، فإذا عرّفه تملكه إن شاء ، فإن جاء المالك قاصه بماله وتراد الفضل إن أوجبنا العوض ورضى الملتقط بجعل ماله عوضاً ، وإلا ترادا وكان للملتقط المطالبة بالأجرة والنقص دون الآخر .

قوله : (إلا أن يعلم بشاهد الحال إن تركه عوضاً فيجوز أخذه حينئذ

حينئذ من غير تعريف .

ولو مات الملتقط عرّف الوارث حولاً وملكها ، والبحث فيه كالمرث .

(من غير تعريف) .

لو علم المأخوذ ماله أن الآخذ قصد المعاوضة لم يحتج الى التعريف؛ لأن التعريف في الضائع ، ومع العلم بترك المالك قصداً لا يكون المال ضائعاً . ويكفي في هذا العلم شاهد الحال ، بأن يكون الذي للآخذ أردأ من الذي أخذه ، ويكون المأخوذ مما لا يشتبه على الآخذ بالذي له . كذا أو نحوه ذكر المصنف في التذكرة ، قال : وحينئذ يباح للواجد استعمالها؛ لأن الظاهر أن صاحبها تركها له بدلاً له إياها عوضاً عما أخذه ، فصار كالمبيع له أخذها بلسانه (١) .

ولفائل أن يقول : إن تم ما ذكر من الدلالة على المعاوضة لم يكن للمأخوذ ماله التصرف في هذه الحالة ، إلا اذا رضي بتلك المعاوضة ، ومن الممكن أن لا يرضى؛ لأن الفرض أن ماله أجود ، فكيف يستقيم اطلاقه جواز التصرف على ذلك التقدير .

ثم انه لم لا يجوز أن يتصرف بها مطلقاً ، سواء شهد الحال بأخذ الآخذ على قصد المعاوضة أو غلطاً؛ لأن الآخذ غاصب فيجوز للمأخوذ ماله التصرف في مقداره للحيلولة؛ فإن امكنه اثبات ذلك عليه عند الحاكم رفع الأمر اليه ، ليأذن له في الآخذ على الوجه المذكور ، وإلا استقل به على وجه المعاوضة .

قال المصنف في التذكرة بعد أن حكى عن الحنابلة رفع الأمر الى الحاكم لبيعها ويدفع ثمنها اليه عوضاً عن ماله : وما قلناه أولى؛ لأنه ارفق بالناس ، لأن فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه لحصول عوضها له ، وللسارق بالتخفيف عنه من

ولو مات بعد الحول ونية التملك فهي موروثه ، ولو لم ينو كان للوارث التملك والحفظ .

ولو فقدت من التركة في أثناء الحول أو بعده من غير نية التملك احتمال الرجوع في مال الميت ، وعدمه .

الاثم ، وحفظ هذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد ابيح لمن له على انسان حق من دين أو غضب أو غير ذلك أن يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه اذا عجز عن استيفائه بغير ذلك^(١) .

قلت : ما ذكرناه انفع وارفق ؛ لأنه شامل لجميع صور الأخذ كما لا يخفى . ثم ان الأخذ على جهة المقاصة لا يتوقف على رضى من عليه الحق ، فلا يشترط شهادة الحال بقصد المعاوضة كما ذكره ، وما استشهد به من إباحة أخذ من له على انسان دين أو حق إنما ينطبق على ما ذكرناه .

نعم إن جَوِّز أن يكون الأخذ غير صاحب المتروك فالمتروك لقطعة قطعاً ، إلا أن مقتضى كلامه التعويل على القرينة الدالة على أن الأخذ هو المتروك ماله ، وما احسن عبارة الدروس بالنسبة الى هذا فإنه قال : ومن وجد عوض ثيابه أو مداسه فليس له أخذه ، إلا مع القرينة الدالة على أن صاحبها هو الذي أخذ ثيابه لكونها أدون وانحصار المشتبهين ، ومع عدم القرينة فهو لقطعة^(٢) .

قوله : (وقد فقدت من التركة في أثناء الحول ، أو بعده من غير نية التملك احتمال الرجوع في مال الميت وعدمه) .

وجه الاحتمال الأول عموم قوله عليه السلام : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »^(٣) والأصل بقاء العين ، فاذا تعذرت وجب المصير الى بدلها ، ومن أنها

(١) المصدر السابق .

(٢) الدروس : ٣٠٣ .

(٣) مستدرك الوسائل ٢ : ٥٠٤ حديث ١٢ ، سنن البيهقي ٦ : ٩٥ ، سنن ابن ماجه ٢ : ٨٠٢ حديث ٢٤٠٠ ، مسند أحمد ٥ : ٨ ، ١٣ ، مستدرك الحاكم ٢ : ٤٧ ، وفيها : حتى تؤديه ، سنن الترمذي ٢ :

الرابع: الرد : ويجب مع قيام البينة ، ولا يكفي الواحد ولا الوصف إن ظن صدقه للأطناب فيه ، نعم يجوز ، فإن امتنع لم يجبر عليه ، فلو دفع الى الواصف وظهرت البينة لغيره انتزعتها الغير ، فإن تلفت رجع على من شاء .

أمانة ، والأصل براءة الذمة من وجوب البدل ، والوجوب إنما هو متعلق بتسليم العين وذلك مع وجدانها . أما البدل فلا يجب إلا بالتلف مع التفريط وهو منتف بالاصل ، والأصح عدم أخذ شيء من مال الميت ، وقد سبق نظيره في الوديعة .

قوله : (الرابع : الرد ، ويجب مع قيام البينة ، ولا يكفي الواحد ولا الوصف ، وإن ظن صدقه للأطناب فيه، نعم يجوز) .

أي : يجوز التسليم الى الواصف اذا ظن صدقه ، وهو المشهور بين الاصحاب؛ لأن مناط اكثر الشرعيات هو الظن ، ولأنه لولا ذلك لأدى الى عدم وصولها الى مالکها غالباً ، إذ من المستبعد اقامة البينة على ما يستصحبه الانسان من امواله .

ولأن في قوله عليه السلام للملتقط : « اعرف عقاصها » وهو وعاؤها الذي هي فيه من خرقة وقرطاس وغيرهما ، « وكاؤها » وهو الخيط الذي يشد به المال في الخرقة ايماء الى ذلك؛ لأن فائدة معرفته تظهر اذا جَوَزْنَا الدفع بالوصف ، ومثله الايغال في الابهام حال تعريفها ، والاقتصار في الاشهاد على بعض الاوصاف .

وقال ابن ادريس : لا يجوز دفعها إلا بالبينة؛ لاشتغال الذمة بحفظها ، وعدم ثبوت كون الوصف حجة شرعية في جواز الدفع والعمل بالمشهور^(١) .

وهل شهادة العدل الواحد كالوصف المفيد للظن في جواز الدفع وعدم

ويستقر الضمان على الواصف ، إلا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لورجع عليه المالك .

ولو أقام كل منهما بينة بعد الدفع الى الأول ولا ترجيح أقرع ، فإن خرج الثاني انتزعت من الأول .

وجوبه؟ احتمله في التذكرة^(١) ، وهو متوجه ؛ لأن شهادة العدل الموثوق به أقوى من الوصف .

قوله : (ويستقر الضمان على الواصف) .

لأن التلقف في يده ، ولأنه عاد غار .

قوله : (إلا أن يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لورجع عليه المالك) .

لاعترافه بكون الأخذ منه ظلماً .

قوله : (ولو أقام كل منهما بينة بعد الدفع الى الأول ولا ترجيح أقرع) .

لأنه أمر مشكل ؛ لانتفاء الأولوية وامتناع الحكم بهما ودفعهما .

قوله : (فإن خرج الثاني انتزعت من الأول) .

إنما ينتزع بعد احلافه ، فإن كل من خرج اسمه بالقرعة يستحقها بيمينه ، نص عليه في التذكرة^(٢) . فإن امتنع أحلف الآخر ، فإن امتنع احتمل ابقاؤها أمانة عليهما حتى يصطلحا ، أو على غيرهما ، ذكره المصنف في التذكرة^(٣) .

(١) التذكرة ٢ : ٢٦٤ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٦٥ .

(٣) المصدر السابق .

ولو تلفت لم يضمن الملتقط إن كان قد دفع بحكم الحاكم ، وإن دفع باجتهاده ضمن .

ولو تملك بعد الحول فقامت البينة لم يجب دفع العين ، بل المثل أو القيمة إن لم تكن مثلية ، فإن رد العين وجب على المالك القبول ، وكذا لو عابت بعد التملك مع الأرش على اشكال .

قوله : (ولو تلفت لم يضمن الملتقط إن كان دفع بحكم الحاكم)

إذ لا يقصر منه حينئذ؛ لأن الدفع واجب عليه ، وحكم الحاكم بصيرته بمنزلة المكره . وهل يضمن الحاكم في بيت المال بظهور الخطأ في دفع مال الغير الى غير مستحقه؟ لا اعلم به تصريحاً .

وينبغي عدم الضمان لوجود القابض فيرجع عليه قوله : (وإن دفع باجتهاده ضمن) لأن الدفع مستند اليه وقد تبين كونه بغير حق .

قوله : (ولو تملك بعد الحول فقامت البينة لم يجب دفع العين ، بل المثل أو القيمة إن لم تكن مثلية) .

هذا مبني على أنه اذا تملك بعد التعريف حولاً يضمن العوض ولا يجب دفع العين ، وقد سبق أن الأصح وجوب ردها ، ويمكن أن يقال : إن الواجب في القيمي القيمة فلا يجزىء غيرها إلا بالتراضي .

قوله : (فإن رد العين وجب على المالك القبول) .

تفريعاً على مختاره ، ووجهه ان العين أقرب الى نفسها من البدل ، وقد سبق بيان مثله في القرض .

قوله : (وكذا لو عابت بعد التملك مع الأرش على اشكال) .

ينشأ : من أن الواجب القيمة في القيمي ، والمثل في المثلي ، ومع وجود العيب فلا مماثلة . ومن أن العين مع الأرش الساد مسد الفئات أقرب الى

والزيادة المنفصلة والمتصلة في الحول للمالك ، وفي تبعيته اللقطة نظر ، أقرببه ذلك ، وبعده للملتقط إن تجددت بعد نية التملك ، وإلا فكالأول ولورد العين لم يجب رد النماء ،

نفسها من القيمة ، وعلى ما اخترناه فالواجب رد العين مع الأرض فيجب قبولها .

قوله : (والزيادة المنفصلة والمتصلة في الحول للمالك) .

لأنها نماء ملكه .

قوله : (وفي التبعية للقطعة نظر اقربه ذلك) .

ينشأ : من أن النماء تابع للأصل ، ومن اختصاص العين بمعنى الالتقاط بخلاف النماء . ووجه القرب : إن الفرع لا يزيد على أصله ، وقد استحق الملتقط تملك العين ، فمقتضى التبعية يستحق تملك النماء ؛ لأن الفرض تجده بعد استحقاق تملك الأصل وإن كان التعريف شرطاً ، فإذا عَزَفَ الأصل حولاً تَمَلَّكَ الجميع إن شاء على الأقرب .

قوله : (وبعده للملتقط إن تجددت بعد نية التملك ، وإلا فكالأول) .

أي : وبعده الحول اذا تجددت الزيادة يكون للملتقط ؛ لأنها نماء ملكه ، وهذا اذا كان تجدها بعد نية التملك وإلا - أي : وإن لم يكن بعد نية التملك - فكالأول ، وهو المتجدد في الحول ، فيكون في التبعية الاشكال ، والأقرب هنا ما هو الاقرب هناك .

قوله : (ولورد العين لم يجب رد النماء) .

لأنه نماء ملكه وإن قلنا بوجود رد العين اذا جاء المالك ؛ لأن تزلزل الملك لا ينافي ثبوته ، كما في البيع في زمان الخيار ، وهذا إنما هو في النماء المنفصل دون المتصل .

فلودفع العوض لمن قامت له البينة ضمن للثاني مع البينة ، لأن المدفوع ليس نفس العين ، ويرجع على الأول ، لتحقق بطلان الحكم .

قوله : (ولودفع العوض لمن قامت له البينة ضمن للثاني مع البينة ؛ لأن المدفوع ليس نفس العين ، ويرجع على الأول لتحقق بطلان الحكم) .

هذا فيمن تملك بعد الحول وضمن العوض عند المصنف ، فإن الأول اذا أقام البينة بالاستحقاق فدفع اليه العوض ، ثم أقام الثاني البينة وانتفى المرجح ، فأقرع فخرج اسم الثاني ، فاحلف فإنه يجب على الملتقط الغرم ؛ لأن المدفوع لم يتعين كونه العوض الذي في ذمته ، لأنه لم يقبضه المستحق ، لكن يرجع به على الأول بظهور بطلان الحكم بأن العين له .

المقصد الرابع : في الجمالة : وفيه مطلبان :

الأول : في الأركان : وهي أربعة :

الأول : الصيغة : كقوله : من رد عبدي ، أو ضالتي ، أو فعل كذا ، وما اشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا . فلورّد انسان ابتداءً فهو متبرع لا شيء له ، وكذا لورّد من لم يسمع الجمالة على قصد التبرع ، وإلا فاشكال .

قوله : (المقصد الرابع : في الجمالة ، وفيه مطلبان : الأول : في الأركان وهي أربعة :

الأول : الصيغة كقوله : من رد عبدي ، أو ضالتي ، أو فعل كذا ، وما اشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا) .

ظاهره انه لا قبول أصلاً ، ومفهوم الجمالة يقتضي ذلك ، لكن ظاهرهم أن الجمالة من العقود (الجائزة)^(١) فيكون القبول فيها فعلياً ، ومفهوم قول المصنف بعد ذلك : (ولا القبول نطقاً) يعطي هذا .

قوله : (وكذا لورد من لم يسمع الجمالة على قصد التبرع ، وإلا فاشكال) .

أي : وكذا لا شيء لورد من لم يسمع الجمالة على قصد التبرع قطعاً ؛ لأنه لو سمع الجعل فرد متبرعاً لا يستحق فهنا أولى ، وإن لم يكن رده على قصد التبرع بل على قصد الاستحقاق فاشكال ينشأ : من أنه قد فعل متعلق الجعل على قصد الاستحقاق مطابقاً لصدور الجعل من المالك ؛ لأن الفرض شمول

ولو كذب المخبر فقال : قال فلان : من ردّ ضالته فله كذا لم يستحق الراد على المالك ولا المخبر ؛ لأنه لم يضمن ،

اللفظ له فيستحق ، ولأنه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع ووقع بإذن الجاعل .

ولأن المقتضي للاستحقاق - وهو جعل المالك بصيغة تشمل العامل وعدم تبرعه - موجود ، والمانع ليس إلا عدم علمه بصدور الجعل لا يصلح للمانعية ، للشك في مانعيته فيعمل المقتضي عمله .

ومن أنه بالنسبة الى اعتقاده متبرع ، إذ لا عبرة بقصده من دون جعل المالك .

ويمكن أن يقال : يفرّق بين من رد كذلك عالماً بأن العمل بدون الجعل تبرع وإن قصد العامل العوض ، وبين غيره ؛ لأن الأول لا يكاد ينفك من التبرع ، بخلاف الثاني فيستحق دون الأول ، وفيه قوة .

وأطلق شيخنا الشهيد^(١) ، والفاضل الشارح الاستحقاق^(٢) ، (وما ذكرناه من التفصيل أولى

وأعلم ان على عبارة الكتاب مؤاخذه ، فإن قوله : (والا فاشكال) يقتضي ثبوت الاشكال في كل من لم يرد على قصد التبرع ، فيتناول من رد لا على قصد التبرع ولا على قصد الاستحقاق^(٣) . وليس بجيد ؛ لأن هذا متبرع وإن لم يقصد التبرع .

قوله : (ولا المخبر ؛ لأنه لم يضمن) .

وإنما الراد ادخل نفسه على عمل بدون تعيين الاستحقاق ، فالتقصير من

(١) الدرورس : ٣٠٥ .

(٢) ايصاح الفوائد : ١٦٢ .

(٣) ما بين القوسين لم يرد في (ق) .

ولو تبرع المخبر وقال : من رد عبد فلان فله درهم لزمه ، لأنه ضامن .
ولو قال : من رد عبدي من العراق في شهر كذا فله كذا ومن خاط
ثوبي في يوم كذا فله كذا صح ، بخلاف الأجرة ، للزومها بخلاف
الجمالة .

الثاني : الجاعل : وشرطه أن يكون أهلاً للاستئجار ، وفي العامل
إمكان تحصيل العمل . ولا يشترط تعيينه ولا القبول نطقاً ، ولو عين فرد

قبله . وإن كان المالك قد جعل ، فرد طمعاً في الجعل كفى في الاستحقاق
إخبار المخبر وإن لم يكن ثقة .

قوله : (ولو تبرع المخبر وقال : من رد عبد فلان فله درهم لزم ،
لأنه ضامن) .

لا ريب في صحة الجعل من الأجنبي على العمل وإن كان العمل لا
يرجع عليه بفائدة للتوسع في الجمالة .

لما كانت الاجارة لازمة لم يصح تقدير المنفعة بالعمل والزمان معاً؛ لأن
اتفاقهما نادر فيخل بلزوم العقد ، ولأن تطبيق العمل على الزمان غير معلوم
التحقق ، فيكون اشتراطه اشتراطاً لما لا يوثق بالقدرة عليه فلم يصح .

أما الجمالة فإنها جائزة ، فاذا لم يتفق انطباق العمل على الزمان لم يخرج
العقد عن مقتضاه . وفرق أيضاً بأن التقدير بالأمرين معاً يقتضي عدم الوثوق
بحصول العوض ، وهو مغتفر في الجمالة دون الاجارة .

قوله : (ولو قال : من رد عبدي من العراق في شهر فله كذا ، ومن
خاط ثوبي في يوم فله كذا صح ، بخلاف الأجرة للزومها ، بخلاف
الجمالة) .

قوله : (الثاني : الجاعل ، وشرطه أن يكون أهلاً للاستئجار ، وفي
العامل إمكان تحصيل العمل ، ولا يشترط تعيينه) .

غيره فهو متبرع .

الثالث: العمل : وهو كل ما يصح الإستئجار عليه ، وهو كل عمل مقصود محلل وإن كان مجهولاً . ولا يشترط الجهل ، فلو قال : من خاط ثوبي أو حج عني فله دينار صح ؛ لأن جوازه مع الجهل يستلزم أولوية جوازه مع العمل .

أي : العامل ، بل الأصل والغالب جهالته ؛ لأن المطلوب في الجعالة تعيين عوض على عمل .

قوله : (الثالث : العمل ، وهو كل ما يصح الاستئجار عليه ، وهو كل عمل مقصود محلل وإن كان مجهولاً) .

كلما صح الاستئجار عليه صحت الجعالة عليه ، ولا يشترط التطابق في الأوصاف ، فتصح الجعالة على المجهول ؛ لأنها عقد جائز لا يمتنع فيه الغرر ، لكن قوله : (وإن كان مجهولاً) مقتضاه صحة الاستئجار على العمل وإن كان مجهولاً ، من حيث أن ذلك وصلي للعمل المجهول عليه ، وصريح عبارته ان المجهول عليه هو الذي يصح الاستئجار عليه .

واجب عنه بأن المجهول تصح الاجارة عليه لا من حيث أنه مجهول ، ويرد عليه أن الوصلي في العبارة مقتضاها استواء الاجارة والجعالة فيه على أي تقدير كان .

وربما اجيب بأن المراد الحكم بالتساوي في ذوات الأعمال خاصة ، لكن الوهم بحاله ، إذ ليس في العبارة ما يدل على اختصاص الجهالة بالجعالة .

قوله : (ولا يشترط الجهل . . .) .

ذهب بعض الشافعية الى اشتراط الجهالة ، وليس بشيء .

الرابع: الجعل: وشرطه أن يكون معلوماً بالكيل أو الوزن أو العدد ، ولو كان مجهولاً كثوب غير معين ، أو دابة مطلقة ثبت بالرد اجرة المثل ، ولو قيل بجواز الجهالة اذا لم تمنع من التسليم كان حسناً كقوله : من رد عبدي فله نصفه ومن خاط ثوبي فله ثلثه .

قوله : (الرابع : الجعل ، وشرطه أن يكون معلوماً بالكيل أو الوزن أو العدد ، ولو كان مجهولاً كثوب غير معين ، أو دابة مطلقة ثبت بالرد أجرة المثل) .

لأن المجمعول غير معين ، والتفاوت فيه عظيم فلا يغتفر ، إذ لا ضرورة الى اغتفاره بخلاف العمل .

قوله : (ولو قيل بجواز الجهالة اذا لم يمنع من التسليم كان حسناً) اطلق الاصحاب عدم جواز كون الجعل مجهولاً ؛ لما قلناه من أن الضرورة اقتضت التسامح في جهالة العمل ، ولا ضرورة الى التسامح في جهالة الجعل ، واستحسن المصنف التفصيل ، وحاصله ان الجهالة اذا كانت مانعة من تسليم الجعل لا يصح معها كثوب ، فإنه لا يدري أي ثوب .

فإن قيل : الأمر الكلي محمول على اقل فرد يقع عليه الكلي ، فأقل ثوب سَلَمَ وجب قبوله .

قلنا : لما كان مسمى الثوب متفاوتاً متفاوتاً عظيماً كان مظنة التنازع والتجاذب والخصومة ، فلم يصح الجعل على هذا الوجه . أما اذا كانت الجهالة غير مانعة من التسليم ، كنصف العبد الأبق اذا رده فإنه لا يقبل الاختلاف ، ومسماه لتشخصه لا يقبل التعدد .

فإن قيل : يمكن التنازع في احتمال الجودة والرداءة ونحوهما فيكون كالثوب ، فيما أن يصح فيهما أو لا فيهما .

المطلب الثاني: في الأحكام : الجعالة جائزة من الطرفين ،
فللعامل الفسخ قبل اتمام العمل ولا شيء له ، لأنه أسقط حقه ،

قلنا : لما كانت الجهالة في الثوب باعتبار عدم تشخصه ، وشدة تفاوت افراده لم تغتفر جهالته ، بخلاف العبد المعين فإنه لتشخصه يتسامح بجهالة صفاته واحتماله الاعلى والادون ، فإنه لا يقبل تعدد الذات والصفات إذ هي بحسب الواقع شيء واحد ، غاية ما في الباب أنه غير معلوم الآن ، لكنه معين في حد ذاته ، ومختار المصنف قوي ، وعلى هذا فيصح جعل صبرة معينة من الطعام وإن لم يعلم قدرها ، فتكفي المشاهدة بطريق أولى .

واعلم أن المصنف في التذكرة قال في آخر هذا البحث : وهو قريب من استئجار المرضعة بجزء من الرضيع الرقيق بعد الفطام^(١) . وفي إحياء الموات من هذا الكتاب قال : ولو قال : اعمل ولك نصف الخارج بطل ؛ لجهالة العوض اجارة وجعالة ، وهو يقتضي عدم جواز الجعالة مع جهالة الجعل مطلقاً .

قوله : (المطلب الثاني : في الأحكام ، الجعالة جائزة من الطرفين فللعامل الفسخ قبل اتمام العمل ولا شيء له ؛ لأنه اسقط حقه) .

قد يقال : إنه لم يسقط حقه مطلقاً ، وإنما اسقطه بالنسبة الى ما بقي ، فكيف لا يستحق لما مضى ؟ ويقوى هذا الاشكال في العمل الذي تقابل اجزأؤه بالأجرة ، كبناء الحائط مثلا . وقد احتمل في التذكرة الاستحقاق لما مضى ، وكان آخر كلامه يقتضي ترجيح الاحتمال^(٢) . ويقوى الاحتمال لومات أو شغله ظالم وفاقا للدروس^(٣) ، لكن ظاهره أن ذلك في نحو خياطة الثوب لا في نحو رد العبد .

(١) التذكرة : ٢٨٧ .

(٢) التذكرة : ٢٨٨ .

(٣) الدروس : ٣٠٦ .

وكذا للجاعل قبل التلبس في العمل مطلقا وبعده فيدفع اجرة ما عمل .

واعلم أنه لو فسخ العامل ثم اراد العمل بالجعل فهل يفسخ العقد ، أو يقال : إن العبرة بايجاب الجاعل وهو باق بحاله ولا يتعين القبول ، فمتى ردها استحق ، سواء فسخ ثم رد أم لا ؛ لأن اللفظ شامل .

قوله : (وكذا للجاعل قبل التلبس في العمل مطلقاً) .

أي : له الفسخ قبل التلبس في العمل ؛ لأن العقد جائز من الطرفين ، ولا موقع لقوله : (مطلقاً) كما لا يخفى ، وفسره شيخنا الشهيد في حواشيه بأن معناه أن له ذلك من غير شرط بذل عوض ولا محصل له .

واعلم أنه إنما يفسخ اذا علم العامل بالفسخ من الجاعل ، وإلا فهو على حكمه ، فلو عمل استحق ، واختاره في التذكرة^(١) ، وما اشبهه بعزل الموكل الوكيل وتصرفه قبل علمه بالعزل .

قوله : (وبعده فيدفع أجره ما عمل) .

فاذا علم بالفسخ ثم عمل فلا شيء له ، في المستقبل ، ويشكل على ذلك أنه اذا جعل له على رد الضالة ، ثم فسخ وقد صارت بيده فإنه لا يكاد يتحقق للفسخ معنى حينئذ ، إذ لا يجوز له تركها . وتسليمها الى وكيل المالك أو الحاكم بمنزلة ردها .

وكذا لو لم يجد واحداً منهما^(٢) فإنه لا بد من تسليمها الى المالك أو وكيله ، فيكون هذا الفسخ بعد حصول ما يستلزم الرد فهو في حكمه ، فلا يكاد يتحقق وجهه .

(١) التذكرة ٢ : ٢٨٨ .

(٢) في وق : أحدهما .

ويستحق العامل الجعل بالتسليم ، فلو جاء به الى باب منزله فهرب أو مات لم يستحق شيئاً . ويحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة ، ويعمل بالمتأخر من الجعالتين سواء زادت أو نقصت قبل التلبس ، وإلا فبالنسبة . ولو حصلت الضالة في يد انسان قبل الجعل وجب دفعها الى مالكها ولا شيء له ،

قوله : (فلو جاء به الى باب منزله فهرب أو مات لم يستحق شيئاً ، ويحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة) .

وجه الأول : إنه لم يأت بالمجعول عليه فلم يستحق شيئاً، ووجه الثاني وهو الاستحقاق مع الموت دون الهرب؛ لأن المانع ليس من قبله بل من قبل الله تعالى ، ولأن الرد الممكن عادة قد حصل ، وتسليمه من الموت ليس داخلياً تحت قدرة البشر .

قوله : (ويعمل بالمتأخر من الجعالتين ، سواء زادت أو نقصت قبل التلبس) .

لأن الجعالة جائزة ، وهذا اذا علم بالرجوع عن الأولى ، والا استحق الأولى .

قوله : (وإلا فبالنسبة) .

أي : وإن كان بعد التلبس ، فما مضى من العمل استحق له بنسبة الجعالة الأولى ؛ لأنها لازمة من طرف المالك فيما مضى ، ويستحق لما بقي بنسبة الجعالة الثانية ، ويشكل بما سبق فيما اذا فسخ المالك بعد التلبس .

قوله : (ولو حصلت الدابة في يد انسان قبل الجعل وجب دفعها الى مالكها ، ولا شيء له) .

لوجوب الدفع من حصولها في اليد ، فلا يستحق أجراً حينئذ ، إذ لا عمل بالاذن يستحق به . والجعل بفتح الجيم واسكان العين : الاتيان بصيغة

وكذا المتبرع ، سواء عرف برد الإباق أو لا. وسواء جعل المالك وقصد العامل التبرع أو لم يجعل وإن لم يقصد التبرع .

الجمالة .

واعلم أن على ظاهر العبارة اشكالاً ، وهو أن الدفع ليس بواجب إنما الواجب الاعلام والتخلية ، ولهذا قال في التذكرة : إنه لو قال : من رد عليّ مالي فله كذا فرده من كان المال في يده نُظِرَ فإن كان في رده من يده كلفة ومؤنة كالعبد الأبق استحق الجعل ، وإن لم يكن كالدرهم والدنانير فلا؛ لأن مالا كلفة فيه لا يقابل بالعوض ، وهذا متجه .

ثم قال : ولو قال : من دلني على مالي فله كذا ، فدلّه من المال في يده لم يستحق الجعل؛ لأن ذلك واجب عليه بالشرع ، فلا يستحق أخذ العوض عليه أما لو كان في يد غيره فدلّه استحق؛ لأن الغالب أن تلحقه مشقة في البحث^(١) ، هذا كلامه وهو حسن .

قوله : (وكذا المتبرع ، سواء عرف برد الإباق أو لا) .

وقال جماعة من الاصحاب : بأن من رد العبد أو البعير استحق من غير شرط^(٢) ، وفي عبارة ابن حمزة : اذا لم يجعل وجرت في البلد عادة بشيء استحق^(٣) ، والمشهور خلافه ، ورواية مسمع بذلك محمولة على الاستحباب^(٤) .

قوله : (وسواء جعل المالك وقصد العامل التبرع ، أو لم يجعل وإن لم يقصد التبرع) .

(١) التذكرة ٢: ٢٨٧ .

(٢) منهم المفيد في المقنعة : ٩٩ ، والطوسي في النهاية : ٣٢٣ ، وابن حمزة في الوسيلة : ٣٢٣ .

(٣) الوسيلة : ٣٢٣ .

(٤) التهذيب ٦: ٣٩٨ حديث ١٢٠٣ .

ولو بذل جعلاً غير معيّن كقوله : من رد عبدي فله شيء لزمه أجره المثل ، إلّا في رد الأبق أو البعير ففي رده من المصر دينار ، ومن غير مصره أربعة دنانير ، وإن نقصت قيمة العبد أو البعير فاشكال .

قد يقال : في العبارة مناقشة؛ لأن هذا الوصل لا يتضح اندراجه في قوله : (وكذا المتبرع) لأن المتبادر من التبرع قد يخالف من لم يقصد التبرع ، إلّا أن يقال : من لم يقصد واحداً من الأمرين متبرع ، فيكون من جملة افراد المتبرع .

قوله : (إلّا في رد الأبق أو البعير ، ففي رده من المصر دينار ، ومن غير مصره أربعة دنانير) .

أما العبد فقد ورد حكمه في رواية مسمع ، وأما البعير فألحقه به الأصحاب ، قال المفيد : بذلك ثبتت السنة^(١) . ولا يخفى أن المراد بالدينار : المعروف شرعاً ، وهو ما قيمته عشرة دراهم .

قوله : (فإن نقصت قيمة العبد أو البعير فاشكال) .

ينشأ : من عموم النص ، ومن أن الظاهر أن الشارع بنى على الغالب من زيادة القيمة على المقدّر ، فيخرج هذا الفرد من عموم النص ، ولظاهر قوله عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » فتجب حينئذ أجره المثل ؛ لأنه عمل محترم له عوض ولم يعيّن .

لكن يشكل لو زادت أجره المثل على المقدّر شرعاً ، فينبغي أن يكون محلل التخصيص ما اذا زاد المقدّر عن أجره المثل ، وإلا وجب المقدّر لانتفاء المنافي حينئذ .

(١) المقنعة : ٩٩ .

(٢) الكافي ٥ : ٢٩٢ حديث ٢ ، الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٤ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٧ .

ولو استدعى الرد ولم يبذل أجرة فالراد متبرع على اشكال اقربه ذلك إن استدعى مجاناً .

ولو جعل الفعل للواجد فصدر عن الجماعة تشاركوا فيه ، ولو صدر عن كل منهم فعل تام فلكل منهم جعل كامل .

ولو جعل لكل من الثلاثة على الرد جعلاً متفاوتاً فمن جاء به منهم فله ما عيّنه له ، ولو جاء به اثنان فلكل نصف جعله ، ولو جاء به الثلاثة فلكل ثلث جعله ، وكذا لو عيّن لأحدهم وجهل لغيره فللمعيّن بنسبة عمله من

قوله : (ولو استدعى الرد ولم يبذل أجرة فالراد متبرع على اشكال ، اقربه ذلك إن استدعى مجاناً) .

لا ريب أن موضع الاشكال ما اذا استدعى الرد ولم يشترط أجرة ولا عدمها ، فلاستدعاء مجاناً خارج عن محل النزاع ، إلا أن مفهوم الشرط يدل على الاستحقاق في محل النزاع .

ومنشأ الاشكال : من أصالة براءة الذمة ، ولم يحصل التزام للأجرة ، ولا ما يدل عليه ، إذ طلب الرد أعم من كونه بأجرة ومجاناً . ومن أن العمل صدر بالاذن ، والفرض أن لمثله أجرة فتجب . ولا خفاء أن الدليل لا ينهض على الوجوب ؛ لأن نهايته أن يكون قد صرف مال نفسه في مصالح غيره بإذن الغير ، وهذا لا يستوجب ضمان الغير .

ويقوى في النفس انه إن دلت العادة على الأجرة في مثل هذا الفعل حمل الاطلاق عليه ، وإلا فلا ، وقد سبق مثله في الضمان بالاذن مع عدم اشتراط الرجوع .

قوله : (ولو جعل الفعل فصدر عن جماعة تشاركوا فيه) .

إذا كانت الصيغة صالحة لهم .

المسمى ، وللآخر بنسبة عمله من أجره المثل .

ولو عين لواحد فتبرع آخر فللمعين النصف ولا شيء للمتبرع ، ولو قصد الثاني اعانة العامل فللعامل الجميع ، ولو قصد أجره لنفسه فهو متبرع .

ولو جعل للرد من مسافة فردّ من بعضها فله من الجعل بنسبة المسافة ، ولو رد من أبعد لم يستحقّ أزيد بل المسمى إن دخل الأقل دون ضد الجهة على الأقوى ، ولو لم يجده في المعين فاشكال .

قوله : (ولو قصد أجره لنفسه فهو متبرع) .

لأن عمله صدر بغير اذن .

قوله : (بل المسمى إن دخل الأقل) .

أي : إن دخل الأقل الذي هو المجمعول عليه في المأتي به ؛ لأنه قد أتى بمتعلق الجعل مع زيادة ، فلو قال : من رد عبيدي من الحلة فله كذا ، فرده من بغداد بحيث جعل الحلة طريقه فله الجعل ، وإلا فلا ؛ لكون المأتي به غير مجمعول عليه .

قوله : (دون ضد الجهة على الأقوى) .

وجه القوة : إنه غير مأذون بالنسبة الى هذه الجهة ، فيكون متبرعاً ، ويحتمل ضعيفاً وجوب أجره المثل ؛ للأمر بالرد في الجملة . ويضعف بأن الأمر كذلك لا يقتضي كون الرد من ضد الجهة مأذوناً فيه ، والأصح عدم الاستحقاق .

قوله : (ولو لم يجده في المعين فاشكال) .

ينشأ : من انتفاء المجمعول عليه ، ومن الأمر بالرد في الجملة فيستحق أجره المثل ، وهو ضعيف ، والأصح أنه لا شيء له .

والقول قول المالك مع اليمين في شرط أصل الجعل - وشرطه في عبد معين وسعى العامل في الرد - بأن قال المالك : حصل العبد في يدك قبل الجعل تمسكاً بالأصل .

قوله : (والقول قول المالك في شرط أصل الجعل) .

أي : القول قول المالك لو اختلفا في شرط أصل الجعل ، بأن طالب العامل المالك بالجعل فأنكر اشتراطه ؛ لأن الاصل العدم .

قوله : (وشرطه في عبد معين) .

أي : القول قول المالك لو اختلفا في اشتراط الجعل في العبد الفلاني ، فأنكره المالك بعد اتفاقهما على صدور الجعل ؛ للأصل أيضاً .

قوله : (وسعى العامل في الرد بأن قال المالك : حصل العبد في يدك قبل الجعل) .

ومثله قوله : حصل في يدك قبل علمك به ، ومثله قوله : حصل في يدك من غير سعي وإن كان بعد صدور الجعل ؛ لانتفاء حصول العمل حينئذ . وعلى ظاهر قوله : (وسعى العامل) لا حاجة الى قوله : (قبل الجعل) لأنه إن كان له سعي فالمانع التبرع لا عدم السعي ، وإن لم يكن فلا فرق بين ما اذا كان قبل الجعل أو بعده .

وعلى ما اختاره في التذكرة من أنه اذا حصل في يده ، وكان لرده مؤنة ، وحصل الجعل فرده يستحق ، لا يكون الاختلاف هنا إلا في تقدم السعي على الجعل وتأخره^(١) ، وقد صنع في التذكرة كما صنع هنا ، فيكون كلامه معترضاً . وبقوله : (تمسكاً بالأصل) أشار الى علة تقديم قول المالك بيمينه في ذلك كله .

ولو اختلفا في قدر الجعل أو جنسه تحالفا وتبت أقل الأمرين من الأجرة والمدعى ، إلا أن يزيد ما ادعاه المالك على أجرة المثل فتثبت

قوله : (ولو اختلفا في قدر الجعل أو جنسه تحالفا) .

لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فلا ترجيح لأحدهما ، فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر .

قوله : (ويثبت أقل الأمرين من الأجرة والمدعى) .

أي : مدعى العامل دون المالك ؛ لأن الأجرة إن كانت أقل فظاهر ، لانتفاء ما يدعيه العامل بيمين المالك ، وإن كان ما يدعيه العامل أقل ، فلأنه بدعواه الأقل منكر لاستحقاق الزيادة ، ومعترف ببراءة ذمة المالك منها فيؤاخذ بأقراره .

قوله : (إلا أن يزيد ما ادعاه المالك على أجرة المثل فتثبت الزيادة) .

لاعترافه باستحقاق العامل إياها ، والعامل لا ينكر ذلك .

قيل : لا فائدة للتحالف ، بل يدفع الى العامل ما يدعيه المالك من أول الأمر في صورة ما اذا كانت أجرة المثل اقل مما ادعاه المالك .

قلنا : بل فائدته أنه قبل التحالف لو دفع اليه ذلك لم يكن على طريق المؤاخذة بظاهر الاقرار فقط ، فإن المالك يدعي أن هذا المقدار هو المستحق بالتسمية ، وبعد التحالف يتمحض الزائد لكونه مستحقاً بمجرد الاقرار والمؤاخذة به .

وينبغي أن يقال بالتحالف فيما عدا هذه الصورة ، وصورة استواء أجرة المثل وما يدعيه المالك ؛ لأن هذا القدر مستحق على كل تقدير ، سواء حلف العامل أم لا ، فيؤخذ فيه بأقرار المالك مع يمينه لنفي الزائد ، هذا اذا كان صورة الاختلاف بينهما : جعلت لي كذا ، فقال : بل كذا .

الزيادة . ويحتمل تقديم قول المالك كالأصل .

أما إذا كان صورة الاختلاف بينهما : استحق عليك كذا بسبب الفعل الفلاني ، فقال المالك : بل كذا فإنه يحلف لنفي الزائد ، ولا يمين من طرف العامل .

قوله : (ويحتمل تقديم قول المالك كالأصل) .

أي : كما تقدم قول المالك في شرط اصل الجمالة ، أي : فإنه كما يكون القول قول المالك في اني لم اجعل شيئاً اصلاً ؛ لأنه منكر ، كذلك القول قوله في انه لم يجعل الشيء الزائد . ويمكن الفرق بأنه اذا لم يحصل الاعتراف بجعل شيء فالأصل براءة ذمة المالك من عوض عمل العامل ، فالعامل مدع محضاً والمالك منكر محضاً .

أما مع الاعتراف بصدور جعل فإن عمل العامل ليس مجاناً ، والمالك يدعي أنه استحقه بتسمية القليل ، والعامل ينكر ذلك ويدعي أنه استحق عوضاً بتسمية الكثير فلا جرم وجب التحالف ، إذ لا يلزم من نفي استحقاق المسمى الذي ادعاه العامل بالتسمية استحقاق ما يدعيه المالك فقط بالتسمية ، وإنما يتجه ذلك اذا كان الاختلاف في استحقاق الزائد وعدمه ، من غير تعرض للتسمية كما قدمناه ، وهذا هو التحقيق .

فإن قيل : اذا حلف العامل بنفي ما يدعيه المالك فلا فائدة ليمين المالك ؛ لأن اللازم بعد اليمين أقل الأمرين من الأجرة وما ادعاه العامل ، فيدفع اليه من أول الأمر ، فلا يكون موقوفاً على يمين المالك .

قلنا : ليس كذلك ؛ لأن أقل الأمرين إنما يثبت بعد انتفاء دعوى العامل ، ولا ينتفي إلا بيمين المالك ، على أن المالك غير مقر باستحقاق أجرة المثل الزائدة على العشر ليؤاخذ باقراره ، مع أنه ربما أقر اذا عرض عليه اليمين ، أو ردها على العامل فحلف على ما يدعيه فلها فوائد ، بخلاف ما اذا كانت أجرة

ولو قال : جعلت الرد من بغداد ، فقال العامل : بل من البصرة قدّم قول المالك .

ولو قال : من رد عبدي فله دينار فرد أحدهما استحق نصف الجعل إن تساوى الفعلان .

المثل بقدر ما يدعيه العامل أو انقص .

قوله : (ولو قال : جعلت للرد من بغداد فقال العامل : بل من البصرة قدم قول المالك) .

لان الاصل عدم ما يدعيه العامل والاصل براءة الذمة من وجوب الجعل .
قوله : (ولو قال : من رد عبدي فله دينار ، فرد أحدهما استحق نصف الجعل إن تساوى الفعلان) .

وإلا بالنسبة؛ لأن أجزاء الجعل تقابل بها أجزاء العمل ، واعلم أن يد العامل على ما يحصل في يده الى أن يرده يد أمانة ، قال في التذكرة : لم افق على شيء ، لكن النظر يقتضي ذلك^(١) ، وفي الدروس قال : إن خسر السكوني^(٢) وخبر غياث^(٣) يدلان عليه^(٤)

فروع :

أ : إذا رد الأبق لم يكن له حبسه الى استحقاق الجعل ؛ لأن الاستحقاق بالتسليم ولا حبس قبل الاستحقاق .

ب : لو قال : إن علّمت ولدي القرآن ، أو علّمتي فلك كذا ، فعلمه

(١) التذكرة: ٢: ٢٨٩ .

(٢) الكافي: ٦: ٢٠١ حديث ٨، الفقيه ٣: ٨٧ حديث ٣٢٥ ، التهذيب: ٨: ٢٤٧ حديث ٨٩١ .

(٣) الكافي: ٦: ٢٠٠ حديث ٥، الفقيه ٣: ٨٨ حديث ٣٢٧ .

(٤) الدروس: ٣٠٦ .

ولو مات الجاعل بعد الرد أخذ الجعل من التركة ، ولو مات قبله فإن لم يكن العامل قد عمل بطلت ، وكذا إن كان قد عمل لكن يؤخذ من التركة بنسبة عمله .

البعض وامتنع من تعليم الباقي قال في التذكرة : فلا شيء له على اشكال .
قال : وكذا لو كان الصبي بليداً لا يتعلم على اشكال ، كما لو طلب العبد فلم يجده .

قال : أما لو مات الصبي في أثناء التعليم فإنه يستحق أجره ما علمه ؛ لوقوعه مسلماً بالتعلم ، بخلاف رد الأبق فإن تسليم العمل بتسليمه للأبق ، وهنا ليس عليه تسليم الصبي ، ولا هو في يده ، ولو منعه أبوه فللمعلم أجره المثل لما علمه .

قال : ولو قال : إن خَطَّتْ لي هذا القميص فلك درهم فخاط بعضه ، فإن تلف في يد الخياط لم يستحق شيئاً ، وإن تلف في يد رب الثوب بعدما سلّمه إليه استحق من الأجرة بنسبة ما عمل^(١) ، وفي الفرق بين هذه المسألة ومسألة التعليم نظر .

ج : مؤنة الدابة ، والعبد ، وما يلزم القماش ، ونحوه مما هو كالنفقة مثل الطعام التي إن لم يبذلها ذهب المال ، أو بعضه الذي هو أزيد من المطلوب على المالك ؛ لأنه ملكه ويد العامل كيد الوكيل .

* * *

كتاب الغضب وتوابعه

وفيه مقاصد :

الأول: في الغضب : وفيه مطلبان :

الأول: في الضمان : وأركانه ثلاثة :

الأول: الموجب : وهو ثلاثة :

الأول: التفويت بالمباشرة : وهي ايجاد علة التلف كالقتل ،
والأكل ، والإحراق .

الثاني: التسبب : وهو ايجاد ما يحصل التلف عنده ، لكن بعلة
أخرى اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر ، وفتح رأس
الظرف ، والمكره على الإتلاف .

قوله : (كتاب الغضب وتوابعه ، وفيه مقاصد .

الأول: الغضب وفيه مطلبان : الأول : في الضمان وأركانه ثلاثة :

الأول : الموجب وهو ثلاثة :

الأول : التفويت بالمباشرة : وهي ايجاد علة التلف كالقتل ،
والأكل ، والاحراق) .

المراد : الذي هو اعم من الغضب فيوجد بدونه ، فإن الاتلاف بالمباشرة
كالرمي بسهم موجب للضمان ولا يعد غضباً .

قوله : (الثاني : التسبب : وهو ايجاد ما يحصل التلف عنده ،
لكن بعلة أخرى اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر ،
وفتح رأس الظرف ، والمكره على الاتلاف) :

عرّف في الدروس السبب : بأنه فعل ملزوم العلة^(١) ، وقريب منه ما ذكره الشارح الفاضل^(٢) ، والمعنى قريب .

وقول المصنف : (اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة) غير محتاج اليه بل هو مضر ، إذ حفر البئر قد لا يقصد الحافر به توقع العلة الموجبة للتلّف ، ولا قصدها اكثرى مع الضمان به قطعاً للسببية ، وكأنه اراد الاحتراز عما اذا كان حدوث المقتضي للتلّف على تقدير ذلك الفعل نادراً ، فإنه لا يعد سبباً .

ولعله أراد : بقصده كونه شأنه ذلك فكان الأولى ان يقول : وهو ايجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلّة أخرى ، اذا كان السبب مما يتوقع معه علة التلّف ، بأن يكون وجودها معه كثير .

واعلم أن شيخنا الشهيد في شرح الارشاد فسّر السبب بتفسيرين :

الأول : ايجاد ملزوم العلة قاصداً لتوقع تلك العلة .

الثاني : انه فعل ما يحصل عنده التلّف لكن بعلّة غيره ، وهو أعم من الأول؛ لإمكان سبب آخر بدل منه .

هذا محصل ما ذكره ، وفي الأول نظر؛ لأنه إنما يصدق في الغاصب اذا قدّم طعام الغير الى أكل مبيحاً له ، لأنه قاصد حينئذ بالتقديم الأكل .

ولا ريب أن حفر البئر سبب ، وطرح ما يتعثر به سبب بغير خلاف ، والظاهر أن مراد الجماعة كون قصد توقع العلة باعتبار الشأن ، فيكون تقديره هكذا السبب : ايجاد ملزوم العلة الذي شأنه أن يقصد معه توقع تلك العلة .

(١) الدروس: ٣٠٧ .

(٢) ايضاح الفوائد ٢: ١٦٦ .

الثالث: اثبات اليد: اذا كان بغير حق فهو غضب، وهو الاستقلال
بأثبات اليد على مال الغير عدواناً .

ولا يكفي رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده، والمودع اذا
جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود أو العزم غاصب .

قوله: (الثالث: اثبات اليد: اذا كان بغير حق فهو غضب، وهو
الاستقلال بأثبات اليد على مال الغير عدواناً) .

في التحرير: الغضب: هو الاستيلاء على مال الغير بغير حق^(١)،
والاستيلاء احسن من الاستقلال؛ لأنه اشمل . وقال في التذكرة: إنه لا حاجة
الى التقييد بالعدوان، بل يثبت الغضب وحكمه من غير عدوان، كما لو اودع
ثوباً عند انسان ثم جاء وأخذ ثوباً للمستودع على ظن أنه ثوبه، أو لبسه
المستودع على ظن أنه ثوبه^(٢) .

فيظهر منه أن بين العدوان وما ليس بحق فرق، وليس بواضح؛ لأن كل
من لا حق له في اثبات اليد على الشيء عادٍ، سواء ظن خلاف ذلك أم لا،
وعلى كل حال فلا مشاحة في التسمية، فإن كان معنى العدوان فعل ما يعلم
كونه ظلماً فلا حاجة الى التقييد به، كما قال في التذكرة، فيكون تعريف
التحرير أولى .

قوله: (ولا يكفي رفع يد المالك ما لم يُثبت الغاصب يده) .

وما سيأتي من تضمين المانع للمالك عن حراسة ماشيته ليس للغضب،
بل للتسبب الى التلف .

قوله: (والمودع اذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود
أو العزم غاصب) .

(١) التحرير: ٢: ١٣٧ .

(٢) التذكرة: ٢: ٣٧٣ .

أما إذا جحد فواضح ، وأما إذا عزم على الجحود فيقال فيه : إنه قد سبق أن المستودع لا يضمن بمجرد قصد الخيانة ما لم يحسن ، بخلاف الملتقط . وهذا مخالف له . وقد اجاب عن ذلك شيخنا الشهيد في بعض حواشيه بعد تمهيد مقدمة هي : إنه إذا وجد للمجتهد حكمان مختلفان في مسألة فلتوجيه كلامه طريقتان :

أحدهما : تقرير النصين مهما أمكن .

والآخر : تحصيل القولين ، أي : اثبات خلاف له في المسألة ، والعدول الى الثانية مشروط بتعذر الأولى .

إذا تقرر هذا ، فتقرير النصين هنا : بأن يفرّق ما ذكر سابقاً وما هنا ، بأن المذكور سابقاً هو عدم كون المستودع خائناً وضامناً بمجرد قصد الخيانة ، والمذكور هنا هو كونه بمجرد قصد المنع للمالك يصير غاصباً وضامناً ، ولا بعد في ذلك ؛ لأنه بقصد الخيانة لم يخرج يده عن كونها يد نيابة للمالك في الحفظ ، إذ الفرض انه لم يقصد كون المال له ، فهو مع هذا القصد قائم بما استنابه المالك فيه مثبت يده بأذنه فلم يحصل تعدّد .

ومجرد النية لا يوجب حصول التعدي ، بخلاف ما إذا قصد منع المالك من العين ، فإن يده حينئذ لنفسه ، فلا يكون نائباً للمالك ، فلا يكون اثبات يده حينئذ هو المأذون فيه من المالك ، فيكون اثباتاً بغير حق ، فيصدق عليه تعريف الغاصب . وهذا فرق حسن جلي ، ولو أن هذا الفرق لم يتم لقلنا إن للمصنف في المسألة قولين ، فيكون هذا رجوعاً عما سبق .

ويطرد هذا في الأمانات ، حتى يقال : إن الثوب الذي اطارته الريح الى دار الغير مثل اللقطة في ضمانه بمجرد قصد الخيانة ، ومال الإجارة بمنزلة الوديعة لا يضمن بقصد الخيانة ويضمن بالجحود ، وقصد منع المالك ونحو ذلك من الامانات .

ويتحقق اثبات اليد في المنقول بالنقل ، إلا في الدابة فيكفي الركوب ، والفراش الجلوس عليه ، وفي العقار بالدخول وازعاج المالك ، فإن ازعج ولم يدخل ، أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن ، فإن قصد فهو غاصب للنصف .

قوله : (ويتحقق اثبات اليد في المنقول بالنقل ، إلا في الدابة فيكفي الركوب ، والفراش الجلوس عليه) .

فيه مناقشتان : احدهما : إن الاستثناء لا يستقيم إلا اذا كان المراد أن اثبات اليد في المنقول لا يثبت إلا باليد ، ولا دلالة للعبارة على ذلك إلا باعتبار عدم صحة الاستثناء .

الثانية : إنه قد وقع في قوله : (والفراش الجلوس عليه) العطف على معمولي عاملين بأداة واحدة ، وهو ضعيف عند أهل العربية .

واعلم أن اثبات اليد في المنقولات إنما يتحقق بالنقل ، إلا في الدابة فإن ركوبها اثبات اليد عليها ، والفراش فإن الجلوس عليه كاف في ذلك أيضاً .

قال في التذكرة : وهل يتحقق باثبات اليد من غير نقل؟ الأقرب عندي ذلك ، فلوركب دابة الغير وهي واقفة ولم تنتقل عن مكانها ، أو جلس على فراشه ولم ينقله فالوجه تحقق الغصب؛ لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء^(١) . وكلامه لا يقتضي الحصر في الدابة والفراش ، ولا يبعد الاستيلاء في كل شيء بحسبه عرفاً ، كالدخول الى خيمته ، أو خبائه ، ونحو ذلك .

قوله : (وفي العقار بالدخول وازعاج المالك ، فإن ازعج ولم يدخل ، أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن ، وإن قصد فهو غاصب للنصف) .

لا ريب في أن غصب العقار متصور في نظر الشرع؛ لأن إثبات اليد عليه ممكن، ثم انه لا يخلو: إما أن يكون مالك العقار فيه أو لا، فإن كان فيه ودخل آخر عليه بنية^(١) السكنى وازعجه فهو غاصب لا محالة؛ لوجود الاستيلاء حقيقة، ولا أثر لقصد السكنى حينئذ وعدمه.

ولو منع المالك من موضع بعينه فهو غاصب لذلك خاصة، فيعتبر لتحقق الغصب أمران: الدخول، وازعاج المالك، فلا يكفي أحدهما فقط، لكن قول المصنف: (لا بقصد الاستيلاء) لا يخلو من شيء؛ لأنه لا أثر لعدم قصد الاستيلاء مع حصول الاستيلاء حقيقة، كما نص عليه في التذكرة^(٢).

وينبغي أن يقال: إن المزاحم للمالك في العقار: إما أن يدخل عليه مستولياً، أو لا، وعلى كل من التقديرين: إما أن يزعجه، أو لا، وعلى كل تقدير: إما أن يكون الغير قوياً والمالك ضعيفاً، أو بالعكس، أو يكونان قوين، فهذه عدة صور: (٣).

أن يدخل على المالك مستولياً ويزعجه، أو لا يزعجه، ولكل منهما قوة فيضمن النصف؛ لأن الازعاج للمالك غير معتبر في الغصب للعقار، كما ذكره في التذكرة. ولا يعتبر قصد الاستيلاء إذا تحقق الاستيلاء، وإنما اعتبره هنا وفي التحرير^(٤) لحصول اليد والاستيلاء حقيقة، فهذه صورتان.

ولو دخل الضعيف على القوي بقصد الاستيلاء فليس بغاصب، إذ لا أثر

(١) في «م»: هيئة.

(٢) التذكرة ٢: ٣٧٧.

(٣) في «م»: أ: دخل وازعج وهو قوي. ب: لم يدخل بحاله. ج: وهما قويان. د: لم يدخل بحاله. هـ: بحاله وهو ضعيف خاصة. و: بحاله ولم يدخل. ز: ازعج ولم يدخل. قوله: أن يدخل على المالك...

(٤) التذكرة ٢: ٣٧٧.

(٥) تحرير الأحكام ٢: ١٣٧.

لقصد شيء لا يتمكن من تحقيقه، ولو دخل القوي على الضعيف مستولياً بحيث اضمحلت يده فالمتجه كونه غاصباً للجميع . ولا فرق في هذين الموضوعين بين الازعاج وعدمه ، فهذه أربع أخرى .

ولو ازعج القوي مثله ولم يدخل ، أو القوي للضعيف كذلك ففي تحقق الغصب اشكال ، ينشأ : من أن قبض العقار يكفي فيه التمكن من التصرف ، والتخليّة ، وتسليم المفتاح كما سبق في البيع ، وبذلك يدخل تحت يد المشتري وفي ضمانه ، فيجب أن يكون هذا القدر كافياً في صدق الغصب . ومن أن العرف قاض بأن الغصب إنما يتحقق بالدخول؛ لأن الاستيلاء به يحصل الازعاج ونحو ذلك .

قال في التذكرة - وهنا وفي التحرير جزم باشتراط الدخول^(١) - والمسألة موضع تردد^(٢) . ولا يتصور ازعاج الضعيف القوي . ولا أثر لانتفاء الدخول والازعاج إلا اذا كان المالك غائباً فأسكن غيره مع جهل الغير ، فإن في الدروس : إن الأمر غاصب؛ لأن يد المأمور كيده ، والساكن ليس بغاصب وإن ضمن المنفعة^(٣)

ويشكل بما لو انهدمت الدار وهو فيها مثلاً ، فإن عدم التضمن مع اثبات اليد بغير حق وإن كان مغروراً بعيد ، فإن قال بشوته ولم يسمه غاصباً فلا مشاحة في التسمية ، ولو دخل العقار لينظر هل يصلح له ، أو ليتخذ مثله لا على قصد الاستيلاء ، قال في التذكرة : لم يكن غاصباً^(٤) ، لكن لو انهدمت في تلك الحالة ففي الضمان اشكال ينشأ : من أنه قد حصل التلف في يده كما لو أخذ

(١) تحرير الأحكام ٢ : ١٣٧ .

(٢) التذكرة ٢ : ٣٧٧ .

(٣) الدروس : ٣٠٧ .

(٤) التذكرة ٢ : ٣٧٧ .

ولو دخل الضعيف على القوي في داره وقصد الاستيلاء لم يضمن ،
ويضمن لو كان القوي نائباً والحوالة على المباشر لو جامع السبب ، إلا مع
ضعفه بالتغريير كمن قدّم طعام غيره الى اكل جاهل فالضمان يستقر على
الأمّ .

ولو دفع غيره في بئر حفرها ثالث فالضمان على الدافع .

ولو فتح رأس زق فقلبته الريح الحادثة وسقط ، أو ذاب بالشمس
ففي الضمان اشكال ينشأ : من ضعف المباشر ، ومن أنه لا يقصد بفتح
الزق تحصيل الهبوب .

منقولاً من بين يدي مالكة لينظر فيه هل يصلح له فتلف فإنه يضمنه ، ومن الفرق
بينهما بأن اليد على العقار حكمية لا حقيقية كاليد على المنقول ، فلا بد في
ثبوت اليد على العقار من أمر آخر وهو قصد الاستيلاء .

قوله : (ويضمن لو كان القوي نائباً) .

لحصول الاستيلاء حقيقة .

قوله : (إلا مع ضعفه بالتغريير) .

لا وجه لهذا القيد ؛ لأن اسباب الضعف لا تنحصر في التغريير ، فإن عدم
صلاحية المباشر لنسبة الفعل اليه موجب لضعفه ، كما في الريح والشمس
والنار .

قوله : (ولو دفع غيره في بئر حفرها ثالث فالضمان على الدافع) .

لأنه المباشر ، لأن ذلك الفعل يتولد عنه التلف .

قوله : (ولو فتح رأس زق فقلبته الريح الحادثة وسقط ، أو ذاب
بالشمس ففي الضمان اشكال ينشأ : من ضعف المباشر ، ومن أنه لا
يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب) .

ولو فك قيد الدابة فشردت ، أو عن المجنون فأبق ، أو فتح قفصاً عن طائر فطار في الحال أو بعد مكث ، أو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه ولا يحبسه إلا الوكاء ، أو فتح رأسه فتقاطرت قطرات وابتل أسفله وسقط ، أو قبض بالبيع الفاسد أو السوم على اشكال ، أو استوفى منفعة الإجارة الفاسدة ، أو ألقى صبيلاً في مسبعة أو حيواناً يضعف عن الفرار فقتله السبع ضمن .

أي : أو ذاب بالشمس فسقط ، ولا يخفى أن ضعف المباشر ثابت ، فإن الريح والشمس لا يحال على ما يترتب عليهما من التلف ، فيجب الرجوع على السبب فهو هنا بمنزلة المباشر .

ووجه الثاني : إن فتح الزق لا يعد سبباً فإنه لا يقصد به توقع الهبوب ، فلا يترتب على فاعله ضمان .

ومثله إذابة الشمس ، ولا يخفى ضعف ذلك ؛ لأنه إذا فتح رأس الزق كان وجود المسقط له كثير الحصول ، من ربح فإن وجودها كثير ، وحيوان لا يعقل ، ووجود الشمس على الدوام موجب لتوقع الإذابة . ومعلوم أنه في هذين الموضوعين لا يعد غاصباً لما في الظرف ؛ لعدم الاستيلاء والنقل له .

واعلم ان عبارة المصنف لا تخلو من شيء ، فإنه لا يقصد بالسبب إلا حصول العلة له أصلاً ، فكيف يستقيم قوله : (ومن أنه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب) فلو قال بدله : ومن أنه لا يقصد بفتح الزق توقع الهبوب لكان أولى .

قوله : (ولو فك قيد الدابة فشردت ، أو عن المجنون فأبق ، أو فتح قفصاً عن طائر فطار في الحال أو بعد مكث ، أو أزال وكاء الظرف فسال ما فيه ولا يحبسه إلا الوكاء ، أو فتح رأسه فتقاطرت وابتل أسفله وسقط ، أو قبض بالبيع الفاسد أو السوم على اشكال ، أو استوفى منفعة الإجارة الفاسدة ، أو ألقى صبيلاً في مسبعة أو حيواناً يضعف عن الفرار فقتله السبع

.....

(ضمن) .

هذه الصور كلها من قبيل ما يتعلق الضمان فيها بالسبب لضعف (المباشر) ، فإذا فك قيد الدابة فشرودها متوقع والمباشر ضعيف . وكذا لو فك القيد عن العبد المجنون ، ومثله من لا يميز ولو كان عاقلاً فلا ضمان ، إذ لا يتوقع منه الفرار حينئذ إلا إذا كان آبقاً ففي الضمان اشكال : من حيث أن فعله يسند إليه ؛ لأنه عاقل فالحوالة عليه ، لأنه المباشر بخلاف المجنون ، ومن حيث أنه بهذه العادة قد أشبهه الدابة ونحوها مما يوقع نفسه في التلف ، ولأن المالك قد اعتمد ضبطه بذلك فاطلاقه اتلافه^(١) ، وهو محل تأمل وإن كان الوجه الأول لا يخلو من وجهة .

ولو فتح القفص عن الطائر فطار ضمن سواء هاجه أم لا ، ولا فرق بين طيرانه في الحال أو بعد مكث ؛ لاستناد الفعل الى السبب إذ طيران الطائر بعد فتح القفص مما يتوقع .

وكذا سقوط الظرف بابتلال اسفله المسبب عند تقاطر قطرات منه ؛ لأن ذلك كله مستند إليه ، إذ توقعه مقصود بفعل السبب وهو إزالة الكواء ، وهذا اذا كان مائعاً أو كان ذوبانه متوقعاً ، بخلاف الجامد في زمان الشتاء الشديد فإنه محل تأمل .

والمقبوض بالبيع الفاسد مضمون وإن لم يكن مغصوباً ، وكذا المقبوض بالسوم على اشكال ينشأ : من أنه بإذن المالك والأصل البراءة ، ومن أن الاذن لا يقتضي الأمانة مع عموم قوله عليه السلام : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »^(٢) وقد قبضه لمصلحة نفسه ، والمنفعة المستوفاة بالإجارة الفاسدة مضمونة بأجرة المثل .

(١) في «م» : اتلاف .

(٢) مستدرک الوسائل ٣ : ١٤٥ ، سنن البيهقي ٦ : ٩٥ ، مستند الحاكم ٢ : ٤٧ .

ولو فتح باباً على مال فسرق ، أو دلّ سارقاً أو أزال قيداً عن عبد عاقل فأبق لم يضمن .

وهل العين مضمونة بالاستيفاء؟ يلوح من كلامهم العدم ، والذي ينساق اليه النظر كونها مضمونة؛ لأن التصرف في العين غير جائز فهو بغير حق ، فيكون في حال التصرف استيلاءه عليها بغير حق وذلك معنى الغصب ، إلا أن كون الاجارة الفاسدة لا تضمن بها كما لا تضمن بالصحيحة مناف لذلك .

فيقال : انه دخل معه على عدم الضمان بهذا الاستيلاء وإن لم يكن مستحقاً ، والأصل براءة الذمة من الضمان ، فلا تكون العين بذلك مضمونة إنما يضمن المنفعة خاصة ولولا ذلك لكان المرتهن ضامناً مع فساد الرهن ؛ لأن استيلاءه بغير حق ، وهو باطل .

وكذا يضمن لو ألقى صبياً في مسبعة ، أو حيواناً يضعف عن الفرار كشاة ونحوها فقتله السبع ؛ لأن تعريف السبب صادق عليه ، إذ قد أوجد ملزوم علة التلف الذي شأنه أن يقصد معه توقع تلك العلة ؛ لأن وجودها معه كثير .

قوله : (ولو فتح باباً على مال فسرق ، أو دل سارقاً ، أو أزال قيداً عن عبد عاقل لم يضمن) .

قد وقع للمصنف في الارشاد أن حكم بالضمان بدلالة السراق ، وهذا لا ينطبق على أصول مذهبنا من أن المباشر مقدّم على السبب في الضمان حيث لا يكون ضعيفاً ، وربما حمل على كون الدال مستأمناً على ذلك المال فإنه يضمن بذلك .

لكن قال شيخنا في شرح الارشاد ونعم ما قال : إن هذا الحمل تعسف ؛ لأنه قد ذكر في التحرير اشكالاً في المسألة^(١) ، وعلى هذا الحمل فلا وجه

ولو حفر بئراً في غير ملكه ، أو طرح المعائر في المسالك ، أو أتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة وإن لم يكن هناك غصب ضمن .

للاشكال المذكور ، والأصح خلاف ذلك ، وعلى ما يظهر من شرح الارشاد فالمصنف خالف بذلك جميع الأصحاب .

وأما ازالة القيد عن العدد العاقل فقد عرفت التردد في الآبق ، فيستثنى من هذا الاطلاق .

قوله : (ولو حفر بئراً في غير ملكه ، أو طرح المعائر في المسالك ، أو أتلف منفعة كسكنى الدار ، وركوب الدابة وإن لم يكن هناك غصب ضمن) .

لا ريب أنه بحفر البئر في غير ملكه ، بل في ملك الغير ، أو في نحو الطريق يضمن ما يتلف فيها . وكذا لو طرح المعائر ، وهي بفتح الميم والثاء المثلية : جمع معثرة كمكاسن ومعالق كذا قررناه .

ولو أتلف منفعة كسكنى الدار ، وركوب الدابة ضمن ما أتلفه قطعاً ، لكن قوله : (وإن لم يكن هناك غصب) يستقيم اذا لم يستول على الدار والدابة ، أو لم يكونا لمالك المنفعة .

فأما الأول فيتصور اذا دخل الضعيف على القوي في داره ، فإن الغصب غير متحقق؛ لانتهاء الاستيلاء مع كونه صاحب يد فيضمن المنفعة قطعاً ، ويمكن ضمان العين أيضاً؛ لليد . وكذا لو ركب الضعيف مع القوي دابته .

والذي يظهر من عباراتهم أن ضمان العين تابع لتحقيق الغصب ، ويتصور ضمان المنفعة بغصب المالك داره أو دابته من مستأجرها مع انتهاء مسمى الغصب^(١) .

(١) «ق» : مع انتهاء الغاصب .

ولو أرسل ماءً في ملكه فأغرق مال غيره ، أو أجاج ناراً فأحرق لم يضمن ، ما لم يتجاوز قدر الحاجة اختياراً مع علمه أو غلبة ظنه بالتعدي الى الإضرار فيضمن .

ولو غضب شاةً فمات ولدها جوعاً ، أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها ، أو غضب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر .

قوله : (ولو أرسل ماءً في ملكه فأغرق مال غيره ، أو أجاج ناراً فأحرق لم يضمن ، ما لم يتجاوز قدر الحاجة اختياراً مع علمه ، أو غلبة ظنه بالتعدي الى الاضرار فيضمن) .

لما كان الناس مسلطين على أموالهم كان للمالك الانتفاع بملكه كيف شاء ، فإن دعت الحاجة الى ارسال ماء ، أو اضرار نار في ملكه جاز فعله وإن غلب على الظن التعدي الى الاضرار بالغير .

نعم مع غلبة الظن بالتعدي إن تجاوز قدر الحاجة ضمن ؛ لأنه سبب في التلف لصدق تعريفه عليه إذ المباشر ضعيف ، فحينئذ إنما يتحقق الضمان بالشرطين لا بأحدهما .

قوله : (ولو غضب شاةً فمات ولدها جوعاً ، أو حبس المالك عن حراسة ماشيته فاتفق تلفها ، أو غضب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر) .

ينشأ : من عدم اثبات اليد على شيء من ذلك وانتفاء مباشرة الاتلاف ، ومن أنه سبب . والأولى أن يقال : منشأ النظر الشك في كونه سبباً في التلف وعدمه ، لانتفاء المباشرة للاتلاف والغصب .

والتحقيق أن يقال : إن قصد توقع العلة في التلف بغضب الشاة ، والدابة ، وحبس المالك عن حراسة الماشية بحيث يكون التلف متوقفاً بالضمان ثابت ، ومعه فالضمان لازم لضعف المباشرة .

ولو منع غيره من امساك دابته المرسلة فتلقت ، أو من القعود على بساطه ، أو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية أو تلقت عينه لم يضمن .

ومثله ما لو منع المالك من امساك دابته المرسلة حيث يتوقع تلفها مع بقائها مرسلة ، ويختلف الأمر في ذلك باختلاف الأحوال ، فربما كان بقاء الدابة مرسلة اياما واشهرا معتاداً ، لا يتوقع معه التلف فلا ضمان لو حبس المالك فاتفق على سبيل الندرة التلف .

وقد توقف المصنف في التذكرة في التضمنين بهذا^(١) ، وفي التحرير افتى بالعدم^(٢) ، وزبما أمكن أن يستفاد هذا الشرط الذي ذكرناه من الوصف بكونها مرسلة؛ لأنه لو لم يكن له دخل في توقع التلف الحبس لم يكن لذكره فائدة اصلاً بل كان لغواً .

ومثله ما لو منع المالك من القعود على بساطه ، وكان تلفه حينئذ بسبب آخر متوقفاً فيكون مختاره في الكتاب غير مرضي . أما لو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية ، مع بقاء العين وصفاتها لم يضمن قطعاً؛ لأن الفاتئ ليس مالاً بل الفاتئ اكتساب مال .

ولو منع من بيعه فاتفق تلفه فلا ضمان؛ لعدم تحقق معنى السببية في التلف بالمنع من البيع ، إذ ليس مما يقصد بمنع البيع توقع حدوث علة التلف . ولو كان الحيوان مشرفاً على الموت فمنعه من بيعه ليذكيه المشتري ، أو منعه من تذكيته فهنا يحتمل الضمان احتمالاً لا يخلو من وجه؛ لوجود معنى السببية ، ولم أجد بذلك تصريحاً والى هذه المسائل اشار بقوله : (ولو منع غيره من امساك دابته . . .) .

(١) التذكرة ٢ : ٣٧٦ .

(٢) تحرير الأحكام ٢ : ١٣٧ .

ولو مدّ بمقود دابة فقادها ضمن ، إلا أن يكون المالك راكباً قادراً .
ويضمن حمل الغصب لا حمل المبيع بالفساد والسوم ، والحر لا
يضمن بالغصب وإن كان صغيراً .

قوله : (ولو مدّ بمقود دابة فقادها ضمن ، إلا أن يكون المالك راكباً
قادراً) .

أي : قادراً على دفعه؛ لانتهاء الاستيلاء الذي هو مسمى الغصب ، ولو
اتفق تلفها بذلك ضمنها كما نص عليه في التحرير^(١)؛ لأنه جان عليها . ولو لم
تتلف فهل يضمن منفعها اذا مدّ بمقودها والمالك القادر على دفعه راكب؟
يحتمل ذلك؛ لأن منافع غير الحر تضمن بالفوات وقد باشر فواتها .

فرع : لو ساق الدابة قدامه بحيث صار مستولياً عليها لكونها تحت يده
ولاجماع لها فهو غاصب؛ لتحقق معنى الغصب ، ولو كان لها جراح فتردت
بسوقه في بئر ضمن بالسببية .

لو جلس على خشبة الغير ، أو حجر له من غير أن يتلفه فهل هو كركوب
الدابة ، والجلوس على فراشه من غير أن ينقل واحد منهما؟ فيه نظر ، أما
السري فإلحاقه بالفراش قوي .

قوله : (ويضمن حمل الغصب لا حمل المبيع بالفساد) .

أما حمل الغصب فإنه مغضوب كالأصل ، وأما حمل المبيع فإنه ليس
مبيعاً ، إذ لا يندرج الحمل في بيع الأم ، فيكون أمانة في يد المشتري لأصالة
عدم الضمان ، ولأن تسلمه باذن المالك الذي هو البائع .

قوله : (والحر لا يضمن بالغصب) .

لانه ليس مالاً ، فلا يدخل تحت اليد .

ولو تلف الصغير في يد الغاصب بسبب كلدغ الحية ، ووقوع الحائط ضمن على رأي .

ولو استخدم الحر فعليه الأجرة ، ولو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الأجرة نظر .

قوله : (ولو تلف الصغير في يد الغاصب بسبب كلدغ الحية ، ووقوع الحائط ضمن على رأي) .

الرأي للشيخ^(١) ، وله قول آخر بعدم الضمان^(٢) ، والتفات القولين الى انتفاء اليد ، والتلف ناشىء عن غيره فلا مقتضى للضمان والأصل البراءة ، والى أنه سبب الاتلاف ؛ لأنه لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه وعروضها اكثرى .

وقد يقصد توقع التلف بغصبه وقطعه عن يعتني بأمره ، ولأن المناسب بعدوانه في الاستيلاء عليه ظلماً الضمان وإن لم يُسم غاصباً ، ولأنه أحوط ، وبه افتى جمع من الاصحاب^(٣) ، وفي الدروس ساوى بينه وبين المجنون^(٤) ، وهو الأصح .

والظاهر أن المراد بالصغير : الذي لم يميز ، مع احتمال الضمان في المميز الضعيف عن الفرار من المهلكات ، ولو كان بالشخص خبل أو بلغ بالكبر مرتبة الصغير فهل يلحق به؟ احتمال .

قوله : (ولو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الأجره نظر) .

أي : لو استأجر (الحر)^(٥) لعمل معين فحبسه مدة يمكن استيفاء ذلك

(١) الخلاف: ٢: ١٠٥ مسألة ٤٠ كتاب الغصب .

(٢) المبسوط: ٣: ١٠٥ .

(٣) في «م»: جميع الاصحاب .

(٤) الدروس: ٣٠٧ .

(٥) لم ترد في «وق» .

ولو حبس صانعاً ولم ينتفع به لم يضمن أجرته .
 ولو استأجر دابة أو عبداً فحبسه بقدر الإنتفاع ضمن ، ولو غصب
 خمرأ من مسلم أو متظاهر لم يضمن وإن كان كافراً ،

العمل في مثلها ففي استقرار الأجرة عليه نظر ينشأ : من أن الأجرة وجبت
 بالعقد ، وقد انقضى زمان يمكن فيه العمل مع بذل المؤجر ومنع المستأجر
 فيستقر ، كما لو استأجره زماناً وحبسه حتى انقضى ذلك الزمان . ومن أن منافع
 الحر لا تدخل تحت اليد تبعاً له ولم يحصل التفويت ، ولأصالة البراءة من
 الاستقرار .

وربما بني الوجهان على أن اجارة الحر نفسه هل هي تملك للمنافع
 بعوض أو التزام العمل في ذمته؟ يحتمل الأول؛ لأن للمستأجر أن يتصرف فيها
 بالاجارة وغيرها . فلماذا لو استعمله آخر ضمن أجره المثل . ويحتمل الثاني؛
 لأن المنافع معدومة وليست تابعة لعين مملوكة فكيف تملك ، فعلى الأول يستقر
 وعلى الثاني لا . وفي هذا البناء نظر ، إذ لا يلزم من ملك المنافع استقرار
 الأجرة بالحبس المدة المذكورة؛ لأن العقد المملك إذا لم يوجب الاستقرار فلا
 دليل على ثبوته بمضي المدة المذكورة .

ووجه شيخنا الشهيد الاستقرار في بعض حواشيه : بأن المنافع ملكها
 المستأجر ، وتلفها مستند الى فعله ، ويؤيده الحكم باستقرار الأجرة على قلع
 الضرس مع البرء وسبق التمكين من قلعه ، وقال بالعمل ليخرج الاستئجار مدة
 معينة ، إذ لا نزاع في استقرار الأجرة بمضيها متمكناً ، وسيأتي إن شاء الله
 تعالى في الاجارة تحقيق ذلك ، والأصح في مسألة الكتاب عدم الاستقرار .

قوله : (ولو غصب خمرأ من مسلم ، أو متظاهر لم يضمن وإن كان
 كافراً) .

أي : وإن كان الغاصب كافراً؛ لعدم كون الخمر مما يتمول في ملة

ويضمن من الكافر المستتر وإن كان مسلماً بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل وإن أتلف الكافر على اشكال .

الاسلام ، فلا يضمن للمسلم وإن اتخذها للتخليل ، نعم يأثم الغاصب هنا ويعزر ، وأما الكافر المتظاهر فإن الخمر عنده كالخمر في يد المسلم .

قوله : (ويضمن من الكافر المستتر وإن كان مسلماً) .

أي : وإن كان الغاصب مسلماً؛ لأنها مال بالاضافة اليه وقد أقر على ذلك ، ولم تجز مزاحمته فيه .

قوله : (بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل وإن أتلف الكافر على اشكال) .

إذا كان متلف خمر الكافر المستتر مسلماً فلا بحث في وجوب القيمة عليه؛ لاستحالة ثبوت الخمر في ذمة المسلم ، وأما إذا كان المتلف كافراً ففي وجوب المثل أو القيمة اشكال ينشأ : من أنه مال مملوك لهم وهو مثلي فيضمن بالمثل ، وهو أحد قولي ابن البراج^(١) . ومن أنه يمتنع في شرع الاسلام الحكم باستحقاق الخمر ، وإن كنا لا نعترضهم إذا لم يتظاهروا بها ، فامتنع الحكم بالمثل لعارض فيجب الانتقال الى القيمة ، كما إذا تعذر المثل في المثلي ، وهو القول الآخر لابن البراج^(٢) .

والأصح وجوب القيمة إذا تحاكموا إلينا ، والحكم بالمثل بعيد جداً ، فإنهم متى اظهروا الخمر زال احترامها^(٣) .

فإن قيل : لا يلزم من الحكم باستحقاقها اظهارها .

قلنا : الحكم باستحقاقها ينجر الى الاظهار اذا امتنع من الأداء فإنه يحبس

(١) نقل قوله العلامة في المختلف : ٤٥٩ .

(٢) المهذب ١ : ٤٥٠ .

(٣) في ٤٥٥ : امتناعها .

ولو نقل صبيّاً حراً الى مضيعة فافتترسه سبع ففي الضمان اشكال .
ولو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب فالضمان على الثاني .

والأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان ،

حتى يؤدي ، وذلك مناف للاستتار ، والأصح وجوب القيمة .

قوله : (ولو نقل صبيّاً حراً الى مضيعة فافتترسه سبع ففي الضمان اشكال) .

ينشأ : من أن الحر لا يدخل تحت اليد فلا يضمن ، ومن أنه التسبب الى هلاكه ، وليس هذا الاشكال بشيء بعد ما سبق في كلامه : من أن الصبي اذا ألقاه في مسبعة فافتترسه سبع ضمنه ، وكذا ضمانه لو تلف بسبب لدغ الحية ، ووقوع الحائط على الرائي ، فإن إلقاءه في مضيعة أقرب الى توقع علة الهلاك من هذه الأخيرة ، والأصح الضمان فيه وفي المجنون كما سبق .

قوله : (ولو فتح الزق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب فالضمان على الثاني) .

لأنه وإن كان سبيّاً إلا أنه أقرب من الأول .

قوله : (والأيدي المترتبة على ايد الغاصب ايدي ضمان) .

لعموم : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »^(١) ولصدق الاستيلاء بغير حق ، وعلى ما ذكره في الدروس : من أن الجاهل بغصب البيت اذا سكن فيه بأمر الغاصب يضمن المنفعة خاصة^(٢) ، على ما يلوح من عبارته - : يجب استثناء هذا ، وفيه توقف .

(١) مستدرك الوسائل ٣ : ١٤٥ ، سنن البيهقي ٦ : ٩٥ ، مستدرك الحاكم ٢ : ٤٧ .

(٢) الدروس : ٣٠٧ .

فيتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف ومن ترتب يده على يده ، سواء علم الغصب أو لا ، وسواء كانت أيديهم يد غضب للغاصب أو لا ، وسواء استعادته الغاصب غضباً أو لا .

وللمالك الرجوع على الجميع ببدل واحد ، لكن الثاني إن علم بالغصب طوبى بكل ما يطالب به الغاصب ، ويستقر الضمان عليه إذا تلف عنده ، فلا يرجع على الأول لو رجع عليه ، ويرجع الأول عليه لو رجع على الأول .

قوله : (فيتخير المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف ومن ترتب يده على يده ، سواء علم بالغصب أو لا ، وسواء كانت أيديهم يد عصب للغاصب أم لا ، وسواء استعادته الغاصب أم لا) .

لعموم قوله عليه السلام : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »^(١) والجهالة لا تقدر في الضمان وإن انتفى معها الاثم؛ لامتناع خطاب التكليف في حق الجاهل ، بخلاف خطاب الوضع . والظاهر أن للمالك مطالبة من ترتب يده على يد الغاصب مع عدم التلف بتسليم العين أو البديل للحيلولة .

قوله : (وللمالك الرجوع على الجميع ببدل واحد)

لأن المستحق له شيء واحد فلا يكون له بدل متعدد ، وهو مخير إن شاء أخذ البديل من الجميع ، وإن شاء أخذ البديل بعينه باختياره .

قوله : (لكن الثاني إن علم بالغصب طوبى لكل ما يطالب به الغاصب) .

لأنه غاصب ، فجميع ما يترتب على الغاصب من التغليب كأعلى القيم على القول به يترتب عليه .

قوله : (ويستقر الضمان عليه إذا تلف عنده ، فلا يرجع على الأول

(١) عوالي اللآلي ١ : ٢٢٤ حديث ١٠٦ ، مستدرک الوسائل ٣ : ١٤٥ سنن البيهقي ٦ : ٩٥ ، مستند الحاكم ٢ : ٤٧ .

هذا اذا تساوت القيمة ، أو كانت في يد الثاني أكثر .

ولو زادت في يد الأول طولب بالزيادة دون الثاني .

ولو جهل الثاني الغصب : فإن كان وضع يده يد ضمان كالعارية المضمونة والمقبوض بالسوم والبيع الفاسد فقرار الضمان على الثاني ، وإلا فعلى الأول

لورجع عليه ، ويرجع الأول عليه لورجع على الأول) .

لاستوائهما في كون كل منهما غاصباً ، وانفرد الثاني بزيادة وهي كون التلف في يده فيختص بعهدته ، فلورجع على الأول استحق الرجوع عليه دون العكس .

قوله : (هذا اذا تساوت القيمة ، أو كانت في يد الثاني اكثر ، ولو زادت في يد الأول طولب بالزيادة السوقية) .

بناء هذا الحكم على أن الغاصب يضمن اعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف ، فقوله : (هذا) اشارة الى ما ذكره من استقرار الضمان كله على الثاني ، فإن ذلك لا يستقيم إلا اذا لم يختص الأول بشيء لم يشاركه الثاني فيه ، وهو كون القيمة السوقية في يده اكثر ، فإن تلك الزيادة مستحقة للمالك وعهدتها على من حصلت في يده ، فإنه حينئذ يطالب بالزيادة وحده .

وأما الثاني فيطالب بأعلى القيم في يده ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أن المختار وجوب القيمة حين التلف خاصة فلا يتم ما ذكره . وعلى القول بأن الواجب قيمته يوم القبض ، فلو كانت اعلى اغرم الثاني ما عدا الزيادة واغرم الأول الزيادة .

قوله : (فلو جهل الثاني الغصب ، فإن كان وضع يده وضع يد ضمان كالعارية المضمونة ، والمقبوض بالسوم ، والبيع الفاسد فقرار الضمان على الثاني ، وإلا فعلى الأول) .

هذا قسيم قوله: (لكن الثاني إن علم بالغصب) .

وحقه أن يكون بالواو (ولو جهل) أي : إذا كان الثاني جاهلاً بالغصب فلا يخلو :

إما أن يكون اثبات يده على العين المغصوبة على وجه كونه مضموناً كالعارية المضمونة ، أي : كأن يستعير من الغاصب باعتقاد أنه المالك عارية مضمونة لكونها ذهباً أو فضة ، أو مشروطاً ضمانها ، وكما لو قبضه منه كذلك بالسوم بناء على أنه مضمون .

وقد سبق من المصنف فيه اشكال ، واخترنا كونه مضموناً ، وكما لو قبضه بالبيع الفاسد الذي احتل فيه أحد الأمور المعتبرة في البيع سوى كون العين مضمونة ، أو على وجه كونه غير مضمون فإن كان الأول فقرار الضمان على الثاني ؛ وذلك لأن دخوله على أن العين مضمونة عليه إما بالتزامه أو بمقتضى الحكم الشرعي ، فلا أثر لغروره بكون العين ملكاً للغاصب وإنما يؤثر الغرور أن لو كان بريئاً من الضمان على تقدير كون العين ملكاً للغاصب فيكون الضمان إذا ظهر كونها ملكاً لآخر وانه غضبها منه بتغيره .

وتوضيح ذلك أن العين المغصوبة إذا اثبت الثاني الجاهل بالغصب يده عليها لا يداع الغاصب إياه مثلاً ، فتلقت بغير تفريط ، ثم ظهر كونها مغصوبة فاغرم المالك الثاني ، فإنه يرجع على الغاصب لأنه غره بكون العين ملكاً له ، وانه سلمه إياها امانة وقد ظهر كونها مضمونة ، والمغرور يرجع على من غره .

بخلاف ما لو سلمه إياها عارية مضمونة ، فإنها لو كانت ملكاً للدافع وتلفت في يد المستعير يلزمه الضمان ، فلم يلزمه بتغيره إياه بكونها ملكاً له ضمان لم يكن لازماً له على تقدير الملك .

وكذا لو قبضها بالبيع الفاسد ، سواء علما فساد البيع أو لا ؛ لأن المقبوض

كالوديعة والرهن والوكالة .

البيع الفاسد مضمون على القابض بالمثل أو القيمة كائناً ما كان وإن استحق الرجوع بالثمن ، سواء زادت القيمة على الثمن أم لا؛ لوجوب التراد ، ومع التفاوت ينتقل الى البدل كما حققناه في البيع .

فإن قلت : فكيف يرجع المشتري الجاهل على الغاصب لو اغرمه المالك القيمة بجمعها وإن زادت على الثمن مع أن البيع فاسد لكون العين مضمونة مع أن استقرار التلف في يده ، وهو مناف لهذا .

قلنا : لا منافاة؛ لأن المراد بفساد البيع فساده بما عدا كون العين مضمونة^(١) حتى لا يكون للغرور مدخل ، فإنه على ذلك التقدير يضمن العين وإن كانت ملكاً للغاصب .

أما إذا كان البيع صحيحاً لولا الغصب فإن التفرير قائم ، فإنه دخل على أن البيع صحيح لكون العين ملكاً للبائع وأن ما زاد على الثمن له ومنافعها مجاناً ، فإذا ظهر كونها ملكاً للآخر وأن البائع غاصب فقد فات ذلك وثبت تفريره إياه ، فيرجع عليه بكل ما لولا الغصب لكان له بغير عوض سوى الثمن .

والحاصل ان الضابط : أن كل شيء لكون فرض الغاصب فيه مالكاً لا يلزم الثاني فيه غرم له الرجوع فيه ، وما يلزمه فيه الغرم على تقدير كونه مالكاً لا تفرير فيه ولا رجوع به .

قوله : (كالوديعة والرهن والوكالة) .

مثله الاجارة والجعل والمزارعة والمساقاة والمرجع الى الضابط الذي ذكرناه .

(١) في «م»: مضمونة .

ومهما أتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه ، إلا مع الغرور كما لو أضافه به .

ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار ، وكذا لو أودعه المالك أو أجره إياه .

قوله : (ومهما اتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه إلا مع الغرور كما لو أضافه به) .

لأن الضيف مغرور باعتقاده أن يد المضيف يد ملك وانه قد أباحه الطعام مجاناً فظهر خلافه .

قوله : (ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار) .

لأن المباشر ضعيف بالغرور فيرجع على السبب .

فإن قلت : قد سلط الغاصب المالك على ماله فصار بيده فبريء الغاصب ، فإذا اتلفه لم يكن له على الغاصب رجوع .

قلنا : ليس هذا هو التسليم الواجب ، فإن تسليطه إياه على اتلافه بالضيافة ونحوها لا يتضمن التسليم التام ، فإن التسليم التام هو تسليمه إياه على أنه ملكه يتصرف به كتصرف المالك ، ومع اعتقاده أن الطعام للغاصب وأنه قد أباحه اتلافه بالضيافة ، فالتسليم المذكور منتف فيضمنه الغاصب للمالك .

قوله : (وكذا لو أودعه المالك أو أجره إياه) .

أي : يرجع عليه بعوض العين ، وكذا (يضمن)^(١) بالمنافع وعوض الاجارة للتغريب ، فإن التسليم المذكور ليس تاماً ، إذ هو على طريق النيابة عن الغاصب في الحفظ أو استيفاء المنفعة المستحقة بالعوض .

ولو وهبه الغاصب من آخر ، فرجع المالك عليه احتمال رجوعه على الغاصب لغروره ، وعدمه لأن الهبة لا تستعقب الضمان .
ولو زوّج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء وبريء الغاصب ،

قوله : (ولو وهبه الغاصب من آخر فرجع المالك عليه احتمال رجوعه على الغاصب لغروره ، وعدمه ؛ لأن الهبة لا تستعقب الضمان) .
أي : لو وهب المصوب الغاصب من شخص آخر فتلف في يده بدليل قوله : (لغروره) ولأنه مع بقاء العين وأخذ المالك إياها لا يعقل رجوع المتهب على الغاصب ، فإن غاية ما هناك كون الهبة فاسدة لكون العين مغبوبة ، وهو لا يقتضي تضمينه .

فإن المالك اذا رجع على المتهب ، الذي تلف المصوب في يده يحتمل رجوعه على الغاصب ؛ لأنه غره بكون ذلك ملكه ، وأنه قد وهبه إياه . ومقتضى الهبة انه اذا تلف في يده لا يلزمه عوضه ، فتبين خلاف ذلك بظهور كونه مغبوباً والمغرور يرجع على من غره .

ويحتمل عدم الرجوع ؛ لأن الهبة لا تقتضي ضمان الواهب العين للمتهب ، لأنه أخذها على أنها اذا تلفت يكون تلفها منه ، وليس هذا الأخير بشيء ؛ لأنها وإن لم تقتض الضمان إلا أنها لا تنفي الغرور فيجب مقتضاه وهو الأصح ، وهذا اذا لم تكن الهبة معوضة ، فإن كانت معوضة فليس بعيداً كونها كالبيع الذي يستجمع شرائط الصحة لولا الغصب .

قوله : (ولو زوّج الجارية من المالك فاستولدها مع الجهل نفذ الاستيلاء وبريء الغاصب) .

لا ريب في نفوذ الاستيلاء لتحقق المعنى المقتضى ، وهو اتيانها بولد من المالك ، وليس هذا كصيغة العتق التي إنما تصح مع القصد ، فإن من أولد

وفي الأرش اشكال ، وكذا لو وهب منه .

مملوكة الغير ثم تبين الحال كان الاستيلاء نافذا ، ومع تحقق ذلك حجر على المالك في اخراجها عنه ، وانقطعت سلطنة الغاصب عنها بحسب الظاهر ، فيبرأ الغاصب بحصول التسليم التام ، والى هذا اشار بقوله : (وبرىء الغاصب) .

ولقائل أن يقول : إن اطلاق براءة الغاصب لا يستقيم ، بل ينبغي تقييدها بما اذا علم الحال ، فلو تلفت قبل ظهور الحال وهي بيد المالك على أنها زوجته وهي مملوكة للغاصب فأين البراءة مع كون التسليم غير تام ، وكان عليه أن يستشكل البراءة في هذا القسم ، كما استشكل في قوله ، إلا في الأخير فإن الحكم فيهما متقارب بل البراءة هناك أولى .

قوله : (وفي الأرش اشكال) .

ينشأ : من أن ذلك بفعل المالك ، وأنه لم يأذن فيه الغاصب صريحاً ، وإنما توهم المالك جوازه باعتقاد صحة النكاح فيكون كمناء البيع وما جرى مجراه . ومن أنه غره حيث سلطه عليه بالنكاح على أنها مملوكة الغاصب ، فجرى مجرى ما لو ضيفه بطعامه ، وهو الأصح . وكذا نظائره في البيع وغيره .

إذا تقرر ذلك فالأرش عن تفاوت ما بين قيمتها طلقاً يتصرف بها أي تصرف أراد متى أراد ، وبين قيمتها ممنوعاً من اخراجها عن الملك مع تجويز عروض زواله قريباً وبعيداً ، وتجويز عدمه ؛ لأنه لا يعلم هل يموت ولدها أم يبقى ، بل يجوز بقاؤه وموته بعد ساعة وبعد زمان طويل . وتفاوت ما بين القيمتين هو الأرش .

وإنما حققنا الأرش بما ذكرناه ؛ ليعلم أنه إذا مات الولد ورجعت طلقاً لا يستعاد من المالك ، لأن العيب الذي ثبت لم يزل وإنما انقطع بعد مدة ، والمأخوذ أرشاً إنما أخذ على تقدير رجاء انقطاعه وعروض زواله ، فما توهمه

ولو قال : هو عبدي فاعتقه فاعتقه فالأقوى النفوذ ،

بعضهم من احتمال استرداده بموت الولد ليس بشيء .

قوله : (ولو قال : هو عبدي فاعتقه ، فاعتقه فالأقرب النفوذ) .

أي : لو قال الغاصب للمالك : هو - أي العبد المغصوب - عبدي فاعتقه عنك ، بدليل ما سيأتي من قوله : (ولو قال : اعتقه عني) ولأن النفوذ لولا ذلك ضعيف ، فاعتقه المالك عن نفسه بقول الغاصب على أنه ملك للغاصب فالأقوى نفوذ العتق ؛ لأنه عتق صدر من اهله في محله فيكون نافذاً .

ويحتمل العدم ؛ لأنه لم يقصد اعتاق عبده بل قصد اعتاق عبد الغاصب ، والايقاعات والعقود تابعة للمقصود . وربما رجح الأول بكون العتق مبنياً على التغليب ، وبأن الملك الحقيقي المعتبر في العتق أقوى من الضمني .

والذي يقتضيه التحقيق أن العتق المقصود - وهو عتق عبد الغاصب عن المعتق الذي هو المالك في نفس الأمر ، والذي يحاول وقوعه - هو عتق عبد المالك ، واحدهما غير الآخر .

فإن كان القصد معتبراً فالمقصود غير واقع فيكون منتفياً ، والآخر غير مقصود فلا يكون صحيحاً . وكون العتق مبنياً على التغليب لا يدفع ذلك ؛ لأن هذا البناء فرع وقوعه صحيحاً ، والمالك وحده غير كاف في وقوع العتق من دون صيغة صحيحة ، وادعاء كون هذا عتقا صدر من اهله في محله في موضع المنع .

وإن كان القصد غير معتبر فيجب الحكم بوقوعه على كل حال ، سواء أوقعه عن نفسه أو عن الغاصب ، لأنه يملك فكه من الرق وقد حصلت الصيغة ، والقصد غير معتبر بل يلزم أنه متى قصد اعتاق عبد الغير ظاهراً وتحريره بوكالة ، ثم ظهر كونه مملوكاً له في وقت الاعتاق بإرث أو شراء من وكيل ونحوه يجب الحكم بصحته ونفوذه ، وهو من أبعد الأشياء .

وفي الغرم اشكال ينشأ : من الغرور ، ومن زوال الملك بإزالته والصرف الى مصلحته .

هذا مع أن في اعتاق عبده الذي لو اعلمه لم يرض بعته ، وقطع سلطته عنه ضررا عظيما منفيًا بقوله عليه السلام: « لا ضرر ولا ضرار »^(١) وربما قصد الغير الاضرار بالمالك ، فدلس عليه عبده ثم سلطه على اعتاقه عن نفسه على أنه ملك الغير ، فيكون في الحكم بنفوذ العتق بلوغ المراد من الاضرار به ، مع أنه ربما لم تثبت يده عليه فلا يستحق عليه شيئا قطعاً ، وهذا من ابعد ما يستبعد ، وفي حواشي شيخنا الشهيد أنه لا ينفذ ، وهو الذي يقوى في النفس ، واختاره في التحرير^(٢) .

واعلم ان الغاصب لو لم يقل : هو عبدي ، بل اثبت يده عليه على وجه يقتضي الملك ظاهراً ، ثم قال له : اعتقه عنك ، فإن الأحكام تجري فيه كما تجري أحكام البيع وغيرها وإن لم يقل للمشتري : هو عبدي ، بل اعتمد على يده الدالة على كونه ملكا له .

قوله : (وفي الغرم اشكال ينشأ : من الغرور ، ومن زوال الملك بازالته والصرف الى مصلحته) .

أي : بناء على نفوذ العتق في غرم الغاصب للمالك قيمة العبد الذي اعتقه عن نفسه اشكال ينشأ : من أنه اتلف عبد نفسه بتغيير الغاصب ، حيث قال انه عبده ، فكان كما لو ضيف المالك بطعامه .

ومن أن المباشر لإزالة الملك إنما هو المالك وقد صرفه الى مصلحته ، حيث اعتقه عن نفسه فاستحق الولاء إن كان تبرعاً والثواب .

(١) الكافي ٥ : ٢٨٠ حديث ٤ ، ٢٩٢ ، ٢٩٤ حديث ٢ ، ٨ ، الفقيه ٣ : ١٤٧ حديث ٦٤٨ ، التهذيب ٧ : ١٤٦ ، ١٦٤ حديث ٦٥١ ، ٧٢٧ .

(٢) تحرير الأحكام ٢ : ١٣٩ .

ولو قال : اعتقه عني ففعل ففي وقوعه عن الغاصب اشكال .

ولو أمر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلاً بها ضمن الغاصب ، ولو أمره بالأكل فباع ، أو بالعكس ، أو عمم الانتفاع فالأقرب زوال الضمان

ولا ريب في ضعف الثاني ؛ لأن صرفه الى مصلحته بفعله اذا كان مغروراً ولم يحصل التسليم التام لا ينافي استحقاق الرجوع عليه للغرور ، ولا ريب أن استحقاق الرجوع بالغرم لو قلنا بنفوذ العتق أقوى .

قوله : (ولو قال : اعتقه عني ففعل ففي وقوعه عن الغاصب اشكال) .

أي : لو قال الغاصب للعبد الذي هو المالك له ظاهراً للمالك الجاهل بالحال : اعتقه عني ففي وقوعه عن الغاصب اشكال ينشأ : من أنه عتق صدر من اهله في محله ، حيث أنه وقع بفعل المالك ، والعبد صالح لتعلق العتق به ، والغاصب قابل لوقوع العتق عنه .

ومن أنه إنما اعتقه نيابة عن الغاصب على أنه وكيله ، لكون العبد مملوكاً (له) (١) ظاهراً فلا يقع . والأصح عدم وقوع العتق (٢) ، وقد بينا وجهه سابقاً .

فروع : لو فتح باباً على عبد محبوس فهرب ضمنه عند الشيخ (٣) ، سواء كان كبيراً أو صغيراً (٤) ، عاقلاً أو مجنوناً ، آبقاً أو لا .

قوله : (ولو أمر المالك بذبح الشاة فذبحها جاهلاً بها ضمن) .

لكونه مغروراً ، ولا أثر لكون ذلك بفعله ، كما نهينا عليه غير مرة .

قوله : (ولو أمره بالأكل فباع ، أو بالعكس ، أو عمم الانتفاع

(١) لم ترد في (ق) .

(٢) في (م) : عدم الوقوع .

(٣) المبسوط ٣ : ٨٩ .

(٤) في (ق) : صغيراً أم كبيراً .

إلا في الأخير على اشكال .

فالأقرب زوال الضمان إلا في الأخير على اشكال) .

أي : لو أمر الغاصب المالك بأكل العين فخالف ، أو بالعكس ، وبالجمله اذا أذن له في نوع من التصرف فأتى بنوع آخر غير مأذون فيه ، أو عمم له الانتفاع ، أي : اذن له في جميع الانتفاعات فانتفع فأتلف العين أو بعضها ، أو تلفت في يده بعد التعميم المذكور فالأقرب عند المصنف زوال الضمان فيما عدا صورة الأخير ، يعني ما اذا عمم له الانتفاع .

ووجه القرب : أنه قد تصرف باختياره لا بقول الغاصب فصادف التصرف ملك نفسه ، ولأن العين لو كانت مملوكة للغاصب لكان على المتصرف بمخالفة الأمر الضمان ، وكل ما يقتضي الضمان على تقدير الملك لا يتصور فيه الغرور ، إذ تغيره إنما هو بكونه ملكاً له ، وعلى تقدير الملك فالضمان ثابت ، وقد بينا ذلك .

ويحتمل ضعيفاً العدم ؛ لأنه تصرف عن أمر الغاصب ولم يتحقق وصول ملكه اليه على الوجه المعتبر بالتسليم التام فرجع^(١) عليه . وليس بشيء ، لأنه لم يتصرف عن أمر الغاصب ، (إذ الفرض)^(٢) أنه خالفه وفعل ما يوجب الضمان ، والأصح زوال الضمان هنا .

أما اذا عمم له الانتفاع ، وهو الصورة الأخيرة ففي زوال الضمان وعدمه اشكال : من أنه مغرور بكون الملك للغاصب ، وأن انواع التصرفات مجوزة له من قبله فيكون كما لو قدّم طعام الغير اليه فأكله جاهلاً . ومن أنه قد سلم اليه ماله تسليمًا تاماً وبريء منه ، فاتلافه إياه وتلفه بعد ذلك لا يكون مضموناً على الغاصب ، إذ الواجب عليه منحصر في تسليم المالك ماله وتمكينه وقد فعل

(١) في (م) : فيرجع .

(٢) في (ق) : والفرض .

فوجب الحكم ببراءته ، وإلا لم يكن الواجب منحصراً فيما ذكر ، هذا خلف .
ومثله ما اذا وهب المالك (ماله)^(١) هبة غير لازمة .

والذي يكشف عن وجه المسألة أن الواجب على الغاصب تسليم العين الى المالك تسليماً تنقطع به سلطنة الغاصب عن العين بالكلية ، بحيث يصير المالك في سعة من التصرف وعدمه ، وتكون يده يدا مالك وتصرفه تصرف مالك .

فمتى كان تسليم العين اليه على وجه يعتقد أن يده يد متفرعة على يد غيره ، وأن الغير بصدد أن يرجع الى العين فيأخذها ، وأنه يجب عليه بالطلب تسليمها اليه ، وأن تصرفه فيها مقصور على الاذن بسبب عنه بمجرد الاباحة فالذي يقتضيه النظر أنه لا يكون تسليماً تاماً ولا تتحقق البراءة به ، فحينئذ تكون العهدة على الغاصب الى أن يحصل التسليم الواجب المبريء للذمة ، فإن تلفت العين أو اتلفها المالك بإذن من الغاصب فالتغريم قائم فيتجه الرجوع على الغاصب .

ومثله الهبة التي يجوز الرجوع فيها؛ لانتفاء التسليم التام بالمعنى الذي ذكرناه عنها . ويشكل على هذا ما سبق من أن الدين اذا أذاه المديون لا يشترط للبراءة أن يعلم به المالك ، بل يجوز أن يكون في صورة الهدية ، ولا يكاد يتحقق الفرق بين المديون والغاصب في ذلك .

ولو باع الغاصب المالك فليس ببعيد أن يقال : إن ما ساوى الثمن من القيمة لا يرجع به ؛ لأنه مضمون ، وما زاد محل التردد - كما هنا - نظراً الى التردد في صدق التسليم التام وعدمه . أما لو أقرضه المالك فليس ببعيد زوال الضمان ؛ لصدق التسليم التام حينئذ .

(١) لم ترد في «م» .

الركن الثاني: : المحل : المغصوب : إما عين أو منفعة ، والأعيان : إما حيوان أو غيره ، فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجناية ، وباليد العادية بأقصى القيمة .

قوله : (المغصوب : إما عين أو منفعة ، والأعيان إما حيوان أو غيره . فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجناية وباليد العادية بأقصى القيمة) .

المغصوب أربعة أقسام لأنه : إما عين ، أو منفعة . والعين : إما حيوان ، أو غيره . فالحيوان : إما آدمي ، أو غيره . فالآدمي : هو الرقيق ، وهو العبد أو الأمة . والنظر في ضمانهما .

أما بالنسبة الى النفس ، أو الى الطرف باعتبار جناية الغاصب أو اجنبي أو التلف بأفة . اذا تقرر هذا فالحيوان يضمن نفسه وطرفه ، حتى العبد فإنه وإن كان آدمياً إلا أن جانب المالية غلب عليه فيضمن (نفسه)^(١) بالجناية ، وباليد العادية بأقصى القيمة .

والظاهر أن مراده : أقصى قيمته من يوم الغضب الى يوم الجناية أو التلف ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أن الواجب قيمته وقت التلف هذا حال نفسه ، وأما طرفه فلا يخلو : إما أن لا يكون لمثله من الحر مقدّر شرعاً ، أو يكون .

فإذا كان الأول فإنه يجب فيه الأرش ، وهو ما ينقص من القيمة ، سواء حصل تلف ذلك الطرف بالجناية ، أو تحت اليد العادية ، أو من قبله تعالى ، فالضمير في قوله : (حصل) يعود الى (ما) في قوله : (ما ينقص من قيمته) على أن الجملة الفعلية حال .

وكذا ما عطف عليها ، فإن قوله : (أو تحت اليد العادية) معطوف على

(١) في «م» : نفس العبد .

وما لا تقدير فيه من الحر يجب من الرقيق ما ينقص من قيمته ،
 حصل بالجنائية أو تحت اليد العادية ، من أجنبي أو من قبله تعالى ،
 والمقدّر الأقرب الأكثر من المقدّر والأرث .

قوله : (بالجنائية) . وقوله : (من اجنبي) يتعلق^(١) بمحذوف هو حال أو صفة
 للجنائية . وكان حقه أن يقول : حصل بالجنائية منه ، أو من اجنبي ، أو من قبله
 تعالى .

ويمكن أن يكون المراد بـ(الجنائية) : جنائته على أن اللام عوض من
 المضاف إليه ، فيكون قوله : (أو تحت اليد) المراد به : كون الجنائية تحت
 يده من اجنبي أو منه تعالى ، فيكون متعلق من محذوف وموصوفه .

وفي بعض النسخ : ما حصل بالجنائية أو تحت اليد . . . بزيادة ما ، ولا
 شك في أنه غير حسن . وإنما استوت الحالات الثلاث في الحكم ؛ لأن يد
 الغاصب يد ضمان ، فلا فرق بين أن يتلف هو أو يتلف تحت يده .
 قوله : (والمقدّر الأقرب الأكثر من المقدّر والأرث) .

هذا هو القسم الثاني ، وهو ما نقص من اطراف الرقيق بجنائية ، أو من
 قبله تعالى تحت يد الغاصب وكان لمثله من الحر مقدّر كقطع اليد ، فإن الأقرب
 وجوب أكثر الأمرين من المقدّر في الحر بالنسبة الى قيمة الرقيق وما نقص من
 قيمته بالغاً ما بلغ وإن زاد عن دية مثل ذلك في الحر .

ووجه القرب : أنه إن كان المقدّر^(٢) أكثر فلا بحث ؛ لأن الحر أصل
 للعبد في ذلك ، فإذا كانت قيمة العبد مائة وبقطع يده صار يساوي ستين فإن
 الواجب نصف قيمته وهو خمسون ، كما كان الواجب في الحر نصف ديته .

وأما إذا كان الأرث أكثر ، كما إذا صار بعد القطع يساوي أربعين ، فلا أن

(١) في «م» : متعلق .

(٢) في «م» : القدر .

ولو تجاوزت قيمته دية الحر فالأقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني .

الزائد على الخمسين نقص مالي حصل^(١) في يد الغاصب بنقص شيء من العين فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال لعموم : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(٢) .

ولأن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال ، ولأن إلحاقه بالجاني مع اختصاصه بالنص قياس مع الفارق ، فإن الجاني لم تثبت يده على الرقيق فيتعلق به ضمان المالية بخلاف الغاصب ، وهو قول الأكثر . ويحتمل ضمان المقدّر^(٣) خاصة فيجب في المثال الخمسين فقط ، لعموم التقدير فيعم الغاصب .

ويضعّف بأن الغاصب من حيث أنه جان يضمن المقدّر ، ومن حيث أنه غاصب أثبت يده على مال الغير يضمن نقص المالية ، فلا يلزم من ضمانه شيئاً بالجهة الأولى أن لا يضمن بغيرها شيئاً آخر ، والأصح ضمانه^(٤) الأكثر .

قوله : (ولو تجاوزت قيمته دية الحر فالأقوى تضمين الغاصب الزائد دون الجاني)

كان حقه تصدير الجملة بالفاء ليفيد التفريع على ما قبله ؛ لأن هذا مبني على ضمان الغاصب أكثر الأمرين ، أي : لو تجاوزت قيمة العبد دية الحر كان زادت على عشرة آلاف درهم ، فجنى على نفسه فالأقوى تضمين الغاصب ما زاد بناءً على ما سبق ، دون الجاني لاختصاصه بالنص على أن الجناية على العبد لا تزيد (على الجناية)^(٥) على الحر فتقريبه مستفاد مما سبق .

(١) في «م» : يحصل .

(٢) مستدرک الوسائل ٣ : ١٤٥ ، عوالي اللآلي ١ : ٢٢٤ حديث ١٠٦ ، سنن البيهقي ٦ : ٩٥ ، مستند الحاكم ٢ : ٤٧ .

(٣) في «م» : القدر .

(٤) في «م» : ضمان .

(٥) لم ترد في «م» .

ولو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة ، سواء
باشراً الغاصب أو الأجنبي ،

قوله : (فلو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع
القيمة) .

هذا ايضاً مما يتفرع على ما سبق ، لكن حقه أن يكون بالواو؛ لأنه تفرع
ثان فهو معطوف على ما قبله ، أي : لو جنى على الرقيق المغصوب بما فيه
القيمة كمالاً ، كقطع الذكر مثلاً فالأقوى وجوب دفعه الى المالك مع القيمة؛
لأن ضمان الغاصب من جهة المالية كما سبق ، وللعرض الفاتئ مقدر فيجب
دفع مقدره ، والأصل بقاء العبد على ملك مولاه . بخلاف الجاني ؛ لورود
النص على دفعه اليه^(١) ليأخذ مولاه القيمة ، فلا يلحق به الغاصب خصوصاً مع
الفارق وهو الأصح .

ويحتمل كون الغاصب كالجاني ؛ لأن المضمون مع تلف الكل هو جميع
القيمة فقط ، فلا يعقل وجوبها في البعض مع بقاء الجملة على ملكه ، وإلا
لاستوى الكل والبعض . بل يزيد حكم البعض على الجملة . وليس بشيء إذ
لا محذور في ذلك ، فإن اللازم غير معلوم البطلان ، ولولا النص^(٢) في الجاني
لم يحكم بأخذ ملك المالك على وجه القهر ودفعه اليه .

قوله : (سواء باشراً الغاصب أو الأجنبي) .

أي : لا فرق في الحكم المذكور بين أن يباشراً اتلاف الطرف الغاصب أو
الأجنبي ؛ لأنه إن باشراً الغاصب^(٣) فظاهر ، وإن باشراً الأجنبي فإن جنايته أيضاً
مضمونة على الغاصب لكونها وقعت في يده ، فله الرجوع على كل منهما على
ما سيأتي إن شاء الله تعالى .

(١) الكافي ٧ : ٣٠٧ حديث ٢١ ، التهذيب ١٠ : ٢٦١ حديث ١٠٣٢ .

(٢) الكافي ٧ : ٣٠٧ حديث ٢١ ، التهذيب ١٠ : ٢٦١ حديث ١٠٣٢ .

(٣) في «م» : باشراً باتلاف الغاصب .

بخلاف الجاني على غير المغصوب ، فإن رجوع على الأجنبي دفع اليه العبد ورجع بقيمته على الغاصب ، وإن رجع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجاني بالقيمة مجاناً .

قوله : (بخلاف الجاني على غير المغصوب) .

أي : الأقوى^(١) الاكثر من المقدر والأرش ، بخلاف الجاني على غير المغصوب وما بينهما معترض ، ومتعلق الجار محذوف على أنه حال من وجوب الأكثر ، ويمكن أن يكون المراد : فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة بخلاف الجاني على غير المغصوب ، بدليل قوله : (فإن رجع على الأجنبي . . .) فإنه من توابع ما اذا جنى عليه بما فيه القيمة فلا يزول اتصاله به بأجنبي .

قوله : (فإن رجع على الأجنبي دفع اليه العبد ويرجع بقيمته على الغاصب) .

أما دفع العبد اليه فلأن ذلك مقتضى النص ، وأما رجوعه على الغاصب بقيمته فلأن ذلك من مقتضيات الجنائية الواقعة في يده وهي مضمونة عليه ، فدفع العبد بسبب الجنائية تضييع لمال مضمون على الغاصب وجب دفعه بسبب جنائية مضمونة عليه ، ولا دليل على سقوط ضمانه عنه .

قوله : (وإن رجع على الغاصب بهما فالأقوى رجوع الغاصب على الجاني بالقيمة مجاناً) .

أي : إن رجع المالك على الغاصب بهما ، أي : بالقيمة عوض الجزء المقطوع ، وبالعبد المجنى عليه بذلك معاً فالأقوى رجوع الغاصب على الجاني بتمام القيمة عوض الجنائية مجاناً ، أي : من غير أن يضمن له قيمة العبد المجنى عليه بعد الجنائية .

وفي عين البقرة والفرس واطرافهما الأرش .

ووجه القوة : إن دفع المجنى عليه الى الجاني حيث يمكن ، وذلك حيث يكون تحت المستحق للقيمة ، فأما اذا تعذر رده فلا يعقل وجوب دفعه وإنما هو كالتالف ، والأصل براءة الذمة من وجوب غرم قيمته بعد الجناية على الغاصب للجاني ، ولا دليل يدل على ذلك .

ويحتمل الوجوب ؛ لأن وجوب القيمة على الجاني مشروط بدفع العين فاذا تعذر وجب المصير الى القيمة ، ولأن الجاني يطالب المالك بالعبد ليغرم له القيمة فمطالبته الغاصب بقيمته بطريق أولى . وفيه نظر ، فإن الأولوية ممنوعة ، والاشتراط المذكور إنما هو مع وجود العين ، فاذا تعذر كانت كالتالف ومع التلف لا ضمان قطعاً ، وفي مختار المصنف قوة .

ومهما زادت دية جناية الأجنبي فالواجب على الجاني الدية وعلى الغاصب ما زاد ، فلو قتله الأجنبي وجب عليه قيمته ، فإن زادت على دية^(١) الحر أخذت منه الدية ومن الغاصب الزائد .

قوله : (وفي عين البقرة والفرس واطرافهما الأرش) .

وكذا في كل دابة ، فلا معنى لتخصيصهما بالذكر . ووجهه أن الدابة مال محض ، وليست كالأدمي حيث يجعل مقدار الحر أصلاً له . وقال الشيخ : في عين الدابة نصف القيمة ، وفي العينين كمال القيمة ، وكذا كل ما في البدن منه اثنان ، واحتج بالرواية والاجماع^(٢) .

قال المصنف في المختلف : تحمل الرواية والاجماع الذي ادعاه الشيخ على غير الغاصب في إحدى العينين ، بشرط نقص المقدّر عن الأرش^(٣)

(١) في (م) : قيمة .

(٢) الخلاف : ٢ : ٩٨ مسألة ٤ كتاب الغصب ، واما الرواية فقد قال صاحب الجواهر ٣٧ : ١١٥ ، لم نجدها في المصادر كلها ، وكذا ابن ادريس في السرائر : ٢٨٠ .

(٣) المختلف : ٤٥٧ .

ولومات في يده ضمن القيمة وإن تجاوزت دية الحر لو كان عبداً ،
وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً ، وهو ما تتساوى قيمة
أجزائه ،

واعلم أن هذا من (١) القسم الثاني من اقسام المغصوب وهو الحيوان ،
والمختار أنه كسائر الأموال يجب في تلفه قيمته ، وفي ابعاضه الأرض بالغا ما
بلغ ، ولا نظر الى التقدير في شيء من اطرافه .

قوله : (ولومات في يده ضمن القيمة وإن تجاوزت دية الحر لو كان
عبداً) .

أي : لو مات الحيوان بيد (٢) الغاصب ضمن قيمته بالغة ما بلغت وإن
تجاوزت دية الحر لو كان الحيوان المغصوب عبداً ، كذا ينبغي أن تكون
العبارة ، إلا أن الحيوان لم يجز له في هذه العبارة ذكر ، إنما ذكر الفرس والبقرة
فصحت العبارة بسبب ذلك .

ثم إن ذكر حكم العبد ها هنا على خلاف ما ينبغي ، بل كان ينبغي ذكره
مع بقية احكامه ، على أن ما سبق من قوله : (أو من قبله تعالى) قد يغتنى به
فيتناوله . وقد يقال : إن حكم الانسان والحيوان قد سبقا ، ولم يذكر حكم
الموت فتداركه هنا .

قوله : (وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل إن كان مثلياً ، وهو ما
تتساوى قيمة اجزائه) .

كالحنطة ، والشعير ، وغيرهما من الحبوب ، والأدهان ، وما اشبه
ذلك . وغير المثلي ما لا تتساوى أجزاؤه كالحيوان ، والأراضي ، والاشجار ،
وغير ذلك . كذا قال الشيخ في تعريفه (٣) ، ونُقض بالشوب ونحوه فإن قيمة

(١) في (م) : هو .

(٢) في (م) : في يد .

(٣) الخلاف : ٢ : ١٠٣ مسألة ٢٩ كتاب الغصب ، المبسوط : ٣ : ٥٩ - ٦٠ .

اجزائه متساوية وليس بمثلي .

وربما ضبط بأن المثلي ما يكون اسم الكثير والقليل منه واحداً كالماء ،
والدبس ، (والدهن)^(١) ، ونُقِض بالأرض . وقال جماعة من الفقهاء : المثلي
ما تتمائل أجزاؤه وتتقارب صفاته كالحبوب ، وغيرها .

وقال الشافعي^(٢) ، وأبو حنيفة^(٣) ، واحمد^(٤) : المثلي : كل مقدّر بكيل
أو وزن . وزاد بعضهم اشتراط جواز السلم فيه^(٥) ؛ لأن السلم يثبت بالوصف
في الذمة . وزاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض ؛ لأنه يثبت في الذمة .
وزاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض ؛ لتشابه الأصلين في قضية
التمائل .

واعترض على العبارات الأخيرة الثلاث : بأن القماقم^(٦) والملاعق
والمغارف المتخذة من الصفر والنحاس موزونة يجوز السلم فيها ، وبيع بعضها
ببعض ، وليست مثلية ، والمصنف في التذكرة قال بعد كلام طويل : واعلم أن
الحق ما نقلناه عن الشيخ رحمه الله^(٧) .

وفي الدروس قال : إن المثلي هو المتساوي الأجزاء والمنفعة ،
المتقارب الصفات^(٨) ، وهذا لا يكاد يخرج الثوب .

(١) لم ترد في «و» .

(٢) الام : ٣ : ٢٥٤ ، حاشية اعانة الطالبين ٣ : ١٣٨ ، بداية المجتهد : ٣١٧ .

(٣) بداية المجتهد : ٣١٧ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) فتح العزيز المطبوع مع المجموع ١١ : ٢٦٦ .

جمع مفردة قمقمة ، وهو وعاء من صفر يستصحبه المسافر . انظر : الصحاح (قمم) ٥ : ٢٠١٥ ،

(٦) مجمع البحرين ٦ : ١٤١ .

(٧) التذكرة ٢ : ٣٨١ ، وقول الشيخ في الخلاف ٢ : ١٠٠ مسألة ٢٠ كتاب الغصب ، المبسوط ٣ : ٥٩ .

(٨) الدروس : ٣٠٩ .

فإن تعذر فالقيمة يوم الإقباض لا الأعواز وإن حكم الحاكم بها يوم الأعواز .

والظاهر أن المراد من هذا ضبط المثلي بحيث يتميز فصل تميز لا التعريف الحقيقي ، أو يكون قوله : كالحنطة ، والشعير ، وغيرهما من الحبوب ، والادهان داخلاً في التعريف ، فيكون انكشافه بهذه الامثلة ، وإنما وجب . ضمان المثلي بالمثل للاجماع ، ولظاهر قوله تعالى : ﴿بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(١) ، ولأن مثل الشيء أقرب اليه من غيره ، فإذا تعذرت العين وجب المصير الى الاقرب .

قوله : (فإن تعذر فالقيمة يوم الاقباض لا الاعواز) .

وذلك لأن الواجب في الذمة هو المثل ، فعند ارادة التسليم ينتقل الى القيمة لو تعذر المثل ، ولو وجبت القيمة وقت الاعواز لكان اذا تمكن من المثل بعد الاعواز ولم^(٢) يسلم العوض لا يجزىء تسليم المثل ؛ لاستقرار القيمة في الذمة ، والأصل بقاؤها ، والثاني باطل .

ولا يخفى أن في ذكر اليوم توسعاً ، فإنه لو اختلف الحال في يوم واحد اعتبر ما ذكر . واعلم أن المراد من تعذر المثل : أن لا يوجد في ذلك البلد وما حواليه ، كذا ذكر في التذكرة^(٣) ، ولم يحد ما حواليه والظاهر ان المرجع فيها الى العرف .

قوله : (وإن حكم الحاكم بها يوم الاعواز) .

لأن حكم الحاكم لا يغيّر الثابت في الذمة ، والثابت هو المثل (الى حين

(١) سورة البقرة : ١٩٤ .

(٢) في وقء : ولما .

(٣) التذكرة : ٢ : ٣٨٣ .

وغير المثلي يضمن بالقيمة يوم الغضب على رأي ، وأرفع القيم من حين الغضب الى حين التلف على رأي ، ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك .

التسليم ، وإلا لم يجب المثل (١) ولو وجد حينئذ ، وبهذا صرح الشيخ (٢) والجماعة (٣) ، وكأنه رد به على بعض العامة .

قوله : (وغير المثلي يضمن بالقيمة يوم الغضب على رأي) .

هو رأي الشيخ في المبسوط (٤) ، ووجهه أنه أول وقت دخول العين في ضمان الغاصب . ويضعف بأن ضمانها إنما يراد به كونها لو تلفت لوجب بدلها ، لا وجوب قيمتها حينئذ ، ولا ريب أن الواجب مع وجود العين هو ردها ، وإنما ينتقل الى القيمة عند التلف .

قوله : (وارفع القيم من حين الغضب الى حين التلف على رأي) .

هذا قول الشيخ في المبسوط ايضا (٥) ، وقوله في الخلاف (٦) ، واختاره ابن حمزة (٧) ، وابن ادريس (٨) ، ووجهه : أنه لو تلفت وقت الزيادة لكانت مضمونة فكذا اذا تلف بعدها ، والأصح أن الواجب قيمته حين التلف ، وهو مختار ابن البراج (٩) ، والمصنف في المختلف (١٠) ، وفي الدروس : انه قول

(١) لم ترد في «م» .

(٢) الخلاف : ٢ : ٩٧ مسألة ١ كتاب الغضب ، المبسوط : ٣ : ٦٠ .

(٣) انظر : حاشية اعانة الطالبين ٣ : ١٣٧ - ١٣٨ .

(٤) المبسوط : ٣ : ٦٠ .

(٥) المبسوط : ٣ : ٧٢ .

(٦) الخلاف : ٢ : ٩٨ مسألة ١٤ كتاب الغضب .

(٧) الوسيلة : ٣٢٢ .

(٨) السرائر : ٢٧٦ .

(٩) جواهر الفقه (الجوامع الفقهية) : ٤٣٣ .

(١٠) المختلف : ٤٥٨ .

وإذا كُسرت الملاهي فلا ضمان ، فإن أُحرقت ضمن قيمة الرضاض ، وكذا الصليب والصنم ، والمستولدة ، والمدبّر ، والمكاتب المشروط ، وغير المؤدي كالعبد في الضمان . والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد والتفويت .

الأكثر (١) .

وأن الانسب بعقوبة الغاصب وجوب أعلى القيم . وما صححناه أصح ؛ لأن العين ما دامت موجودة لا حق لمالكها في القيمة ، إنما ينتقل حقه الى القيمة عند تلفها وحينئذ يعتبر قدرها ؛ لأنه أول وقت وجوبها (٢) . وعقوبة الغاصب بغير وجه لا يجوز .

وهذا كله اذا كان اختلاف القيمة مستنداً الى السوق مع بقاء العين بحالها ، أما اذا استند نقص القيمة الى نقص في العين ثم تلفت فإن الأعلى مضمون قطعاً .

قوله : (واذا كُسرت الملاهي فلا ضمان) .

لا ريب في ذلك ؛ لأن تلك الهيئة محرّمة ، لكن في الحد الذي يجوز بلوغه بالكسر عبارات للعامّة ، وليس يبيد جواز كسر ما يخرج بكسره عن الاستعداد لعمل آلة اللهو منها ، لأنه ازجر لمن هي له .

قوله : (فإن احرقنا ضمن قيمة الرضاض) .

لأن الرضاض وهو ما يبقى منها بعد الكسر محترم .

قوله : (والمنافع المباحة مضمونة بالفوات تحت اليد والتفويت) .

احترز بالمباحة عن المحرّمة كالغناء ، واللعب بآلات اللهو . والمراد بـ (الفوات) : ذهابها بغير استيفاء ، وبـ (التفويت) : استيفاؤها ، ووجه ذلك

(١) الدرر : ٣١٠ .

(٢) في (م) : وجودها .

ولو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزم أجره أعلاها أجره ،
ولا تجب أجره الكل .

ومنفعة البضع لا تضمن بالفوات وتضمن بالتفويت ، فلو وطأ وجب
مهر المثل .

وتضمن منفعة كلب الصيد وما صاده به للغاصب ،

انها اموال تدخل تحت اليد ، لأن منافع المملوك مملوكة .

قوله : (ولو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزمه أجره
اعلاها أجره ، ولا تجب أجره الكل) .

لعدم امكان استيفاء الكل دفعة واحدة ، والمنفعة العليا من جملة ما فات
تحت اليد فتجب أجرتها ، المراد أجره المثل .

قوله : (فلو وطأ وجب مهر المثل) .

ولا يجب بدون الاستيفاء ؛ لأن منفعة البضع ليست كسائر المنافع فلا
يضمن بالفوات ، والظاهر أن المهر للسيد وإن كانت زوجة ؛ لأنها مملوك للسيد
دون الزوج ، وإنما يملك الانتفاع بحسب مراجعته .

وقيل بوجوب العشر ونصفه مع البكارة والثيبوية ؛ للرواية^(١) . ورده ابن
ادريس^(٢) ، لكون الرواية في وطء المشتري لا الغاصب فلا يلحق به .

قوله : (ويضمن منفعة كلب الصيد) .

وكذا منفعة باقي الكلاب التي يجوز اقتناؤها .

قوله : (وما صاده به للغاصب) .

أي : ما صاده الغاصب بالكلب المغصوب له ؛ لأن الكلب آلة والمكتسب

(١) التهذيب ٧ : ٦١ ، ٤٨١ حديث ٢٦٦ ، ١٩٣٥ .

(٢) السرائر : ٢٧٨ .

ولو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك ، وفي دخول الأجرة تحته نظر
أقربه العدم . ولو انتقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلاً بأفة سماوية ضمن
الأرش والأجرة لما قبل النقص سليماً ولما بعده معيباً ،

إنما هو المضطاد به .

قوله: (ولو اصطاد العبد المغصوب فهو للمالك) .

أي : لو بعث الغاصب العبد المغصوب على الاصطياد فاصطاد فان ما
اصطاده فللمالكه ؛ لأنه صالح للاكتساب ، بخلاف الكلب الذي هو محض آلة ،
ولما كانت يده يد مولاه كان ما يكتسبه للمولى .

قوله : (وفي دخول الأجرة تحته نظر ، اقربه العدم) .

أي : في دخول أجرة اصطياد العبد تحت ما حصل بصيده وقلنا انه
للمالك بمعنى احتسابه عن الأجرة ، فإن لم ترد لم يجب غيره ، وإن زادت
وجب الزائد فيه نظر ، ينشأ : من أن ذلك هو الحاصل بصيده ، فاذا استحقه
فقد ردت المنفعة اليه ، ولأن المالك اذا اصطاد لا يزيد على هذا .

ومن أن المنفعة ملك برأسه ، والحاصل بالاصطياد ملك حصل
بالاكتساب والحيازة للمباح ، وأحدهما غير الآخر ، وكون الاصطياد بسببه لا
يقضي كونه إياه ، والمنفعة تحت يد الغاصب مملوكة للمالك فائتة بغير رضاه .

والفرق بين هذه وبين ما اذا اصطاد بأمر المالك : ان المنفعة قد استوفاهما
المالك باذنه ، وهي هنا مضمونة على الغاصب ، وهذا هو وجه القرب ، ولا
ريب في ضعف الوجه الأول ، فالأصح عدم الدخول .

قوله : (ولو انتقصت قيمة العبد بسقوط عضو مثلاً بأفة سماوية
ضمن الأرش والأجرة لما قبل النقص سليماً ولما بعده معيباً) .

ووجهه : أن ما قبل النقص كانت منفعة تامة بسلامته ، بخلاف ما بعده

وإن كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالأقرب المساواة للأول
فتثبت الأجرة والأرض ويحتمل وجوب الأكثر من الأرض والأجرة .

فقد انتقصت بنقص العين وتعييها ، وقد وجب عوض الفاتت من حين فواته ،
وهو أرشه ، فلا يجب شيء آخر؛ لأن وجوب أجرة شيء معدوم بعد عدمه لا
يعقل ، لكن قوله : (بأفة سماوية) لا يخلو من مناقشة؛ لأن فواته بفعل
الغاصب أو اجنبي كذلك .

إلا أن يقال : إن (مثلاً) يراد لكل من سقوط عضو (آفة) سماوية وهو
خلاف الظاهر .

قوله : (وإن كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فالأقرب
المساواة للأول ، فتثبت الأجرة والأرض ، ويحتمل وجوب الاكثر من
الأرض والأجرة) .

أي : لو كان نقص القيمة باستعمال المغصوب المثلي له لو كان ثوباً ولم
يكن ذلك لسقوط عضو فالأقرب المساواة للأول ، أي : لما اذا انتقص بسقوط
عضو فتثبت الأجرة والأرض معاً ، ومتى ثبت الارش فالأجرة على حد ما سبق
من انه قبل النقص تجب أجرته سليماً ، وبعده تجب أجرته ناقصاً .

ووجه القرب تعدد السبب ، فإن الأجزاء الناقصة بدلها الأرض ،
والمنفعة - وهي اللبس - غيرها فيجب عوضها وهو أجرة المثل؛ لأن الأصل في
الاسباب اذا اجتمعت عدم التداخل ، ويحتمل اكثر الأمرين ، فإن نقص
الاجزاء ملحوظ في الأجرة لوجهين :

احدهما : أن المستأجر لا يضمن الأجزاء الناقصة قطعاً ، وفي المستعير
كلام سبق ، فلولا انها ملحوظة لوجب ضمانها . الثاني : أن ما ينقص
بالاستعمال تعتبر أجرته زائدة على ما لا ينقص به ، فلولا كونها ملحوظة لم
تتحقق الزيادة .

ولو غرم قيمة العبد الابق ضمن الأجرة للمدّة السابقة على الغرم ، وفي اللاحقة اشكال .

الركن الثالث: الواجب : وهو المثل في المثلي ، والقيمة العليا في غيره على رأي .

وكل منهما ضعيف؛ لأننا لا نسلم أن الأجزاء الناقصة ملحوظة ، ولم لا يكون سقوط بدلها للاذن في الاستعمال الشامل لاتلافها ، وقد بينا أن المستعير لا يضمنها مع عدم التضمنين ، وثبوت الزيادة المذكورة غير معلوم ، والأصح ثبوت الأمرين معاً . والفرق بين هذه وبين ما قبلها^(١) : ان نقص عضو (من العبد)^(٢) لا يتصور تبعيته للمنفعة بخلاف الثوب .

قوله : (ولو غرم قيمة العبد الأبق ضمن الأجرة للمدّة السابقة على الغرم وفي اللاحقة اشكال) .

وجه الأول ظاهر ، فإنه مملوك للمغصوب منه حيثنذ قطعاً ، ومنشأ الاشكال في الثاني : أن الواجب على الغاصب حيثنذ هو دفع القيمة ، فاذا دفعها برىء ، ولأن القيمة عوض المغصوب ، فاذا قبضها المالك لم يبق له على الغاصب من ذلك المال حق ، وإلا لم يكن عوضاً .

ومن أن معنى الغصب باق ، وملك المولى لم يزل ، وقبض القيمة لم يكن للمعاوضة إنما كان للحيلولة ، وهو لا يقتضي زوال سلطنة المالك ، والمسألة موضع توقف .

قوله : (وهو المثل في المثلي ، والقيمة العليا في غيره على رأي) قال الشارح : إن هذا ليس اشارة الى الخلاف في أن الواجب القيمة العليا أم غيرها؛ لأنه قد سبق ، بل في أن المثلي يضمن بالمثل مع وجوده لا

(١) في «م» : وما قبلها .

(٢) لم ترد في «ق» .

ولو تلف المثلي في يد الغاصب ، والمثل موجود فلم يغرمه حتى
فقد ففي القيمة المعتمدة احتمالات :

غير ، وذكر أن المخالف ابن الجنيدي فإنه قال : يتخير المغصوب منه في القيمة
والمثل ، لأن الضمان إنما هو باعتبار المالية ، ويحصل استدراكها بالقيمة من
غير حيف .

ثم قال : فالخلاف هنا في التفصيل ، وهو اختصاص المثلي بالمثل مع
وجوده ، وغيره بالقيمة^(١) .

قلت : لا ريب أن هذا خلاف المتبادر من العبارة ، وهذا الخلاف يكاد
يكون مضمحلاً لا يلتفت إليه .

ثم إن ذكر العليا قد يشعر بخلاف ما ادعاه ؛ لأن الخلاف على ما ذكر في
المثل والقيمة لا في القيمة العليا ، فحيث ذكر التقييد بالعليا اقتضى ذلك أن
المقابل لهذا الرأي ما ليس كذلك ، وهو القول بأن القيمة ليست هي العليا ،
والذي فهمه الشارح الآخر خلاف ما فهمه ولد المصنف فإنه قال في شرحها :
هذه تقدمت .

قوله : (ولو تلف المثلي في يد الغاصب والمثل موجود فلم يغرمه
حتى فقد ففي القيمة المعتمدة احتمالات) .

لو لم يكن المثل موجوداً وقت التلف فالظاهر أن الواجب قيمة التالف ،
أما مع وجوده وعدم التفرغ إلا بعد فقدته فإنه قد استقر في الذمة فيرجع إلى
القيمة ، وفي تعيينها للشافعية عشرة أوجه ذكرها المصنف في التذكرة^(٢) ، وذكر
ها هنا خمسة .

(١) إيضاح الفوائد ٢ : ١٧٥ .

(٢) التذكرة ٢ : ٣٨٣ .

أ : اقصى قيمته من يوم الغضب الى التلف ، ولا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال .

قوله : (اقصى قيمته من يوم الغضب الى التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة الأمثال) .

سوق الكلام يقتضي أن الضمير في (قيمته) يعود الى المثل ؛ لأنه المحدث عنه والمطلوب معرفة قيمته ، ولأن الظاهر أن مرجع الضمير في الكل واحد ، وإلا لزم الاختلاف بغير ما ميز .

ولا ريب أن الضمير في (قيمته) في الاحتمال الثاني إنما يعود الى المثل ، ولأن القيمة المذكورة في باقي الاحتمالات هي قيمة المثل ، فالظاهر أن هذا الاحتمال أيضاً كذلك ، والذي فهمه الشارحان أن الضمير يعود الى المغصوب^(١) .

وقوله في العبارة : (ولا اعتبار بزيادة قيمة الامثال) تشهد لهما ، وكذا في قوله : (من يوم الغضب الى التلف) اشعار بذلك ؛ لأن المفهوم من يوم غضبه الى يوم تلفه ، ووجهه على ما فهماه : أن الواجب المثل مع وجوده ، فمع فقده جرى مجرى ما لا مثل له فوجب القيمة ، ولأن التالف على المالك هو المغصوب لا مثله فوجبت قيمته .

والذي في التذكرة خلاف هذا ، فانه قال في الاحتمال الأول : إن الواجب اقتضى قيمته من يوم الغضب الى التلف ، ولا اعتبار بزيادة قيمة امثاله بعد تلفه كما في المتقومات ، ولأن المثل جار في الوجوب مجرى المغصوب ، فاذا تعذر صار بمنزلة تلف المغصوب ، والمغصوب اذا وجبت قيمته وجب اكثر ما كانت من حين الغضب الى حين التلف^(٢) . هذا كلامه .

(١) ايضاح الفوائد : ١٧٥ .

(٢) التذكرة : ٢٨٣ .

ب : اقصى قيمته من وقت تلف المغضوب الى الاعواز .

ج : اقصى القيم من وقت الغضب الى الاعواز .

والتعليل الثاني كالصريح في أن المراد : قيمة المثل ، ويؤيده أنه لما كان تلف المثلي والمثل موجود وجب المثل وانحصر الوجوب فيه ، وصار الأصل متروكاً اذا سقط وجوبه من الذمة وانتقل الحكم الى البديل^(١) ، فاذا تعذر وجبت القيمة ، نظراً الى جميع اوقات الضمان ، وهو من حين الغضب الى التلف ، فاعتبر اعلاها قيمة بناء على وجوب القيمة العليا في القيمي .

ولا ينظر الى قيمة الأمثال بعد تلف المغضوب ، بل من حين الغضب الى حين التلف خاصة ، كما في المتقومات فإننا إنما نعتبر القيمة فيها من الغضب الى التلف على ذلك التقدير . ويضعف بأن ذلك لو تم لوجب^(٢) اعتبار قيمة الأمثال الى حين التسليم .

قوله : (اقصى قيمته من وقت تلف المغضوب الى الاعواز) .

أي : قيمة المثل بغير شك ، ووجهه : [ان]^(٣) انتقال الحكم الى البديل الذي هو المثل إنما هو حين تلف المغضوب ، إذ مع وجوده إنما يجب رده ، وبعد^(٤) تعذره انتقل الفرض الى القيمة .

ويضعف بأن المثل لا يسقط من الذمة بتعذره ، واداء الدين لا يسقط بتعذره أدائه ، ولهذا لو تمكن من المثل بعد ذلك وجب المثل دون القيمة ، فما دام لا يأخذ المالك القيمة فالمثل ثابت في الذمة بحاله :

قوله : (اقصى القيم من الغضب الى الاعواز) .

(١) في «ق» و«م» : التلف .

(٢) «ل» في «ق» : لو لم يوجب .

(٣) لم ترد في «ق» و«م» .

(٤) في «ق» و«م» : بعد .

د : اقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة .

هـ : القيمة يوم الإقباض .

ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا ترد القيمة ، بخلاف القدرة على العين .

وجهه يعلم من الوجهين في الاحتمالين الأولين ، فإن المثل لما جرى مجرى المغصوب كانت قيمته في جميع ازمان ضمان المغصوب مضمونة الى زمان تعذره .

قوله : (اقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة) .

لكون قيمة المثل معتبرة مدة زمان وجوبه أو وجوب مبدله ، فإنها مضمونة بضمان اصلها فيجب الاقصى تفريعا على ايجاب اعلى القيم في القيمي .

قوله : (القيمة يوم الاقباض) .

هذا هو الأصح ؛ لأن الواجب هو المثل ، فاذا دفع بدله اعتبرت البدلية حين الدفع (فحينئذ تعتبر)^(١) القيمة .

فإن قيل : قد سبق في كلام المصنف أن الواجب قيمة المثل يوم الاعواز ، فما هذه الاحتمالات :

قلنا : ذكر الاحتمالات لا ينافي اختياره واحداً منها ، وإن كان ذكر الفتوى عند ذكرها أولى وأبعد عن الوهم .

قوله : (ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا يرد القيمة ، بخلاف القدرة على العين) .

أي : لو غرم قيمة المثل لتعذره ثم قدر عليه لم يكن لواحد منهما استرداد

(١) في وقت: بغير.

ولو أتلّف مثلياً فظفر به في غير المكان فالوجه إلزامه بالمثل فيه .

ولو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقويم ، بأن اتلف عليه ماء في مفازة ثم اجتمعا على نهر ، أو اتلف جمداً في الصيف ثم

القيمة ؛ لأن المثل إنما وجب بدلاً لتعذر المبدل ، وقيمة المثل كذلك ، وتعذر المبدل منه باق فلا يثبت الاسترداد . بخلاف ما لو غرم القيمة - للحيلولة - ثم قدر على العين ؛ لأن الحق لم يسقط من العين بالكلية ، ودفع القيمة إنما كان للمحافظة على حق المغضوب منه .

قوله : (ولو اتلف مثلياً ثم ظفر به في غير المكان فالوجه إلزامه بالمثل فيه) .

هذا قول ابن ادريس^(١) ، ووجهه : ان وجوب الأداء ثابت على الفور فلا يجوز التأخير ، ولا تراعى مصلحة مَنْ حقه أن يؤاخذ بأشق الاحوال ، فلا فرق بين كون المثل في مكان المطالبة اعلى قيمة أو لا .

وقال الشيخ : إنه اذا كان لنقل المثل مؤونة ، واختلفت القيمتان في البلدين ، وكانت قيمة بلد المطالبة اعلى يتخير المغضوب منه بين أن يأخذ قيمة بلد الغصب في بلد المطالبة ، أو يصبر الى بلد الغصب ليستوفي ذلك للضرر المنفى^(٢) .

والأصح الأول ، لأن الحق فوري ، وتأخير الأداء ضرر ، والضرر لا يزال بالضرر ، وحق الغاصب المؤاخذة بالأشق دون الارفاق بحاله .

قوله : (ولو خرج المثل باختلاف الزمان والمكان عن التقويم ، بأن اتلف عليه ماء في مفازة ثم اجتمعا على نهر ، أو اتلف جمداً في الصيف

(١) السرائر : ٢٧٨ .

(٢) المبسوط : ٧٦ .

اجتمعاً في الشتاء احتتمل المثل ، وقيمة المثل في مثل تلك المفازة أو الصيف .

ثم اجتمعاً في الشتاء احتتمل المثل ، وقيمة المثل في مثل تلك المفازة أو الصيف . (

وجه الأول : إقتضاء الدلائل الدالة^(١) على وجوب المثل في المثلي وجوبه مطلقاً من غير تفاوت بالزمان والمكان .

وجه الثاني : خروجه عن المثلية بكونه لا قيمة له ، وقد ذكر الشارح تحقيقاً لا حاصل له^(٢) . والأصح ان المثل إنما يعتبر اذا كان متقوماً ، أما اذا لم تكن له قيمة أصلاً فإنه لا بعد مالاً عرفاً ، فكيف يقع عوضاً عن مال ثابت في الذمة ، ولا اعتبار بالمماثلة (في الصورة)^(٣) .

لكن لقائل أن يقول : لا يلزم من هذا وجوب قيمة المثل في مكان الاتلاف أو زمانه ، بل إنما تعتبر قيمته وقت خروجه عن التقويم ؛ لأنه وقت تعذره حينئذ^(٤) وتعذر الوقوف على قيمة اخرى له .

نعم لو قلنا بأعلى قيم المثل ثم له ما ذكره ، وشيخنا في الدروس^(٤) . اختار ما اختاره المصنف هنا ، وفي التذكرة^(٥) ، مع أنه لا يقول بوجوب اعلى لقيم .

ويمكن الجواب : بأنه لما خرج المثل عن التقويم خرج عن كونه للواجب ، فتعين الرجوع الى قيمة المغضوب . وكيف كان فالمختار هو وجوب

(١) في وق: الدليل الدال .

(٢) ايضاح الفوائد ٢: ١٧٧ .

(٣) لم ترد في وق .

(٤) الدروس: ٣٠٩ .

(٥) التذكرة ٢: ٣٨٣ .

ولو أتلف آنية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة اشكال ينشأ : من مساواة الغاصب غيره ، وعدمها ،

القيمة ، ولا محيد عن مختار الاصحاب وغيرهم في ذلك .

فروع :

الأول : هذا الحكم إنما يستقيم مع خروج المثل عن التقويم أصلاً ، فلو بقي له قيمة وإن قلت فالمثل بحاله .

الثاني : لو ظفر المالك بالغاصب في غير محل الغصب أو الاتلاف للمثلي ، وكانت قيمته اقل من قيمة مكان الغصب فهل للمالك الامتناع من قبض البديل الى موضع الاتلاف ، خصوصاً اذا كان حمله يحتاج الى مؤونة وكان نير بلده ؟ فيه تردد .

الثالث : لو اجتمع بعد أخذ القيمة في مسألة الكتاب في مثل تلك المفازة ، أو في الصيف وقد أخذ القيمة فهل يترادان ويأخذ المثل ؟ قال المصنف في التذكرة : الأقوى عندي المنع^(١) ، وهو جيد ؛ لأن المثل ليس هو عين المال وقد انحصر الحق فيما أخذه .

قوله : (ولو اتلف آنية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة اشكال ينشأ : من مساواة الغاصب غيره ، وعدمها) .

هذا بناء على تحريم اتخاذ الآنية ، وإلا فلا اشكال في ضمان الزائد بالصنعة . فأما على القول بالتحريم ففي ضمان الغاصب زائد الصنعة اشكال ينشأ : من مساواة الغاصب غيره في أن ما يحرم لا يضمه لوجوب اتلافه وعدمه نظراً الى عدوانه ، والصنعة في حد ذاتها قيمة وإن كانت محرمة في نظر الشرع .

فإن اوجبناه ففي التضمين بالمثل اشكال ينشأ : من تطرق الربا ، وعدمه لاختصاصه بالبيع .

ولو اتخذ من السمس السحرج تخير بين المطالبة بالسمس أو بالشحرج ، والكسب والأرش إن نقصت قيمته ، أو بالشحرج والناقص من السمس .

والتحقيق : أنه لا يتصور العدوان بإزالة المحرم؛ لأن دفع المنكر^(١) واجب على جميع المكلفين ، وليس من شرطه نية القرية وإن كانت شرطاً في حصول الثواب ، واقتران محرم بأمر آخر لا يقتضي تحريمهما .

وربما قيل : إنه يلزم مثل ذلك في آلات اللهو ، ويمكن الفرق بالفتاوت في التحريم ، فإنه هناك اغلظ بخلاف الآنية .

قوله : (فإن اوجبناه ففي التضمين بالمثل اشكال ينشأ : من تطرق الربا ، وعدمه لاختصاصه بالبيع .

أي : فإن اوجبنا ضمان الصنعة ففي تضمين الآنية بمثل جوهرها اشكال؛ لوجوب الزيادة في مقابلة الصنعة فيجاء احتمال ثبوت الربا وعدمه ، نظراً الى التردد في عمومه المعاوضات أو اختصاصه ، والأصح العموم لاطلاق النهي عنه في الآية .

فرع : لو اتلف الصنعة فقط فإنه يضمنها على الاحتمال ، ولا حجر في كون ضمانها من جنس جوهر الاناء لانتفاء الربا هنا .

قوله : (ولو اتخذ من السمس السحرج تخير بين : المطالبة بالسمس ، والشحرج والكسب والأرش إن نقصت قيمته ، أو بالشحرج والناقص من السمس) .

(١) في «م»: المحرم.

ولو تعذر المثل إلا بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر .

أي : يتخير المالك في هذه الحالة بين ثلاثة اشياء : المطالبة بالسمسم ؛ لأن عين المال بمنزلة التالف فيرجع الى المثل ، والمطالبة بالشيرج والكسب ؛ لأن هذا هو مال المالك وإن تغيرت صورته . لكن إن نقصت القيمة عن قيمة السمسم ضمن الأرش ؛ لأن النقصان بفعل الغاصب والمطالبة بالشيرج والناقص عن قيمة السمسم ، هذا هو الظاهر من قوله : (والناقص من السمسم) .

ويحتمل أن يكون المراد : والناقص من نفس السمسم فيأخذ مثل ما نقص ، وهو بعيد ، ولا يكاد يتحصل له معنى ، فإنه لا يعرف نسبة الشيرج الى عين السمسم . ووجه هذا الاحتمال : ان الكسب اقرب الى التلف ؛ لأنه ثفل الشيرج .

اذا عرفت هذا ، فما ذكره المصنف في هذه المسألة لا يستقيم ؛ لأنه إن بقي المال بعد تغير صورته وصفاته على ملك المالك لم يكن له (اختيار في المطالبة بالبدل ، وإن خرج بالفعل المذكور لم يكن له)^(١) أخذه باختياره .

هذا مع أن تصرف الغاصب لا يخرج العين عن ملك المالك بأي وجه كان على الأصح كما سيأتي ، فلا وجه لما ذكره هنا ، وينبغي التثبت في تأمله الى أن يظهر الصواب ، ولم اظفر بالمسألة في غير هذا الكتاب الى الآن .
قوله : (ولو تعذر المثل إلا بأكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر) .

ينشأ : من لزوم الضرر المنفي ، فإنه يمكن معاندة البائع وطلب اضعاف قيمة المثل ، ومن صدق القدرة على المثل . والأصح الوجوب ، فإن الضرر لا يزال بالضرر ، والغاصب مؤاخذ بأشق الأحوال فلا يناسبه التخفيف ، وهو الأصح .

ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة ، فإن عاد تراداً .
وللغاصب حبس العبد الى أن يرد القيمة عليه على اشكال فإن تلف العبد
محبوساً فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع الأولى .

قوله : (ولو أبق العبد ضمن في الحال القيمة ؛ للحيلولة ، فإن عاد
ترادا) .

أي : لو أبق العبد من يد الغاصب ضمن في الحال القيمة ، للحيلولة بين
المالك وبينه في يده وهي يد ضمان ، ويملك المالك القيمة المأخوذة فيتصرف
بها أي تصرف أراد ، فإن عاد وجب رد كل من المالكين الى مالكة متى طلبه
احدهما ، بل يجب على الغاصب رد العبد مطلقاً على الفور ، فإن العبد لم
يخرج عن الملك بأخذ القيمة لأنها للحيلولة . ولو تلفت القيمة المأخوذة
للحيلولة فلا تصريح فيما اعلمه الآن ، لكن ظاهر اطلاقهم أن العبد باق على
الملك يقتضي وجوب البذل .

واعلم ان هنا اشكالا ، فإنه كيف تجب القيمة ويملكها بالأخذ ويبقى
العبد على ملكه وجعلها في مقابلة الحيلولة لا يكاد يتضح معناه .

قوله : (وللغاصب حبس العبد الى أن يرد القيمة عليه على اشكال)

ينشأ : من أنه دفعها عوضاً فله حبس المعوض الى أن يقبض العوض
كسائر المعاوضات ، ومن أنها ليست معاوضة حقيقة ، وإنما قبضه المالك
ارتفاقاً ومحافظة على مصلحته ، وقد كان تسليم العبد واجباً على الفور ،
والأصل بقاؤه .

ولا يجوز حبس مال في مقابل مال آخر قد حبسه مالك المال الأول ظلماً ؛
لأن من ظلم لا يظلم ، والأصح أنه ليس له ذلك .

قوله : (فإن تلف العبد محبوساً فالأقرب ضمان قيمته الآن واسترجاع
الأولى) .

ولو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة ففي تقديم أحد الأصليين نظر .

هذا مبني على جواز الحبس؛ لأن المصنف يرى القول بأعلى القيم ، ووجه القرب : إن حكم الغصب قد زال بدليل جواز الحبس الى أن يقبض ما دفعه للحيلولة ، وهذه اليد غير الأولى لكونها مستحقة ، ووجوب رد المالك القيمة الأولى ، فإذا تلف ضمنه بقيمته وقت التلف ، فيسترجع^(١) القيمة الأولى ، وكان حقه أن يقول : يسترجع الزائد .

قال الشارح العميد : هذا إنما يتمشى على وجوب قيمة يوم التلف ، أما لو اوجبنا الاكثر كان له الاكثر من القيمتين الأولى والثانية . هذا كلامه ، ووجهه : انه إن كان الأقل هو القيمة الأولى فإنه قد دفعها عوضاً عن العين باستحقاق^(٢) فلا يجب ما سواها ، وإن كان الأقل هو الثانية فهي المستحقة بالتلف؛ لأن الأولى للحيلولة وقد زالت بجواز الحبس . وفيه نظر؛ لأن المدفوع للحيلولة لم يكن عوضاً عن العين قطعاً ، ولهذا لا يخرج بذلك عن ملك المالك ، ولا يستقر ملكه على المدفوع . وحيث كانت العينة باقية على ملك المالك مضمونة على الغاصب وخرج بجواز الحبس الى أن يقبض القيمة عن كونه غاصباً وجبت قيمة يوم التلف ، على ما اخترناه من وجوب قيمة يوم التلف ، فالواجب قيمة يوم التلف هنا ، والأصح انه لا يجوز له الحبس بذلك كما سبق فلا يتغير الحال .

قوله : (ولو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة ففي تقديم أحد الأصليين نظر) .

ينشأ : من تعارضهما ، فإن الأصل براءة الذمة من أورش ذلك ، والأصل السلامة في العبد الى حين اثبات اليد عليه ، فتعارضهما أوجب التردد .

(١) في «ق» : فيرجع .

(٢) في «ق» : من العين باستحقاقه .

والذهب والفضة يضمنان بالمثل لا نقد البلد على رأي ، فإن تعذر واختلف المضمون والنقد في الجنس ضمنه بالنقد ، وإن اتفقا فيه وفي الوزن ضمنه به ، وإن اختلفا في الوزن قوم بغير جنسه حذراً من الربا .

ولا يخفى أن التعارض غير واضح ؛ لأن أصالة السلامة من العيب تقتضي شغل ذمة الغاصب بضمان جميع العبد ، ومع ذلك فلا يبقى أصل البراءة (كما كان)^(١) لوجود الناقل عنه ، ولأن الأصل عدم تقدم العيب ، والأصح تقديم قول المالك بيمينه .

قوله : (والذهب والفضة يُضمنان بالمثل لا بنقد البلد على رأي) .

لعموم : المثل في المثلي ، وقال الشيخ : يضمنان بنقد البلد ، فيراعى التفصيل الآتي^(٢) ، والأصح الأول ، فلا يعتبر التفصيل إلا بعد تعذر المثل .

قوله : (فإن تعذر واختلف المضمون والنقد في الجنس ضمنه بالنقد) .

لانتفاء الربا مع اختلاف الجنس .

قوله : (وإن اتفقا فيه وفي الوزن ضمنه به) .

لانتفاء المحذور .

قوله : (وإن اختلفا في الوزن قوم بغير جنسه حذراً من الربا) .

إلا أن يرضى بدفع المساوي .

(١) لم ترد في ٤٣ .

(٢) المبسوط ٣ : ٦١ .

المطلب الثاني: في الأحكام : وفصوله ثلاثة :

الأول: في النقصان : ولا عبرة بالنقص لتغيّر السعر مع بقاء العين على صفاتها ، فلو ساوى يوم الغصب عشرة ويوم الرد واحداً فلا شيء عليه ، فإن تلف وجبت العشرة .

ولو تلف بعضه حتى عاد الى نصف درهم بعد رد الأصل الى درهم وجب القدر الفائت وهو النصف ، بنصف أقصى القيمة وهو خمسة مع الباقي .

ولو عادت قيمته بالإبلاء الى خمسة ، ثم انخفض السوق فعادت

قوله : (المطلب الثاني : في الأحكام ، وفصوله ثلاثة : الأول : في النقصان ، ولا عبرة بالنقص لتغيّر السعر مع بقاء العين على صفاتها) . لأن الواجب حينئذ رد الملك الى مالكه ، وتغيّر السعر في الحقيقة مرجعه الى فوات شيء من اكتساب مال في مقابله^(١) .

قوله : (ولو تلف بعضه حتى عاد الى نصف درهم بعد رد الأصل الى درهم وجب القدر الفائت وهو النصف بنصف أقصى القيمة وهو خمسة مع الباقي) .

المراد بتلف البعض : تلف النصف بدليل ما بعده ، ووجوب خمسة مبني على وجوب اعلى القيم مع التلف ، وقد علم ضعفه .

قوله : (ولو عادت قيمته بالإبلاء الى خمسة ، ثم انخفض السوق

(١) في «م» : ماله في مقابلته .

قيمته الى درهم لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالإبلاء ، ولا يغرم ما نقص بالسوق من الباقي .

ولو كانت القيمة عشرة فأبلاه حتى ساوى خمسة ، ثم ارتفعت السوق فبلغت مع الإبلاء عشرة احتمال رده مع العشرة ؛ لأن التالف نصفه فلو بقي كله لساوى عشرين ورده مع الخمسة الناقصة بالاستعمال .

ولا عبرة بالزيادة بعد التالف ، كما لو تلف كله ثم زادت القيمة ،

فعدت قيمته الى درهم لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالإبلاء ، ولا يغرم ما نقص بالسوق من الباقي .

إذا كان المغصوب ثوباً ، ونحوه مما ينقصه الإبلاء ، وكان يساوي عشرة بدليل قوله : (عادت قيمته بالإبلاء الى خمسة) مع قوله : (لزمه مع الرد الخمسة الناقصة) فأبلاه حتى عادت قيمته خمسة فيكون نقصه قدر النصف ، باعتبار الفئات من العين والصفات ، ثم انخفض السوق فعدت قيمته ، أي قيمة المغصوب كله وهو المحدث عنه أولاً ، والباقي بعد الإبلاء الى درهم فاللازم قيمة التالف ، فإنه كان يساوي عند التالف خمسة ، وأما الباقي فيجب رده لا ضمان ما نقص بالسوق منه كما علم غير مرة .

قوله : (ولو كانت القيمة عشرة فأبلاه حتى ساوى خمسة ، ثم ارتفعت السوق فبلغت مع الإبلاء عشرة احتمال رده مع العشرة ؛ لأن التالف نصفه ، فلو بقي كله لساوى عشرين) .

ضعف هذا الاحتمال ظاهر ؛ لأن زيادة السوق بعد التالف لا أثر لها ، واحتمال^(١) كونه كالباقي ؛ لبقاء الأصل خيال واهن^(٢) .

قوله : (ورده مع الخمسة الناقصة بالاستعمال ولا عبرة بالزيادة بعد

(١) في النسختين الخطيتين : ويحتمل .

(٢) في النسخة الحجرية : ويحتمل كونه كالباقي في الأصل حال رده .

وهو أقوى .

ولو قطع الثوب قطعاً لم يملكه ، بل يرد القطع مع الأرض .

ولو كان العيب غير مستقر ، كما لو بلّ الحنطة حتى تعفنت ، أو اتخذ منها هريسة ، أو من التمر والسمن حلواء فإن مصيره الى الهلاك لمن لا يريده فالأقوى رد العين مع الأرض .

التلف ، كما لو تلف كله ثم زادت القيمة وهو أقوى) .

أي : واحتمل^(١) رده الى آخره ، ولا يخفى أن هذا الاحتمال أوجه ، وهو الأصح .

قوله : (ولو قطع الثوب قطعاً لم يملكه بل يرد القطع مع الأرض) .

لا خلاف بين اصحابنا في ذلك على ما ذكره في التذكرة^(٢) ، وكذا الشافعي^(٣) ، والمخالف فيه أبو حنيفة^(٤) ، واحمد في احدى الروايتين^(٥) ، وليس بشيء فإن ملك المالك لا يزول بدون السبب الناقل .

قوله : (ولو كان العيب غير مستقر ، كما لو بل الحنطة حتى تعفنت ، أو اتخذ منها هريسة ، أو من التمر والسمن حلوى فإن مصيره الى الهلاك لمن لا يريده فالأقوى رد العين مع الارش) .

وجه القوة : بقاؤه على ملك المالك ، إذ لا يخرج المملوك بإحداث حدث فيه عن الملك ، فيجب رده على مالكة وضمان ما نقص بالجناية ويحتمل ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة ؛ لأنه كالهالك ، إذ هو مشرف على التلف

(١) في وق : ويحتمل .

(٢) التذكرة ٢ : ٣٩٢ .

(٣) المجموع ١٤ : ٢٤٣ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) المغني لابن قدامة ٥ : ٤٠١ .

وكل ما نقص شيئاً ضمنه على اشكال ينشأ : من حصول البراءة بدفع العين وأرش النقص فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه الى أن يتلف ، ومن استناد النقص الى السبب الموجود في يد الغاصب .

لو ترك بحاله فهو لمن لا يريده بمنزلة التالف ، وهو قول الشيخ^(١) . وضعفه ظاهر ، إذ ليس بتالف وإن كان قد يؤول الى التلف .

ولا يخفى انه اذا كان الخليط من الغاصب كان فيه مع العيب المذكور الشركة ، ويعرف حكمها مما لو خلط زيته بالزيت الذي غصبه ، وعلى كل حال فالأقوى ما قوّاه المصنف .

قوله : (وكل ما نقص شيئاً ضمنه على اشكال ينشأ : من حصول البراءة بدفع العين وأرش النقص فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه الى أن يتلف ، ومن استناد النقص الى السبب الموجود في يد الغاصب) .

اي : بعد دفع العين مع الأرش كل ما تجدد نقص في العين ضمنه الغاصب على اشكال ينشأ : من حصول البراءة بدفع العين وأرش النقص ؛ لأنه الواجب وتمام الحق ، إذ لا يجب غيره حينئذ فلا يجب شيء آخر بعد ذلك . وفيه نظر ؛ لأن وجوبه حينئذ لا يقتضي كونه كمال الحق الواجب وإن كان كمال الحق الواجب حينئذ ، لعدم حدوث تلف شيء يكون مضموناً بعد ، فاذا حدث ضمنه ؛ لأنه مستند الى جنائته .

ثم قول المصنف : (فيجوز . . .) يحتمل أن يريد به كونه تتمه لهذا الوجه ، وكونه وجهاً برأسه ، فعلى الأول يكون المعنى : وإن لم يبرأ بذلك يلزم الضرر على الغاصب ، إذ يجوز أن يعانده المالك الى آخره .

وعلى الثاني يكون المعنى : ولأنه على تقدير الضمان يجوز أن يعانده

المالك ، فيحصل الضرر وهو منفي بالحديث . والعبارة لا تفي بواحد من المعنيين ، وتصدير الجملة بالفاء صيِّرها في غاية البعد عن الربط .

ومنع بطلان لزوم الضرر على الغاصب وارد ، والحديث لا يدفعه ، فإن الضرر لا يزال بالضرر والغاصب مؤاخذ بالأشق .

ومن أن النقص الحادث مستند الى فعل الغاصب فيكون كسراية الجناية .

ويمكن الفرق بأن دفع سراية الجناية غير داخل تحت القدرة بخلاف علاج نحو الهريسة ، فيكون ترك العلاج بمنزلة ترك شد العضد وترك علاج الجرح فلا يكون مضموناً . ويحتمل دفعه الى الغاصب واخذ البديل؛ نظراً الى تجدد العيب فهو بمنزلة التالف .

واختار المصنف في التذكرة أخذ العين ، وأرش العيب المستقر ، وأرش ما يتجدد من العيب^(١) وهو واضح^(٢) اذا لم يتمكن المالك من العلاج ، فإن تمكن بسهولة ففيه تردد .

فرع :

لو غصب شيئاً متفاوت قيمته بالنسبة الى أربابه قال في التذكرة : الأقرب ضمان التفاوت أيضاً بالنسبة الى ربه إن غصبه منه ، وإن غصبه من غيره لم يضمن بالزيادة ، بل ما يساوي قيمته بالنسبة الى ذلك الغير^(٣) . مثلاً لو غصب حجة إنسان بدين أو ملك ، ولا ريب أن قيمة تلك الحجة شيء يسير بالنسبة الى غير مالكها ، وأما بالنسبة الى مالكها (فإنها)^(٤) تساوي أكثر ، فإن غصبها وهي

(١) التذكرة ٢ : ٣٩٠ .

(٢) في (م) : الأصح .

(٣) التذكرة ٢ : ٣٩١ .

(٤) لم ترد في (ق) .

ولو غصب شيئين ينقصهما التفريق ، كزوجي خف ومصراعي باب فتلف أحدهما ، وقيمة الجميع عشرة والواحد ثلاثة ضمن سبعة وهي قيمة التالف مجتمعاً ونقصان الباقي . وكذا لو شق ثوباً نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ، ثم تلف أحدهما .

لصاحبها ضمن القيمة الزائدة ، وإن غصبها وهي لغير مالكها لم يضمن الزيادة .

وكذا لو غصب شمشكا وسيعاً في الغاية لا يلبسه إلا شخص واحد ، أو خاتماً كذلك ، وتتفاوت قيمة الشمشك والخاتم بالنسبة الى كبير الرجل وغليظ الاصبع وضدهما . اقول : هذا يكاد يكون منافياً لقولهم : إن بغلة القاضي والشوكي لا يتفاوتان في قطع الذنب .

وينبغي أن يقال : إن هذا صحيح بالنسبة الى خصوصية القاضي والشوكي في وجوب تمام القيمة ، أما كون النقص متفاوتاً باعتبار تفاوت تعطل بعض المنافع وعدمه فلا يكون ما ذكره في التذكرة هنا صحيحاً .

قوله : (ولو غصب شيئين ينقصهما التفريق ، كزوجي خف ومصراعي باب فتلف أحدهما ، وقيمة الجميع عشرة والواحد ثلاثة ضمن سبعة ، وهي قيمة التالف مجتمعاً ونقصان الباقي) .

لأن النقصان الحاصل في يده مستند الى ذهاب شيء من العين مضمون عليه قطعاً ، وما كان من القيمة في مقابل اجتماع الزوجين نقص لفوات صفة الاجتماع في يده فيضمن سبعة .

قوله : (وكذا لو شق ثوباً بنصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالشق ثم تلف أحدهما) .

وتتحقق المساواة في الحكم اذا كان أحد النصفين إنما يحصل كمال النفع به مع النصف الآخر ، بأن يكون جعله ثوباً إنما يتحقق بهما ، فمع فقد

أما لو غصب أحدهما وحده ، ثم تلف أو أتلف أحدهما فإنه يضمن قيمة التالف مجتمعاً خاصة وهي خمسة . ويحتمل سبعة ؛ لأنه أتلف أحدهما وادخل النقص على الباقي بتعديه . ويحتمل ثلاثة ؛ لأنه قيمة المتلف . ولو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء .

يفوت هذا النفع فتنقص قيمة الآخر بذلك .

قوله : (أما لو غصب أحدهما وحده ثم تلف ، أو أتلف أحدهما فإنه يضمن قيمة التالف مجتمعاً خاصة ، وهي خمسة . ويحتمل سبعة ؛ لأنه أتلف أحدهما وادخل النقص على الباقي بتعديه ، ويحتمل ثلاثة ؛ لأنه قيمة المتلف) .

الفرق بين هذه المسألة والتي قبلها - حيث أورد في هذه الاحتمالات الثلاثة ولم يورد في الأولى شيئاً : - ان التلف في الأولى تحقق بعد اثبات الغاصب يده على الزوجين معاً ، فكان كلما يحدث من نقصان في القيمة مستنداً الى نقصان في العين ، أو في الصفات مضموناً عليه قطعاً . وهنا لم تثبت يده على الزوجين معاً فجاء احتمال ضمان ما تلف في يده خاصة منظوراً فيه الى احدى صفتيه تارة والى الأخرى تارة ، وهي كونه مجتمعاً مع الزوج الآخر وكونه منفرداً عنه .

ولا ريب أن النقص الحاصل في الزوج الباقي مستند الى فقد صفة ، هي كونه مجتمعاً مع الزوج التالف وقد حصل منه فيجب أن يكون مضموناً عليه ، فيكون الاحتمال الثاني اقواها واضعفها الثالث .

قوله : (ولو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء) .

اذ لم يفت من المال شيء ، لكن جزاء فعله زيادة تغريره واهانته ردعاً وزجراً .

ويجب رد العين المغصوبة ما دامت باقية ، فإن تعذر دفع الغاصب
البدل ، ويملكه المغصوب منه .

ولا يملك الغاصب العين المغصوبة ، فإن عادت فلكل منهما
الرجوع .

قوله: (ويجب رد العين ما دامت باقية، فإن تعذر دفع الغاصب البدل) .

المراد تعذره عادة ، ودفع البدل على طريق الوجوب اذا طلبه المالك ،
ويكفي لوجوب دفعه تعذر دفع العين على الفور ، ولو كان يتمكن من الدفع بعد
يوم مثلاً فهل يجب دفع البدل؟ اطلاق كلامهم يقتضي الوجوب ، ويناسبه أن
الغاصب مؤاخذ بالأشق ، ولم اقف على تصريح بنفي أو اثبات .

قوله : (ويملكه المغصوب منه) .

والا لم يكن لدفعه فائدة ، بل كان محض كل على المالك ، ولأن
الغرض منه المحافظة على وصول ملكه اليه أو بدله على الفور ، ومقتضى
كلامهم أن تملكه للحيلولة يقتضي أن لا يكون في مقابل العين المغصوبة ،
وتحقيقه لا يخلو من اشكال .

قوله : (ولا يملك الغاصب العين المغصوبة فإن عادت فلكل
منهما الرجوع) .

مقتضى ذلك بقاء العين المغصوبة على ملك المالك؛ لامتناع كون
الملك لا مالك له ، فإن عادت فلكل منهما الرجوع في العين بأن يدفعها
الغاصب فيجب على المالك قبولها ، أو يرجع بها المالك .

ولا يخفى أن اطلاق الرجوع على الأول مجاز ، ويمكن أن يكون
المراد : فلكل منهما الرجوع في العين والبدل . لكنه بعيد؛ لأن حكم البدل
سندرك فيه اشكال باعتبار وجوب دفعه لو طلبه الغاصب ، وهذا الجزم مناف له ،

وهل يجبر المالك على إعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ اشكال لا على رد النماء المنفصل وعلى الغاصب الأجرة إن كان ذا أجرة من حين

ويبعد جمع الجزم والتردد في مسألة واحدة بغير فاصل ، بل يقبح .

وهل يجبر المالك على إعادة البدل لو طلبه الغاصب؟ اشكال ينشأ : من ثبوت الملك والأصل بقاؤه ، ومن أنه إنما ملكه للحيلولة وقد زالت . قيل : لو كان بحيث يجبر على رده لكان نقصاً في البدلية ، إذ قد لا يرغب المعاملون فيه . وليس بشيء؛ لأنه متى تعلق به حق ثالث وجب عوضه ، والأصح وجوب الرد فيجبر عليه .

والعجب أن المصنف جزم فيما سبق بالتراد ، وتردد في أن للغاصب حبس العين الى أن يأخذ البدل ، وهنا تردد في اجبار المالك على الدفع لو طلبه الغاصب . وينبغي عدم التردد في وجوب الرد حينئذ ؛ لأن هذا الملك ثبت على طريق القهر لأجل عدم وصول ملك المالك اليه .

فإن كان على جهة البدلية فاذا استحق المالك ملكه وجب عود مال الغاصب اليه ؛ لامتناع زوال البدلية ، وعدم رجوع كل من البدل والمبدل الى مالكة ، وإن كان على جهة الحيلولة فقد زالت فلا وجه لعدم الرد أصلاً؛ لأن الحال دائر بين الأمرين .

صرح المصنف في التذكرة بأن القيمة المدفوعة يملكها المغصوب منه ملكاً مراعى للحيلولة فيزول بزوالها^(١) وهو واضح .

قوله : (لا على النماء المنفصل) .

لأنه نماء ملك المالك؛ لأنه في وقت النماء كان مالكاً للعين ، بخلاف المتصل فيجب رده مع العين .

قوله : (وعلى الغاصب الأجرة إن كان ذا أجرة من حين الغصب

الغصب الى حين دفع البدل ، والنماء المنفصل فيما بينهما للمالك ، وكذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال ، وكذا المتصل والمنفصل على اشكال اذا تجدد بعد دفع البدل ،

الى حين دفع البدل) .

(لا ريب في ذلك؛ لأن يد الغاصب حينئذ يد عدوان محض وقد سبق تعيين الأجرة ، أما بعد دفع البدل)^(١) فهل تجب الأجرة أم لا؟ سبق في مسألة الأبق اشكال في أجرته بعد دفع القيمة ، والذي يقتضيه النظر في الموضوعين الوجوب؛ لبقاء الغصب كما كان .

نعم على القول بأن للغاصب حبس المغصوب الى أن يقبض البدل يتأتى عدم وجوب الأجرة بعد دفعه القيمة ، ولا يتأتى عدم استحقاق المالك نماء العين إلا على القول بثبوت البدلية ، وخروج العين عن ملك المالك .

قوله : (والنماء المنفصل فيما بينهما للمالك ، وكذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال) .

لا ريب في ذلك أيضاً؛ لأنه نماء ملك المالك .

قوله : (وكذا المتصل والمنفصل على اشكال اذا تجدد بعد دفع البدل) .

ينشأ : من أنه تجدد بعد براءته من العين بعد دفع القيمة ، ولم يثبت يده عليه ، ومن أن الدفع إنما كان لمكان الحيلولة وهو لا يقتضي البراءة . والأصح استحقاق الرجوع به أيضاً على الغاصب؛ استصحاباً لما كان الى أن يعلم المزيل .

(١) لم ترد في «م» .

ويضمن الأجرة وإن لم ينتفع بأجرة المثل عن عمل مطلق مدة الغصب .
 ولو انتفع بالأزيد ضمن الأزيد ، ولو انتفع بالأنقص ضمن أجرة
 المطلق .
 ولو جنى العبد المغصوب فقتل قصاصاً فعلى الغاصب أعلى القيم .

المراد بالعمل المطلق : المتوسط الذي لا يكون مقيداً بقيد القلة ولا بقيد
 الكثرة ، وفي فهم المتوسط من المطلق خفاء إلا أن ما سيذكره في العبارة يرشد
 الى ذلك .

ووجه ضمانه : أن المتوسط هو الغالب فإن إداب الأجير نفسه فوق
 المعتاد نادر كما أن الرضى بالتراخي أيضاً نادر .

فإن قلت : كيف وجب في المنافع أجرة الأعلى ووجب في العمل أجرة
 الأوسط؟

قلت : لا أولوية بالنسبة الى المنافع للقادر عليها ، فإن كلاً منهما ممكن
 منه على حد سواء ، بخلاف العمل فإن مراتبه تفاوتاً

قوله : (ولو انتفع بالأزيد ضمن ، وإن انتفع بالأنقص ضمن أجرة
 المطلق) .

أي : المتوسط ، أما الأول فلأنه قد استوفاه فيجب بدل ما استوفاه ، وأما
 الثاني فلأن الزائد على الأنقص قد فات وهو محسوب على الغاصب .

قوله : (ولو جنى العبد المغصوب فقتل قصاصاً فعلى الغاصب
 اعلى القيم) .

هذا بناء على وجوب أعلى القيم في القيمي ، وقد سبق أن الأصح
 خلافه ، وأن الواجب قيمة يوم التلف . ووجه ضمانه على الغاصب : أنه
 مضمون عليه في حال الجناية ، فيضمن ما يحدث عليه بسببها .

ولو جنى على الطرف فاقتص ضمن الغاصب الأرش ، وهو ما ينقص من العبد بذلك دون أرش اليد ؛ لأنها ذهبت بسبب غير مضمون ويحتمل أرش اليد ، وأكثر الأمرين . وكذا لو اقتص منه بعد رده الى السيد ، وكذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فإنه يضمن القيمة .

قوله : (ولو جنى على الطرف فاقتص ضمن الغاصب الأرش ، وهو ما ينقص من العبد بذلك ، دون أرش اليد ؛ لأنها ذهبت بسبب غير مضمون . ويحتمل أرش اليد واكثر الأمرين) .
 لو جنى العبد المغصوب على طرف الغير فاقتص منه المجنى عليه ضمن الغاصب أرش اليد ، وهو ما ينقص من قيمة العبد بذلك ، قليلاً كان أو كثيراً ، ولا يتحتم ضمان أرش اليد ولا اكثر الأمرين ؛ لأن قطعها باستحقاق الجناية . وإنما يضمن الغاصب للمالك ما ينقص . ويضعف بأن الجناية في يده فهي مضمونة ، عليه ولا منافاة في ضمان الغاصب لما يستحقه المجنى عليه بسبب الجناية . ويحتمل ضمان أرش اليد؛ لأنه المقدر وهو مضمون .

ويحتمل أكثر الأمرين من نقصان القيمة والأرش ؛ لأن الغاصب مؤاخذ بذلك ، وقد سبق دليله في أول الباب ويزيده أن فيه اعمالاً للدليلين ، اعني النص على وجوب المقدر وضمان الغاصب لما يذهب من المالية في يده ، وهذا هو الأصح إذ لا فرق بين جنائته والجناية في يده ، والعجب أن المصنف اسلف فيما تقدم وجوب اكثر الأمرين وخالف هنا ، والفرق غير ظاهر .
 قوله : (وكذا لو اقتص منه بعد رده الى السيد) .

فتجيء (فيه)^(١) الاحتمالات السابقة عند المصنف ، والمختار فيها واحد ، والأصح عندنا وجوب الاكثر .

قوله : (وكذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فإنه يضمن القيمة) .

(١) لم ترد في (ق) .

ولو غصبه مرتداً أو سارقاً فقتل أو قطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر ،

بقريئة تعرف مما سبق ، ولا تجيء فيه الاحتمالات السابقة؛ لأن قوله : فإنه يضمن القيمة) يقتضي أن لا يكون التشبيه في ذلك الحكم ، بل في أصل استحقاق المالك تضمين الغاصب من غير تعيين المقدر^(١) .
قوله : (ولو غصبه مرتداً أو سارقاً فقتل ، أو قطع في يده ففي الضمان على الغاصب نظر) .

ينشأ : من سبق استحقاق القتل والقطع في يد السيد فلا يكون مضموناً على الغاصب ، ومن أنه تجدد في يد الغاصب وليس من لوازم الاستحقاق في يد السيد الوقوع ، فإذا تجدد في يد الغاصب التي هي محكوم بكونها يد ضمان وجب أن يكون مضموناً .

والظاهر أنه لا فرق بين الردة الفطرية وغيرها؛ لأنه لا يخرج بها عن كونه مملوكاً لجواز^(٢) بيعه حينئذ ، ومن الجائر أن لا يظفر به السلطان فيسلم من القتل ، وما ذكره الشارح من الفرق^(٣) غير ظاهر .

وبناء الحكم على أن الاعتقاد باق أم لا غير ظاهر؛ لأن القتل قد ثبت بصدور الاعتقاد الفاسد ولم يطرأ ما يزيله ، والاعتقاد المتجدد بناء على عدم بقائه ليس هو السبب في القتل ، بل السبب ما مضى فلا يتم ما ذكره ، واني لا أجد القول بضمان الغاصب بذلك البعيد .

واختار المصنف في التذكرة ضمان الغاصب قيمة عبد مستحق للقتل أو يد مستحقة للقطع^(٤) ، وهذا هو التحقيق والأصح .

(١) في «ق» : للقدر .

(٢) في «م» : ولجواز .

(٣) ايضاح الفوائد ٢ : ١٨٢ .

(٤) التذكرة ٢ : ٣٨٩ .

فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدّر لو حصل ، وكذا الأشكال لو انعكس .

قوله : (فإن منعناه ضمن النقص الزائد على المقدّر لو حصل) .

أي : لو قلنا بمنع الضمان على الغاصب ، وهو أحد طرفي النظر يضمن الغاصب النقص الزائد على المقدّر لو حصل نقص زائد عليه ، وذلك إذا كان الناقص من القيمة أزيد من المقدّر في الطرف ومن دية الحر في النفس .

وقصره شيخنا الشهيد في بعض حواشيه على القطع في السرقة دون القتل في الردة ، وهو في كلام الشارح السيد ، وليس بظاهر ، بل يتأتى في الارتداد أيضاً ، ووجهه على ما ذكره الشارح الفاضل : استقرار ملك المالك عليها في علمه تعالى ويد الغاصب عليها عادية^(١) .

ولا يخفى قصور هذا الاستدلال عن ثبوت ذلك ، ويمكن أن يستدل بأن لمستحق هو ما قابل مقدّر اليد لا ما نقص من القيمة ، فإن ذلك مؤاخذ به الغاصب دون الجاني ، وليس هذا بشيء يعتد به ؛ لأن مؤاخذة الغاصب بالزيادة فرع كون متعلق الأصل مضموناً في الجملة ، كما لو جنى الأجنبي في يد الغاصب .

أما مع عدم الضمان فلا وجه لتضمين شيء أصلاً ، والأصح عدم الفرق ، فلو منعنا الضمان لم يوجب شيئاً أصلاً بحال .

قوله : (وكذا الاشكال لو انعكس) .

أي : ومثل ما سبق الاشكال لو ارتد أو سرق في يد الغاصب فقتل في يد المالك ، ومنشؤه عكس منشأ الأول ، وهذا رجوع عن جزمه السابق في قوله : (وكذا لو قبض بعد رده الى السيد ، وكذا لو ارتد في يد الغاصب فقتل في يد المالك فإنه يضمن القيمة) .

ولو ارتد في يده ثم مات في يد مالكة من غير قتل ضمن الأرش
خاصة ،

ولا يخفى أن حمل العكس على زيادة المقدّر على نقص القيمة^(١) غلط
فاحش؛ لأنه لا يتردد في أن ما قابل المقدّر غير مضمون على تقدير تضمين
الغاصب ما حدث في يد السيد ، فإذا لم يكن النقص بقدر المقدّر لم يعقل
ضمان أصلاً، لأن ذلك المقدّر مستحق في يد السيد .

إذا عرفت ذلك فالأصح هنا الضمان؛ لأن سبب القتل والقطع في يد
الغاصب وهو مضمون عليه ، فهو بمنزلة الجناية التي تسري في يد المالك ،
بخلاف ما سبق .

قوله : (ولو ارتد في يده ثم مات في يد مالكة من غير قتل ضمن
الأرش خاصة) .

لحصول نقص القيمة بالارتداد؛ لأنه حينئذٍ عرّضه للقتل ، ولأن تلفه هذا
لم يكن مسبباً عما حدث في يد الغاصب فلا يكون عليه سوى أرش نقصه؛ لأن
أداء العين إلى المالك موجب لبراءته منها ، وتضمينه ما يتجدد بسبب ما حدث
في يده موقوف على تجددده وهو منتف مع الموت .

وليس ببعيد إلحاق ما لو مرض في يد الغاصب ثم برىء بهذه في وجوب
الأرش؛ لتحقق النقص بحدوث عيب المرض المرجو الزوال^(٢) ، فيقوم
صحيحاً ومريضاً بذلك المرض على حسب خطره وعدمه ، والمصنف في
التذكرة صرح بعدم وجوب الأرش هنا^(٣) ، وهو مشكل .

وحكى عن بعض العامة الوجوب^(٤) ورده ، وسيأتي انه إذا اتفق المتجدد

(١) في «م» : القيم .

(٢) في «ق» : زواله .

(٣) التذكرة ٢ : ٣٨٨ .

(٤) قاله احمد بن حنبل ، انظر المغني لابن قدامة ٥ : ٣٩٩ .

وكذا لو اشترى مرتدأً أو سارقاً فقتل أو قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر .

ولو طلب الولي الدية في النفس ، أو المجني عليه في الطرف لزم الغاصب أقل الأمرين من قيمته ودية الجناية ،

والتالف من الصفات في الجنس ينجبر الذاهب بالمتجدد ، فيمكن رد هذا الحكم المذكور هنا إليه ؛ لأن الصحة الثابتة عادت ، وزال ما كان بخلاف وصف الارتداد الباقي وإن مات ، لكن لو عاد إلى الإسلام ولم تكن رده فطرية يجيء فيه هذا .

قوله : (وكذا لو اشترى مرتدأً أو سارقاً فقتل ، أو قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر) .

ينشأ : من حدوث ذلك في يد المشتري بعد انقضاء الخيار فلا يكون مضموناً على البائع ، ومن استناده إلى سبب حدث عنده فيكون من ضمانه .

والتحقيق أن هذا النظر ليس بشيء ؛ لأنه إن كان ذلك مع علم المشتري بالحال فلا اشكال في أنه لا يستحق شيئاً على البائع ؛ لأن علم المشتري بالعيب يسقط خياره ، واستحقاقه الأرش وإن كان مع جهله بالحال فلا اشكال في الاستحقاق .

ثم ما الذي يستحقه؟ ظاهر كلامه هنا أن البائع يضمن ما يضمنه الغاصب ، وهو مشكل ؛ لأنه إنما يستحق بالعيب أرش العيب خاصة وإن حدث به هلاكه ، كما لو اشتراه مريضاً وهو جاهل بالمرض فمات به ، فإن البائع إنما يضمن ما كان في يده لا ما تجدد في يد المشتري ، والموت والقطع متجددان .

قوله : (ولو طلب الولي الدية في النفس أو المجني عليه في الطرف لزم الغاصب أقل الأمرين من قيمته ودية الجناية) .

لأن الذي يستحقه المجني عليه أو وليه إنما هو الأقل ؛ لأن الدية إن كانت

فإن زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته تدفع الى السيد ، فإذا أخذها السيد تعلق بها أرش الجناية ، فإذا أخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمة أخرى ؛ لإستحقاق المدفوعة أولاً بسبب في يده فضمنها .

اقل فظاهر ، وإن كانت القيمة اقل فإن الجاني لا يجني على اكثر من نفسه ، وللشافعية قول انه يجب الأرش بالغاما بلغ^(١) .

ولا فرق في لزوم ذلك للغاصب بين كون الجناية عمداً أو خطأ؛ لأن حدوث الجناية من العبد نقص فيه حدث في يد الغاصب فيضمنه ، ويجب عليه تسليم العبد الى المالك وذلك في الخطأ ممكن ، إذ ليس للمجني عليه إلا الدية وإن تعلق برقبة الجاني فانه اذا بذلها سقط التعلق ، وأما في العمد فانه اذا^(٢) رضي المجني عليه بالدية وجب على الغاصب بذلها .

فرع : لو لم يرض المجني عليه عمداً بالأقل فهل يجب على الغاصب بذل ما يزيد لتخليص^(٣) العبد؟ يحتمل ذلك كما يوجب عليه مؤونة رده وإن زادت عن القيمة ، إلا أن ظاهر قوله : (لزم الغاصب أقل الأمرين) أنه لا يجب بذل الزائد؛ لاطلاق عدم ايجاب الزائد .

قوله : (فإن زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته يدفع الى السيد) .

المراد : قيمته سليماً من الجناية كحال غضبه .

قوله : (فاذا أخذها السيد تعلق بها أرش الجناية ، فاذا أخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمة أخرى؛ لاستحقاق المدفوعة أولاً بسبب في يده فضمنها) .

(١) انظر : بداية المجتهد ٢ : ٣١٨ .

(٢) في وق : فان .

(٣) في وق : ما زيد لتخليص ، وفي م : ما يزيد ليخلص .

ولو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ، ثم قتله المودع فعليه قيمته ويتعلق بها أرش الجناية ، فإذا أخذها الولي لم تجب قيمة أخرى على المستودع ؛ لأنه جنى وهو غير مضمون .

ولو جنى في يد سيده بالمستوعب ، ثم غصب فجنى أخرى بالمستوعب ولم يحكم به للأول بيع فيهما ، ورجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني منهما ؛ لأن الجناية وقعت في يده وكان للمجنى عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني ، لأن الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما

ولا يمتنع أن يكون للمجنى عليه مطالبة الغاصب ؛ لأن الجاني قد تلف في يده وهو مضمون عليه .

قوله : (ولو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ، ثم قتله المودع فعليه قيمته ويتعلق بها أرش الجناية ، فإذا أخذها الولي لم تجب قيمة أخرى على المستودع ؛ لأنه جنى وهو غير مضمون) .

لأنه حينئذ كان وديعة ، وجنائه محسوبة على المالك ؛ لأن الفرض عدم التفريط من المودع ، فالواجب على المودع إنما هو عوض قتله .

واعلم ان قوله : (فإذا أخذها الولي) يعم ما اذا كان أخذ القيمة من يد المولى ، وما اذا كان أخذها من يد الغاصب .

قوله : (ولو جنى في يد سيده بالمستوعب ، ثم غصب فجنى أخرى بالمستوعب ولم يحكم به للأول بيع فيهما) .

لتعلق الجنائيتين معاً بربقته ، بخلاف ما اذا حكم به للأول فإنه يستحقه حينئذ ، فيكون للمجنى عليه الثاني مع كون الجنائيتين عمداً ، وفي الخطأ اذا بيع في الأولى ثم جنى بيع في الثانية ؛ لانقطاع حكم الأولى .

قوله : (ورجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني منهما ؛ لأن الجناية وقعت في يده ، وكان للمجنى عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني ؛ لأن

أخذه المجني عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ، فإن مات في يد الغاصب فعليه

الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما اخذه المجني عليه ثانياً ، فلا يتعلق به حقه .

إذا بيع العبد في الجنائتين المذكورتين قسّمت قيمته بين المجني عليهما ، فيرجع المالك على الغاصب بما أخذه الثاني من المجني عليهما؛ لأن الجناية الثانية مضمونة عليه لوقوعها في يده ، فمهما ذهب على المالك بسببها فضمانه على الغاصب ، بخلاف الأولى لوقوعها في يد السيد ، فللمجني عليه الأول أن يأخذه ، أي : يأخذ ما يرجع^(١) به المالك على الغاصب ، وهو ما أخذه المجني عليه الثاني ، وليس للثاني أخذه .

أما الأول؛ فلأن حق المجني عليه أولاً يتعلق^(٢) بقيمة العبد كلها- لأن الفرض أن الجناية مستوعبة وقد وجد باقي القيمة فيتعلق به حقه .

وأما الثاني؛ فلأن الذي أخذه المالك من الغاصب هو عوض ما اخذه المجني عليه ثانياً ، وهو نصف القيمة المستحق له فلا يتعلق به حقه مرة أخرى؛ لاستحالة تعلق حقه به مرتين ، والنصف الآخر من القيمة قد فات بتعلق حق المجني عليه أولاً به فكان القيمة من أول الأمر مقدار النصف .

وأما المجني عليه الأول فإن حقه متعلق بتمام القيمة ، والجناية الثانية لكونها (مضمونة)^(٣) على الغاصب في حكم المتنتفة فيبقى تعلق حقه^(٤) بالقيمة جميعاً ثانياً ، ولما لم تكن الجناية الأولى مضمونة على الغاصب لم يكن للمالك الرجوع بما اخذه المجني عليه أولاً .

قوله : (فإن مات في يد الغاصب فعليه قيمته تقسّم بينهما ، ويرجع

(١) في «ق»: ما يرجع .

(٢) في «م»: متعلق .

(٣) لم ترد في «م» .

(٤) في «م»: المتنتفة يتعلق حقه .

قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة ، ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه .

ولو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالأجنبي على اشكال .

المالك على الغاصب بنصف القيمة ، ويكون للمجني عليه أولاً أن يأخذه) .

أما وجوب القيمة بموته ؛ فلأنه مضمون على الغاصب ، وأما وجوب غرمه نصف القيمة مرة أخرى ؛ فلأن الجناية الثانية مضمونة عليه لكونها في يده ، وهي موجبة لفوات نصف القيمة للمجني عليه ثانياً ، وأخذ المجني عليه أولاً النصف يعرف وجهه مما سبق .

ولو وهب المجني عليه ثانياً ما اوجبه الجناية للمالك فالرجوع بالنصف بحاله على الظاهر ، ولو وهبه للغاصب فليس ببعيد سقوط الرجوع به .

قوله : (ولو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالأجنبي على اشكال) .

ينشأ : من أنه مضمون عليه فيضمن كل نقص دخل عليه في يده ، وجنائه على السيد موجبة لاستحقاق الاقتصاص ، فاستوى السيد والأجنبي . ومن أن استحقاق الرجوع في الأجنبي لاقتضاء الجناية عليه زوال الملك أو افضائها اليه ، فاذا سلم العبد الى المالك (فحيثذ)^(١) لم يكن تسليماً تاماً .

بخلاف ما اذا كانت الجناية على المولى ، فإنه اذا سلمه اليه فقد مكنه منه كمال التمكين ، ولا يضر اقتصاصه بعد ذلك ؛ لكون ذلك باختياره ومباشرته . وليس بشيء ؛ لثبوت حق الاقتصاص الذي تركه موجب للضرر على السيد أو الوارث بسبب حدث في يد الغاصب ، وهو منقص للمالية فيستحق الرجوع به ، وهو الأصح ، وهذا اذا كانت الجناية عمداً

(١) لم ترد في وق .

ولو خصى العبد فعله كمال القيمة وردة على رأي ،

أما لو كانت خطأ فلا شيء للسيد على الغاصب؛ لأن الواجب في جناية الخطأ المال ، وثبوته هنا ممتنع إذ لا يثبت للسيد على عبده مال ، وثبوته على الغاصب فرع ثبوته على العبد ، وقد سبق مثله في الرهن .

نعم ، لو تضمنت جنايته استطالته على السيد وقلة الرغبة فيه ضمن ما ينقص من قيمته بهذا العيب لا أرش الجناية ، ولا يخفى أن هذا العيب في الجناية عمداً متحقق ، فيضمن الغاصب ارشهُ خارجاً عن ارش الجناية لاختلافهما .

إذا عرفت هذا ، فلو اقتصر المالك في العمد فعلى الغاصب أكثر الأمرين كما سبق غير مرة ، وإن عفى عن مال ثبت المال على العبد ، وفداه الغاصب بأقل الأمرين ، من أرش الجناية وقيمة العبد كالأجنبي ، قاله في التذكرة^(١) ، ووجهه : أن المال ليس بثابت هنا اصالة من أول الأمر ليمتنع ثبوته لاستلزامه وجوب مال السيد على عبده ، وإنما هو عوض عن جناية ثانية مستحقة على العبد مضمونة على الغاصب ، فلا يمتنع ثبوت عوضها؛ لأن الخيار في ذلك إلى المجني عليه .

قوله : (ولو خصى العبد فعله كمال القيمة على رأي ، وردة) .

هذا هو الأصح؛ لأن عوض الفائت هو القيمة ، ولا يتوقف الاستحقاق على دفع العبد ، بخلاف الجاني كما بيناه سابقاً ، وللشيخ قول بأن له القيمة إذا سلمه لثلاث يجمع بين العوض والمعوض^(٢) ، وقد عرفت الفرق بين الغاصب والجاني ، واختصاص الجاني بالنص^(٣) بخلاف الغاصب . في بعض النسخ : (فعليه كمال القيمة وردة على رأي) وهو صواب؛ لأن الخلاف إنما هو في

(١) التذكرة٢: ٣٨٨ .

(٢) المبسوط٣: ٦٤ .

(٣) الكافي٧: ٣٤٢ حديث١٢، الفقيه٤: ٦٥ ، التهذيب١٠: ٣٠٧ .

فإن سقط ذلك العضو بأفة فلا شيء ؛ لأنه يزيد به قيمته على اشكال ، وكذا لو نقص السمن المفرط ولم تنقص القيمة ، وكذا الإصبع الزائدة ولو مثل به لم ينعتق على رأي .

الأمرين معاً .

قوله : (فإن سقط ذلك العضو بأفة فلا شيء ؛ لأنه يزيد به قيمته على اشكال) .

الضمير في : (لأنه) للشأن ، ومنشأ الاشكال ما ذكره ، فإنه لا نقص في المالية حينئذ فلا ضمان ، ومن أن التلف في يد الغاصب بالآفة كالتلف بالجناية ؛ لكون العبد واجزاءه وصفاته ومنافعه مضمونة عليه ، وللعضو التالف مقدّر فيضمنه ، وهو الأصح .

ولا يخفى أن الاشكال هنا في أصل الضمان ، فلو قلنا به كما هو الأصح فالواجب كمال القيمة مع رده على رأي .

قوله : (وكذا لو نقص السمن المفرط ولم تنقص القيمة)

أي : لا شيء به ولا يجيء فيه الاشكال ؛ لأنه لا مقدّر له شرعاً فيجب بفواته ، ولم تنقص به القيمة فيجب قدر النقص ، فهو من قبيل ما لا قيمة له ، وهذا يتحقق في سمن نحو العبد والجارية ، وما لا يقصد منه اللحم فإن سمنه اذا افراط وتجاوز الحد ربما نقص قيمته .

قوله : (وكذا الاصبع الزائدة) .

أي : لو نقصت ولم تنقص بها القيمة لا شيء فيها . وليس بجيد ، بل الأصل^(١) فيها الضمان ؛ لأن لها مقدراً وهو ثلث دية الأصلية .

قوله : (ولو مثل به لم ينعتق على رأي) .

(١) في ٥٠ : الأصح .

ولو ساوى بعد الغصب الضعف لزيادة السوق فقطع يده فعادت الأولى رد العبد ومساويه ، ولو نقص الزائد ونصف الأصل وأوجبنا الأكثر لزمه المجموع وإلا الزائد ،

لأن التحرير بالتمثيل على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على مورد النص^(١) ، وقال الشيخ^(٢) وابن البراج : ينعق بذلك^(٣) ، وربما بني القولان على أن الاعتاق بتمثيل المولى لجبر حال العبد أو لعقوبة المولى ، فعلى الأول ينعق هنا وعلى الثاني لا ، وهو بناء ضعيف ورجوع الحكم الى جهالة ، والأصح عدم الاعتاق .

قوله : (ولو ساوى بعد الغصب الضعف لزيادة السوق فقطع يده فعادت الأولى رد العبد ومساويه) .

أي : لو قطعت يد العبد بعد ارتفاع قيمته الى الضعف فعادت قيمته بالقطع الى الأولى ، وهي نصف قيمته الآن رد العبد ونصف قيمته الآن ، وهي قدر القيمة الأولى ، لأن ذلك قدر النقص والمقدّر شرعا إذ هو نصف القيمة .

قوله : (ولو نقص الزائد ونصف الأصل واوجبنا الأكثر لزمه المجموع ، وإلا الزائد) .

أي : لو نقص من قيمة العبد في الفرض المذكور مجموع الزائد ونصف الأصل بقطع يده كان كأن يساوي مائة فارتقى الى مائتين ، فقطعت يده فصار بالقطع يساوي خمسين ، فنقص الزائد وهو مائة ونصف الأصل وهو خمسون . فإن اوجبنا على الغاصب في الجناية على المغصوب أكثر الأمرين من المقدّر والأرش لزمه المجموع وهو ظاهر ، وإن اوجبنا المقدّر خاصة وهو نصف القيمة لزمه الزائد فقط ، وهذا ظاهر اذا لم يكن قطع يد العبد لكونه قد جنى على يد

(١) مسند أحمد ٢: ٢٢٥ بتفاوت يسير .

(٢) الخلاف ٢: ٩٨ كتاب الغصب مسألة ٦٤ .

(٣) نقله عنه في المختلف : ٤٥٧ .

وإن نقص الربع فإن اوجبنا الأرش لزمه الربع وإلا النصف .

غيره عمداً ، فإنه على هذا التقدير تجيء عند المصنف فيه احتمالات ثلاثة قد سبقت :

أحدها : الأرش كائناً ما كان ، وعلى هذا الاحتمال يلزم الغاصب المجموع أيضاً ، فلا يستقيم قول المصنف : (إلا الزائد) إذ معناه : وإن لم نوجب الأكثر لزمه الزائد فقط ، وقد عرفت أنا قد لا نوجب الأكثر ، ويلزمه المجموع اذا اوجبنا الأرش .

ويندفع هذا عن العبارة اذا قرئ قوله سابقاً : (فقطع يده) مبنياً للمعلوم ؛ لأن الضمير حينئذ يعود الى الغاصب ، فلا تندرج في العبارة الصورة المذكورة ، إلا أن قوله فيما بعد : (وإن نقص الربع فإن اوجبنا الأرش . . .) يتأنيه ، لأن ايجاب الأرش على ما ذكره . إنما يجيء اذا جنى العبد في يد الغاصب فقطعت يده بالجناية ؛ لأنه حينئذ يقال : إن يده ذهبت بسبب غير مضمون فيجب الأرش لا أرشها وإن كان ضعيفاً . وإنما قلنا إنه يتأنيه ؛ لامتناع اندراج متعلق هذا الحكم في العبارة حينئذ .

قوله : (وإن نقص الربع فإن اوجبنا الأرش لزمه الربع ، وإلا النصف) .

أي : لو كان النقص في الفرض المذكور هو ربع القيمة ، سواء كان ربع قيمة الأصل أو ما صار اليه فاللازم هو الربع إن اوجبنا الأرش كائناً ما كان ، وإن لم نوجب الأرش تعين النصف ؛ لأنه المقدّر والأكثر ، وهذا لا يستقيم إلا اذا كان القطع بجناية العبد المغصوب على الطرف على الاحتمال كما علم غير مرة ، لا مطلقاً كما هو ظاهر العبارة .

ولا شك في فساده ، سواء أخذت مطلقة - اذا قرئ قوله : (فقطع يده) مبنياً للمجهول - أو مخصوصاً بكون الغاصب هو القاطع بأن يبني للمعلوم ؛ لأن الجاني اذا وجب عليه المقدّر فجناية الغاصب بطريق أولى ، إنما

ولو غصب عبداً فقطع آخر يده تخيّر ، فيضمن الجاني النصف خاصة ولا يرجع على أحد ، والغاصب الزائد إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد ولو لم تحصل زيادة استقر الضمان على الجاني .
ولو غصبه شاباً فصار شيخاً ضمن النقص ،

الكلام في وجوب اكثر الأمرين .

ولا يستقيم هذا الحكم إلا اذا كان القطع بالجناية فقط ، فالعبارة غير جيدة والحكم غير معتبر ، وقد عرفت غير مرة إننا نوجب اكثر الأمرين في جميع هذه الصور .

قوله : (ولو غصب عبداً فقطع آخر يده تخيّر ، فيضمن الجاني النصف خاصة ولا يرجع على أحد ، والغاصب الزائد إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد) .

الضمير في : (تخيّر) يرجع الى المغصوب منه فإن له تضمين كل منهما ، لكن الجاني لا يضمن سوى بدل الجناية وهو مقدر ، بخلاف الغاصب فإنه يضمن اكثر الأمرين .

فقرار الضمان بالنسبة الى موجب الجناية على الجاني ، فإن رجع عليه به لم يرجع به على أحد ، وإن رجع به على الغاصب رجع الغاصب به عليه ، وأما الزائد على تقدير حصوله فإنه على الغاصب خاصة .

قوله : (ولو لم تحصل زيادة استقر الضمان على الجاني) .

لاستواء الجاني والغاصب في وجوب ذلك وقد باشر الاتلاف فالقرار عليه ، ويتخير المالك في الرجوع على كل منهما .

قوله : (ولو غصبه شاباً فصار شيخاً ضمن النقص) .

لتناقص القوى والقابلية بذلك الموجب لنقصان القيمة .

وكذا لو كان أمرداً فنبتت له لحية على اشكال .

ولو نقصت الأرض لترك الزرع كأرض البصرة ضمن على اشكال .

ولو نقل التراب رده بعينه ، فإن تعذر فالمثل وعليه الأرش وتسوية

الحفر . والبائع اذا قلع احجاره فعليه التسوية دون الأرش ،

قوله : (وكذا لو كان امرداً فنبتت له لحية على اشكال) .

ينشأ : من حصول النقص في القيمة بذلك ؛ لأنه المفروض ، ومن تخيل أن الفائت لا يقصد قصداً صحيحاً فجرى مجرى الصناعة المحرمة . وليس بشيء ، فإنه قد يقصد قصداً صحيحاً وتتعلق به اغراض محلله ، فمتى حصل بسببه نقص ضمنه .

قوله : (ولو نقصت الأرض لترك الزرع كأرض البصرة ضمن

على اشكال) .

ينشأ : من أن ترك زرعها واجب عليه فلا يتعلق به ضمان بسببه ، ومن أن كل نقص يحدث في يده مضمون عليه ، وهو الأصح . ولا منافاة بين تحريم زرعها عليه وضممانه نقصها ، إذ الواجب عليه من أول الأمر عدم اثبات يده على مال الغير بغير حق .

قوله : (ولو نقل التراب رده بعينه ، فإن تعذر فالمثل وعليه الأرش

وتسوية الحفر) .

لأن التراب مثلي .

فإن قيل : الأرض قيمي ، فكيف يكون التراب مثلياً؟

قلنا : لا استبعاد في ذلك ، فإن التراب من حيث هو تراب مثلي وإن

كانت الأرض باعتبار كونها قراحاً ، وبستاناً ، ونحو ذلك قيمي .

قوله : (والبائع اذا قلع احجاره فعليه التسوية دون الأرش) .

ولو حفر بئراً فله طمها إلا أن ينهائه المالك فيزول ضمان التردّي .
ولو ذهب نصف الزيت بالإغلاء ضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص
القيمة ، وكذا في اغلاء العصير على رأي .

استطرداً أتى بهذه المسألة هنا^(١) ، وإنما وجبت عليه التسوية هنا ؛ لأنه
يجب عليه تسليم المبيع كاملاً ، وإنما لم يجب عليه الأرش ؛ لأن الفعل مأذون
فيه شرعاً فلا يتعقبه ضمان ، نعم يتخير المشتري لو كان جاهلاً ، قيل^(٢) : هذا
بعينه يقتضي أن لا تجب عليه التسوية .

قوله : (ولو حفر بئراً فله طمها ، إلا إن ينهائه المالك فيزول ضمان
التردّي) .

هذا مختار ابن ادریس^(٣) ، وهو الأصح ، وقال الشيخ : له طمها وإن
نهائه المالك ، لدفع ضمان التردّي ، واحتمل أنه لو أبرأه المالك من الضمان لم
يبرأ ؛ لأنه أبرأ مما لم يجب ، ثم اختار البراءة به^(٤) . ويضعف بأن المالك اذا
رضي بحفر البئر كان كما لو حفرت بإذنه ، ونهيه عن الطم يتضمن الرضى .

قوله : (ولو ذهب نصف الزيت بالاغلاء ضمن مثل الذاهب وإن لم
تنقص القيمة) .

لأن نصف العين قد ذهبت وهي مضمونة بالمثل فلا اعتبار بالقيمة .

قوله : (وكذا في إغلاء العصير على رأي) .

لحصول النقص في العين ، وقال الشيخ : لا يضمن ؛ لأن الذاهب أجزاء
مائة لا قيمة لها ، فإن النار تعقد أجزاء العصير ولهذا تزيد حلالاته بخلاف

(١) في «ق» : استطرد الى هذه المسألة هنا .

(٢) هكذا في النسختين الخطيتين ، وفي هامش نسخة «م» : هكذا وجد .

(٣) السرائر : ٢٧٧ .

(٤) المبسوط ٣ : ٧٣ .

ولا يجبر المتجدد من الصفات ما خالفه من التالف وإن تساوبا قيمة ، بخلاف ما لو اتفقا جنساً .

ولو غصب عصيراً فصار خمراً ضمن المثل ، وفي وجوب الدفع اشكال ،

الزيت^(١) . وكون الذاهب أجزاء مائة فقط غير معلوم ، وقد وقع نقص محسوس في العين فيجب بدله ، وهو الأصح .
قوله : (بخلاف ما لو اتفقا جنساً) .

كما لو كان كاتباً فنسي ثم تجدد له ذلك ، والذي يقتضيه النظر : أن المتجدد من الصفات إن كان هو الأول كالكاتب ، والعالم ، والخيّاط ينسى ثم يتذكر فلا يجب ارشه على الغاصب ، إذ لم يفت شيء . وإن كان غيره ، كما لو كان سميناً فهزل ثم سمن لم يجبر الثاني الأول؛ لأن الثاني مال متجدد للمالك ، والأول مال ذاهب ، وكلام المصنف في التذكرة^(٢) لا يخلو من اضطراب ، وظاهر ما هنا معترض .

وفي الدروس : ولو عادت الناقصة جبر^(٣) ، وهو مشعر بما قلناه ، لأن العود إنما يكون اذا حصل الفاتئ بنفسه ، ولا يتحقق ذلك إلا في التذكر بعد النسيان .

ولو مرض العبد ثم عوفي فقد صرح في التذكرة بوجوب رده من غير شيء^(٤) ، وفي كون هذه الصحة هي الأولى نظر .

قوله : (وفي وجوب الدفع اشكال) .

(١) المبسوط ٣ : ٨٣ ، الخلاف ٢ : ١٠١ كتاب الغصب مسألة ٢١ .

(٢) التذكرة ٢ : ٣٨٧ .

(٣) الدروس : ٣٠٩ .

(٤) التذكرة ٢ : ٣٨٨ .

فإن أوجبناه فصار خلاً في يد المالك ففي وجوب رد المثل اشكال ،
فإن صار خلاً في يد الغاصب رده مع أرش النقصان إن قصرت قيمة الخل
ولو غصب خمرأ فتخللت في يده حكم بها للغاصب ، ويحتمل
المالك ،

أي : في وجوب دفع خمر العصير ، ومنشأ الاشكال : من خروجه عن
الملك ، فإن المسلم لا يملك الخمر ، ومن بقاء الأولوية؛ لإمكان ارادة
التخليل ، وفي وجوب الدفع قوة ، إلا أن يعلم من حال من غصب انه يتخذ
للشرب؛ لأنه حينئذ يعاون على الاثم والعدوان ، ولانتفاء الاولوية حينئذ .

قوله : (فإن أوجبناه فصار خلاً في يد المالك ففي وجوب رد المثل
اشكال) .

ينشأ : من أنه أخذ للحيلولة بينه وبين ملكه ، وقد زالت بعود ملكه اليه
فيجب الرد ، ومن حيث أن هذا ملك متجدد؛ لأن العصير لما صار خمرأ صار
تالفاً فوجب بدله ، والظاهر الأول؛ لأن الأجزاء هي عين ماله ، والمانع من
ملكيتها هي الخمرية وقد زالت فيكون الملك بعينه قد عاد وإن حدث له صورة
أخرى ، نعم لو نقص وجب الأرش .

فإن قلت : فعلى هذا لو تخللت الخمر الغير المحرمة في يد منتزعا
وجب ردها؛ لأنها عين ملك المالك وقد زال المانع من الملكية .

قلنا : الفرق انقطاع الأولوية هنا المقتضية لانقطاع السلطنة أصلاً بخلاف
الأول ، وبالجمله فالمسألة لا تخلو من شيء .

قوله : (ولو غصب خمرأ فتخللت في يده حكم بها للغاصب ،
ويحتمل المالك) .

وجه الأول : خروجها عن ملك المغصوب منه وسلطنته ، وقد حدثت

والبذر والبيض اذا زرع أو فرّخ فهو للمالك .

ملكيتها^(١) في يد الغاصب فتكون له ، وهذا إنما يتم اذا لم تكن محترمة .

ووجه الثاني : أن يد الغاصب يد عدوان ، وهذه هي عين ملك المالك فتكون له .

والتحقيق : أنها إن كانت محترمة كالتي للتخلييل ، وخمر الذمي المستتر (به)^(٢) يتصور فيها الغصب ويجب الرد ، وسلطنة المغصوب منه ثابتة عليها فيكون الملك فيها بعد العود خلاً للمالك الأول ، وإن كانت غير محترمة لم يتصور فيها الغصب ، ولا بقاء السلطنة ، ولا وجوب الرد فالملك المتجدد فيها للآخذ .

فرع :

قال في التذكرة : لو غصب عصيراً فأغلاه حرم عندنا ، وصار نجساً لا يحل ولا يطهر إلا اذا ذهب ثلثاه بالغليان فلورده الغاصب قبل ذهاب ثلثيه وجب عليه غرامة الثلثين . والوجه أيضاً انه يضمن غرامة الخسارة على العمل فيه الى أن يذهب كمال الثلثين^(٣) ، هذا كلامه . وفي الفرق بينه وبين العصير لو غصبه فصار خمراً ، أو صيره خمراً نظر .

قوله : (والبذر والبيض اذا زرع أو فرخ فهو للمالك) .

هذا مذهب الأكثر؛ لأنه عين مال المالك حدث فيها اختلاف الصورة ، وقال الشيخ : إنها للغاصب؛ لأن ذلك تلف للمال فيجب به بدله ، ولأن هذا نماء بفعل الغاصب^(٤) . وليس بشيء؛ لمنع التلف ، ونماء الملك للمالك ولو كان بفعل الغاصب .

(١) في «ق» : ملكيتها للغاصب .

(٢) لم ترد في «م» .

(٣) التذكرة ٢ : ٣٨٧ .

(٤) المبسوط ٣ : ١٠٥ .

الفصل الثاني: في الزيادة : لو غصب حنطة فطحنها ، أو ثوباً فقصره أو خاطه لم يملك العين ، بل يردها مع الزيادة وأرش النقص إن نقصت القيمة بذلك ، ولا شيء له عن الزيادة .

ولو صاغ النقرة حلياً ردها كذلك ، فلو كسر ضمن الصنعة وإن كانت من جهته ،

فرع :

لا يتصور الغصب في الوقوف العامة بمنع بعض المستحقين وإن أتم ، نعم لو سبق له يد فمنعه مانع بغير حق امكن تصور الغصب هنا ، وفي الدروس ما قد يشعر اطلاقه بالمخالفة^(١) ، وكذا في غصب الوثيقة في الدروس^(٢) كلام ليس بذلك الجيد .

قوله : (لو غصب حنطة فطحنها ، أو ثوباً فقصره أو خاطه لم يملك العين بل يردها مع الزيادة . . .) .

هذا اذا كانت الخيوط للمالك ، أما اذا كانت للغاصب فهي كالصبيغ .

قوله : (ولو صاغ النقرة حلياً ردها كذلك) .

لأن الصنعة صفة حدثت في ملك المالك بسبب الغاصب فتكون للمالك تبعاً وليست عيناً ليخيل كونها مال للغاصب ، وكذا لو علف الدابة فسمنت؛ لأن السمن من الله تعالى وليس هو عين العلف .

قوله : (فلو كسر ضمن الصنعة وإن كانت من جهته) .

لما قلناه من أن الصنعة ملك للمغصوب منه ، ولا يقدر في ذلك كونها بسبب الغاصب ومن جهته .

(١) الدروس : ٣٠٧ .

(٢) المصدر السابق .

وللمالك إجباره على ردها نقرة ، ولا يضمن أرش الصنعة ويضمن ما نقص من قيمه اصل النقرة بالكسر .

قوله : (وللمالك إجباره على ردها نقرة ولا يضمن أرش الصنعة) .

أما الأول فلوجوب ردها كما أخذها ، وأما الثاني فلأن بقاء الصنعة مع الرد نقرة غير ممكن فيكون الأمر بردها كذلك اذا نافي اذهاب الصنعة .

قوله : (ويضمن ما نقص من قيمة أصل النقرة بالكسر) .

لأن ذلك بفعله وليس من لوازم الكسر النقصان ، بخلاف الصنعة اذا أريد ردها نقرة ، ولو سلّم كون النقصان من لوازم الكسر لم يسقط عنه ضمان ما نقص بالأمر به ؛ لأن الصياغة جنائية من الغاصب ، إذ هو تصرف في مال المالك بغير اذنه عدواناً ، والنقص بالكسر مسبب عنها فتكون مضمونة عليه .

وأمر المالك بإعادة العين كما كانت لا يوجب سقوط الضمان ؛ لبقاء الغصب الى حصول التسليم التام ، حتى لو تلفت العين في حال ردها الى البلد وقد أمره المالك بذلك بضمنها ، بخلاف الصنعة التي لم تكن العين عليها في وقت الغصب ولم يستقر للمالك في ذمة الغاصب ، فعلى هذا لو علّفه الغاصب بعد نقله الى موضع بعيد فسمن ، ثم أمره المالك برده على الفور على وجه يستلزم هزاله لموالة السير لا يضمن السمن الناقص .

ويشكل بأنه لو كان سميناً عند المالك ، فغصبه ونقله على وجه لا عنف فيه فبقي سمنه ، ثم اجبره المالك على رده على الفور فزال سمنه لم يضمنه وهو ينافي تضمين النقصان بالأمر بكسر الحلي المصوغ .

وفي الفرق نظر فينبغي تأمله ، يخلج بالخاطر فرق بتأمل بعد ذلك ، وهو أن طلب المالك رد الحلي نقرة يقتضي عدم قبول الصنعة ، بخلاف رد السمين اذا استلزم رده الهزال ، وبخلاف نقصان العين بالكسر فانه لا يقتضي ذلك ، ولا منافاة بين ملكية السمن والرضى بها وطلب الرد على الفور وإن علم بهزاله به ،

ولو صبغه بما يساوي قيمته تشاركاً فالفاضل بينهما بالسوية والناقص من الصبغ ، فلو نقص المجموع عن قيمة الثوب رده مصبوغاً مع أرش النقص ، وكذا تثبت الشركة لو أطارت الريح الثوب الى اجانة صبّاغ ، أو غصب الصبغ من آخر .

للاعتقاد على كون ما ينقص من العين مضموناً عليه .

ويمكن أن يفرّق بوجه آخر ، وهو أن الأمر برد النقرة حلياً يدل على عدم قبول الصنعة : والترخيص في اتلافها ، بخلاف ما ينقص بالكسر؛ لأن الأمر بالكسر لا يقتضي عدم قبول الناقص من الفضة ، وإن كان لازماً عنه لا محالة فهو محسوب من جملة المؤونة الواجبة على الغاصب ، فإنه لو أمره المالك برد الدابة الى بلد الغصب^(١) وكان ذلك مستلزماً للهبال لا يكون إلا على عدم ارادة المالك السمن والترخيص في اتلافه ، فيكون من قبيل المقدمة كالعلف والسقي .

نعم يشبه الأول ما لو سمن الغاصب المضمرة فلم يرض المالك بذلك ، فأمره بالتضمير فإنه لا يبعد أن يقال : لا يلزمه عوض السمن الفأث .

قوله : (فالفاضل بينهما بالسوية والناقص من الصبغ) .

أي : إن زاد زيادة في الثمن على أصل القيمة فهي بينهما سواء؛ لاستوائهما في الشركة ، وإن نقص فالنقصان محسوب من الصبغ؛ لأنه إن كان منه فلا بحث ، وإن كان من الثوب فزمانه عليه .

قوله : (وكذا تثبت الشركة لو اطارت الريح الثوب الى إجانة صبّاغ ، أو غصب الصبغ من آخر) .

لتحقق اخلاط المالكين ، ولا يحسب النقص من الصبغ في هذين الموضوعين إذ لا عدوان من مالكة ، لكن في الثانية يضمن نقص كل من الثوب

(١) في «م» الغاصب .

ولو قبل الصبغ الزوال أُجبر الغاصب على فصله ، وإن استضر بعدم الصبغ أو نقص قيمته .

ولو طلب الغاصب الإزالة أُجيب إليها ، سواء هلك الصبغ بالقلع على اشكال أو لا ، فإن تعيَّب الثوب ضمن أرشه .

والصبغ الغاصب .

قوله : (ولو قِيلَ الصبغ الزوال أُجبر الغاصب على فصله وإن استضر بعدم الصبغ أو نقص قيمته) .

لوجوب رد العين كما أخذها ، إلا أن يرضى المالك ببقاء الصبغ فلا اجبار ولا عبء بتضرره بتلف الصبغ او نقص قيمته لان ذلك مستند الى عدوانه .

قوله : (ولو طلب الغاصب الإزالة أُجيب إليها ، سواء هلك الصبغ بالقلع على اشكال أو لا ، فإن تعيَّب الثوب ضمن أرشه) .

قال الشارح الفاضل : لا خلاف في منع الغاصب من الإزالة لو نقص الثوب بها ، ولا في اجابته مع عدم هلاك الصبغ ، وعدم نقص الثوب اصلاً^(١) ، والذي في عبارة الكتاب باطلاقه ينافي ما ذكره الشارح .

والذي يلوح من عبارة التذكرة خلاف هذا ، لأنه ذكر فيها^(٢) - اذا أراد الغاصب فصل الصبغ وكان الثوب بحيث ينقص بذلك - خلافاً للعامة^(٣) ، ولم يصرح هو بشيء^(٤) ، وذلك يؤذن بتردده ، ولو كان الحكم اجماعياً كما ذكره الشارح لم يكن للتردد فيه مجال .

(١) ايضاح الفوائد ٢: ١٨٧ .

(٢) في ٤٣: فانه ذكر فيما .

(٣) بداية المجتهد ٢: ٣١٩ .

(٤) التذكرة ٢: ٣٩٤ .

وشبخنا في الدروس حكى عن المصنف ، وابن الجنيد عدم وجوب اجابة الغاصب لو طلب القلع ؛ معللاً بالاستهلاك واستلزام التصرف في مال الغير^(١) ، وما نقله عن المصنف اختاره في المختلف^(٢) ، وفيه منافاة للاجماع الذي ادعاه الشارح في قوله : ولا في اجابته مع عدم هلاك الصبغ .

في المختلف : ومن العجب ايجاب التمكين على المالك من أخذ الصبغ وإن تعيَّب ثوبه ، وعدم قبول عوض الصبغ منه ، واجبار الغارس المستعير للأرض على أخذ قيمة الغرس من المالك اذا دفعها^(٣) ، وهذا صريح في بطلان دعوى الشارح الاجماع^(٤) .

والحق أن وجوب اجابة الغاصب الى قلع الصبغ في حال من الأحوال لا يخلو من اشكال ؛ لاستلزامه التصرف في مال الغير بغير حق مسبباً عن التصرف عدواناً . لكن قد يقال : لولا هذا لزم عدوان آخر ، وهو التصرف في مال الغير بغير حق ، فإنه لا سبيل الى تملكه بعوض وبغير عوض قهراً وإن كان تملكه بعوض محتملاً اذا رضي المالك ، ولا الى الزام المالك ببيع الثوب ، وبيع الصبغ وحده مع الحكم المذكور لا فائدة فيه فرمما لم يرغب فيه راغب ، وبقاء الثوب في يد المالك ممنوعاً من التصرف فيه موجب لزيادة الضرر ، فلم يبق إلا الاجابة الى القلع ، فحينئذ يرجح هذا بانحصار وصول الحق الى مستحقه فيه إذ من ظلم لا يحل أن يظلم .

فعلى هذا لا فرق بين استهلاك القلع إياه وعدمه ، إذ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه »^(٥) واحتمال المنع لاستلزامه اضاعة المال

(١) الدروس : ٣٠٩ .

(٢) المختلف : ٤٥٥ .

(٣) المختلف : ٤٥٥ .

(٤) ايضاح الفوائد ٢ : ١٨٧ .

(٥) عوالمى اللالى ٣ : ٤٧٣ حديث ٣ ، سنن الدارقطنى ٣ : ٢٦ حديث ٩١ .

ولو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول ،

المنهي عنها ضعيف ، إذ المنهي عنه الاتلاف الذي لا يتعلق به غرض للعقلاء ، أما إذا تعلق به غرض صحيح فلا . وهذا متين جداً ، ومنه يظهر قوة استحقاق الغاصب القلع وإن نقص الثوب إذ لا طريق الى التخلص سواء ، والنقص منجبر بوجود الأرش ، فكلام الشارح يحتاج الى تأمل ، واطلاق عبارة الشرائع^(١) يشهد لما قلناه ومثله ما لو بنى الغاصب أو غرس ثم أراد أخذ عين ماله .

قوله : (ولو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول) .

أي : كل منهما ، إذ « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس »^(٢) ، ولعموم (الأن تكون تجارة عن تراض)^(٣) وهذا هو المشهور ، وقال المصنف في المختلف ، وابن الجنيدي : انه إذا لم يرض بالقلع ودفع قيمة الصبغ وجب على الغاصب القبول^(٤) ، وهذا مناسب لمؤاخذة الغاصب بأشق الأحوال ، إلا أنه لا دليل على تملك ماله بغير رضى منه .

وتخيّل أن فيه جمعاً بين الحقين مدفوع بأن حق الغاصب في عين الصبغ لا في قيمته ، ولا انكر رجحان هذا القول ، فإن اثبات سلطنة التصرف في مال المغصوب منه للغاصب لأجل تصرف سابق وقع عدواناً فيه كمال الضرر على المالك ، والأول أرجح ؛ لأنه لولا ذلك لكان متاع الغاصب اذا وضعه في البيت المغصوب لا يستحق أخذه بغير رضى^(٥) المالك .

والعجب أن الشيخ جوز في المعير تملك غرس المستعير قهراً ومنعه في

(١) شرائع الاسلام ٣ : ٢٤٤ .

(٢) عوالي اللآلي ٣ : ٤٧٣ حديث ٣ ، سنن الدارقطني ٣ : ٢٦ حديث ٩١ .

(٣) سورة النساء : الآية ٢٩ .

(٤) المختلف : ٤٥٥ .

(٥) في «ق» : اخبار .

وكذا لو وهبه إياه ، ولصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب
دون العكس .

الغاصب^(١) .

قوله : (وكذا لو وهبه إياه) .

أي : وهب أحدهما ما لصاحبه^(٢) ؛ لأصالة البراءة ، ولما فيه من مظنة
كونه نقصاناً ، ولا احسب فيه خلافاً ، وليس كبذل القيمة ؛ لأن فيه جمعاً بين
الحقين .

قوله : (دون العكس) .

أي : ليس للغاصب الامتناع من البيع لو طلبه المالك ؛ لأن بيع الثوب
وحده مظنة قلة الراغب فيه لعب الشركة فيفضي الى عسر البيع وقلة القيمة ،
وحيث كان الغاصب متعدياً لم يكن له الاضرار بالمالك ، لكن هذا على القول -
بعدم نمك ماله بالقيمة اذا لم يرض - لا يكاد يتجه لاستلزامه نقل الملك مع
عدم الرضى .

فإن قيل : فيه جمع بين الحقين ، ودفع للضرر عن المالك .

قلنا : ففي الأول نقول هكذا .

فإن قيل : الضرر هنا اقل إذ تعين اخراج الملك عنه لملك معين ضرر .

قلنا : هو مقابل بضرر المالك ، فإن منعه من التصرف في ملكه الى أن
يرضى الغاصب في أمر تعدّي عليه به ضرر عظيم ، وبالجملة فقول المختلف لا
يخلو من وجه .

(١) المبسوط ٣ : ٥٤ حديث ٧٧ .

(٢) في نسختي «ق» و«م» : كل أحدهما ما لصاحبه ، وما أثبتناه هو المناسب .

ولو كانت قيمة كل منهما خمسة ، وساوى المصبوغ عشرة ، إلا أن قيمة الثوب ارتفعت للسوق الى سبعة ، وانحطت قيمة الصبغ الى ثلاثة فللمالك سبعة .

ولو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها ، وللغاصب خمسها وعشرها ، وبالعكس إذ النقص السوقي غير مضمون .

قوله : (ولو كانت قيمة كل منهما خمسة وساوى المصبوغ عشرة ، إلا إن قيمة الثوب ارتفعت للسوق الى سبعة ، وانحطت قيمة الصبغ الى ثلاثة فللمالك سبعة) .

هذا اذا بيعاً معاً .

قوله : (ولو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها ، وللغاصب خمسها وعشرها) .

أي : لو ساوى اثني عشر ، والحال أن قيمة الثوب سبعة والصبغ ثلاثة فإننا نقسّطها باعتبار استحقاق كل منهما من عشرة ، وقد كان للمالك منها نصف وخمس وهو سبعة ، وللغاصب خمس وعشر وهو ثلاثة .

لكن يشكل على عبارته قوله أولاً : أن كل واحد من الثوب والصبغ يساوي خمسة ، فإنه لو تغير السوق لا أثر له ، بل يتعلق الحكم بما صار اليه . ويجاب بأن المراد : أن كلاً منهما يساوي بعد الخمسة ما ذكره ، فالثوب سبعة والصبغ ثلاثة ، ثم بيع المجموع بزيادة عن القيمة .

قوله : (وبالعكس اذ النقص السوقي غير مضمون) .

أي : لو كان كل واحد منهما يساوي خمسة ، ثم انخفض الثوب وارتفع الصبغ ينعكس الحكم المذكور؛ لأن نقص السوق غير مضمون اذا لم يستند الى نقص في العين أو صفاتها .

ولو مزج الزيت بزيتة المساوي أو الأجود تشاركا ، وبالأردأ يتخير المالك بالمثل ، والعين مع الارش .

وفي حواشي شيخنا الشهيد : كان يكفي لو أراد الاختصار ، ولو زاد أحدهما للسوق فعلى النسبة ، لكن لا بد أن يزيد أو ينقص لينطبق على المسائل كلها .

قوله : (ولو مزج الزيت بزيتة المساوي أو الأجود تشاركا) .

هذا هو الأصح ؛ لأن الزيادة الحاصلة زيادة صفة حصلت بفعل الغاصب عدواناً ، فلا يسقط حق المالك من العين بسببها ، كما لو صاغ النقرة ، وعلف الدابة فسمنت . وقال الشيخ^(١) ، وابن ادريس بسقوط حقه من العين ، لاستهلاك ماله فيتخير الغاصب بين الدفع من العين ؛ لأنه تطوع بالزائد ، وبين دفع المثل^(٢) ، والأول هو الأصح .

ولو ثبت ما قاله من الاستهلاك لورد مثله في المزج بالمساوي ، فإن عين المال مستهلكة لا يمكن فصلها .

فإن قيل : يمكن فصل البعض فلا يسقط حقه منه .

قلنا : فكذا هنا .

فإن قيل : هنا زيادة .

قلنا : هي زيادة صفة لا زيادة عين ، فلا تقدرح في بقاء الحق .

قوله : (وبالأردأ يتخير المالك في المثل والعين مع الأرش) .

وجهه : أن حقه من العين لا يسقط بالكلية بفعل الغاصب مع امكان التوصل الى البعض ، والنقص في الخليط يجب عليه جبره بالأرش ؛ لأنه مقدمة

(١) المبسوط : ٣ : ٧٩ .

(٢) السرائر : ٢٧٦ .

ولو مزجه بالشيرج فهو اتلاف فعليه المثل .

ومزج الحنطة بالشعير ليس بإتلاف ، بل يلزم بالفصل بالالتقاط وإن شق .

ولو استدخل الخشبة المغصوبة في بنائه أُلزم بالعين وإن أدى الى الهدم .

ولو رُقِع باللوح المغصوب سفينته وجب قلعه إن كانت على الساحل ، أو كان اللوح في أعلاها بحيث لا تغرق بقلعه . ولو كانت في اللجة وخيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع الى القيمة الى أن تخرج الى

الواجب ، وله المطالبة بالمثل ؛ لأنه في حكم استهلاك عين ماله ، لاختلاط كل جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب ، وهو أدون من الحق فلا يجب قبوله فينتقل الى المثل في الجميع .

قوله : (ولو مزجه بالشيرج فهو اتلاف فعليه المثل) .

أي : لو مزجه بغير الجنس فهو تالف ؛ لبطلان فائدته وخاصيته ، واحتمل في التذكرة قوياً ثبوت الشركة ، كما لو مزجها بالرضى أو امتزجا بانفسهما^(١) .

ويشكل : بأننا على هذا التقدير إن خيرنا المالك بين أخذه مع أرش النقص إن كان ، وبين المثل فقد اثبتنا له أخذ غير^(٢) الجنس في المثلي وهو مناف لثبوت المثل في المثلي ، وإن خيرنا الغاصب فقد حتمنا على المالك أخذ غير^(٣) المثل ، ويعارض هذا بأن اسقاط حقه من العين مع وجودها أيضاً مشكل .

قوله : (ولو كانت في اللجة وخيف الغرق بقلعه فالأقرب الرجوع الى القيمة الى أن تخرج الى الساحل إن كان في السفينة حيوان له حرمة ،

(١) التذكرة ٢: ٣٩٥ .

(٢، ٣) في وق: عين .

الساحل إن كان في السفينة حيوان له حرمة ، أو مال لغير الغاصب ، ولو كان له فالأقرب العين .

ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة وجب نزعها مع الإمكان ، ولو خيف تلفها لضعفها فالقيمة .

أو مال لغير الغاصب) .

ظاهر العبارة أن الحيوان الذي له حرمة يرجع معه الى القيمة وإن كان للغاصب ، وقد نبه عليه في التذكرة^(١) . ووجه القرب : احترام الحيوان ومال الغير فيجمع بين الحقين بدفع القيمة .

والمراد بالحيوان المحترم : ما لا يجوز اتلافه مطلقاً أو بغير الذبح . ويحتمل ضعيفاً أخذ العين ؛ لأنها وضعت بغير حق فيثبت جواز انتزاعها . وينبغي أن يقال : اذا كان المال لعالم بالغصب ووضعه بعد علمه فهو كمال الغاصب نبه عليه في التذكرة^(٢) .

قوله : (ولو كان له فالأقرب العين) .

لأنه عادٍ بفعله ومقدم على ذهاب ماله ، ولأن دفع المغصوب الى المالك واجب على الفور ولا يتم إلا بهذا ، ولأن عدوان الغاصب لا يناسبه التخفيف . ويحتمل ضعيفاً العدم ؛ لإمكان الوصول الى الحق^(٣) بغير ضرر وله أمد ينتظر بخلاف البناء ، ويدفع القيمة الآن للحيلولة يحصل الجمع بين الحقين .

قوله : (ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة وجب نزعها مع الامكان ، ولو خيف تلفها لضعفها فالقيمة) .

ولو طلب المالك نزعها وإن افضى الى التلف وجب ثم يضمن الغاصب

(١) التذكرة ٢ : ٣٩٦ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) في «ق» : وصول الحق .

وكذا تجب القيمة لو خاط بها جرح حيوان له حرمة ، إلا مع أمن التلف والشين ، ولو مات المجروح أو ارتد ففي النزاع اشكال من حيث المثلة .

النقص ، ولو لم يبق لها قيمة عرّم جميع القيمة ، ولا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك ، كما سبق من أن جنابة الغاصب توجب أكثر الأمرين ، ولو استوعبت القيمة أخذها ولم يدفع العين .

قوله : (وكذا تجب القيمة لو خاط بها جرح حيوان له حرمة ، إلا مع أمن التلف والشين) .

لا فرق بين أن يكون هذا الحيوان للغاصب أو لغيره ، أو يكون هو نفس الغاصب بحفظ النفس عن التلف ، ولو كان الحيوان مأكول اللحم وهو للغاصب فهل يؤمر بذبحه؟ وجهان : نعم؛ لأن بذلك يصل الحق إلى مستحقه ، ولا؛ لحرمة الحيوان ، ولهذا يؤمر مالكة بالانفاق عليه ويمنع من اتلافه ، وكل محتمل .

ثم إن خاط به جرح نفسه فالضمان عليه ، وإن كان جرح غيره فإن كان غير عالم بالغضب ولا اذن فالضمان على الغاصب ، وإن أذن فكما لو أطمع المالك طعام نفسه جاهلاً ، وإن كان عالماً وأذن فقرار الضمان عليه ، كذا قال في التذكرة^(١) وفي الحكمين الأخيرين نظر؛ لأن المباشر للاتلاف هو الغاصب وبالاذن لا يصير مباشراً .

واعلم انه اذا أمن التلف والمرض والشين المجوّز للتيمم ، وكذا كل محذور يجوز معه العدول الى التيمم من الوضوء وجب النزاع وإلا فلا ، صرح به في التذكرة .

قوله : (ولو مات المجروح أو ارتد فاشكال من حيث المثلة) .

ولو أدخل فصيلاً في بيته ، أو ديناراً في محبرته وعسر اخراجه كُسر عليه وإن نقصت قيمته عنها ، ولو لم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل والدينار الأرش ، سواء كان بفعله أو لا . ولو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المحبرة وأمكن اخراجه بكسره كسر .

المنهي عنها ، ومن وجوب رد الملك الى مالكه ، وإنّا في هذا من المتوقفين .

قوله : (ولو ادخل فصيلاً في بيته ، أو ديناراً في محبرته وعسر اخراجه كُسر عليه وإن نقصت قيمته عنها) .

أي : كسر كل من الباب والمحبرة وإن لم يكن المرجع بيناً؛ لأنه عاد بفعله هذا ، سواء كان الفصيل والدينار انقص قيمة مما يكسر أم لا .

قوله : (ولو لم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل والدينار الأرش ، سواء كان بفعله أو لا) .

أي : ولو لم يكن ذلك بفعل صاحب البيت والمحبرة غرم صاحب الفصيل والدينار أرش الكسر؛ لأنه لتخليص ماله ، سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره ، لكن لا بد أن لا يكون غاصباً للدينار والفصيل ، فإن الغاصب يجب عليه ايصال الملك الى مالكه وجميع مؤن ذلك .

قوله : (ولو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المحبرة وأمكن اخراجه بكسره هو كسر) .

لوجوب ارتكاب أخف الضررين عند التعارض ، وهذا اذا لم تكن محبرة الغاصب ، ولا يبعد أن يقال : إن الدينار يقبل العلاج والاصلاح بسرعة وسهولة ، إذ ليس إلا تجديد السكة بخلاف المحبرة ، فيكسر الدينار زادت قيمته أو نقصت ، نعم لو زاد نقصه على قيمة نقصان المحبرة اتجه كسرها وضممان الأرش .

ولو أدخلت دابة رأسها في قدر واحتيج الى الكسر ، فإن كانت يد مالك الدابة عليها أو فرط في حفظها ضمن ، وإن لم تكن يده عليها : فإن فرط صاحب القدر بأن جعلها في الطريق مثلاً كسرت ولا شيء له ، ولو انتفى التفريط عنهما كسرت وضمن صاحب الدابة ؛ لأن ذلك لمصلحته .

فرع :

قال في التذكرة : فيما لو غضب شخص ديناراً فوق في محبرة الغير بفعل الغاصب أو بغير فعله كسره لرده ، وعلى الغاصب ضمان المحبرة ؛ لأنه السبب في ضمان المحبرة ، وإن كان كسرها أكثر ضرراً من قيمة الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر^(١) .

قوله : (ولو أدخلت دابة رأسها في قدر واحتيج الى الكسر فإن كانت يد مالك الدابة عليها أو فرط في حفظها ضمن) .

لأن فعلها منسوب اليه في الحالتين ، فيكسر القدر صوتاً للحيوان ، ويضمن القيمة إن لم يكن لمكسور القدر قيمة ، وإلا فالأرش .

قوله : (وإن لم تكن يده عليها ، فإن فرط صاحب القدر بأن جعلها في الطريق مثلاً كسرت ولا شيء له) .

لاستناد ذلك الى تقصيره ، فلا يستحق بسببه شيئاً .

قوله : (ولو انتفى التفريط عنهما كُسرت وضمن صاحب الدابة ؛ لأن ذلك لمصلحته) .

إنما يكسر القدر لصيانة ذي النفس عن الاتلاف ، وإنما يضمن صاحب الدابة ؛ (لأن ذلك)^(٢) لمحض مصلحته ، إذ تخليص الدابة لا يكون إلا بالكسر .

(١) التذكرة ٢ : ٣٩١ .

(٢) لم ترد في وقء .

ولو نقصت قيمته لعيب ثم زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة .

فإن قيل : تخلص ما يبقى من القدر بعد الكسر أيضاً يحصل بذلك فيكون الأرض عليهما . نعم لو لم يبق لمكسور القدر قيمة كان الاتلاف لمحض تخلص الدابة ، ومثله اخراج الفصيل من البيت؛ لأنه تعطيل بعض جوانبه بكونه فيه .

قلنا : ذلك غير مقصود بل هو حاصل بالتبع ، وإنما المقصود بالقصد الأول خلاص الحيوان ، وفيه ما فيه .

ولو فرطاً معاً كُسرت القدر أيضاً وضمن صاحب الدابة ، لأنه لمصلحته كما لو لم يفرطاً ، ذكره في التذكرة^(١) . وهذه كلها مذكورة استطراداً ، فإن ذلك لو كان مع الغصب لكان الضمان على الغاصب .

فرع :

قال في التحرير في مسألة ما اذا ابتلع حيوان جوهراً ، ومسألة الفصيل وما معه : انه لو قال من عليه الضمان : أنا اتلف مالي ولا اغرم شيئاً فله ذلك^(٢) . وفيه نظر؛ لأنه اذا وجب عليه تخلص مال الغير في صورة التفريط كيف يستقيم ذلك .

قوله : (ولو نقصت قيمته بعيب ، ثم زال العيب في يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة) .

أي : بعد الزوال ، ويجيء هنا الاشكال السابق ، من أن الزائل لا يجبر بالعائد لكونهما مالين للمالك ، ولأن العيب موجب للأرض فأبي دليل يدل على سقوطه .

(١) التذكرة ٢: ٣٩١ .

(٢) تحرير الاحكام ٢: ١٤٤ .

الفصل الثالث: في تصرفات الغاصب : ويحرم عليه كل تصرف سوى الرد ، فلو وطأ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر أمثالها أو عشر قيمتها مع البكارة ، ونصفه مع الثبوتة على الخلاف .

قوله : (ويحرم عليه كل تصرف سوى الرد) .

مع أنه في حال الرد لا يخرج عن الغصب وعن حكم الضمان ، لكن امتنع التحريم لكون الرد واجباً .

قوله : (فلو وطأ الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر امثالها ، أو عشر قيمتها مع البكارة ، ونصفه مع الثبوتة على الخلاف) .

إذا وطأ الغاصب الجارية المغصوبة : فأما أن يكونا جاهلين بالتحريم كما لو كانا قريبي عهد بالاسلام ، أو عالمين ، أو الواطء عالمأ دونها ، أو بالعكس ، ثم مع العلم إما أن يطأها مختارة ، أو مكرهة . ومع الجهل : إما أن يطأ بغير عقد ، أو مع العقد ، فهذه صور :

أ : إذا وطأها جاهلين بالتحريم وجب مهر المثل ؛ لأنه عوض منفعة البضع ، وبه قال الشيخ^(١) ، وابن ادريس^(٢) ، وقال بعض الاصحاب : إنه يجب العشر إن كانت بكرأ ونصفه إن كانت ثيبا^(٣) ؛ للرواية^(٤) . وردّ بأن ذلك ورد في من اشترى جارية ووطأها وكانت حاملاً ، واراد ردها فإنه يرد نصف عشر قيمتها فلا يقاس عليه .

وإن كانت بكرأ قال في المبسوط : عليه أرش البكارة ، وقيل انه عشر قيمتها ، قال : ورواه اصحابنا^(٥) ، وهذان القولان هما اللذان ارادهما المصنف

(١) المبسوط ٣ : ٦٦ .

(٢) السرائر : ٢٧٨ .

(٣) نقل القول في السرائر : ٢٧٨ .

(٤) التهذيب ٧ : ٦١ - ٦٣ حديث ٢٦٦ - ٢٧٢ .

(٥) المبسوط ٣ : ٦٦ .

بقوله : (على الخلاف) .

ثم إن الجارية لو كانت بكرأ وافتضها بالوطء فهل يدخل أرش الجناية بإزالة البكارة في مهر المثل على القول به بأن يوجب مهر امثالها بكرأ وفي العشر على القول الآخر أم لا؟ فيه قولان :

أحدهما : يدخل واختاره المصنف في التحرير^(١) ، وشيخنا الشهيد في الدروس^(٢) ؛ لأن البكارة ملحوظة على تقدير وجوب المهر أو العشر .

والثاني : لا ، واختاره المصنف في التذكرة^(٣) ، وهو أقوى ؛ لأن الوطء استيفاء لمنفعة البضع ، وإزالة البكارة جنائية فلا يدخل حكم أحدهما في الأخرى ، ولو لحظنا في مهر المثل كونها بكرأ فكذلك ؛ لأن وطء البكر خلاف وطء الثيب ، ففي الحقيقة ذلك ملحوظ باعتبار الوطء لا باعتبار الجناية .

فعلى هذا يجب للبكارة شيء زائد ، فهو إما العشر كما هو مختار المصنف في كتاب الحدود - والشيخ يقول أنه مروى^(٤) . فيجب عشرا^(٥) ، أو الأرش - اعني : نقصان القيمة - كما هو مختار ابن ادريس^(٦) ، نظراً الى نقص المالية وعلى ما سبق من أن الواجب على الغاصب في الجناية التي لها مقدر أكثر الأمرين يجب هنا الأكثر من العشر والأرش ، فتكون الاحتمالات ثلاثة .

إذا عرفت هذا فقول المصنف : (ويحتمل مع البكارة الاكثر من الأرش والعشر) الظاهر أنه جار على عدم دخول أرش البكارة في الواجب بالوطء من

(١) تحرير الأحكام ٢ : ١٤٢ .

(٢) الدروس : ٣١٠ .

(٣) التذكرة ٢ : ٣٩٦ .

(٤) المسوط ٣ : ٦٦ .

(٥) العبارة في نسخة (ق) مشوشة ، ووردت هكذا : والشيخ لا يقول الشيخ . انه مروى فيجب عشر وان زاد .

(٦) السرائر : ٢٧٨ .

ويحتمل مع البكارة الأكثر من الأرش والعشر ، ومع العقد جاهلين الأكثر من الأرش والعشر ومهر المثل .

مهر المثل ، أو العشر وهو الاحتمال الثالث فيما يجب لزوال البكارة على الغاصب .

وتخيل أنه احتمال برأسه معادل للقولين السابقين وهم : أما أولاً؛ فلأن الناس بين قائلين : قائل بدخول أرش البكارة في الواجب بالوطء؛ وقائل بعدمه ، وعلى هذا الخيال لا يستقيم على واحد من القولين .

أما على الدخول؛ فلانه على هذا التقدير لا ينظر الى غير ما وجب بوطء البكر من دون النفات الى ارش البكارة ، وأما على العدم فلا بد من وجوب الارش مع الواجب بالوطء استقلالاً ، فلا معنى لوجوب الاكثر فقط حينئذ .

وأما ثانياً؛ فلأن اللازم على هذا التقدير وجوب الاكثر من الأرش والعشر أو مهر المثل ، لا الأكثر من الأرش والعشر؛ لأن هذا إنما يكون بناء على وجوب العشر بالوطء وفرض كون الأرش ازيد، فيبقى ما اذا اوجبت مهر المثل ، وفرض كون الأرش ازيد لا تفي العبارة به مع ما عرفت من أنه لا قائل بذلك .

وأما ثالثاً؛ فلأن الأرش إنما يؤخذ عن الجنابة فيبقى الوطء بغير عوض ، وكلام الشارح الفاضل^(١) لا يكاد يتحصل منه ما يُعوّل عليه ، وكلام الشارح الآخر قاصر ، ولا يخفى أن وجوب اكثر الأمرين اقوى؛ بناء على ما قدّمناه في أول الباب .

قوله : (ومع العقد جاهلين الاكثر من الأرش والعشر ومهر المثل)

من الصور السابقة ذكرها : أن يعقد الغاصب على الجارية المغصوبة ، معتقداً كل منهما صحة النكاح فيطأها ، فالواجب بالوطء هو مهر المثل ليس إلا؛ لأنه دخل على لزوم المسمى بالوطء وقد فات لفساد العقد فيجب مهر

ولو افتضها بإصبعه فعليه دية البكارة ، فإن وطأها مع ذلك لزمه الأمران وعليه أجرة مثلها من حين غضبها الى حين عودها ،

المثل قولاً واحداً .

فاذا كانت بكراً وجب مع ذلك اكثر الأمرين من العشر وأرش البكارة؛ للجناية بازالة البكارة بناء على الاحتمال السابق من وجوب اكثر الأمرين على الغاصب . ويحتمل وجوب مهر المثل فقط بناء على التداخل ، ويحتمل وجوبه مع العشر أو الأرش^(١) على القولين الآخرين ، هذا هو الذي يظهر من عبارة الكتاب .

فعلى هذا يقرأ قوله : (ومهر المثل) بالرفع عطفاً على قوله : (والاكثر) . وقد فهم الشارح السيد من العبارة أن الواجب اكثر الأمور الثلاثة ، والظاهر أنه وهم ؛ لأن الواجب بال عقد مهر المثل فكيف يتصور وجوب العشر أو الأرش لو كان اكثر ، والصحيح ما قلناه ، وعلى هذا فالراجح هو مختاره هنا .
قوله : (ولو افتضها بإصبعه فعليه دية البكارة) .

لأن ذلك جنائية ، وفي ديتها خلاف ، وبالنسبة الى الغاصب يجب اكثر الأمرين على ما اخترناه .

قوله : (فإن وطأها مع ذلك لزمه الأمران) .

أي : مع الافتضاخ ، وإنما لزم الأمران لتعدد السبب واختلافه .

قوله : (وعليه أجرة مثلها من حين غضبها الى حين عودها) .

يندرج فيه زمان الوطء ، وفيه شيء ؛ لأنه قد ضمن منفعة البضع المستوفاة في ذلك الزمان .

(١) في م: مع الأرش .

فإن احبلها لحق به الولد ، وعليه قيمته يوم سقط حياً وأرث ما نقص من الأم بالولادة .

ولو سقط ميتاً فاشكال ينشأ : من عدم العلم بحياته ، ومن تضمين الأجنبي ، أما لو وقع بجنايته فالأقوى الضمان .

قوله : (فإن احبلها لحق به الولد وعليه قيمته يوم سقط حياً وأرث ما نقص من الأم بالولادة) .

أما إلحاقه به فللمشبهة ، وأما وجوب قيمته يوم سقط حياً^(١) ؛ لأنه وقت إمكان التقويم ، ولتحقق تفويته على المالك حينئذ ، فيقوم لو كان رقيقاً ويسلم إلى المولى مع أرث نقصان الأم بالولادة لو نقصت .

قوله : (ولو سقط ميتاً فاشكال ينشأ : من عدم العلم بحياته ، ومن تضمين الأجنبي) .

لو سقط الولد ميتاً لا بجناية جان من الغاصب أو اجنبي ففي وجوب شيء على الغاصب اشكال ينشأ : من عدم العلم بحياة الولد ووجوب شيء فرع ثبوتها ؛ لأنه إنما يقوم بعد سقوطه حياً ، وهو قول الشيخ في المبسوط^(٢) ، ومن اعترافه بتضمين الاجنبي لو سقط بجنايته ميتاً ، والفرق غير ظاهر ، فإن عدم العلم بجنايته^(٣) ثابت على كل من التقديرين ، والأصح الضمان فيضمن للمالك دية جنين أمة .

قوله : (أما لو وقع بجناية فالأقوى الضمان) .

وجه القوة : ان السقوط عقيب الضرب يظهر منه أن الموت بسببه ، ويرد عليه الشك في الحياة فلا أثر للضرب . وربما فرّق بين هذه والتي قبلها بأن

(١) في «ق» : حيا ، وأرث ما نقص من الأم بالولادة .

(٢) المبسوط ٣ : ٦٦ .

(٣) في «م» : بحياته .

ولو ضربها أجنبي فسقط فعلى الضارب للغاصب دية جنين حر ،
وعلى الغاصب للمالك دية جنين أمة .

ولو كانا عالمين بالتحريم : فإن أكرهها فللمولى المهر والولد
والأرش بالولادة والأجرة ، وعلى الغاصب الحد ، ولو طاعته حدا . وفي
عوض الوطاء اشكال ينشأ : من النهي عن مهر البغي ، ومن كونه حقاً
للمالك

الجاني لو كان اجنبياً يضمن للغاصب دية جنين حر وذلك يقتضي حياته ،
فيضمن الغاصب للمالك لاستحقاقه على هذا التقدير . وليس بشيء ؛ لأنه لو
كان اصالة عدم الحياة مؤثراً لأثر على التقديرين ، والأصح الضمان .

فإن كان الجاني هو الغاصب ضمن دية جنين حر ، منها دية جنين رقيق
للمالك والباقي للإمام عليه السلام . كما لو جنى الحر على زوجته الأمة
فأسقطت جنيناً ، وإن كان الجاني اجنبياً ضمن دية جنين حر وعلى الغاصب دية
جنين رقيق كما ذكره المصنف بقوله : (ولو ضربها اجنبي . . .) .

قوله : (ولو كانا عالمين بالتحريم فإن أكرهها فللمولى المهر والولد
والأرش بالولادة والأجرة ، وعلى الغاصب الحد) .

من الصور التي سبق ذكرها : ما إذا كانا عالمين بالتحريم ، لكن الأمة
مكرهة على الوطاء فيكون الغاصب زانياً دونها ، فيجب مهر المثل للمولى ؛
لانتفاء المانع وهو كونها بغيّاً ، وله الولد ؛ لأنه نماؤها ، وهو غير لاحق بالغاصب
لكونه ولد زنا بالنسبة إليه ، وأرش النقص بالولادة والأجرة ، وعلى الغاصب
الحد لكونه زانياً .

قوله : (ولو طاعته حدا ، وفي عوض الوطاء اشكال ينشأ : من
النهي عن مهر البغي ، ومن كونه حقاً للمالك) .

هذه من الصور السابقة أيضاً ، وهي ما إذا طاعته وكانا عالمين بالتحريم

أما لو كانت بكرةً فعليه أرش البكارة ولا يلحق به الولد ، فإن مات في يد الغاصب ضمنه ، وإن وضعته ميتاً فالاشكال كما تقدم

فيحذران لكونهما زانين ، وهل يجب المهر عوض الوطء للمولى؟ فيه اشكال ينشأ : من النهي عن مهر البغي ، فإن النبي صلى الله عليه وآله نهى عنه^(١) ، وهو شامل لصورة النزاع ، ومن أنها مال لغيرها وبضعها حق له فلا يؤثر رضاها في سقوط حقه ، والنهي محمول على الحرة .

ويضعف بأن النهي المنقول على اطلاقه لا يجوز حمله على فرد خاص إلا بدليل ، وعوض البضع فيه شائبة التعبد فلا يثبت إلا حيث اثبتته الشارع ، وليس البضع كسائر المنافع ، فإن الولي لورضي بوطئها على مهر لم يصح ولم يستحق شيئاً إلا مع العقد ، بخلاف سائر المنافع فلا تتحقق ماليته مطلقاً بل على وجه مخصوص ، وهذا أقوى .

قوله : (أما لو كانت بكرةً فعليه أرش البكارة) .

أي : في صورة كونهما عالمين ؛ لأن ازالة البكارة جنائية عليها فيجب ارشها ، وليست كالوطء .

قوله : (ولا يلحق به الولد ، فإن مات في يد الغاصب ضمنه ، وإن وضعته ميتاً فالاشكال كما تقدم) .

إنما لم يلحق الولد لكونه ولد زنى فيكون رقاً للمولى ؛ لأنه نماء مملوكته وهو مضمون على الغاصب ، فإن وضعته ميتاً فالاشكال في الضمان كما سبق للشك في حياته ، وربما رجح الضمان هنا بأن التقويم في الأول إنما هو بعد وضعه حياً بخلافه هنا ولا اثر له ؛ لأن المراد : التقويم المخصوص لا وجوب دية الجنين الذي يراد وجوبه في الموضوعين ، والأصح الضمان هنا أيضاً .

(١) سنن ابن ماجه٢ : ٧٣٠ حديث ٢١٥٩ ، سنن الترمذي٢ : ٢٧٣ حديث ١٢٩٣ ، سنن ابي داود٣ : ٢٦٧ حديث ٣٤٢٨ ، الجامع الصغير٢ : ٦٩٧ حديث ٩٤٥٦ .

ولو كان بجناية جان ضمن جنين أمة .

ولو كان الغاصب عالماً دونها لم يلحق به الولد ووجب الحد والمهر عليه ، وبالعكس تحد هي دونه ولا مهر على اشكال ويلحق به الولد .
ولو باعها الغاصب فوطأها المشتري عالماً بالغصب فكالغاصب ،
وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظر ينشأ : من أن منافع البضع هل تدخل

قوله : (ولو كان بجناية جان ضمن جنين أمة) .

لما ذكرناه سابقاً .

قوله : (ولو كان الغاصب عالماً دونها لم يلحق به الولد ، ووجب الحد والمهر عليه) .

هذه أيضاً من الصور التي سبق ذكرها ، وهي ما اذا كان الغاصب عالماً بالتحريم دونها فهو زان دونها ، فلا يلحق به الولد بل يكون للمولى نسيباً بالنسبة اليها ويجب عليه حد الزاني والمهر لكون الوطاء محترماً من طرفها .

قوله : (وبالعكس تحد هي دونه ، ولا مهر على اشكال ، ويلحق به الولد) .

المراد بالعكس : أن تكون هي عالمة بالتحريم دونه ، وهي من الصور المذكورة سابقاً ، وحكمها أن عليها الحد دونه ، ويلحق به الولد دونها فتجب قيمته على ما سبق ، وفي ثبوت المهر الاشكال السابق من كونها بغياً ، ومن أنها مال الغير ، والظاهر عدم .

قوله : (ولو باعها الغاصب فوطأها المشتري عالماً بالغصب فكالغاصب .

فكالغاصب في جميع الأحكام السابقة .

قوله : (وفي مطالبة الغاصب بهذا المهر نظر ، ينشأ من أن منافع

تحت الغصب ،

البضع هل تدخل تحت الغصب) .

أي : في مطالبة المالك للغاصب بهذا المهر- وهو اللازم للمشتري الواطيء ، كما يطالبه بسائر المنافع التي استوفاه المشتري ، فيكون مخيراً في المطالبة لكل منهما ، وقرار الضمان على المشتري العالم دون الجاهل - نظر ينشأ : من [أن] منافع البضع هل تدخل تحت الغصب ، أم لا .

وقد ذكر المصنف في الركن الثاني : أن منافع البضع لا تضمن^(١) بالفوات ، فإن اليد لا تثبت على منفعة البضع ، فإنها وإن كانت مملوكة للمولى إلا أن فيها شائبة التعبد ، فلا تجري مجرى سائر المملوكات ، ومن ثم يجوز تزويج الجارية المغصوبة دون بيعها واجارتها؛ لأن يد الغاصب حائلة بين المشتري والمستأجر وبين الجارية .

ولو تداعى اثنان نكاح امرأة لكانت الدعويان عليهما ولا ترجيح باليد ، ولو طئت الزوجة بالشبهة فمهر المثل لها دون الزوج ، ولأن سائر المنافع تملك ملكاً تاماً ، فيجوز نقلها الى مالك آخر كسائر الأموال ، بخلاف منفعة البضع فإنها إنما يستحق الانتفاع والارتفاق بها .

لكن يرد على ما ذكره أن عدم دخول منافع البضع تحت الغصب أمر محقق عنده ، فكيف يتردد فيه ويبنى النظر على التردد فيه؟

ولو قال : ينشأ من أن منافع البضع لا تدخل تحت الغصب ولا يضمن إلا بالاستيفاء وهو منحصر في جانب المشتري ، ومن أن عدم ضمانها وانتفاء دخولها تحت اليد إنما يمنع من استحقاق المطالبة بعوضها بالفوات ، أما اذا استوفيت فإنها مضمونة لا محالة فقد أدى الحال الى الغرم فجرى مجرى الجنابة ولسببية الغاصب في ذلك لكان أولى وأوفق لما في التذكرة^(٢) .

(١) في (م) يضمن .

ولا يجب إلا مهر واحد بوطئات اذا اتحدت الشبهة ، وفي تعدده بتعدده مع الاستكراه نظر .

ويضعف الثاني بأن المقتضي للضمان في حق الغاصب هنا منتف ، إذ الاستيفاء منتف في حقه ، واليد ليست سبباً ، ووجوب المهر على المشتري لا يستدعي الوجوب على الغاصب مع انتفاء سببه ، وهذا أقوى ، ولا فرق في ذلك بين أن تقول : للمشتري الجاهل الرجوع بالمهر لو غرمه على الغاصب ، أو لا .

واعلم أن الشارح الفاضل قال : إن مراد المصنف بقوله : (ينشأ من أن منافع البضع هل تدخل تحت الغصب) أنه لو فوتها الغاصب بوطئها عالمين وهي مختارة هل يضمنها ، ويكون بمنزلة غصب منفعة أو لا؟ قد ذكر المصنف في الاشكال السابق الى آخر كلامه .

ولا شبهة في أن ما ذكره وهم وليس مراد المصنف ، ولا تنطبق عليه عبارته ولا يستقيم البناء الذي ذكره؛ لأن هذا الاشكال أت سواء ضمنا الغاصب اذا وطأها عالمين بالتحريم أم لم نضمنه .

قوله : (ولا يجب إلا مهر واحد بوطئات إذا اتحدت الشبهة) .

نزل الشبهة منزلة النكاح الفاسد اذا وطأ فيه مراراً ، وهذا أيضاً من الأمور التي خالف فيها منفعة البضع غيرها من المنافع .

ووجهه : أن مناط وجوب المهر هو الوطء حال الشبهة ، وهي متحدة فلا أثر لتعدد الوطء .

قوله : (وفي تعدده بتعدده مع الاستكراه نظر) .

ينشأ : من تعدد السبب ، ومن تخيل أن السبب هنا هو الوطء ، إذ لا

ومع الجهل ينعقد حرأً ، ويضمن المشتري القيمة ويرجع بها على الغاصب ، فإن الشراء لا يوجب ضمان الولد ، ويضمن المشتري أجره المنفعة التي فاتت تحت يده ، ومهر المثل عند الوطاء ، وقيمة الولد عند انعقاده حرأً ،

شبهة هنا ، والوطء صادق مع الوحدة والكثرة ، والأصح التعدد ، لأن الاستكراه بمنزلة الشبهة في حق المكره فاذا تعدد كان كما لو تعددت الشبهة .

قوله : (ومع الجهل ينعقد حرأً ويضمن المشتري القيمة) .

أي : ينعقد الولد حرأً لكونه نسبياً حينئذ للشبهة ، ويضمن القيمة للمالك كما سبق في الغاصب .

قوله : (ويرجع بها على الغاصب فإن الشراء لا يوجب ضمان الولد) .

وذلك لأن الولد على تقدير صحة الشراء يكون للمشتري مجاناً بغير عوض ، بخلاف المبيع فإنه في مقابل الثمن فليس مجاناً فيكون مضموناً بهذا الاعتبار ، ولهذا لا يرجع بمقدار الثمن لو لم يكن سلمه .

قوله : (ويضمن المشتري أجره المنفعة التي فاتت تحت يده) .

لأنها مضمونة بمجرد اثبات اليد .

قوله : (ومهر المثل عند الوطاء) .

لأن منفعة البضع^(١) تضمن بالاستيفاء .

قوله : (وقيمة الولد عند انعقاده حرأً) .

ينبغي أن يعلق الظرف بـ (يضمن) لأنه أول اوقات دخوله في ضمانه ، لكن لا يجوز جعله ظرفاً للقيمة ؛ لأن القيمة الواجبة عند سقوطه حياً ، وحمل

(١) في وقء : الوطاء .

ويرجع بكل ذلك على الغاصب مع جهله ، ويغرم قيمة العين اذا تلفت ولا يرجع ، وكذلك المتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر . وفي رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاهها خلاف .

انعقاده حراً على سقوطه حياً تكلف بعيد .

قوله : (ويرجع بكل ذلك على الغاصب مع جهله) .

لمكان الغرر وإن كان في بعضها خلاف سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى .

قوله : (ويغرم قيمة العين اذا تلفت ولا يرجع) .

أي : وإن كان جاهلاً؛ لأنه إنما دخل على كونها مضمونة بالمعنى الذي حققناه ، فلا يتحقق له غرور بالنسبة اليها مع جهله ، لكن هذا إنما يستقيم بالنسبة الى ما قابل الثمن ، فلو زادت قيمة العين على الثمن فالأصح رجوعه بالزائد؛ لدخوله على أنه في حكم ما لا عوض له فيتحقق الغرور فيه .

قوله : (وكذلك المتزوج من الغاصب لا يرجع بالمهر) .

لأنه دخل على وجوب المهر فلا تغرير فيه ، لكن لو كان المسمى أقل من مهر المثل ينبغي أن يرجع بالزائد لتحقيق الغرور فيه ، واطلق العبارة في التذكرة كما هنا وإن كان آخر كلامه دالاً على ما قلناه ، حيث قال : والضابط في هذه المسائل أن ينظر فيما غرمه من ترتيب يده على الغاصب عن جهل إن شرع فيه على أن يضمه لم يرجع به ، وإن شرع على أن لا يضمه فإن لم يستوف ما يقابله رجع به ، وإن استوفاه فقولان للشافعية^(١) .

قوله : (وفي رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاهها خلاف) .

قد سبق بعض المسائل التي حكم فيها بالرجوع مع أنها من هذا القبيل

ولو بنى فقلع بناءه فالأقرب الرجوع بأرشف النقص ، ولو تعيَّب في يده احتمال الرجوع ؛ لأن العقد لا يوجب ضمان الأجراء بخلاف الجملة وعدمه ،

كالوطف ، وحكاية الخلاف لا تنافي جزمه بأحد الطرفين . وكذا القول في باقي المنافع كالكسكى ، واتلاف الثمرة المتجددة لا التي كانت وقت البيع ، والولد واللبن والصوف كذلك .

قوله : (ولو بنى فقلع بناءه فالأقرب الرجوع بأرشف النقص) .

أي : لو بنى المشتري في المبيع المغصوب جاهلاً بالغصب فقلع المالك بناءه فالأقرب أنه يرجع بأرشف نقص البناء ، ونقص الآلات إن نقصت بالقلع ؛ لأنه دخل على انتقال المبيع إليه ، وجواز التصرفات له من بناء وغيره ، فمهما فات من ماله بذلك فهو مستند الى غرور البائع إياه ، والمغرور يرجع على من غره ، والفائت من ماله هنا هو نقص البناء والآلات لا أجرة العمال^(١) لأنها عوض عنه . ويحتمل أن لا رجوع له ؛ لأن ذلك بفعله ، والبائع لم يأمره به ، والأصح الأول ؛ للغرور .

قوله : (ولو تعيَّب في يده احتمال الرجوع ، لأن العقد لا يوجب ضمان الاجزاء بخلاف الجملة وعدمه) .

أي : لو تعيَّب المبيع في يد المشتري من الغاصب جاهلاً فغرمه المالك الأرش احتمال أن له الرجوع على الغاصب بما غرمه أرشاً ، لأنه دخل على أن المضمون عليه هو الجملة دون الاجزاء ، لعدم مقابلتها بالثمن ، إنما المقابل به هو المجموع .

ولهذا لو تعيَّب المبيع في يد البائع قبل القبض لم تكن للمشتري المطالبة بالأرش عند جماعة ، بل إما أن يرضى به كذلك أو يفسخ ، ولو قسطت اجزاء

(١) في «ق» : الاعمال .

ونقصان الولادة لا ينجبر بالولد ؛ لأنه زيادة جديدة .

ولو غصب فحلاً فأنزاه على الأنثى فالولد لصاحبها وإن كانت للغاصب ، وعليه الأجرة على رأي

الثلث على اجزاء المبيع لكان له أن يرجع بقسط الفائت من الثمن ، وقد سبق في كتاب البيع أن الأصح خلاف هذا .

ويحتمل عدم الرجوع ، وهو الأقوى ؛ لضمان الأجزاء فإنها مقابلة باجزاء الثمن ، ولهذا نقول في المسألة المذكورة : للمشتري المطالبة بالأرض ، فعلى هذا لو كان الأرض الذي اغرمه المالك للمشتري في مسألة الكتاب بقدر قسط ذلك الجزء من الثمن فلا رجوع له به ، وإن زاد فالأصح رجوعه بالزائد كما في الجملة .

قوله : (ونقصان الولادة لا ينجبر بالولد ؛ لأنه زيادة جديدة) .

وهي غير مجانسة للفائت ل يتم ذلك على رأيه .

قوله : (ولو غصب فحلاً فأنزاه على الأنثى فالولد لصاحبها وإن كانت للغاصب) .

لأن الولد نماؤها ، والظاهر أن هذا الحكم مجمع عليه وإن ورد عليه أن الولد مني الفحل ، فلا يكاد يوجد الفرق بينه وبين الحب اذا نبت في ارض الغير .

قوله : (وعليه الأجرة على رأي) .

قال الشيخ : لا أجرة ؛ للنهي عن عسب^(١) الفحل^(٢) . وهو ضعيف ؛

(١) العسب: الكراء الذي يؤخذ على ضراب الفحل، ونهي عن عسب الفحل. الصحاح (عسب) ١ : ١٨١ .

(٢) المبسوط: ٩٦ ، وانظر: صحيح البخاري ٣ : ١٢٢ - ١٢٣ ، مسند أحمد ١ : ١٤٧ ، ٢ : ١٤ ، سنن ابن ماجه ٢ : ٧٣١ حديث ٢١٦٠ ، سنن ابي داود ٣ : ٢٦٧ حديث ٣٤٢٩ ، سنن الدارمي ٢ : ٢٧٢ ، سنن الترمذي ٢ : ٣٧٢ باب ٤٥ حديث ١٢٩١ - ١٢٩٢ .

والأرش لو نقص بالضراب ، ولا تتداخل الأجرة والأرش ، فلو هزلت الدابة لزمه الأمان وإن كان النقص بغير الاستعمال . وفوائد المغصوب للمالك أعياناً كانت كالولد والثمرة ، أو منافع كسكنى الدار مضمونة على الغاصب .

ولا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد ، ويضمنه وما يتجدد من منفعه، الأعيان أو غيرها مع جهل البائع أو علمه مع الاستيفاء ، وبدونه اشكال .

لأنها منفعة مقصودة محللة ، والنهي إما عن بيع ماء أو هو على الكراهية .

قوله : (والأرش لو نقص بالضراب ، ولا تتداخل الأجرة والأرش ، فلو هزلت الدابة لزمه الأمان) .

لأن كل واحد منهما في مقابل شيء غير الآخر^(١) ، ويجيء الاحتمال السابق في أول الباب من وجوب أكثر الأمرين لو كان النقص بسبب الاستعمال .
قوله : (وإن كان النقص بغير الاستعمال) .

هو وصلي لما قبله وليس على ما ينبغي ؛ لأن حقه أن يكون الفرد الأخفى ، والأخفى هنا هو ما إذا كان النقص بالاستعمال ؛ لاحتمال التداخل وإن كان ضعيفاً ، بخلاف ما إذا لم يكن بالاستعمال فإنه لا تتداخل وجهاً واحداً .

قوله : (ولا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد) .

هذه مذكورة هنا استطراداً ، وقد سبق في البيع بعض احكام المبيع فاسداً .

قوله : (ويضمنه وما يتجدد من منفعه، الأعيان أو غيرها ، مع جهل البائع أو علمه ، مع الاستيفاء وبدونه على اشكال) .

(١) في «ق» : الأجرة .

لا ريب في أن البيع الفاسد مضمون؛ لأن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، وذلك لأنه إنما دخل على تملك العين في مقابل الثمن ، فإذا كان العقد غير مملّك وجب رد كل من العوضين الى مالكه ، فلو تعذر وجب بدله من المثل والقيمة؛ لامتناع فوات العين وما جعلت في مقابله .

فإن قيل : قد كان الواجب أن يكون المضمون ما قابل الثمن دون الزائد؛ لأنه بغير مقابل على تقدير الصحة ، والضمان بالفاسد على نحو الضمان بالصحيح .

قلنا : لما كان المجموع في مقابله:المجموع ، وفاتت المقابلة بفساد العقد كان كل منهما مضموناً بجميع اجزائه؛ نظراً الى مقتضى المقابلة ، وليس هذا كالغاصب لكونه غازراً ، وهو مؤاخذ بأشق الاحوال بخلاف البائع هنا .

إذا تقرر هذا ، فلا تفاوت في كون المتجدد في المبيع عيناً كالولد أو منفعة كسكنى الدار ، ولا في كون البائع عالماً بالفساد أو جاهلاً ، ولا بين أن يستوفي المشتري فاسد المنفعة وعدمه ، على اشكال في بعض الصور ، وهو ما اذا علم البائع بفساد البيع ولم يستوف المشتري المنفعة .

ومنشأ الاشكال حينئذ : من أن الأصل مضمون فكذا الفرع ، ولعموم : « على اليد ما اخذت حتى تؤدي »^(١) ، ولأنه إنما قبضها لمصلحة نفسه لا لمصلحة البائع ، ولأن اثبات يده بغير استحقاق ، لأن الاستحقاق إنما هو على تقدير صحة البيع وهي منتفية .

ومن أن علم المالك بفساد البيع ، وعدم المطالبة دليل على رضاه بكون العين في يد المشتري ، ويضعف بأن السكوت أعم من الرضى ، وبلزوم مثله في اصل البيع لو علم بالفساد .

(١) مسند أحمد ٥ : ١٢ ، سنن الترمذي ٢ : ٣٦٨ حديث ١٢٨٤ .

وما يزداد من قيمته لزيادة صفة فيه فإن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين القبض الى حين التلف إن لم يكن مثلياً .

ولو اشترى من الغاصب عالماً فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ، ولو قيل : يرجع مع وجود عين الثمن كان حسناً ،

وعلى ما يظهر من كلام الشارح^(١) الفاضل فلاشكال في المنافع التي لم يستوفها المشتري ، سواء علم البائع بالفساد ، أم لا . ومنشأ الاشكال حينئذ مما ذكر ، ومن أنها لم تقبض بالبيع الفاسد ولا بالغصب ، وحصص الضمان فيهما ممنوع ، ثم رجح الثاني بأن مال الغير تجدد في يده بغير فعله فكان كالثوب يطير بالريح^(٢)

اقول : وجه الشبه غير ظاهر؛ لأن وضع المشتري يده على الأصل والمنافع باختياره على انها له فلا يتم ما ذكره ، والقول بالضمان لا يخلو من قوة .

قوله : (وما يزداد من قيمته لزيادة صفة فيه) .

أي : مضمون ، فهو معطوف على ما قبله ، ووجه الضمان تبعية الأصل لكونه جزء أو في حكم الجزء كالسمن وتعلم الصنعة .

قوله : (فإن تلف في يده ضمن العين بأعلى القيم من حين القبض الى حين التلف إن لم يكن مثلياً) .

الاصح أنه يضمن قيمته حين التلف وقد سبق ما يصلح بياناً له .

قوله : (ولو اشترى من الغاصب عالماً فاستعاد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ، ولو قيل : يرجع مع وجود عين الثمن كان حسناً) .

(١) ايضاح الفوائد ٢ : ١٩٤ .

(٢) في ٤٥ : تطيره الريح .

وللمالك الرجوع على من شاء مع تلف العين .

ويستقر الضمان على المشتري ، ومع الجهل على الغاصب ، ويرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يغترمه مما ليس في مقابلته نفع كالنفقة ، والعمارة ، وقيمة الولد لو غرمه المالك ، وفي رجوعه بما حصل له نفع في مقابلته كسكنى الدار ، وثمرة الشجرة ، وقيمة اللبن نظر ينشأ : من ضعف المباشرة بالغرور ، ومن أولوية المباشرة .

أي : لو اشترى من الغاصب العين المغصوبة عالماً بالغصب ، فهذه من تنمة الاحكام السابقة ، فإن السابق هو ذكر احكام الجارية وبعض آخر ، والأصح أن عين الثمن مع وجودها يرجع بها ، ومع تلفها يحتمل الرجوع لولا أن المصنف نقل فيه الاجماع في التذكرة .

قوله : (ومع الجهل على الغاصب) .

إنما يستقر على الغاصب مع الجهل ما زاد على الثمن ، أما مقدار الثمن فإنه على المشتري ويرجع بالثمن .

قوله : (ويرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يغترمه مما ليس في مقابلته نفع كالنفقة ، والعمارة ، وقيمة الولد لو غرمه المالك) .

لأن فوات ذلك كله بتغيره ، وفي الحقيقة لا فرق بين هذه الأمور وما سبق من بنائه اذا قلع .

قوله : (وفي رجوعه بما حصل له نفع في مقابلته كسكنى الدار ، وثمرة الشجرة ، وقيمة اللبن نظر ينشأ : من ضعف المباشرة بالغرور ، ومن أولوية المباشر) .

الأصح رجوعه بذلك ؛ لأن المباشرة ضعيفة بالغرور والسبب اقوى .

فرع : لو اشترك جماعة في وضع اليد على شيء واحد ، وتصرفوا به

ولو زرع الأرض المغصوبة أو غرسها فللمالك القلع مجاناً وإن قرب الحصاد ، ولا يملكه المالك بل هو للغاصب ، وكذا النماء وعليه أجرة الأرض وطم الحفر والأرض .

ولو بذل صاحب الغرس قيمة الأرض أو بالعكس لم يجب القبول .

جميعاً فالظاهر أن على كل واحد منهم ما يقتضيه التقسيط .

قوله : (ولو زرع الأرض المغصوبة أو غرسها فللمالك القلع مجاناً وإن قرب الحصاد) .

لما روي من أنه : « ليس لعرق ظالم حق »^(١) .

قوله : (ولا يملكه المالك بل هو للغاصب ، وكذا النماء) .

قال ابن الجنيدي : إنه يملكه^(٢) تعويلاً على حديث^(٣) لا تعلم صحته .

قوله : (وعليه أجرة الأرض ، وطم الحفر ، والأرض) .

إن نقصت بذلك .

قوله : (ولو بذل صاحب الغرس قيمة الأرض أو بالعكس لم يجب

القبول) .

إذ لا يجبر أحدهما على بيع ماله ، وفي حواشي شيخنا الشهيد ما صورته : وينسحب الخلاف في المسألة المتقدمة ، وهي قوله : (ولو طلب أحدهما . . .) فإنه قال في المختلف : يجاب المالك لا الغاصب^(٤) .

(١) مسند أحمد ٥ : ٣٢٧ ، سنن أبي داود ٣ : ١٧٨ حديث ٣٠٧٣ ، الموطأ ٢ : ٧٤٣ حديث ٢٦ ، سنن الترمذي ٢ : ٤١٩ حديث ١٣٩٤ .

(٢) المختلف : ٤٥٨ .

(٣) مسند أحمد ٣ : ٤٦٥ و ٤ : ١٤١ ، سنن ابن ماجه ٢ : ٨٢٤ حديث ٢٤٦٦ ، سنن الترمذي ٢ : ٤١٠ حديث ١٣٧٨ ، سنن أبي داود ٣ : ٢٦١ حديث ٣٤٠٣ .

(٤) المختلف : ٤٥٥ ، وفي النسختين الخطيتين : للغاصب .

وقيل : لو خيف سقوط حائط أسند بجذع الغير ، ولو نقل
المغصوب فعليه الرد وإن استوعبت أجرته أضعاف قيمته ،

قلت : ظاهر كلام المختلف في مسألة الصبغ ثبوت ذلك في الغرس ،
حيث تعجب من كلام الشيخ بوجوب قبول قيمة الغرس على المستعير ومنع
هنا ، ومقتضى كلامه بعد ذلك في مسألة الزرع العدم^(١) .

ويمكن حمل كلام المختلف الثاني على ما اذا لم يطلب المالك الزرع
بالقيمة ، إلا أن قوله : لنا : إنه عين مال الغاصب فلا ينتقل عنه إلا برضاه^(٢)
ينافي ذلك .

والحاصل انه إن ثبت قوله هاهنا بتملك المالك بالقيمة اذا اراد فهو قول لا
يخلو من قوة كما سبق .

قوله : (وقيل : لو خيف سقوط حائط أسند بجذع الغير) .

هذا قول الشيخ^(٣) ، ويضعف بأن التصرف في ملك الغير بغير اذنه لا
يجوز ، والحق انه إن خيف بترك اسناده ضرر على نفس محترمة ونحو ذلك جاز
اسناده ، لجواز اتلاف مال الغير لحفظ النفس ويضمن العوض .

ويلوح من تعليل الشيخ إرادة هذا المعنى حيث قال : إن مراعاة المصالح
الكلية أولى من الجزئية مع التعارض ، وهذا حيث لا يمكن نقضه أو يخاف
المعالجة قبله .

قوله : (ولو نقل المغصوب فعليه الرد وإن استوعبت أجرته اضعاف
قيمه) .

لأنه عادٍ بنقله فيجب عليه الرد بكل حال .

(١) المختلف : ٤٥٨ .

(٢) المختلف : ٤٥٩ .

(٣) المبسوط : ٣ : ٨٦ .

ولو طلب المالك أجره الرد لم يجب القبول ، ولو رضي المالك به في موضعه لم يجوز النقل .

ولو بنى الأرض بتراب منها وآلات المغصوب منه لزمه أجره الأرض مبنية ، ولو كانت الآلات للغاصب لزمه أجره الأرض خراباً .

ولو غصب داراً فنقضها فعليه الأرش ، وأجر دار الى حين نقضها ، وأجر مهدومة من حين نقضها الى حين ردها ،

قوله : (ولو طلب المالك أجره الرد لم يجب القبول) .

لأن حقه هو الرد دون الأجرة .

قوله : (ولو بنى الأرض بتراب منها وآلات المغصوب منه لزمه أجره الأرض مبنية) .

لأن الصفة^(١) الحادثة بالبناء للمالك ، إذ هي زيادة في ماله وإن كانت بسبب الغاصب كالمسمن وصياغة النقرة .

قوله : (ولو كانت الآلات للغاصب لزمه أجره الأرض خراباً) .

لأن البناء ملك للغاصب وإن كان عدواناً ، لكن على ما تقرر من أن زيادة الصفة في ملك المالك بفعل الغاصب للمالك يجب أن تكون للمالك حصه الأرض من أجره المجموع بعد التقسيط على الأرض والبناء ؛ لأن الهيئة الاجتماعية تقتضي زيادة انتفاع بالأرض فتزيد أجرتها بذلك .

وقد سبق فيما لو صبغ الثوب فزادت القيمة ان الزيادة تقسط عليهما ، وهي مبنية على ما ذكرنا هنا .

قوله : (ولو غصب داراً فنقضها فعليه الأرش وأجره دار الى حين نقضها ، وأجره مهدومة من حين نقضها الى حين ردها) .

وكذا لو بناها بآلته .

أما لو بناها بآلتها فعليه أجر عرصه من حين النقض الى حين البناء ، وأجرها داراً قبل ذلك وبعده .

ولا يجوز لغير الغاصب رعي الكلاً النابت في الأرض المغصوبة ، ولا الدفن فيها .

لأن النقض اخرجها عن كونها مبنية ، وقد عدم ما نقض منها وضمنه بالأرض ، فلم يبق له منفعة ليضمن أجرتها ، وتردد في التذكرة في لزوم أجرة مثلها الى حين الرد أو الى حين النقض . ويشكل بأن العين اذا تلفت يضمن بدلها لا أجرة منفعتها كالعبد اذا مات .

ويمكن الفرق بأن العبد اذا مات لا امد ينقطع عنده ضمان أجرته بخلاف هدم الدار؛ لأن الامد ردها على مالكة مهدومة .
قوله : (وكذا لو بناها بآلته) .

أي : بعد الهدم فإنه يضمن أجرتها بعد النقض مهدومة .

قوله : (أما لو بناها بآلتها فعليه أجرة عرصه من حين النقض الى حين البناء ، وأجرتها داراً قبل ذلك وبعده) .

أي : قبل النقض وبعد البناء ، فلم يتوارد اسم الاشارة والضمير على أمر واحد ، ووجه ذلك أن البناء بآلة الدار مملوك للمالك .

قوله : (ولا يجوز لغير الغاصب رعي الكلاً النابت في الأرض المغصوبة ، ولا الدفن فيها) .

أي : لا يجوز بعد الغصب لغير الغاصب - وكذا الغاصب بطريق أولى - رعي الكلاً النابت في الأرض المغصوبة وإن فرض استفادة جوازه من شاهد حال الأرض باعتبار العرف المستقر؛ لأن شاهد الحال ضعيف لا يعول عليه بعد

ولو وهب الغاصب فأتلفها المتهب رجع المالك على أيهما شاء ،
فإن رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة العين
والأجرة ، وعدمه .

ولو اتجر بالمال المغصوب : فإن اشترى بالعين فالربح للمالك إن
أجاز البيع ، وإن اشترى في الذمة فللغاصب ،

الغصب ، ولأن الظاهر من حال المالك بعد الغصب عدم الرضى ، وكذا القول
في الدفن ، وغيره من التصرفات .

قوله : (ولو وهب الغاصب فأتلفها المتهب رجع المالك على أيهما
شاء ، فإن رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمة
العين والأجرة ، وعدمه) .

أي : لو رجع المالك على المتهب بقيمة العين والأجرة فالأصح أن له
الرجوع على الغاصب^(١) لغروره ، وقد سبقت هذه المسألة بعينها .

قوله : (ولو اتجر بالمال المغصوب فإن اشترى بالعين فالربح
للمالك إن أجاز البيع) .

وليس لكل من البائع والغاصب التصرف في العين ؛ لإمكان اجازة المالك
خصوصاً على القول بأن الاجازة كاشفة .

قوله : (وإن اشترى في الذمة فللغاصب) .

لأن الثمن حينئذ أمر كلي لكن عليه وزر المدفوع ، ويجب رده على
المالك إن اراده ، ولو ترتبت عليه تصرفات كان للمالك تتبعها^(٢) واجازة ما يريد
منها ورد ما يريد ، وعلى الغاصب السعي في تحصيل ما ترتب على يده من

(١) في «م» : على الغاصب بقيمة العين .

(٢) في «ق» : منعها ، وفي «م» : بيعها ، وفي هامشها : تتبعها/ظ .

فإن ضارب به فالربح للمالك وعلى الغاصب أجرة العامل الجاهل .
ولو أقر بائع العبد بغضبه من آخر وكذّبه المشتري أغرم البائع الأكثر
من الثمن والقيمة للمالك ، ثم إن كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري
مطالبته به ، وإن لم يكن قبضه فليس له طلبه ، بل أقل الأمرين من القيمة
والثمن ،

التصرفات ، وقد سبق في البيع ، وللمالك تتبع العقود ورعاية مصلحته^(١) .
قوله : (فإن ضارب به فالربح للمالك ، وعلى الغاصب أجرة
العامل الجاهل) .

أي : أجرة المثل لفساد المضاربة وكونه مغروراً
قوله : (ولو أقر بائع العبد بغضبه من آخر وكذّبه المشتري أغرم
البائع الاكثر من الثمن والقيمة للمالك) .
إذا كذّبه المشتري لم ينفذ اقراره في حقه ، بل في حق نفسه ، فحينئذ
يغرمه المقر ما ذكره المصنف .

ويشكل بأنه لا يخلو : إما أن يجيز البيع أو يردّه ، فإن أجازّه أغرمه الثمن
فقط ، وإن رده أغرمه القيمة ليس إلا فلا يتم ما ذكره ، وربما ينزل على أن
يكون قد أقر باستعارته للرهن بعد اقراره بالغصبية ، فإن المستعير للرهن يلزمه
اكثر الأمرين ، وهذا صحيح إلا أنه خروج عن المسألة ، والأصح أن له الثمن
إن أجاز وإلا فالقيمة .

قوله : (ثم إن كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبته به ،
وإن لم يكن قبضه فليس له طلبه بل أقل الأمرين من القيمة والثمن) .
أي : هذا حال المقر بالنسبة الى المالك المقر له ، فأما بالنسبة الى

(١) في «ق» : رعاية المصلحة .

فإن عاد العبد اليه بفسخ أو غيره وجب رده على مالكة واسترجع ما دفعه .

المشتري فإن كان قبض الثمن فليس للمشتري مطالبته على حال؛ لأنه لم يصدقه على اقراره ، فمقتضى تكذيبه البيع صحيح والثمن مستحق للبائع المقر فتسليمه وقع بحق فليس له المطالبة به .

ثم البائع ينظر فيما بينه وبين الله تعالى فيفعل ما يعلم أنه الحق ، فلو كان اقراره بالغصب مطابقاً للواقع ، ولم يجز المالك البيع وقبض الثمن رد الزيادة على القيمة على المشتري ولو بوجه لا يعلم المشتري معه بالحال .

وإن لم يكن قبضه فليس له طلبه ، بل له أقل الأمرين من القيمة والثمن؛ لأنه إن كانت القيمة أقل فليس له إلا القيمة ، لأن البيع بمقتضى اقراره غير صحيح . وفيه نظر؛ لأن المقر له لو أجاز البيع لكان البيع صحيحاً باتفاق الكل ، فيستحق^(١) الثمن كائناً ما كان وإن كان أكثر من القيمة . وإن كان الثمن أقل فليس له إلا الثمن سواء أجاز المقر له أم لا؛ لأنه لا يقبل اقراره بكون الملك لآخر على المشتري فلا يلزمه إلا أقل الأمرين .

فإن كان الثمن أقل فهو المستحق ظاهراً ، وإن كانت القيمة أقل فباعتراف البائع لا يستحق سواها ، فليس له المطالبة بالزائد لكن المشتري إن علم الحال اعتمد ما يقتضيه الحال بحسب الواقع .

فعلى هذا يجب أن يقال هكذا : على تقدير عدم قبض الثمن إما أن يجيز المقر له البيع أو لا ، فإن أجاز استحق الثمن وإلا فالأقل من الثمن والقيمة ، وهذا هو الأصح ، وما ذكره المصنف لا يستقيم .

قوله : (فإن عاد العبد اليه بفسخ أو غيره وجب رده على مالكة واسترجع ما دفعه) .

لمؤاخذته باقراره السابق ، وما دفعه كان للحيلولة فتأتي فيه الاحكام

(١) في (م) : فالمستحق .

ولو كان اقراره في مدّة خياره انفسخ البيع ؛ لأنه يملك فسخه فيقبل اقراره بما يفسخه .

ولو أقر المشتري خاصة لزمه رد العبد الى المقر له ويدفع الثمن الى بائعه ، ولو اعتق المشتري العبد لم ينفذ اقرارهما عليه ، وكذا لو باعه على ثالث .

السابقة .

قوله : (ولو كان اقراره في مدة خياره انفسخ البيع ؛ لأنه يملك فسخه فيقبل اقراره بما يفسخه) .

كالخيار المشروط ونحوه ، وإنما حكم بالانفساخ لوجوب نفوذ اقراره حيث يمكن ، وهو ممكن على هذا التقدير فيكون بمنزلة الفسخ ، كما لو باع ذو الخيار أو اعتق .

قوله : (ولو أقر المشتري خاصة لزمه رد العبد الى المقر له ، ويدفع الثمن الى بائعه) .

لأن اقراره إنما ينفذ في حقه لا في حق البائع اذا لم يصدقه .

قوله : (ولو اعتق المشتري العبد لم ينفذ اقرارهما عليه) .

أي : لو تصادق البائع والمشتري بعد اعتاق المشتري العبد على كون العبد مغضوباً لم يكن اقرارهما نافذاً عليه ، لأن العتق حقه ، بل يثبت الغرم على كل منهما ، وقراره على المشتري اذا كان عالماً .

قوله : (وكذا لو باعه على ثالث) .

أي : لو باع المشتري العبد على ثالث ثم تصادقا على كونه مغضوباً لا ينفذ اقرارهما عليه ؛ لأنه اقرار في حق الغير .

ولو صدَّقهما العبد فالأقرب القبول ، ويحتمل عدمه ؛ لأن العتق حق الله تعالى ، كما لو اتفق العبد والسيد على الرق وشهد عدلان بالعتق .

خاتمة: في النزاع :

لو اختلفا في تلف المغصوب قدّم قول الغاصب مع يمينه ؛ لأنه قد يصدّق ولا بينة ،

قوله : (ولو صدَّقهما العبد فالأقرب القبول) .

وجه القرب : أن الحق له فاذا صدَّقهما على فساد العتق قبل ، وإلا لم يقبل اقرار الحرية ممن ظاهره الحرية ، ولا يخلو من قوة .

قوله : (ويحتمل عدمه ؛ لأن العتق حق الله تعالى ، كما لو اتفق العبد والسيد على الرق وشهد عدلان بالعتق) .

فحيث كان العتق حقاً لله تعالى لم ينفذ اقرار العبد بما ينافيه . ويشكل بما قلناه أولاً وامكان الفرق ؛ لأن العبد والسيد في المثال اتفقا على الرق ، والشاهدان لم ينفيا بل شهدا بأمر زائد وهو طرؤ العتق فكانت الشهادة مسموعة ، بخلاف ما نحن فيه فإنهم متفقون على وقوع العتق وأنه وقع فاسداً .

وفي المثال لو قدّر اعترافهما بوقوع العتق ودعواهما فساده لكان كالمسألة الأولى ، ولا يبعد القول بعدم القبول ؛ لأنه على هذا التقدير لا يتصور قبول قول المالك في وقوع العتق على وجه فاسد وإن صدّقه العبد إلا بالبينّة ، بخلاف سائر العقود ، على أن حق الله تعالى في الاعتاق تابع لوقوعه صحيحاً ، ومنشئ العقد والايقاع اعلم به ؛ لأنه فعله ، ويلزم عليه ايضاً عدم انتفاء الزوجية بتصادق الزوجين ؛ لأن الله تعالى في ذلك حقاً فإن الفروج أشد احتياطاً من غيرها .

قوله : (لو اختلفا في تلف المغصوب قدّم قول الغاصب مع يمينه ؛ لأنه قد يصدّق ولا بينة) .

فإذا حلف طولب بالبدل وإن كانت العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف .

وكذا لو تنازعا في القيمة على رأي

توضيحه : أن الغاصب قد يكون صادقاً في دعواه التلف بحسب الواقع ولا بينة له ، فلو لم يقدّم قوله بيمينه لم يكن إلا حبسه لإحضار العين ، فيلزم أن يخلد حبسه ولا يجد عنه مخرجاً ، واللازم معلوم البطلان .

فإن قيل : لو اقام المالك بينة ببقاء العين فإنه يحبس ، فلو اصر على تلفها يلزم ما ذكر ، ومهما قلت^(١) هنا يجيء مثله هناك .

قلنا : يمكن الفرق بثبوت البقاء هنا بخلافه هناك ، فيعتمد معه الضرب والاهانة لثبوت عناده .

قوله : (فإذا حلف طولب بالبدل وإن كانت العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف) .

وفي وجه للشافعية لا يطالب بالبدل؛ لأن المالك يزعم أن العين باقية فلا يستحق البدل^(٢) ، وما ذكره المصنف بجملة ان الوصلية وما في حيزها اشارة الى جوابه ، فإن البدل يستحق عند العجز عن العين للحيلولة وإن قطع ببقاء العين ، فاذا ثبت باليمين تلفها فالعجز اظهر فيستحق البدل .

قوله : (وكذا لو تنازعا في القيمة على رأي) .

أي : يقدم قول الغاصب بيمينه لأنه منكر للزائد ، وقال الشيخ في النهاية : يقدم قول المالك^(٣) ، والأصح الاول .

(١) في وق: ما ذكرهما قلت .

(٢) انظر: فتح العزيز ١١: ٢٨٦ ، المجموع ١٤ : ٢٩٤ .

(٣) النهاية : ٤٠٢ .

ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد ، وكذا لو ادعى المالك صفة تزيد بها القيمة كتعلم صنعة ، أو تنازعا في الثوب الذي على العبد أو الخاتم الذي في اصبعه .

أما لو ادعى الغاصب عيباً تنقص به القيمة كالعور، أو ادعى رد العبد قبل موته والمالك بعده ، أو ادعى رد الغصب أو رد قيمته أو مثله قدّم قول المالك مع اليمين .

قوله : (ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد) .

أي : فلا يسمع قوله حينئذ بيمينه ، فهل يقدم قول المالك بيمينه حينئذ ؛ لانتفاء الوثوق بالغاصب حينئذ لظهور كذبه ، ولحصر دعواه فيما علم انتفاؤه أم يطالب بما يكون محتملاً؟ لم اجد تصريحاً بأحدهما .

قوله : (وكذا لو ادعى المالك صفة يزيد بها القيمة كتعليم صنعة ، أو تنازعا في الثوب على العبد ، أو الخاتم الذي في اصبعه) .

أي : وكذا يقدم قول الغاصب بيمينه في ذلك ؛ لأن الاصل عدم الصنعة والثوب والخاتم في يد الغاصب ؛ لأن العبد في يده ، ولهذا يضمه ومنافعه ، ولو اختلفا في تقدم الصنعة لتكثر الأجرة فكذلك .

واعلم ان في بعض نسخ الكتاب : (كتعلم صنعة) وهو اصبوب .

قوله : (أما لو ادعى الغاصب عيباً ينقص به القيمة كالعور ، أو ادعى رد العبد قبل موته والمالك بعده ، أو ادعى رد الغصب أو رد قيمته أو مثله قدّم قول المالك مع اليمين) .

لما كان الأصل في العبد السلامة كانت دعوى العيب لمخالفتها الأصل متوقفة على البينة ، ومع عدمها فالقول قول من ينفيه بيمينه ، وهذا رجوع عن التردد السابق - في قول المصنف قبل المطلب الثاني : (ففي تقديم أحد

ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها ، فادعى المالك الزيادة قبل التلف والغاصب بعده ، أو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب والغاصب سبقه على اشكال ،

الاصلين نظر) - الى الجزم .

ولو ادعى الغاصب رد العبد قبل موته والمالك بعده فالأصل عدم التقدم ، والأصل بقاء الضمان واستحقاق المطالبة وعدم التسليم فيقدم قول المالك باليمين ، ومثله ما لو ادعى رد الاصل أو البذل .

قوله : (ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المغصوب في وقتها ، فادعى المالك الزيادة قبل التلف والغاصب بعده) .

سيأتي جوابه في قوله آخرأ : (قدّم قول الغاصب) أي : لو اختلفا بعد اتفاقهما على ارتفاع قيمة المغصوب باعتبار السوق في وقت الزيادة ، أي : اختلفا في وقت حصول هذه الزيادة ، فادعى المالك الزيادة قبل التلف ، وانكر الغاصب ذلك قدّم قول الغاصب بيمينه؛ لأنه منكر .

وفي حواشي شيخنا الشهيد : ان هذا إنما يتأتى عند من قال بضمان اعلى القيم ، أما من قال بضمان قيمة يوم التلف كالمصنف في المختلف^(١) ، فإنه يسقط هذا الفرع . وفيه نظر؛ لأن زيادة القيمة قبل التلف صادق على ما اذا بقيت الزيادة الى حين التلف فلا يتم ما ذكره .

قوله : (أو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب والغاصب سبقه على اشكال) .

هذا معطوف على ما قبله ، وسيأتي جوابه أيضاً ، فلو ادعى المالك ان العيب الموجود المشاهد قد تجدد في يد الغاصب - فالجار في قوله : (في يد الغاصب) يتعلق بـ (تجدد) - وادعى الغاصب سبقه فالقول قول الغاصب على

أو غصبه خمرأً وادعى المالك تخلله عند الغاصب وانكر الغاصب قدّم قول الغاصب .

اشكال ينشأ : من وجود العيب في يد الغاصب ، والأصل عدم التقدم ، فكان القول قول المالك . ومن أن الغاصب غارم مدعى عليه بزيادة القيمة وهو ينكرها فالقول قوله ، وهذا قول الشيخ رحمه الله ، وفرق بين هذه وبين ما اذا كان الاختلاف بعد موت العبد^(١) ، وهو السابق في قول المصنف : (أما لو ادعى الغاصب عيباً تنقص به القيمة . . .) فإنه اعترف بتقديم قول المالك في هذه ، بأن الأصل في العبد السلامة حتى يعرف العيب ، بخلاف ما اذا كان حياً فإن العور موجود مشاهد فالظاهر انه لم يزل : والأصح عدم الفرق بين المسألتين فيقدّم قول المالك وهو مختار ابن ادريس^(٢) ، ووجهه ما سبق .

قوله : (أو غصبه خمرأً وادعى المالك تخلله عند الغاصب وانكر الغاصب) .

اذا غصبه خمرأً ثم طرأ التلف ، فادعى المالك تخللها عند الغاصب قبل التلف ، وانكر الغاصب ذلك قدّم قول الغاصب بيمينه ؛ لأن الأصل براءة ذمته^(٣) وشغلها يتوقف على الثبوت ، والأصل عدم التخلل قبل التلف ايضاً ، وكان على المصنف أن يقول : تخللها بالتأنيث .

واعلم ان هذا إنما يكون في الخمر المحترمة ؛ لأنها اذا تخللت في يد الغاصب تكون للمالك كما سبق ، أما غيرها فإن الغاصب يملكها بتخللها عنده كما سبق بحدوث الملك في يده ، ولا اولوية للأول .

وقد صرح في التذكرة بذلك فقال : ولو غصبه خمرأً محترمة الى اخره ،

(١) المبسوط: ٣: ١٠٤ .

(٢) السرائر: ٢٧٩ . والظاهر ان ما فيه مناقض لما نقله في جامع المقاصد عن ابن ادريس ، ولمزيد الاطلاع انظر: المختلف: ٤٥٨ ، مفتاح الكرامة: ٦: ٢٥٦ - ٢٥٨ .

(٣) في حق: الزمة .

ولو باع الغاصب شيئاً أو وهبه ، ثم انتقل اليه بسبب صحيح فقال للمشتري : بعتك ما لا املك واقام بينة ، فالأقرب أنه إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه ما يتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته ، وإلا فلا ، كأن يقول : بعتك ملكي ، أو هذا ملكي ، أو قبضت ثمن ملكي ، أو قبضته ملكي .

وقوله : قدم قول الغاصب^(١) جواب لجميع هذه المسائل .

قوله : (ولو باع الغاصب شيئاً ، أو وهبه ثم انتقل اليه بسبب صحيح فقال للمشتري : بعتك ما لا املك واقام بينة ، فالأقرب أنه إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه ما يتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته ، وإلا فلا ، كأن يقول : بعتك ملكي ، أو هذا ملكي ، أو قبضت ثمن ملكي) .

إذا باع الغاصب شيئاً أو وهبه ، ثم انتقل اليه بسبب صحيح كالارث والشراء ، ولم يكن المشتري عالماً بكونه غاصباً ، فقال الغاصب للمشتري : بعتك ما لا املك فالبيع فاسد واقام بينة بذلك ، فقال المشتري : بل البيع صحيح ؛ تعويلاً على ظاهر الحال من أنه مالك فهل تسمع هذه الدعوى والبينة ، أم ترد لمنافاتها ما دل عليه البيع والهبة من كونه مالكا؟ الأقرب عند المصنف التفصيل بأنه : اما أن يكون قد اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه ما يدل على كونه مالكا ، أو لا .

فعلی الأول تسمع دعواه وبينته ؛ لانتفاء التنافي ، فإن البيع بمجرد لا يقتضي الملكية إذ هو اعم من بيع الفضولي وغيره ، والعام لا يقتضي فرداً بخصوصه فلا تنافيه دعوى عدم الملكية وقت البيع فله انتزاع المبيع .

وفي الثاني وهو ما اذا لم يقتصر ، بل ضم ما يدل على كونه مالكا كأن

يقول في العقد أو بعده : بعتك ملكي ، أو يقول : هذا ملكي ، أو يقول : قبضت ثمن ملكي ، أو اقبضته - أي : المشتري - ملكي فإنه في هذه الصور كلها ونحوها لا تسمع دعواه ولا يثبت له لتكذيبه إياها .

ويشكل الأول بأن الشريك في النصف لو باع نصفاً انصرف الى نصفه ؛ حملاً للفظ البيع على الصحيح اللازم ، ولو كان اعم لكان النصف منزلاً على الاشاعة ، وقد سبق في كتاب البيع ، إلا أن يقال : لما كان مالكاً للنصف - والظاهر والغالب أن الشخص إنما يبيع ملك نفسه لا ملك الغير - كان ذلك قرينة على ارادة ملكه وذلك منتف هنا ، وعلى كل حال فتفصيل المصنف هنا ليس بذلك البعيد .

واعلم انه لو ادعى عليه العلم ، فيما اذا صرح مع البيع بكونه مالكاً فهل يجب احلافه على نفيه؟ سبق^(١) في الوديعة في نظيره ما صرح فيه بالوجوب .

* * *

(١) في «ق» : كما سبق .

المقصد الثاني: في الشفعة : وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع ، وليست بيعاً، فلا يثبت خيار المجلس ، وفيه فصول :

قوله : (وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع) .

الشفعة مأخوذة من قولك : شفعت كذا بكذا اذا جعلته شفعاً به ، أي : زوجاً ، كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب صاحبه ، واصلها التقوية والاعانة ، ومنه الشفاعة والشفيع ؛ لأن كل واحد من الوترين يتقوى بالآخر .

وفي الشرع عرفها المصنف بأنها : (استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع) وهذا صادق على استحقاقه انتزاع حصته ببيعه إياها . ثم ان الحصة لا يعلم أي حصة يراد بها ، وكذا الشريك لا يتعين أي شريك يراد به .

وعرّفت أيضا : بأنها حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما لا ينقل عادة مع اقراره . واحترز بالتملك القهري عن التملك بالبيع ونحوه ، وبكونها للشريك القديم على الحادث عن تملك الطعام في المخصصة وإن كان بحصة الشريك اذا دعت الضرورة اليها ؛ لأن التقييد بالقديم والحادث يقتضي أن للوصفين دخلاً في ذلك ، وهو منتف في المخصصة .

واحترز بما لا ينقل عادة عن المنقولات ، وادرج بالعادة نحو الدولاب وآلات البناء ، وبكونه مستقراً عن نحو الغرفة التي لاقرار لها في الأرض .

قوله : (وليست بيعاً فلا يثبت خيار المجلس) .

للشافعي قولان في ثبوت خيار المجلس في الشفعة ، وذلك بأن يترك بعد ما أخذ بالشفعة ، أو يترك بعد ما أخذ ما دام في المجلس ، وعلله بأن ذلك

الأول: المحل: وهو كل عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمة ، فلا تثبت في المنقولات على رأي ،

معاوضة فكان في أخذها وتركها خيار المجلس كالبيع ، ولأنها اشبه شيء بالبيع^(١) ، واصحابنا جميعهم على خلافه .

والنصوص إنما دلت على ثبوت خيار المجلس في البيع^(٢) ، والشفعة ليست بيعاً ، والظاهر انه لا يثبت خيار الشرط لعدم الدليل ، ولأن ذلك يقتضي اثبات زيادة سلطنة على المشتري إذ لا عقد يشترط فيه ذلك ، وليس هناك إلا أخذ الشفيع .

وسياتي إن شاء الله تعالى ما يدل على ثبوت خيار العيب ، وهل يثبت خيار الغبن بشروطه؟ يحتمل ذلك؛ لأن فيه دعواً للضرر المنفي ، ولأنه ربما ادى فيه الى الضرر ، بأن يبيع باضعاف القيمة لايقاع الشفيع الجاهل بها .

قوله : (وهو كل عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للقسمة) .

في نهاية ابن الأثير : العقار بالفتح : الضيعة والنخل والأرض ونحو ذلك^(٣) .

قوله : (فلا يثبت في المنقولات على رأي) .

هذا هو المشهور ، وقال السيد^(٤) ، وابن الجنيدي^(٥) ، وابن البراج^(٦) ، وابن ادريس^(٧) بثبوتها في كل شيء من المبيعات المنقولات وغيرها؛ تعويلاً

(١) انظر: المجموع ١٤: ٣٣٨ .

(٢) الكافي ٥: ١٧٠ حديث ٤- ٦ ، التهذيب ٧: ٢٠ حديث ٨٥ ، ٨٦ ، الاستبصار ٣: ٧٢ حديث ٢٤٠ ، ٢٤١ .

(٣) النهاية لابن الاثير (عق) ٣: ٢٧٤ .

(٤) الانتصار: ٢١٥ .

(٥) المختلف: ٤٠٢ .

(٦) المهذب ١: ٤٥٨ .

(٧) السرائر: ٢٥١ .

ولا في البناء والغرس اذا بيعا منفردين ، ولو بيعا منضمين الى الأرض دخلا في الشفعة تبعاً .

على رواية يونس المرسله^(١) ، ونحوها^(٢) مما لا ينهض حجة .

والأصح عدم الثبوت في غير المنقول اقتصاراً في مخالف الأصل على موضع الوفاق ، وللرواية الصحيحة الدالة على نفي الشفعة في الحيوان^(٣) ، فينتفي في غيره من المنقولات لعدم القائل بالفصل .

لا يقال : قد دلت على ثبوتها في المملوك ، ولا قائل بالفصل .

قلنا : إن تم ذلك فقد ثبت تدافعها ، فوجب اطراحها والرجوع الى غيرها من الاخبار والدلائل .

قوله : (ولا في البناء والغرس اذا بيعا منفردين) .

لأنهما في حكم ما ينقل وقد كانا في الأصل منقولين وسيتهيأ الى النقل وإن طال الأمد .

قوله : (ولو بيعا منضمين الى الأرض دخلا في الشفعة تبعاً) .

أي : تبعاً للأرض ؛ لأن في بعض اخبار العامة : ثبوت الشفعة في الربع^(٤) ، وهو يتناول الأبنية ، وفي بعض اخبارنا^(٥) : والمسكن ، وهو يتناول الأبنية^(٦) ، وفي بعضها : الدار^(٧) ، ويندرج فيها الابواب والسقوف

(١) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٨ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٣٠ ، الاستبصار ٣ : ١١٦ حديث ٤١٣ .

(٢) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٩ ، الاستبصار ٣ : ١١٦ حديث ٤١٥ .

(٣) التهذيب ٧ : ١٦٦ حديث ٧٣٥ ، الاستبصار ٣ : ١١٦ حديث ٤١٥ .

(٤) مسند أحمد ٣ : ٣١٢ ، ٣١٦ ، سنن ابي داود ٣ : ٢٨٥ حديث ٣٥١٣ ، سنن النسائي ٧ : ٣٢٠ باب الشركة في الرباع .

(٥) في وق : أخبارها .

(٦) الكافي ٥ : ٢٨٠ حديث ٤ ، الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٤ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٧ .

(٧) الكافي ٥ : ٢٨١ ذيل حديث ٨ .

وفي دخول الدولاب نظر ينشأ : من جريان العادة بعدم نقله .
ولا تدخل الحبال التي تتركب عليها الدلاء ، ولا في الثمرة وإن
بيعت على شجرها مع الأرض ،

والجدران .

واعلم أن التبعية إنما تتحقق اذا بيعت الاشجار والبناء مع الأرض التي
هي فيها ، لا اذا بيعت مع ارض اخرى إذ لا تبعية حينئذ ، ولعدم تناول
النصوص مثل هذا ، وكذا الدولاب على القول به .

قوله : (وفي دخول الدولاب نظر ينشأ : من جريان العادة بعدم نقله) .

ومن أنه منقول في نفسه . واعلم ان موضع النظر ما اذا بيع مع الأرض ،
أما اذا بيع وحده فلا بحث في عدم ثبوت الشفعة فيه ، بناءً على عدم الثبوت
فيما ينقل ، وقد اختار المصنف في التذكرة عدم ثبوت الشفعة فيه^(١) ، والأصح
الدخول ؛ لأنه ربما يتناوله اسم الدار اذا كان من مرافقها .

وكذا القول في الحمام ، فإنه يشمل كما يشمل سائر مرافقه المثبتة ، وأي
فرق بينه وبين الأبواب ، وفي معنى الدولاب الناعورة ونحوها .

قوله : (ولا تدخل الحبال التي تتركب عليها الدلاء) .

إذ هي منقولة حقيقة .

قوله : (ولا في الثمرة وإن بيعت على شجرها مع الأرض) .

أي : لا تثبت الشفعة في الثمرة سواء كانت مؤبرة أم لا ، وسواء بيعت مع
الأرض او منفردة ، وكذا الزروع الثابتة ، للأصل .

ولا دليل في الشرع على ثبوت الشفعة فيها ولا يدخل في مسمى
البيستان ، ولأنها لا يراد دوامها بل لها أمد معين ينتظر ، وقال الشيخ : تثبت

واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفلى فإنه لا ثبات لها إذ لا أرض لها .

ولو كان السقف لهما فاشكال : من حيث أنه في الهواء فليس

بثابت .

الشفعة في الثمار والزرع تبعاً للأصول والأرض التي هي فيها^(١) ، والأصح الأول .

قوله : (واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف صاحب السفلى فإنه لا ثبات لها إذ لا أرض لها ، ولو كان السقف لهما فاشكال من حيث انه في الهواء فليس بثابت) .

أي : لو كانت أرض الغرفة سقف صاحب السفلى المختص به لم يثبت في الغرفة شفعة لو كانت مشتركة وباع أحد الشريكين حصته ؛ لانتفاء التبعية المقتضية لثبوت الشفعة .

[نلو كان السقف]^(٢) لهما - الذي هو أرض الغرفة - مع جدرانها وسقفها ، من دون اشتراكهما في أرض السفلى ففي ثبوت الشفعة حينئذ اشكال ينشأ : من أنه في الهواء فليس بثابت ، ومن عدم النقل عادة . وليس بشيء ؛ لأن آلات البناء منقولة في الأصل وصائرة الى النقل ، والشفعة إنما تثبت فيها تبعاً للأرض كما سبق ولا أرض هنا .

ولا فرق بين هذا السقف وسائر السقوف والجدران ، والأصح عدم

الثبوت .

(١) قال السيد العاملي في المفتاح ٦ : ٣٢١ : . . . والمخالف انما هو الشيخ في المبسوط قال : ثبت

في الزرع والثمار اذا دخلت في المبيع بالشرط . . .

وفي المبسوط ٣ : ١٠٧ : واما ما لم يكن اصلاً ثابت كالزرع والثمار ، فاذا دخلت في المبيع

بالشرط كانت الشفعة واجبة في الاصل دونها .

وهو كما ترى مخالف لما نقل في جامع المقاصد والمفتاح .

(٢) لم ترد في النسختين ، واثبتناها من الحجرية لعدم استقامة المعنى بدونها .

واحترزنا بالمشترك عن غيره ، فلا تثبت بالجوار ، ولا فيما قَسَمَ وميِّز
إلا مع الشركة في الطريق أو النهر اذا ضمهما البيع .

قوله : (واحترزنا بالمشترك عن غيره فلا يثبت بالجوار) .

يلوح من عبارة ابن ابي عقيل ثبوت الشفعة بالجوار حيث قال : ولا شفعة
للجار مع الخليل^(١) ، وهو ضعيف لقوله عليه السلام : « لا شفعة إلا لشريك
مقاسم »^(٢) .

قوله : (ولا فيما قَسَمَ وميِّز إلا مع الشركة في الطريق أو النهر اذا
ضمهما البيع) .

أي : اذا ضمهما البيع الى الشقص (المقسوم)^(٣) المتميز لعدم حصول
كمال القسمة ، لبقاء الاشتراك في المرافق ، ولا استحباب ما كان ، ولحسنة
منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام وقد سأله عن دار فيها دور وطريقهم
واحد في عرصه الدار ، فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق أن
يأخذوا بالشفعة؟ فقال : «إن كان باب الدار وما حول بابها الى طريق غير ذلك فلا
شفعة لهم ، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة »^(٤) .

ومعنى هذه : أن باب الدار المبيعة ، وما حول بابها الى الطريق المباح
إن كان غير ذلك الطريق المشترك ، اعني الذي في العرصه ، بأن لم يكن البائع

(١) المختلف: ٤٠٣ .

توضيح : قال في المفتاح ٦ : ٣٢٢ : وقال العماني فيما حكى عنه : لا شفعة لجار مع الخليل ،
وهو يقضي بثبوتها للجار لكن الخليل مقدم عليه .

(٢) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٦ ، الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٤ ، ١٥٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٦ ، ١٦٧
حديث ٧٣٧ ، ٧٤١ ، وفيها : « لا شفعة الا لشريك غير مقاسم » والظاهر ان (غير) ساقطة من
النسخ ، لان كل الاحاديث الواردة نضا ومعنى تدل على ان الشفعة تثبت للشريك الغير مقاسم .

(٣) لم ترد في «ق» ، وفي «م» : المشفوع ، وما اثبتناه من الحجرية .

(٤) الكافي ٥ : ٢٨٠ حديث ٢ ، الاستبصار ٣ : ١١٧ حديث ٤١٧ ، وفيهما : «... فقال: ان كان باع

الدار وحول بابها...» ، التهذيب ٧ : ١٦٥ حديث ٧٣١ .

قد باع حقه من الطريق مع داره بل باع داره فقط ، وسد بابها الأصلي وفتح لها باب الخروج الى الطريق المباح فلا شفعة حينئذ ؛ لأن المبيع غير مشترك ولا في حكم المشترك ، إذ لم يبيع معه ما كان موجباً لاستمرار حكم الشركة .

وفي صحيحة أخرى لمنصور بن حازم عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : دار بين قوم اقتسموها وأخذ كل واحد منهم قطعة ، وتركوا ببابهم ساحة فيها ممرهم ، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم ، ألم ذلك؟ قال : « نعم ، ولكن يسد بابه ويفتح باباً الى الطريق ، أو ينزل من فوق البيت ويسد بابه ، وإن أراد صاحب الطريق يبيعه فإنهم احق به ، وإلا فهو طريقه يجيء يجلس على ذلك الباب »^(١) .

ومعنى هذه : أن الدار في الأصل كانت مشتركة بين قوم فاقتموها ، وتركوا ساحة منها هي ممرهم على الشركة ، ثم باع بعضهم نصيبه المقسوم فقط دون نصيبه في الساحة فإن له ذلك لكن يسد بابه الى الساحة إذ لا حق له فيها ، يفتح له باباً الى الطريق العام ، أو يجعل له درجاً ينزل به من فوق البيت .

وإن أراد صاحب الطريق - اعني الشريك فيه ، والمراد به : الممر الذي في العرصة - يبيعه فإنهم احق به فيأخذونه بالشفعة ، وإن لم يرد يبيعه فهو طريقه ، يجيء يجلس على ذلك الباب المسدود كما يكون حال الشريك مع شركائه ، وهذه لم يذكر فيها حال الشفعة في الشقص المقسوم ، وفي رواية أخرى لمنصور بن حازم مثل هذه^(٢) ، اذا تقرر هذا فهنا مباحث :

الأول : قد اشتملت الروايات على ذكر القوم والشركاء وضمير الجمع ، والمختار أن لا شفعة مع الكثرة ، ولا يمكن الاحتجاج بهذه الأخبار . قلنا : لما

(١) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٩ ، التهذيب ٧ : ١٦٥ حديث ٧٣٢ ، الاستبصار ٣ : ١١٧ حديث ٤١٨ ، وفيها : «واخذ كل واحد منهم قطعة فبناها . . .» .

(٢) التهذيب ٧ : ١٦٧ حديث ٧٤٣ .

دلت الدلائل على نفي الشفعة مع الكثرة وجب حمل ما وقع من الالفاظ الدالة على الجمع هاهنا على المختار جمعاً بين الاخبار .

الثاني : قد ورد في بعض هذه الاخبار « فأخذ كل واحد منهم قطعة فيها »^(١) كما ذكره في المختلف^(٢) ، مع أن البناء الحادث لم يكن مشتركاً فلا ثبت فيه الشفعة ، قلنا : لا دلالة في الرواية على ثبوت الشفعة فيه فلا أثر لذكره وعدمه .

الثالث : لو انتقل المقسوم مع بقاء الشركة في الطريق الى غير المتقاسمين فهل تبقى الشفعة لكل منهما^(٣) كما كانت للأولين؟ يحتمل ذلك؛ لبقاء الشركة حكماً إذ لم تحصل القسمة المائزة لمجموع النصيبين ، ولأن رواية منصور الأولى تشمل على اطلاقها هذا الفرع^(٤) . والظاهر العدم؛ لأن ثبوت الشفعة على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين ، ولظاهر قوله عليه لسالم : « لا شفعة إلا لشريك مقاسم »^(٥) .

الرابع : هل يشترط في الطريق أو النهر المشتركين بعد تميز النصيبين من الدار ونحوها قبولهما القسمة ، حيث أن مالا يقبل القسمة لا شفعة فيه؟ لا ريب في الاشتراط إن بيع الشقص فيهما منفرداً ، وإن بيع منضمماً الى الشقص المقسوم ففي عبارة الدروس ما يقتضي الاشتراط ، حيث قال : ولا مع القسمة

(١) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٩ ، التهذيب ٧ : ١٦٥ حديث ٧٣٢ ، الاستبصار ٣ : ١١٧ حديث ٤١٨ .

(٢) المختلف : ٤٠٣ .

(٣) في م : لكل واحد منهما على الآخر .

(٤) الكافي ٥ : ٢٨٠ حديث ٢ ، التهذيب ٧ : ١٦٥ حديث ٧٣١ ، الاستبصار ٣ : ١١٧ حديث ٤١٧ .

(٥) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٦ ، الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٤ ، ١٥٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٧ حديث ٧٤١ .

الامع الاشتراك في الطريق والنهر اللذين يقبلان القسمة على الخلاف^(١).

ويشكل بأن قبول القسمة شرط لجميع المشفوع لا لأبعاضه؛ ولأن هذه القسمة كلا قسمة، وإطلاق رواية منصور بن حازم^(٢) يتناول ما اذا لم يكن قابلاً للقسمة.

الخامس: لو لم تكن الدور مشتركة في الأصل، بل كان الاشتراك في الطريق فقط، فإن بيع الطريق وحده قال في التذكرة: فللشركاء الشفعة إن كان واحداً وأمكن قسمته وإلا فلا، وهو جيد، وإن باع الدار بالمرق قال: أيضاً للشريك في الممر الشفعة في الدار وطريقها^(٣). وظاهر هذا الإطلاق يقتضي اثبات الشفعة وإن لم تكن الدار مشتركة في الأصل ثم طرأت عليها القسمة، ويؤيده انه حكى عن الشافعي أنه لا شفعة في الدار؛ لأنه لا شركة فيها، فصار كما لو باع شقصاً من عقار مشترك وعقار غير مشترك.

ثم قال: وإن ارادوا أخذ الممر بالشفعة قال الشافعي: ينظر إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار، أو أمكنه فتح باب آخر إلى شارع فلهم ذلك على المشهور إن كان منقسماً، وإلا فعلى الخلاف في غير المنقسم^(٤).

ثم قال بعد كلام حكاه عن الشافعية^(٥): والأقرب عندي أن الطريق إن كان مما يمكن قسمته، والشريك واحد، وبيع مع الدار المختصة بالبائع صفقة فللشريك الآخر أخذ الطريق خاصة إن شاء، وإن شاء أخذ الجميع، وإن لم يمكن قسمته لم يكن له أخذه خاصة، بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك^(٦)، هذا

(١) الدروس: ٣٨٦.

(٢) الكافي ٥: ٢٨٠ حديث ٢، التهذيب ٧: ١٦٥ حديث ٧٣١، الاستبصار ٣: ١١٧ حديث ٤١٧.

(٣) المجموع ١٤: ٣٠٠، فتح العزيز (المطبوع مع المجموع) ١١: ٢٩٣.

(٤) المجموع ١٤: ٣٠٠-٣٠١، فتح العزيز ١١: ٣٩٥-٣٩٦.

(٥) انظر: المجموع ١٤: ٣٠٠-٣٠١، فتح العزيز ١١: ٣٩٧-٣٩٨.

(٦) التذكرة ١: ٥٩٠.

كلامه ، فحاصل كلامه يرجع الى أمرين :
 أحدهما : ان الشفعة تثبت في المبيع وإن لم يكن مشتركاً في الحال ولا في الأصل اذا كان طريقه أو شربه مشتركاً ، وهو ظاهر اختياره في التحرير^(١) ، وظاهر اختيار الشيخ في النهاية^(٢) والمبسوط^(٣) ، وابن ادريس في السرائر^(٤) ، وظاهر عبارة القواعد حيث نفى ثبوت الشركة للجار والمقاسم لإمع الاشتراك في الطريق أو النهر ، وكذا الدروس^(٥) ، والشرائع^(٦) ، وهو ظاهر كلام المختلف يظهر من جوابه عن حجة ابن ابي عقيل^(٧) ، وهو الذي يقتضيه صحيح النظر؛ لأن ضم غير المشفوع الى المشفوع لا يوجب ثبوت الشفعة في غير المشفوع اتفاقاً .

والمبيع الذي لا شركة فيه في الحال ولا في الأصل ليس من متعلقات الشفعة قطعاً ، إذ لو بيع وحده لم تثبت فيه شفعة بحال ، وإثباتها لا يكون إلا لمحض الجوار ، فاذا ضم الى المشترك وجب أن يكون الحكم كذلك ، لعموم قوله عليه السلام : « لا شفعة الا لشريك مقاسم »^(٨) فإن المتبادر أن المراد في محل الشركة ، ولا شركة هاهنا لا في الحال ولا في الأصل .

وحسنة منصور بن حازم^(٩) وإن كانت مطلقة إلا أنها معارضة بعموم هذه ، والترجيح معنا إذ الشفعة على خلاف الاصل فيقتصر فيها على محل الوفاق .

(١) تحرير الاحكام ٢ : ١٤٥ .

(٢) النهاية : ٤٢٤ .

(٣) المبسوط ٣ : ١٠٧ .

(٤) السرائر : ٢٥٠ .

(٥) الدروس : ٣٨٦ .

(٦) شرائع الاسلام ٣ : ٢٥٥ .

(٧) المختلف : ٤٠٣ .

(٨) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٦ ، الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٤ ، ١٥٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٧ حديث ٧٤١ .

(٩) الكافي ٥ : ٢٨٠ حديث ٢ ، التهذيب ٧ : ١٦٥ حديث ٧٣١ ، الاستبصار ٣ : ١١٧ حديث ٤١٧ .

وفي رواية أبي العباس البقباق : « الشفعة لا تكون الا لشريك » (١) وفي معناها رواية عبد الرحمن بن ابي عبدالله عنه عليه السلام (٢) .

وفي رواية هارون بن حمزة الغنوي عن الصادق عليه السلام : « الشفعة في البيوع اذا كان شريكاً فهو احق بها من غيره » (٣) أي : باعتبار الشركة ؛ لأن تعليق الحكم على الوصف يشعر بالعلية .

وفي رواية عبدالله بن سنان عنه عليه السلام : « لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما » (٤) .

وفي رواية السكوني عن الصادق عليه السلام : « لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم » (٥) وكل هذه حجة على عدم ثبوت الشفعة في الدار الغير المشترك اذا كان الطريق مشتركاً ، وقد اعترف في التذكرة بأن هذا شفعة بالجوار (٦) ، وبالجملة فهذا الجانب قوي جداً .

الأمر الثاني : انه على تقدير سعة الطريق اثبت للشريك الخيار بين أخذه فقط بحصة من الثمن ، وبين أخذ المجموع ، ومع ضيقه حتم أخذ المجموع (أو الترك) (٧) .

ويرد عليه أن المجموع : إما أن يكون متعلق الشفعة أو لا ، فإن كان الأول وجب أن يأخذ المجموع أو يترك ، وليس له تبعض الصفقة باختياره ، وإن كان الثاني لم تثبت له شفعة في غير الطريق ولا فيه ، إلا اذا كان واسعاً

(١) التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٥ .

(٢) التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٦ .

(٣) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٥ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٨ .

(٤) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٩ .

(٥) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٦ ، الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٦ حديث ٧٣٧ .

(٦) التذكرة ١ : ٥٩٠ .

(٧) لم ترد في (م) .

واحترزنا بقبول القسمة عن الطاحونة ، والحمام ، وبثر الماء ،
والأماكن الضيقة ، وما اشبهها مما لا يقبل القسمة ؛ لحصول الضرر بها ،
وهو إبطال المنفعة المقصودة منه فلا شفعة فيها على رأي .

قابلاً للقسمة ، فما ذكره غير واضح .

قوله : (واحترزنا بقبول القسمة عن الطاحون ، والحمام ، وبثر الماء ،
والأماكن الضيقة ، وما اشبهها مما لا يقبل القسمة لحصول الضرر بها ،
وهو إبطال المنفعة المقصودة منه فلا شفعة فيها على رأي) .

للأصحاب قولان - فيما إذا كان المشترك لا يقبل القسمة كالحمام الضيق
ونحوه ، هل تثبت الشفعة لو بيع شقص منه؟ - أحدهما : عدم الثبوت ، وهو
قول الشيخ^(١) ، وعلي بن بابويه^(٢) ، وابن البراج^(٣) ، وسلار ، وأكثر
المتأخرين^(٤) ؛ لظاهر رواية طلحة بن زيد ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي
عليه السلام : « لا شفعة إلا لشريك مقاسم »^(٥) .

ولأن الشفعة على^(٦) خلاف الأصل ، فيجب الاقتصار فيها على موضع
اليقين ، وهو الأصح .

(١) النهاية : ٤٢٤ .

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف : ٤٠٣ ، وولده في ايضاح الفوائد ٢ : ١٩٩ .

(٣) المهذب ١ : ٤٥٨ .

(٤) منهم : المحقق في شرائع الاسلام ٣ : ٢٥٣ ، وفخر المحققين في ايضاح الفوائد ٢ : ١٩٩ ،
وغيرهما .

(٥) التهذيب ٧ : ١٦٧ حديث ٧٤١ ، وفيه : « لا شفعة الا لشريك غير مقاسم » ، ولعل (غير ساقطة من
قلم النساخ .

(٦) في «وق» : الشفعة تثبت على

وقال السيد^(١)، والمفيد^(٢)، وابن ادريس^(٣)، وابن الجنيدي^(٤)، وابن البراج^(٥): تثبت تمسكاً بعمومات الأخبار الدالة على ثبوت الشفعة من غير مخصص^(٦)، والتخصيص يحتاج الى دليل، ولأن المقتضي لثبوت الشفعة، وهو إزالة الضرر عن الشريك، قائم في غير المقسوم.

ويجب بما ذكرناه من رواية طلحة بن زيد^(٧)، وموثقة السكوني، عن الصادق عليه السلام، عن رسول الله صلى الله عليه وآله: « لا شفعة في سفينة، ولا في نهر، ولا في طريق»^(٨) وليس المراد الواسعين اتفاقاً؛ لثبوت الشفعة فيهما - فلم يبق إلا أن يراد الضيقين فيكون الباقي كذلك إذ لا فاصلة. وليس المراد من إزالة الضرر بالشفعة ما ذكره، بل إزالة ضرر طلب القسمة ومؤنتها، وهو متنفذ في محل النزاع.

واعلم أن قول المصنف: (لحصول الضرر بها) دليل على أنها لا تقسم؛ لتحقق كونها من محل النزاع، وهو تمهيد لقوله: (وهو ابطال المنفعة المقصودة منه) فإن هذا تفسير حصول الضرر بالقسمة.

وله تفسير آخر، وهو أن المنقسم ما لا تنقص قيمته نقصاناً فاحشاً، وآخر وهو الذي يبقى منتفعاً به بعد القسمة بوجه ما، فإذا خرج عن حد الانتفاع

(١) الانتصار: ٢١٥.

(٢) المقنعة: ٩٦. قال السيد العاملي في المفتاح: ٦: ٣٢٤. . . ولا سادس لهم فيما أجد الا ما حكاه في الايضاح عن المفيد، ولعله فهمه من قوله: كل مشاع، او من قوله: بثبوتها في العروض.

(٣) السرائر: ٢٥١.

(٤) نقله عنه في المختلف: ٤٠٢ - ٤٠٣.

(٥) قال في المفتاح: ٦: ٣٢٤: والمخالف السيد. . . والقاضي، ولعله للقاضي في الكامل فكان له قولان.

(٦) الكافي: ٥: ٢٨١ حديث ٨، التهذيب: ٧: ١٦٤ حديث ٧٣٠، الاستبصار: ٣: ١١٦ حديث ٤١٣.

(٧) التهذيب: ٧: ١٦٧ حديث ٧٤١، وفيه: «لا شفعة الا لشريك غير مقاسم».

(٨) الكافي: ٥: ٢٨٢ حديث ١١، التهذيب: ٧: ١٦٦ حديث ٧٣٨، الاستبصار: ٣: ١١٨ حديث ٤٢٠.

ولو انتفى الضرر بقسمة الحَمَام تثبت الشفعة ، وكذا لو كان مع البئر بياض أرض بحيث يسلم البئر لأحدهما ، أو كان في الرحي أربعة احجار دائرة يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين ، أو كان الطريق واسعاً لا تبطل منفعته بالقسمة .

بالكلية إما لضيق الخطة وقلة النصيب ، أو لأن أجزاءه غير منتفع بها وحدها كشرب القنى ومصراعي الباب فلا يقسم .

وسياتي ذلك في باب القسمة إن شاء الله تعالى ، ولو سكت عن هذا لم يكن فيه اخلال .

قوله : (ولو انتفى الضرر بقسمة الحَمَام ثبت الشفعة ، وكذا لو كان مع البئر بياض أرض بحيث تسلم البئر لأحدهما ، أو كان في الرحي أربعة احجار دائرة يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين ، أو كان الطريق واسعاً لا تبطل منفعته بالقسمة) .

إذا كان الحَمَام كبيراً جداً يمكن افراد حصة كل من الشريكين عن صاحبه من غير تضرر تثبت الشفعة؛ لانتفاء المانع ، وكذا إذا كان مع البئر أرض تسلم البئر لأحدهما بعد التعديل^(١) .

ومثله إذا كان في بيت الرحي أربعة أحجار دائرة يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين ، وكذا إذا كان الطريق واسعاً لا تبطل منفعته بالقسمة لانتفاء المانع في الجميع .

ولو كان بيت الرحي واسعاً بحيث يمكن جعل اكثر بيت الرحي موازياً لما فيه الرحي ، قال في التذكرة : تثبت الشفعة ، قال : وهو مبني على أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة^(٢) .

(١) في وق: لاحدهما البئر مع التعديل .

(٢) التذكرة: ١: ٥٩٠ .

قال في الدروس : ويلزم منه لو اشتملت الأرض على حمام أو بيت ضيق^(١) ، وامكن سلامة الحمام أو البيت لأحدهما أن يثبت . وعندي فيه نظر؛ للشك في وجوب قسمة ما هذا شأنه .^(٢)

قلت : لا وجه لهذا النظر بعد التصريح بالبناء المذكور ، إذ الكلام حينئذ إنما يكون في المبني عليه .

فان قيل : فحال البئر مع الأرض أيضاً هكذا .

قلنا : نعم إن كانت الأرض لا ينتفع بها من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة ، كما لو كانت معدة للزراعة وماؤها من ذلك البئر .

وفي التذكرة : ان المزرعة اذا انقسمت ولم ينقسم بئرها الأقوى ثبوت الشفعة في البئر؛ لأنها تابعة كالاشجار^(٣) ، وهذا موضع نظر .

ولا فرق بين كون الشيء لا ينقسم لضيقه ، وبين كونه كذلك لقلّة النصيب ، فإن صاحب الأزيد لا يجب لو كان نصيب صاحب الأقل لا ينتفع به بعد القسمة ، وقد نص عليه في التذكرة^(٤) .

وما ذكره في التذكرة^(٥) ، والدروس^(٦) غير واضح^(٧) ، فإن تعديل الأرض مع البئر إن كان موجباً لقبول القسمة فكذلك تعديلها مع الرحي ، والحمام ، ونحو ذلك .

(١) في «ق» : صغير، وفي «م» والحجرية : «ضيقين»، وما أثبتاه من المصدر.

(٢) الدروس : ٣٨٦ .

(٣) التذكرة : ١ : ٥٩٠ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) التذكرة : ١ : ٥٩٠ .

(٦) الدروس : ٣٨٦ .

(٧) في «ق» : ظاهر .

ولو ضم المقسوم ، أو ما لا شفعة فيه الى ما فيه الشفعة ثبتت في الثاني بنسبة قيمته من الثمن . وإنما تثبت لو انتقلت الحصة بالبيع ، فلو وهب الشقص بعوض ، أو جعله صداقاً ، أو عوضاً عن صلح أو غير ذلك لم تثبت الشفعة .

وقول المصنف في التذكرة : إن هذا مبني على أنه لا يشترط فيما يصير لكل منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة غير ظاهر؛ لأن الأرض ينتفع بها كما كان ينتفع بها قبل القسمة ، ولا يشترط تساوي الانتفاع فيما يصير الى كل منهما .

نعم لو كانت الأرض مزرعة وفيها بئر ، وبعد التعديل والقسمة لا يمكن زرعها امكن أن يقال هنا ما ذكره .

قوله : (ولو ضم المقسوم ، أو ما لا شفعة فيه الى ما فيه الشفعة ثبت في الثاني) .

خاصة؛ لاجتماع علمائنا اعطاء لكل واحد منهما حكمه ، ولا فرق بين كون غير المشفوع من مصالح المشفوع كالثيران للضيعة وعدمه ، خلافاً لمالك .

قوله : (بنسبة قيمته من الثمن) .

أي : يثبت بنسبة قيمة المشفوع^(١) الى مجموع القيمتين من الثمن ، أي : يثبت من الثمن هذه النسبة ، فاذا كانت قيمة المشفوع ثلث مجموع القيمتين فحصته من ثمن المجموع الثلث ، وهو ظاهر .

قوله : (وإنما يثبت لو انتقلت الحصة بالبيع ، فلو وهب الشقص بعوض ، أو جعله صداقاً ، أو عوضاً عن صلح ، أو غير ذلك لم تثبت الشفعة) .

(١) في (م) : بنسبة قيمته ، اي : المشفوع . . .

ولو كان الشريك موقوفاً عليه تثبت الشفعة في الطلق إن كان واحداً
على رأي .

باجماع علمائنا؛ لأن الشفعة من توابع البيع كما يدل عليه مفهوم
الروايات^(١) ، وقول ابن الجنيد بشوتها في الموهوب بعوض أو غيره^(٢) شاذ ،
ويريد المصنف بقوله : (أو غير ذلك) ما لم يكن بيعاً كما هو ظاهر .

قوله : (ولو كان الشريك موقوفاً عليه تثبت الشفعة في الطلق إن كان
واحداً على رأي) .

هذا مختار ابن ادريس^(٣) ، وهو الأصح لثبوت المقتضى وهو كونه شريكاً
مقاسماً؛ لأن الموقوف عليه مالك مع حصول البيع وانتفاء المانع ، إذ ليس إلا
كونه موقوفاً عليه ، وهو غير صالح للمانعية ، إذ الحجر عليه في التصرف لا
ينافي كونه مالكاً .

وقال الشيخ : لا تثبت^(٤) ، لعدم انحصار الحق به . وجوابه : أن الغرض
انحصاره الآن ، وانتقاله عنه بعد ذلك الى غيره كانتقال المملوك بالبيع ،
والموت ، ونحو ذلك .

قال السيد المرتضى : لإمام المسلمين وخلفائه المطالبة بشفعة الوقوف
التي ينظر فيها على المساكين أو على المساجد ، وكذلك كل ناظر بحق في
وقف^(٥) .

وينبغي عدم الثبوت هنا؛ لأن الملك في ذلك إن كان للمسلمين فالكثرة
مانعة ، وإن كان لله تعالى فثبوت الشفعة مما يتوقف فيه ، من حيث النظر في أن

(١) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٥ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٨ .

(٢) المختلف : ٤٠٤ .

(٣) السرائر : ٢٥٣ .

(٤) المبسوط ٣ : ٢٨٨ .

(٥) الانتصار : ٢٢٠ .

والأقرب عدم اشتراط لزوم البيع ، فلو باع بخيار تثبت الشفعة اشترك أو اختص بأحدهما ، ولا يسقط خيار البائع حينئذ .

ذلك ملك حقيقي .

وقال ابن ادريس : تثبت إن كان الموقوف عليه واحداً^(١) وارتضاه المتأخرون^(٢) .

فرع : لو بيع الوقف في صورة الجواز تثبت للاخر الشفعة .

قوله : (والأقرب عدم اشتراط لزوم البيع ، فلو باع بخيار تثبت الشفعة ، اشترك أو اختص بأحدهما ، ولا يسقط خيار البائع) .

هذا مختار ابن ادريس^(٣) ، وقواه في المختلف^(٤) ، ووجهه حصول المقتضي ، وهو البيع الناقل للملك مع وجود الشريك ، وانتفاء المانع إذ ليس الا الخيار ، وهو غير صالح للمانعية ؛ لأن التزلزل لا أثر له .

قيل : يلزمه سقوط حق البائع من الخيار الثابت في صلب العقد سابقاً على حق الشفيع .

قلنا : لا ، بل حقه باق ، فإن فسخ بطل البيع والشفعة ، وإن لم يفسخ حتى خرجت المدة تثبت الشفعة والبيع معاً .

قال الشيخ : إن كان الخيار للبائع أولاً وللمشتري فلا شفعة ؛ لعدم انتقال الملك بمجرد العقد اليه ، وإن كان للمشتري وجبت الشفعة ؛ لانتقال الملك اليه بنفس العقد للزومه من جهة البائع ، لكن يطالب بعد انقضاء الخيار^(٥) ،

(١) السرائر: ٢٥٣ .

(٢) يظهر من الايضاح ٢: ١٩٩ أنه يذهب اليه حيث ينفي المقدمتين اللتين اعتمد عليهما من ينفي ثبوتها .

(٣) السرائر: ٢٥٠ .

(٤) المختلف: ٤٠٥ .

(٥) المبسوط ٣: ١٢٣ .

وكذا لوباع الشريك تثبت للمشتري . الأول الشفعة وإن كان
لبائعه خيار الفسخ ،

وتبعه ابن البراج^(١) .

وكلام ابن الجنيدي^(٢) قريب من كلام الشيخ ، والأصح^(٣) ثبوت
الاستحقاق في الصور كلها لما قلناه، لكن ليس للشفيع الأخذ إلا بعد انقضاء
الخيار مع عدم الفسخ ، وهذا هو مختار المصنف حيث قال : (ولا يسقط خيار
البائع حينئذ) وكان عليه أن يقول : ولا يسقط خيار ذي الخيار حينئذ ، ولعله
حاول بذلك الرد على ابن ادريس فإن ظاهره سقوط خيار البائع حينئذ^(٤) .

ثم حكى عن المصنف : أن أخذ الشفيع يقع مراعى ، فإن فسخ البائع
بطل الأخذ وإلا صح ، قال : ولا اعلم به قائلًا .

ثم قال قال الشيخ : وإن اختص به المشتري تثبت الشفعة ، وله المطالبة
بها قبل انقضاء الخيار^(٥) ويلزم من قول الفاضل أن تكون المطالبة مراعاة .

ويمكن القول بأن الأخذ يبطل خيار المشتري كما لو أراد الرد بالعيب
فأخذ الشفيع ، ولأن الغرض الثمن وقد حصل من الشفيع ، إلا أن يجاب بأن
المشتري يريد دفع الدرك عنه .

قوله : (وكذا لوباع الشريك تثبت للمشتري الأول الشفعة وإن كان
لبائعه خيار الفسخ) .

أي : لوباع الشريك الآخر الذي لم يبيع حصته ، وهو الشفيع حيث لم

(١) المهذب : ٤٥٥ .

(٢) نقله عنه في المختلف : ٤٠٥ .

(٣) في وقء : فالاقرب .

(٤) السرائر : ٢٥٠ .

(٥) الخلاف : ٢ : ١١٠ مسألة ٢١ كتاب الشفعة .

فإن فسخ بعد الأخذ فالمشفوع للمشتري ، وإن فسخ قبله فلا حق للبائع ، وفي المشتري اشكال .

يأخذ بالشفعة ، وذلك في صورة ما اذا اشتمل البيع الأول على خيار للمشتري الأول - وهو الذي اشتمل بيعه على الخيار - الأخذ بالشفعة ؛ لأنه شريك حقيقة وإن كان بيعه مشتملاً على خيار ، إذ لا منافاة بين ثبوت الخيار وكونه مالكاً المتقضي لكونه شريكاً .

قوله : (فإن فسخ بعد الأخذ فالمشفوع للمشتري ، وإن فسخ قبله فلا حق للبائع ، وفي المشتري اشكال) .

أما اذا فسخ صاحب الخيار بعد الأخذ فوجه كون المشفوع للمشتري انه في وقت الأخذ كان شريكاً فاستحق الشفعة ، فلما أخذ عن استحقاق وصار مالكاً حقيقة فلا يضر طروء الفسخ المزيل للملك كما لو زال بسبب آخر .

وأما اذا كان الفسخ قبل الأخذ فوجه عدم استحقاق البائع - اعني البائع الأول الذي عاد اليه الملك بالفسخ - أنه لم يكن شريكاً في وقت البيع الثاني ، وشرط الاستحقاق للشفعة ثبوت الشركة في وقت البيع .

وهل يستحق المشتري؟ - يعني المشتري الأول وهو الذي فسخ بيعه - اشكال ينشأ : من سبق ثبوته والأصل بقاءه ، ومن زوال سبب الاستحقاق قبل الأخذ فيزول الاستحقاق ، وهو الأصح .

فعلى هذا يشترط لثبوت الشفعة كونه شريكاً وقت البيع ووقت الأخذ ، فلو باع الشريك استحقاقه بعد بيع شريكه لم يستحق شفعة ولو كان جاهلاً ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أن فيه وجهين .

واعلم أن عبارة المصنف تشعر بأن استحقاق الشفعة للمشتري الأول مع الخيار إنما هو حيث يكون الخيار للبائع ، إذ العطف ؛ (بان) الوصلية يقتضي أن يكون هذا هو الفرد الأخرى ، مع أن ثبوت الشفعة اذا كان الخيار للمشتري

الفصل الثاني: في الأخذ والمأخوذ منه .

أما الأخذ : فكل شريك متحد بحصة مشاعة قادر على الثمن ، فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأي ،

اخفى ، خصوصا اذا طرأ الفسخ من قبله .

وأما أن لا يكون العطف صحيحاً ، أو يكون المراد عدم ثبوت الشفعة للمشتري اذا كان له خيار ، والظاهر أنه لا فرق بين أن يكون الخيار له أو لا ، وعلى قول الشيخ بعدم انتقال المبيع إلا بعد انقضاء خيار البائع^(١) فيجب أن يكون الخيار له لبقاء الشركة ولو فسخ فأولى .

قوله : (فكل شريك متحد بحصة مشاعة قادر على الثمن فلا تثبت لغير الشريك الواحد على رأي) .

هذا هو المشهور وكاد يكون اجماعاً ، وادعاه ابن ادريس^(٢) ، وتدل عليه صحيحة ابن سنان ، عن الصادق عليه السلام : « لا تكون الشفعة إلا لشريكين ما لم يتقاسما ، فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة »^(٣) .

وقال ابن الجنييد^(٤) ، والصدوق بثبوتها مع الكثرة^(٥)؛ لروايات

(١) المبسوط ٣ : ١٢٣ .

(٢) السرائر: ٢٥٠ .

(٣) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٩ ، الاستبصار ٣ : ١١٦ حديث ٤١٢ .

(٤) المختلف ٤٠٣ .

(٥) الفقيه ٣ : ٤٦ ، علما بان الصدوق فصل حيث شرط الشفعة بين شريكين في الحيوان خاصة ، وأما

في غير الحيوان فالشفعة واجبة للشركاء وان كانوا اكثر من اثنين .

وقال في المفتاح ٦ : ٣٣١ : وقد نسب اليهما معا ثبوتها مع الكثرة من دون تفصيل : ابو العباس في المختصر والمهذب ، والمحقق الثاني في جامع المقاصد وغيرها . وحكى المصنف في المختلف وولده عن ابي علي ثبوتها مع الكثرة ، وحكى عن الصدوق في الفقيه التفصيل المذكور .

ولا للعاجز ، ولا للمماطل والهارب .

ضعيفة^(١) ، لا تنهض حجة مع معارضتها بأقوى منها ، والمذهب الأول .

قوله : (ولا للعاجز ولا المماطل والهارب) .

اشتراط القدرة على الثمن يقتضي أن لا شفعة للعاجز ، ويتحقق العجز باعترافه ، وهل يتحقق بفقره واعساره؟ فيه نظر؛ لإمكان أن يحصله بقرض ونحوه فينتظر به الثلاثة .

والمراد بـ (المماطل) : القادر على الأداء ولا يؤدي ، وهل يتحقق كونه مماطلاً قبل الثلاثة؟ ظاهر اطلاقهم يقتضي ذلك ، ولاشعار رواية ابن مهزيار عن الجواد عليه السلام : بانتظاره ثلاثة أيام حيث لم ينض الثمن^(٢) .

أما الهارب فإن كان قبل الأخذ فلا شفعة له ، وإن بعده فللمشتري الفسخ ، ولا يتوقف على الحاكم كما صرح به في التحرير^(٣)؛ لعموم : « لا ضرر ولا ضرار »^(٤) ، ولأن الأخذ لما كان مبنياً على القهر لم يلزم المشتري حكمه ، بخلاف ما اذا هرب المشتري عن أداء ثمن المبيع .

إن قيل : من اين دخل المماطل والهارب في مفهوم المخالفة في قوله : (قادر على الثمن)؟

قلنا : باعتبار المقصود من القدرة ، وهو بذل الثمن ، إذ لا أثر للقدرة المجردة ، فعبر عن المسبب بالسبب ، والمراد بالثمن هنا : المثل أو القيمة كما لا يخفى .

(١) انظر: الفقيه: ٣: ٤٥ حديث ١٥٥، ١٥٦ .

(٢) التهذيب: ٧: ١٦٧ حديث ٧٣٩ .

(٣) تحرير الاحكام: ٢: ١٤٥ .

(٤) الكافي: ٥: ٢٩٢ حديث ٢، الفقيه: ٣: ٤٥ حديث ١٥٤، التهذيب: ٧: ١٦٤ حديث ٧٢٧، سنن ابن ماجه: ٢: ٧٨٤ حديث ٢٣٤٠، ٢٣٤١، مسند أحمد: ١: ٣١٣، ٣٢٧، سنن الدارقطني: ٤:

فإن ادعى غيبة الثمن أجل ثلاثة أيام ، فإن حضره وإلا بطلت شفيعته بعدها .

ولو ذكر أنه في بلد آخر أجل بقدر وصوله منه وثلاثة أيام بعده ما لم يستضر المشتري .

قوله : (فإن حضره وإلا بطلت شفيعته بعدها) .

أي : إن حضر الثمن على رأس الثلاثة فهو حق ، وإلا بطلت شفيعته بعد مضيتها إن لم يكن أخذ ، فإن اخذ للمشتري الفسخ .

ثم إن ابتداء الثلاثة من حين البيع أم من حين علمه به؟ ظاهر الرواية تشعر بالثاني ؛ لأن فيها : فذهب على أن يحضر المال فلم ينض ، فقال عليه السلام : « إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام »^(١) . فإن المتبادر من ذلك انتظار ثلاثة أيام من حين ذهابه لاحضار المال ، وذهابه لذلك واجب على الفور كما كان أخذه فوراً من حين العلم ، وتعتبر الثلاثة ملفقة ولو وقع البيع في خلال اليوم .

وهل تعتبر الليالي بحيث يلفق ثلاثة أيام وثلاث ليال؟ لا تصریح بذلك ، ولو قلنا : إن مسمى اليوم شامل لليلة اعتبرت ، نعم لو وقع البيع أول الليل فالليالي داخلة هنا تبعاً .

قوله : (ولو ذكر أنه في بلد آخر أجل بقدر وصوله ...) .

أي : لو ذكر الشفيع أن الثمن في بلد آخر أجل مقدار ما يسافر الى تلك البلدة ويعود ، ملحوظاً في ذلك حصول الرفيق إن احتيج اليه عادة والظاهر أنه لا يجب عليه استئجار الرفقاء لذلك بل ينتظر حصولهم كما هو المستمر في العادة .

فإن كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الإسلام وإن اشتراه من ذمي ، وإلا فلا .

وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون وإن كان هو المشتري لهما ، أو البائع عنهما على اشكال ،

وهل يستثنى له وقت تكون فيه في ذلك البلدة زيادة؟ الظاهر لا؛ لاندفاع الحاجة بالثلاثة الأيام ، وهذا إذا لم يتضرر المشتري بالصبر ، ويتحقق تضرره بطول المسافة بما لم تجر العادة بمثله ، فحينئذ إنما يثبت التأجيل بما ذكر إذا لم يلزم طول كثير لم تجر العادة بمثله ، كسفر من العراق الى الشام ، ونحو ذلك ، والمحكم في ذلك العرف .

قوله : (فإن كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الاسلام وإن اشتراه من ذمي ، وإلا فلا) .

لما كان الشفيع إنما يأخذ من المشتري اشترط اسلام الشفيع إن كان المشتري مسلماً؛ لأن الشفعة حق قهري فلا تثبت للكافر على المسلم لقوله تعالى : ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾^(١) سواء كان البائع مسلماً أو ذمياً ، وإن لم يكن المشتري مسلماً لم يشترط اسلام الشفيع وإن كان البائع مسلماً .

قوله : (وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون وإن كان هو المشتري لهما أو البائع عنهما على اشكال) .

لا ريب أن للأب وإن علا الشفعة على الولد للعموم ، ولا بحث في البالغ العاقل ، إنما الكلام في الصبي والمجنون إذا كان هو المشتري لهما أو البائع عنهما ، فإن فيه اشكالاً عند المصنف ينشأ : من أن ايقاع العقد يتضمن الرضى به وذلك مسقط للشفعة ، ومن أن ايقاع العقد المذكور تمهيد للأخذ

وكذا الوصي على رأي ، والوكيل .

بالشفعة وتحقيق لسببه ، فلا يكون الرضى به مسقطاً لها ، إذ الرضى بالسبب من حيث هو سبب يقتضي الرضى بالمسبب فكيف يسقط .

ولا يتخيل أن البيع أو الشراء المذكورين مع ارادة الشفعة لا يقعان صحيحين ، إذ لا غبطة للصغير^(١) والمجنون في ذلك ؛ لأن الفرض صحة التصرف ، وهو مقيّد بالمصلحة فمتى وجدت صح . وإلا فلا ، والأصح الثبوت .

وهل يستحق الولد على والده شفعة ، فيأخذ منه لو كان مشترياً؟ فيه احتمالان ، وفي الاستحقاق قوة .

قوله : (وكذا الوصي على رأي) .

أي : له الأخذ بالشفعة اذا باع أو اشترى لمن هو مولى عليه ، خلافاً للشيخ فإنه جوز في الأب والجد له ذلك ، ومنع في الوصي اذا باع مال المولى عليه^(٢) إذ لا يؤمن^(٣) أن يترك النظر والاستقصاء ، وتسامح في البيع ليأخذ بالثمن والنجش ، كما أنه لا يمكن من بيع ماله لنفسه بخلاف الأب والجد له ؛ لأن ولايتهما اقوى وشفعتهما اكثر ، ويجوز لكل منهما أن يبيع من نفسه . والأصح الجواز ؛ لأن الفرض وقوع البيع على الوجه المعبر فلا يرد ما ذكره ، ولورفع الأمر الى الحاكم فباع فأخذ بالشفعة فلا بحث في الصحة .

قوله : (والوكيل) .

أي : في الشراء أو في البيع له أن يأخذ بالشفعة لنفسه قولاً واحداً بخلاف الوصي ؛ لأن الموكل ناظر لنفسه يعترض ويستدرك إن وقف على تفصير

(١) في «م» : للطفل .

(٢) المبسوط : ٣ : ١٥٨ .

(٣) في «م» : لا يؤمن عليه .

وتثبت للصغير والمجنون ، ويتولى الأخذ عنهما الولي مع المصلحة ، فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة ، إلا أن يكون الترك اصلح .

الوكيل ، والصبي عاجز عن ذلك . واستشكل ذلك المصنف في التذكرة بأنه كيف تتحقق الشفعة مع قصد البيع ورضاه بد^(١) ، وجوابه يعرف مما سبق .

قوله : (وتثبت للصغير والمجنون ويتولى الأخذ عنهما الولي مع المصلحة ، فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة ، إلا أن يكون الترك اصلح) .

لا شبهة في ثبوت الشفعة بشروطها للصغير والمجنون ، وبه رواية عن علي عليه السلام^(٢) ، ويتولى الأخذ عنهما الولي بشرط المصلحة كسائر التصرفات ، فلو ترك في موضع الثبوت فلهما بعد الكمال المطالبة ، ولو ترك لانتفاء^(٣) المصلحة فلا شفعة فليس لهما بعد الكمال المطالبة .

واعلم ان قوله : (فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة ، إلا أن يكون الترك اصلح) يقتضي أنه لو جهل الحال لهما المطالبة بعد الكمال؛ لشمول قوله : (فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة) لذلك ، إذ لو قيد بثبوت المصلحة لم يكن الاستثناء متصلاً ، وهو خلاف الظاهر ، وفي استحقاقيهما المطالبة والحال هذه نظر؛ لأن المطالبة فرع الثبوت حينئذ ، والثبوت إنما يتحقق مع المصلحة ، والغرض جهالة الحال فلا مقتضى للثبوت ، وهذا وجيه .

(١) التذكرة: ١٥٩٢ .

(٢) الكافي ٥: ٢٨١ حديث ٦، التهذيب ٧: ١٦٦ حديث ٧٣٧. قال في المفتاح ٦: ٣٣٦ وهو وان خص البيتيم والغائب الا انه لا قائل بالفصل بين الصبي والمجنون، بل والسفيه . . . وقد سمعت ما في جامع المقاصد من جعل الصبي والمجنون من سنخ واحد حيث نسب ذلك الى الرواية .

(٣) في «وق»: لانتفاء .

ولو أخذ الولي مع اولوية الترك لم يصح ، والملك باق للمشتري .
وتثبت للغائب والسفيه والمكاتب وإن لم يرض المولى ، ويملك
صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة إن لم يكن ربح أو كان ؛ لأن
العامل لا يملكه بالبيع وله الأجرة .

قوله : (ولو أخذ الولي مع اولوية الترك لم يصح والملك باق
للمشتري) .

لا ريب أنه لو أخذ مع عدم المصلحة لا يصح الأخذ؛ لأن فعله مقيد
بالمصلحة وقوله : (والملك باق للمشتري) يمكن أن يكون من تنمة قوله :
(ولو أخذ ...) ، ويمكن أن يكون من تنمة قوله : (فلو ترك فلهما المطالبة
بعد الكمال) فيكون جواباً عن سؤال مقدر تقديره : انه لو ثبت الاستحقاق بعد
الكمال لكان الأخذ إنما هو بالعقد السابق ، فيكشف ان الملك لم يكن
للمشتري .

وجوابه : أن الملك باق للمشتري ، والأخذ إنما يفيد الملك من حينه ،
كذا في بعض حواشي الشهيد . وليس بشيء ؛ لأن العبارة تأباه ، وكلام
التذكرة^(١) يشهد بأن هذا من تنمة قوله : (ولو أخذ ...) .

قوله : (ويثبت للغائب والسفيه والمكاتب وإن لم يرض المولى) .
للموم ، وقد انقطعت سلطنة المولى عن المكاتب ، وإنما يأخذ للسفيه
وليه .

قوله : (ويملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة إن لم يكن
ربح ، أو كان ؛ لأن العامل لا يملكه بالبيع وله الأجرة) .

أي : لو اشترى العامل بمال المضاربة شقصاً لرب المال فيه شركة ملك

رب المال الشقص بالشراء لا بالشفعة؛ لأنه مشتَر بعين ماله فلا يقع الشراء إلا له ، ولا يجوز أن يستحق أن يملك ملكه ، بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فإنها ليست مالا ، سواء لم يكن هناك ربح اصلاً أو كان ؛ لأن العامل لا يملك الربح بالبيع ، إذ البيع إنما يقع للمالك لأنه بماله ، بل يملكه إما بالبيع بعد الظهور أو بالانضاض وله الأجرة على المالك .

وفي حواشي شيخنا الشهيد : أن في ذلك نظراً ؛ لأنه سيجيء في فتوى المصنف أن الربح يملك بالظهور ، وحينئذ فيملك العالم بقدر حصته من الشقص فيكون شريكاً . ثم اجاب بما لا يدفع السؤال ، ثم اعترف بورود السؤال .

وفي التذكرة حكى عن بعض الشافعية وجهاً ثالثاً في هذه المسألة ، وهو أن للمالك أن يأخذ بحكم فسخ المضاربة ؛ لأنه لما امتنع استحقاقه الشفعة لم يثبت ، أما استحقاقه قطع سلطنة العامل عن الشقص فإنه ممكن ، فلا يلزم من انتفاء الشفعة لامتناعها انتفاء هذا ، كما نقول : اذا جنى المرتهن على عبد آخر للمولى كان له فكه من الرهن بسبب الجناية ، وحينئذ فيكون له على المولى أجرة المثل عن عمله لكونه محترماً ، سواء ظهر ربح أم لا^(١) .

ويرد عليه أن فسخ المالك اذا طرأ على المضاربة لا يسقط استحقاق العامل من الربح الذي قد ثبت استحقاقه ؛ لأن الفسخ إنما يؤثر بالنسبة الى مستقبل الزمان لا فيما مضى ، فيجب أن يقال : إن ظهر ربح فللعامل حقه منه إن قلنا بملكه بالظهور ، وإلا فله الأجرة وهو المطابق لما في الدروس^(٢) .

لكن يرد عليه أيضاً ان هذا الحكم ثابت في جميع اقسام المضاربة ، فلا خصوصية لكون الشقص مشفوعاً في ثبوت الفسخ .

(١) التذكرة : ١ : ٦٠٠ .

(٢) الدروس : ٣٨٧ .

وأما المأخوذ منه : فهو كل من تجدد ملكه بالبيع ، واحترزنا بالتجدد عن شريكين اشتريا دفعة .

ويمكن الجواب عن السؤال الأول : بأن العامل وإن استحق الحصنة من الربح بالظهور إلا أن استحقاق الاختصاص بالعين بسبب الشركة سلبت المالك على قطع استحقاقه من العين ، فإن الشركة هنا إن لم تكن موجبة لاستحقاقه التملك ؛ لكونه (مالكا^(١)) حقيقة، فلتكن دافعة لتملك العامل بعض العين .

ومتى فات حقه من الربح استحق أجره المثل ، ولو لم يظهر ربح ففي استحقاقه الأجرة الى حين الفسخ كلام يأتي إن شاء الله تعالى ، وهذا لا بأس به .

إذا عرفت ذلك فقول المصنف : (لأن العامل لا يملكه بالبيع) تعليل لقوله : (ويملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة) على تقدير الربح ، ومعناه أن استحقاق العامل متأخر عن العقد فلا يمكن اخذه بالشفعة ، وفيه تنبيه على (الاستحقاق بها واختصاص العين)^(٢) من دون العامل وإن ظهر ربح ؛ لأن حق المالك - وهو الاختصاص بسبب الشركة - سبق فلا يزيله حق العامل الطارئ ، بل للمالك فسخ استحقاقه وينتقل الى أجره المثل ، وهذا هو تحقيق هذا المحل .

قوله : (وأما المأخوذ منه : فهو كل من تجدد ملكه بالبيع ، واحترزنا بالتجدد عن شريكين اشتريا دفعة) .

في كون هذا احترازا عن شراء الشريكين دفعة مناقشة ؛ لأن كلاً منهما يصدق عليه الضابط المذكور ، وهو انه تجدد ملكه بالبيع ، ولو قال : وهو كل من تجدد ملكه بالبيع لشقص من عقار مشترك لكان أولو .

(١) لم ترد في «ق» .

(٢) في «ق» : استحقاق الغير .

ولو باع المكاتب شقصاً بمال الكتابة ثم فسخ السيد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة .

ولو اشترى الولي للطفل شقصاً في شركته جاز أن يأخذ بالشفعة ،

قوله : (ولو باع المكاتب شقصاً بمال الكتابة ، ثم فسخ السيد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة) .

أي : لو باع المكاتب سيده شقصاً من مشترك بمال الكتابة الذي في ذمته للسيد ، ثم فسخ السيد الكتابة لعجز المكاتب لم تبطل الشفعة للشريك الثابتة بالبيع وإن ملك السيد جميع ما في يد المكاتب حينئذ لعوده الى الرق؛ لأن التصرفات^(١) السابقة منه كانت صحيحة معتبرة ، وقد انقطعت سلطنة السيد عنه حينئذ .

لا يقال : بالفسخ بطلت الكتابة فيبطل العوض الذي هو ثمن المبيع فيبطل البيع ، فكيف تثبت الشفعة؟

لأننا نقول : بطلان الكتابة حين الفسخ لا قبله ، فلا يبطل البيع السابق .

واحتتمل المصنف في التحرير بطلانها لخروجه عن كونه مبيعاً^(٢) ، وفيه منع . ويحتتمل أن تكون الباء للسببية ، بأن يكون بيع المكاتب بسبب مال الكتابة لشخص آخر فتثبت الشفعة بهذا البيع للسيد إن كان هو الشريك ، أو غيره على المشتري إن كان هو السيد أو غيره .

وجعله شيخنا الشهيد في حواشيه أولى ؛ لأن البيع بمال الكتابة لا يتم إلا إذا أريد به البيع ببعضه . وليس بواضح ؛ لامكان البيع بجميع نجوم الكتابة بعد الحلول .

قوله : (ولو اشترى الولي شقصاً للطفل في شركته جاز أن يأخذ

(١) في رقء ومء: تصرفات .

(٢) تحرير الاحكام ٢: ١٥٤ .

ولو حابى في مرض الموت فإن خرج من الثلث أخذه الشفيع بالمسمى ،
وإلا ما يخرج منه بالنسبة

بالشفعة) .

نزل شيخنا الشهيد في حواشيه هذا التكرار على أحد أمرين : تخصيص
الاشكال السابق بالبيع ، والرجوع عن الاشكال الى الجزم فتكون فائدته ذلك ،
وهو تكلف بين

قوله : (ولو حابى في مرض الموت فإن خرج من الثلث أخذه
الشفيع بالمسمى ، وإلا ما يخرج منه بالنسبة) .

أي : لو باع المريض بيعاً فيه محاباة - وهي العطية - أي : باع بيعاً
شتملاً على عطية بأن باع بدون ثمن المثل ، فإن خرجت المحاباة من الثلث
- بناء على أن تبرعات المريض إنما تكون من الثلث - فالبيع صحيح ويأخذ
الشفيع بالمسمى .

وإن لم تخرج من الثلث فما يخرج منه بنسبته من الثمن على أصح
الوجهين ، فلا يبطل من المبيع شيء إلا ويبطل من الثمن ما يقابله ، فتكون
المسألة دورية حيث أنه لا يعرف قدر ما يصح فيه من المبيع ، إلا بعد أن يعرف
قدر التركة ليخرج المحاباة من ثلثها ، ولا يعرف ذلك إلا اذا عرف قدر الثمن ؛
لأنه محسوب من التركة لانتقاله الى ملك المريض بالبيع .

فلو باع ما قيمته مائتان - وهو تمام تركته - بمائة فطريقه أن نقول : صح
البيع في شيء من الشقص بنصف شيء من الثمن ، وهو شيء قيمته نصف
شيء ، فقد حابى بنصف شيء هو ثلث التركة فيجب أن يبقى مع الورثة
ضعفه ، فيجب أن ييسط المبيع على شيء ونصف ، فالشيء ثلثاه فيصح البيع
في ثلثيه بثلثي الثمن .

وإن كان الوارث الشفيع وللولي البائع عن أحد الشريكين الأخذ للآخر ، وكذا الوكيل لهما .

والوجه الآخر أن يصح البيع في ثلث التركة ، وما قابل الثمن بمثل^(١) الثمن ، فيصح البيع في خمسة اسداس الشقص بكل الثمن ، وليس للمشتري الجاهل الفسخ لتبعض الصفقة حيثئذ ، إلا اذا لم يأخذ^(٢) الشفيع بالشفعة ، قاله في التذكرة^(٣) .

ولا فرق بين أن يكون الشفيع وارثاً أو لا عندنا؛ لأن المحاباة للوارث جائزة عندنا خلافاً للعامة ، فلذلك اختلفوا : فمنهم من حكم بصحة البيع ومنع الشفعة ، ومنهم من منعها ، ومنهم من اثبتها ، ومنهم من اثبت الشفعة بمقدار^(٤) الثمن فقط ، وكل هذا ساقط عندنا .

والى ذلك اشار بقوله : (وإن كان الوارث الشفيع) .

ولو عكس فقال : وإن كان الشفيع الوارث لكان أوفق لمراده ، إذ المراد : اثبات الحكم للشفيع على تقدير كونه وارثاً ، لا للوارث على تقدير كونه شفيعاً .

قوله : (وللولي البائع عن أحد الشريكين الأخذ للآخر ، وكذا الوكيل لهما) .

مع مراعاة المصلحة ، ولا يرد الاشكال بالرضى ؛ لأننا قد اجبنا عنه . والمراد بـ (الوكيل) : من كان له نيابة الأخذ إما لعموم التوكيل ، أو لشمول الوكالة للأخذ بالشفعة ، إذ الوكيل في البيع ينزل بفعله .

(١) في «م» : بكل .

(٢) في «ق» : يأذن .

(٣) التذكرة ١ : ٥٩٣ .

(٤) في «م» : في مقدار .

ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الأخذ بالشفعة إلا بعد أن يولد حياً .

ولو عفا وليّ الطفل مع غبطة الأخذ كان للولي أيضاً المطالبة على اشكال ينشأ : من أدائه الى التراخي ، بخلاف الصبي عند بلوغه لتجدد الحق له حينئذ .

ولو ترك لاعسار الصبي لم يكن له الأخذ بعد يساره ، ولا للصبي .

قوله : (ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الأخذ بالشفعة إلا بعد أن يولد حياً) .

أما عدم الأخذ له إذا كان حاملاً فلعدم تيقن حياته ولا ظنها بالاستناد الى الاستصحاب ، وأما أخذه بعد أن يولد فلعموم دلائل الشفعة . ويحتمل العدم ؛ لأن الحمل لا يملك بالابتداء إلا الارث بالوصية فلا يمكن إنشاء ملك له . ويشكل بأنه لو لم يمكن له صلاحية الملك لم يرث ، ومختار المصنف هنا هو مختاره في التذكرة^(١) ، وفيه قوة ، وتردد في الدروس^(٢) .

قوله : (ولو عفا وليّ الطفل مع غبطة الأخذ كان للولي أيضاً المطالبة على اشكال ينشأ من أدائه الى التراخي ، بخلاف الصبي عند بلوغه لتجدد الحق له حينئذ) .

ومن أن الحق ثابت للطفل ، والفرض بطلان العفو ، فللولي المطالبة به كسائر الحقوق ، وتقصيره بالتراخي لا يسقط حق الطفل ، والحق لا يتجدد للصبي عند البلوغ وإنما المتجدد أهلية الأخذ والحق ثابت قبل ذلك ، والأصح أن له المطالبة .

قوله : (ولو ترك لاعسار الصبي لم يكن له الأخذ بعد يساره ولا

(١) التذكرة : ١ : ٦١٠ .

(٢) الدروس : ٣٨٧ .

والمغمی علیه كالعائب
وللمفلس الأخذ بالشفعة ، وليس للغرماء الأخذ بها ، ولا اجباره
عليه ، ولا منعه منه وإن لم يكن له فيها حظ ، نعم لهم منعه من دفع المال
ثمناً فيها ،

للصبي) .

إذ لا حق حينئذٍ ؛ لعدم الاستحقاق من وقت البيع فليس له المطالبة ولا
للصبي .

قوله : (والمغمی علیه كالعائب) .

وإن تطاول الاغماء ، ولا ولاية لأحد عليه فلا يتصور الأخذ عنه .

قوله : (وللمفلس الأخذ بالشفعة) .

للعوموم الشامل له ، وربما رضي الغرماء بدفع الثمن أو المشتري بذمته .

قوله : (وليس للغرماء الأخذ بها) .

إذ لا ملك لهم ، ولا له قبل الأخذ ليثبت لهم استحقاقه .

قوله : (ولا اجباره عليه ، ولا منعه منه وإن لم يكن له فيها حظ) .

أي : ولا لهم اجباره على الأخذ ، إذ لا يجب عليه الاكتساب لهم ولا
منعه من الأخذ ، لأن ذلك حق له ، وليس من لوازمه التصرف في الاموال التي
تعلقت حقوقهم بها ، فلا تعلق لهم بذلك وإن لم يكن له في الأخذ حظ
وغبطة .

قوله : (نعم لهم منعه من دفع المال ثمناً فيها) .

أي : في الشفعة ، لسبق تعلق حقوقهم بالأموال السابقة والمتجددة ولو
بهبة واكتساب كما سبق^(١) .

(١) في «م» : على ما سبق .

فإن رضي الغرماء بالدفع أو المشتري بالصبر تعلق حق الغرماء بالمشفوع وإلا كان للمشتري الانتزاع ، وللعبد المأذون في التجارة الأخذ بالشفعة ، ولا يصح عفوهُ .
ولو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها مع عدم الربح

قوله : (فإن رضي الغرماء بالدفع ، أو المشتري بالصبر تعلق حق الغرماء بالمشفوع ، وإلا كان للمشتري الانتزاع) .

أي : إذا أخذ فإن رضي الغرماء بدفع الثمن من أمواله فقد استقر ملكه ، وكذا لو رضي المشتري بالصبر فيتعلق حق الغرماء على كل من التقديرين بالمشفوع ؛ لتعلق حقهم بما يتجدد له من المال ، وإلا - أي : وإن انتفى الأمران - فللمشتري الانتزاع للضرر بأخذ الملك منه قهراً من غير دفع ثمن .

قوله : (وللعبد المأذون في التجارة الأخذ بالشفعة) .

لأنه من جملة أقسام التجارة .

قوله : (ولا يصح عفوهُ) .

بخلاف الوكيل فإن له أن يفعل ما تقتضيه المصلحة إذا كان وكيلاً عاماً ، فإذا عفا مع المصلحة لم يكن للموكل المطالبة ، صرح به في التذكرة^(١) .
والفرق أن الأذن للعبد استخدام له ، وهو أضعف من التوكيل ، ولهذا ينزل بالآباق .

قوله : (ولو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها مع عدم الربح) .

إذ لا مانع حينئذٍ ، لانتفاء تكثر الشركاء ، وكونه نائباً للمالك في التصرف

ومطلقاً إن اثبتها مع الكثرة ، فإن تركها فللمالك الأخذ .

وقيل : تثبت مع الكثرة ، فقليل : على عدد الرؤوس ، وقيل : على قدر السهام . فروع على القول بالثبوت مع الكثرة :

بمال المضاربة بكل ما يشتمل على الغبطة .

قوله : (ومطلقاً إن أثبتها مع الكثرة) .

أي : وله الأخذ مع عدم الربح ، ومعه على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة لا بدونها بالنسبة الى الأمر الثاني ؛ لأنه مع الربح يكون شريكاً للمالك في الشقص فيتعدد الشركاء .

قوله : (فإن تركها فللمالك الأخذ) .

أي : إن ترك العامل الشفعة على تقدير الثبوت فللمالك الأخذ ، ولا يسقط حقه بترك العامل ، ولو عفي مع المصلحة فهل هو كالوكيل ؟ يحتمل العدم ؛ لأن مطلق عقد القراض لا يقتضي عموم التصرفات ، إلا أن ينص له على ما يشمل ذلك :

قوله : (وقيل : تثبت مع الكثرة ، فقليل : على عدد الرؤوس ، وقيل : على قدر السهام) .

استطرد إلى ذكر الخلاف في ثبوت الشفعة مع الكثرة ، وإن كانت العبارة لا تخلو من سماجة ، فقال أكثر الأصحاب - وكاد يكون اجماعاً ، وادعاه ابن ادريس^(١) - : لا تثبت معها .

وقال ابن الجنيدي ، والصدوق بالثبوت ، فقال ابن الجنيدي : تثبت على قدر السهام لأن المقتضي للشفعة هو الشركة ، فإذا كانت أقوى كان أثرها أكثر^(٢) ،

(١) السرائر: ٢٥٠ .

(٢) المختلف: ٤٠٤ .

أ : لو كان لأحد الثلاثة النصف ، ولآخر الثلث ، وللثالث السدس فباع أحدهم فانظر مخرج السهام فخذ منها سهام الشفعاء ، فإذا علمت العدة قسمت المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة ،

وقال الصدوق : على عدد الرؤوس^(١) ، للرواية عن أمير المؤمنين عليه السلام : « إن الشفعة تثبت على عدد الرجال »^(٢) . والأصح عدم الثبوت مع الكثرة ؛ للأخبار الصحيحة الدالة على ذلك^(٣) .

ولو قلنا بالثبوت لكان قول الصدوق أوجه ؛ للرواية^(٤) ، ولأن الشركة في البعض القليل سبب في استحقاق الكثير ، والأصل عدم التفاضل ، ولا دليل على ما ذكره .

قوله : (لو كان لواحد النصف ، ولآخر الثلث ، وللثالث السدس فباع أحدهم فانظر مخرج السهام فخذ منها سهام الشفعاء ، فإذا علمت العدة قسمت المشفوع عليها ، ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة) .

هذا ضابط لاستخراج حق كل واحد من الشفعاء على رأي ابن الجنيد^(٥) . وتحقيقه : أن ينظر الى مخرج سهام جميع الشركاء فيأخذ منها سهام الشفعاء ، فإذا علمت عدتها - أي : عدة سهام الشفعاء - قسمت المشفوع عليها ويصير بعد ذلك العقار كله بين الشفعاء على تلك العدة ، أعني عدة سهام الشفعاء . إذا عرفت ذلك فسهام الشركاء في المثال المذكور ستة ، وذلك لأنها مخرج السدس ومخرج الثلث ومخرج النصف داخلان .

(١) الفقيه ٣ : ٣٦ ذيل الحديث ١٦٢ .

(٢) الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٥ ، ١٥٦ .

(٣) منها ما في الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٩ ، الاستبصار ٣ : ١١٦ حديث ٤١٢ .

(٤) المصدر السابق .

(٥) المختلف ٤١٤ .

فلو كان البائع صاحب النصف فسهام الشفعة ثلاثة : اثنان لصاحب الثلث وللآخر سهم ، فالشفعة على ثلاثة ويصير العقار كذلك ، ولو كان صاحب الثلث فالشفعة ارباعاً : لصاحب النصف ثلاثة ارباعه وللآخر ربعه .

ولو كان صاحب السدس فهي بين الآخرين اخماساً : لصاحب النصف ثلاثة وللآخر سهمان ، وعلى الآخر يقسم المشفوع نصفين .

قوله : (فلو كان البائع صاحب النصف فسهام الشفعة ثلاثة : اثنان لصاحب الثلث وللآخر سهم ، فالشفعة على ثلاثة ، ويصير العقار كذلك) .

انما كان سهام الشفعة ثلاثة لأن صاحب الثلث له سهمان من ستة هما الثلث ، ولصاحب السدس سهم ، فإذا أخذوا^(١) النصف بالشفعة صار العقار بينهم كذلك ، أي أثلاثاً

قوله : (ولو كان صاحب الثلث فالشفعة ارباعاً : لصاحب النصف ثلاثة ارباعه ، وللآخر ربعه) .

أي : لو كان البائع صاحب الثلث فسهام الشفعة أربعة : النصف وهو ثلاثة من ستة ، والسدس فالشفعة تكون ارباعاً ، ولآخر نصف لكل سهم من سهمي الثلث ، فتضرب اثنين في ستة تبلغ اثنا عشر ، لصاحب النصف ثلاثة ارباع الثلث وللآخر الربع فيكون العقار بينهم ارباعاً .

قوله : (ولو كان صاحب السدس فهي بين الآخرين اخماساً : لصاحب النصف ثلاثة ، وللآخر سهمان) .

لأن سهامها خمسة فيكون العقار بينهم اخماساً .

قوله : (وعلى الآخر يقسم المشفوع نصفين) .

أي : على القول الآخر ، وهو القسمة على عدد الرؤوس .

(١) في ذق: اخذا.

ب : لو ورث أخوان أو اشتريا ، فمات أحدهما عن ابنين فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه .

ج : لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ، وقيل بالشركة ، وحينئذ لو قال المشتري : قد اسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزم ؛ لاستقرار ملكه على قدر حقه ، فكان كما لو أخذنا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه

قوله : (لو ورث اخوان أو اشتريا فمات أحدهما عن ابنين ، فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه) .

لكونهما شريكين ، وبعض العامة يخص الشفعة بالأخ لمشاركته البائع في سبب الملك^(١) ، وليس بشيء فإن مدار الشفعة على الشركة .

قوله : (لو باع أحد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ، وقيل بالشركة ، وحينئذ لو قال المشتري : قد اسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزم ، لاستقرار ملكه على قدر حقه ، فكان كما لو أخذنا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه) .

أي : لو كان الشركاء ثلاثة فباع أحدهم من شريكه استحق الشريك الثالث الشفعة دون المشتري ؛ لأن الشفعة للانسان على نفسه غير معقولة ، لامتاع أن يستحق الانسان تملك ملك نفسه بالشفعة ، وهو قول الشيخ في الخلاف^(٢) . وقال فيه وفي المبسوط : يشتركان في الشفعة لاشتراكهما في العلة الموجبة لهما ، ولا يمتنع أن يستحق تملك الشقص بسببين البيع والشفعة ؛ لأن علل الشرع واسبابه لما كانت معارفات لم يمتنع اجتماع علتين على معلول واحد ، ولأن للشفعة اثرأ وهو منع الشريك الآخر تملك مقدار

(١) ذهب إليه الشافعي في القديم، راجع: المجموع ١٤: ٣٣٢، ٣٣٣.

(٢) الخلاف ٢: ١١١ مسألة ٢٦ كتاب الشفعة.

د : لو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك ، سواء كان واحداً أو أكثر .

ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصح ، ولو باع شقصاً من ثلاثة دفعة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة ومن اثنين ومن واحد ؛ لأنه بمنزلة عقود متعددة ، فإذا أخذ من واحد لم يكن للأخرين مشاركته ؛ لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة .

مشفوعه بالشفعة ، ولامانع منه^(١) ، واختاره المصنف في المختلف تفريعاً على القول بالثبوت مع الكثرة^(٢) ، وهو الأصح تفريعاً .

قوله : (لو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك ، سواء كان واحداً أو أكثر) .

لأنه لا يجوز تبعض الصفقة على المشتري في الشقص المشفوع .

قوله : (ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو غيره لم يصح) .

لأنه لم يملك شيئاً ، وإنما ملك أن يملك .

قوله : (ولو باع شقصاً من ثلاثة دفعة فلشريكه أن يأخذه من الثلاثة ، ومن اثنين ، ومن واحد ؛ لأنه بمنزلة عقود متعددة) .

لأن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري ، ومتى تعددت العقود كان بالخيار في الأخذ بالشفعة في الجميع والبعض .

قوله : (فإذا أخذ واحد لم يكن للأخرين مشاركته ؛ لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة) .

(١) المبسوط: ٣: ١٣٨ .

(٢) المختلف: ٤٠٨ .

ولو رتب للشفيع الأخذ من الجميع ومن البعض ، فإن أخذ من السابق لم يكن للأحق المشاركة ، وإن أخذ من اللاحق شاركه السابق .

ويحتمل عدم المشاركة ، لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة ، فلا يكون سبباً في استحقاقها ، فلو أخذ من الجميع لم يشاركه

وتملكهم إنما يثبت في زمان واحد ؛ لأن الغرض أن العقد للجميع واحد .

قوله : (ولو رتب للشفيع الأخذ من الجميع ، ومن البعض) .

المراد بالشفيع : هو شريك البائع ، ووجه استحقاقه من الجميع أو البعض^(١) تعدد الصفقة وكونه شريكاً عند كل بيع .

قوله : (فإن اخذ من السابق لم يكن للأحق المشاركة) .

أي : إن أخذ من السابق بالشراء على غيره من الثلاثة لم يكن للاحق المشاركة ، لأنه لم يكن شريكاً في وقت شراء الأول فلا شفعة له .

قوله : (وإن أخذ من اللاحق شاركه السابق) .

لكونه شريكاً في وقت شراء السابق فيستحق الشفعة .

قوله : (ويحتمل عدم المشاركة ؛ لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها) .

أي : لأن ملك المشتري الأول - وهو السابق حال شراء الثاني ، وهو اللاحق له - مستحق للشفيع فلا يكون سبباً في استحقاق المشتري إياها . وليس بشيء ؛ لأن كونه ملكاً مستحقاً أخذه بالشفعة لا يخرج عن كونه شريكاً ، ومدار ثبوت الشفعة على الشركة .

قوله : (ولو أخذ من الجميع لم يشاركه أحد) .

أحد .

ويحتمل مشاركة الأول الشفيع في شفعة الثاني ، ومشاركة الشفيع والأول والثاني في شفعة الثالث ؛ لأنه كان ملكاً صحيحاً حال شراء الثالث ، ولهذا يستحق لو عفا عنه ، فكذا اذا لم يعف لأنه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو ، كما لو باع الشفيع قبل علمه

أما دفعة واحدة أو على الترتيب ، لكن قبل أن يأخذ معه أحد منهم على القول بثبوتها للسابق اعتباراً بشركته ، وذلك لخروجه عن كونه شريكاً قبل الأخذ بالشفعة فزال سبب الاستحقاق فيزول ؛ لاستحالة بقاء المسبب مع زوال سببه .

قوله : (ويحتمل مشاركة الأول الشفيع في شفعة الثاني ، ومشاركة الشفيع والأول والثاني في شفعة الثالث ؛ لأنه كان ملكاً صحيحاً حال شراء الثالث ، ولهذا يستحق لو عفا عنه ، فكذا اذا لم يعف ؛ لأنه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو كما لو باع الشفيع قبل علمه) .

أي : ويحتمل فيما لو أخذ من الجميع قبل أخذ المستحق إن قلنا بالاستحقاق بقاء شفعته^(١) ، وإن أخذ منه بالشفعة فيشترك الشفيع والمشتري الأول في شفعة الثاني ؛ لأنهما شريكان في وقت شراء الثاني ، ويشترك الشفيع والمشتري الأول والثاني في شفعة الثالث . ووجه هذا الاحتمال : أن الشقص كان ملكاً صحيحاً للأول حال شراء الثاني ، وله وللثاني حال شراء الثالث فيستحق به ، فإنه يستحق لو عفا عنه ، فكذا اذا لم يعف ، لأنه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو والملك تحقق في الموضوعين . ومثله ما لو باع الشفيع حصته قبل علمه بالشفعة ، فإن فيه وجهين سيأتيان إن شاء الله تعالى .

ويضعف بأن الاستحقاق وإن كان بالملك إلا أن العفو عنه ، وعدم أخذ الشقص من يده بالشفعة قرره وأكد سببه ، وعدم العفو عنه والأخذ منه أزال سببه

(١) في «ق» : باستحقاق شفعة .

فحينئذ للشفيح سدس الأول وثلاثة ارباع سدس الثاني وثلاثة اخماس الثالث ، وللأول ربع سدس الثاني وخمس الثالث ، وللثاني خمس الثالث فتصح من مائة وعشرين : للشفيح مائة وسبعة ، وللأول تسعة ، وللثاني أربعة ،

فلا يستويان . ثم إن فرض الاستحقاق في هذه المواضع مشروط بعدم منافاة الفور على القول بالفورية .

قوله : (فحينئذٍ للشفيح سدس الأول وثلاثة أرباع سدس الثاني وثلاثة أخماس الثالث) .

أي : فحين اذا قلنا بالثبوت لكل من المشتري الأول والثاني وان أخذ منهم فللشفيح سدس الأول ، أي : سهمه الذي اشتراه ، أعني : ثلث النصف وهو سدس الأصل وثلاثة أرباع سدس الثاني ؛ لأن شريكه فيه الأول وسهمه سدس ، وسهم الشفيح نصف فتكون سهامهما أربعة ، فاذا وزع على السهام كان قسط الشفيح ثلاثة أرباع ، وكذا ثلاثة أخماس سهم الثالث ؛ لأن له شريكين الأول والثاني ولكل منهما سدس اذا جمعا الى ماله وهو النصف كانت السهام خمسة فنصيبه بالتوزيع ثلاثة أخماس .

قوله : (وللأول ربع سدس الثاني وخمس الثالث وللثاني خمس الثالث فيصح من مائة وعشرين للشفيح مائة وسبعة وللأول تسعة وللثاني أربعة) .

إنما كان للأول ربع سدس الثاني وخمس الثالث ؛ لأن شريكه في الأول هو الشفيح واستحق ثلاثة أرباع ، وفي الثاني شريكه الشفيح والثالث وللشفيح ثلاثة أخماس وللآخر خمس وله خمس الثالث ، وإنما كانت من مائة وعشرين ؛ لان مخرج السهام المبيعة ستة وقد انكسر السدس تارة في مخرج الربع وتارة في مخرج الخمس ، وهما متباينان ومضروبهما - وهو عشرون في ستة - مائة وعشرون ، للشفيح ستون بالشركة ، وعشرون سدس الأول ، وخمسة عشر ثلاثة

وعلى الآخر للأول نصف سدس الثاني وثالث الثالث ، وللثاني ثلث الثالث فتصح من ستة وثلاثين : للشفيع تسعة وعشرون ، وللأول خمسة ، وللثاني اثنان .

هـ : لو باع أحد الأربعة وعفا آخر فلآخرين أخذ المبيع .

و لو باع ثلاثة في عقود ثلاثة ، ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فللرابع الشفعة في الجميع ،

أرباع سدس الثاني واثنا عشر ثلاثة احماس سدس الثالث ، وذلك ما ذكره ومنه يعلم الباقي .

قوله : (وعلى الآخر للأول نصف سدس الثاني وثالث الثالث ، وللثاني ثلث الثالث فتصح من ستة وثلاثين ، للشفيع تسعة وعشرون ، وللأول خمسة ، وللثاني اثنان) .

أي : على القول الآخر : وهو أن الشفعة مع الكثرة على عدد الرؤوس للشفيع نصف سدس الثاني مع سدس الأول جميعه وثالث سدس الثالث ، وللأول والثاني ما ذكره فتصح من ستة وثلاثين ؛ لأن الأصل ستة وقد انكسر السدس تارة في مخرج النصف وتارة في مخرج الثلث وهما متباينان ، ومضروبهما ستة ، ومضروبها في الأصل ستة وثلاثون ، للشفيع بالشركة ثمانية عشر ، وبالشفعة ستة وثلاثة واثنان ، وذلك ما ذكره ، والباقي ظاهر .

قوله : (لو باع أحد الأربعة وعفا آخر فلآخرين أخذ المبيع) .

أي : بالشفعة لانحصار الشفعة فيهما .

قوله : (ولو باع ثلاثة في عقود ثلاثة ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فللرابع الشفعة في الجميع) .

إنما قيّد بعدم علم بعضهم ببعض ؛ لأن من باع ملكه بعد علمه

وفي استحقاق الثاني والثالث فيما باعه الأول واستحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان .

وفي استحقاق مشتري الربع الأول فيما باعه الثاني والثالث ، واستحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة أوجه : الإستحقاق ؛ لأنها مالكان حال البيع ، وعدمه ؛ لتزلزل الملك ، وثبوته للمعفو عنه خاصة ، فإن أوجبناه للجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع ؛ لأن له شريكين فصار له الربع مضموماً الى ملكه فكمل له النصف ،

باستحقاقه الشفعة تسقط شفعته ، واما الرابع فعدم علمه غير شرط ، نعم يشترط أن لا يكون له مسقط آخر من منافاة الفور ونحوه فإنه قد يعلم بالحال ، ولا ينافي عدم أخذه الفورية لبعده ونحوه .

قوله : (وفي استحقاق الثاني والثالث فيما باعه الأول ، واستحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان) .

هما الوجهان فيمن باع حقه من الشركة وقد استحق الشفعة وهو لا يعلم ، ولا ريب أن الأول لا حق له ؛ لأنه باع ملكه قبل الجميع وقد كان شريك الشفيع حينئذ الثاني والثالث ، وفي وقت بيع الثاني كان شريك الشفيع الثالث خاصة .

قوله : (وفي استحقاق مشتري الربع الأول فيما باعه الثاني والثالث ، واستحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة أوجه : الاستحقاق ؛ لأنها مالكان حال البيع ، وعدمه ؛ لتزلزل الملك ، وثبوته للمعفو عنه خاصة) .

إنما كان تزلزل الملك مانعاً لكونه بمعرض الزوال لكون أخذه مستحقاً بالشفعة ، وفي الوجه الثالث قوة فإن الشركة حال البيع ثابتة فيستحق بها الشفعة ، ولا يضر تزلزل الملك لكن زوالها قبل الأخذ موجب لبطلان الاستحقاق .

قوله : (فإن أوجبناه للجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع ؛ لأن له شريكين فصار له الربع مضموماً الى ملكه فيكمل له النصف) .

وللبائع الثالث والمشتري الأول الثلث لكل منهما سدس ؛ لأنه شريك في شفعة مبيعين ، وللبائع الثاني والمشتري الثاني السدس لكل منهما نصفه ؛ لأنه شريك في شفعة بيع واحد ،

أي : فإن أوجبنا الاستحقاق للشريكين الآخرين وهما البائع الثاني والثالث والمشتريين الأول والثاني وهم مراده بالجميع ؛ لأن البائع الأول والمشتري الثالث لا يتصور لهم الشفعة هنا ؛ لخروج الأول عن الشركة قبل حدوث بيع وتأخر تملك الثاني عن البيوع كلها ، فللذي لم يبيع وهو الشفيع الأصلي ثلث كل ربع ؛ لأنه في كل مرتبة من مراتب البيع كان له شريكان ، ففي المرتبة الأولى شريكه البائع الثاني والثالث ، وفي المرتبة الثانية شريكه المشتري الأول والبائع الثالث ، وفي الثالثة شريكه المشتري الأول والثاني ، والفرض أن سهم كل منهم ربع فيستونون في الاستحقاق ، فإذا ضم ثلث كل ربع في المراتب الثلاث والثابت للشفيع الى ملكه وهو الربع كمل له النصف .
قوله : (وللبائع الثالث والمشتري الأول الثلث لكل منهما سدس ؛ لأنه شريك في شفعة مبيعين) .

وذلك لأن الثالث شريك حين البيع الأول والثاني فتكون له شفعة فيهما ، والمشتري الأول شريك حين البيع الثاني والثالث فنصيب كل منهما ثلث كل من الربيعين ، وثلث الربع نصف سدس الأصل فثلاثاه سدس فيكون لهما ثلث الأصل .

قوله : (وللبائع الثاني والمشتري الثاني سدس ، لكل منهما نصفه ؛ لأنه شريك في شفعة بيع واحد) .

لأن البائع الثاني إنما كان شريكاً في وقت بيع الأول خاصة ، والمشتري الثاني إنما كان شريكاً في وقت بيع الثالث ، فنصيب كل واحد منهما ثلث ربع وهو نصف سدس فيكون لهما سدس الأصل .

ويصح من اثني عشر .

و : لو كان الشفعاء الأربعة غيباً فحضر أحدهم أخذ الجميع وسلم كل الثمن أو ترك ، فإن حضر آخر أخذ من الأول النصف أو ترك ، فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك ، فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك

ولو قيل : إن الأول يأخذ الجميع أو يترك ، أما الثاني فله أخذ حقه خاصة ؛ لأن المفسدة - وهي تبعض الصفقة على المشتري - منتفية هنا أو أخذ النصف كان وجهاً ، فإن امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعة ، وكان للغائبين أخذ الجميع ، وكذا لو عفا ثلاثة أو امتنعوا فللرابع الجميع إن شاء .

قوله : (فتصح من اثني عشر) .

لأنها مخرج نصف السدس ، وهو اذق كسرفي المسألة .

قوله : (لو كان الشفعاء الأربعة غيباً فحضر أحدهم أخذ الجميع وسلم كل الثمن أو ترك ، فإن حضر آخر أخذ من الأول النصف أو ترك ، فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك ، فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك) .

وجه هذا أن كل واحد منهم عند المطالبة هو الشفيع مع من أخذ من شركائه ؛ لعدم العلم بأخذ الغائب لامكان عضوه ، فليس له أن يأخذ بعض استحقاقه ؛ لأن الشفعة مبنية على القهر فيقتصر فيها على موضع الوفاق ، وتخير الشفيع الآخر بين أخذ الحصاة باعتبار أخذ الغائب وعدمه لم يدل عليه دليل فينتفي ، وفي هذا قوة ، فلا يكون ما جعله المصنف وجهاً أوجه .

قوله : (ولو قيل : إن الأول يأخذ الجميع أو يترك ، أما الثاني فله أخذ حقه خاصة - لأن المفسدة وهو تبعض الصفقة على المشتري منتفية هنا - أو أخذ النصف كان وجهاً) .

ولو حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ النصف وقاسم ، ثم حضر الآخر وطالب فسخت القسمة ، ولورده الأول بعيب فللثاني أخذ الجميع ؛ لأن الرد كالعفو .

ويحتمل سقوط حقه من المردود ؛ لأن الأول لم يعف بل رد بالعيب ، فكان كما لو رجع الى المشتري ببيع أو هبة ،

(أخذ النصف) معطوف على (أخذ حقه) وما بينهما معترض ، ولقائل أن يقول : إن تبعض الصفقة على المشتري من حيث عدم العلم بأن الغائب يأخذون أم لا ، ولزوم تجزئة الثمن [على^(١)] تقدير أخذهم لا شبهة في أنه محذور ومانع ، إلا أن مثله آت في حق الشفيع لعدم العلم بأخذ الغائب ، فكانت الشفعة منحصرة فيمن حضر وطالب ، وكما أن ثبوتها قهري فكذا تقسيطها إما على عدد الرؤوس أو السهام قهري فلا اختيار للحاضر .

قوله : (ولو حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ النصف وقاسم ، ثم حضر الآخر وطالب فسخت القسمة) .

لأن حقه شائع في المأخوذ لكل منهما .

قوله : (ولورده الأول بعيب فللثاني أخذ الجميع ، لأن الرد كالعفو) .

هذا هو المعتمد على القول ؛ لأن الرد بالعيب فسخ للأخذ لا انشاء سبب للملك جديد ، فيكون مقتضياً لاسقاط حقه من الشفعة .

قوله : (ويحتمل سقوط حقه من المردود ؛ لأن الأول لم يعف بل رد بالعيب ، فكان كما لو رجع الى المشتري ببيع أو هبة) .

لا شبهة في ضعف هذا ؛ لأن الأول وإن لم يعف إلا أن الرد بالعيب

(١) في النسختين الخطيتين : العقود، وما أثبتناه من الحجرية، وهو الصحيح.

ولو استغلها الحاضر ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغلة .

ولو قال الحاضر : لا آخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفيعته على اشكال ، واذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع إليه النصف ، فإن خرج المبيع مستحقاً فدرك الثاني على المشتري دون الشفيع الأول ؛ لأنه كالنائب .

اقتضى سقوط حقه من الشفعة فجرى مجرى العفو^(١) . وأيضاً فالرد بالعيب فسخ للأخذ قطعاً لا لإنشاء سبب جديد للملك ، فكيف ساوى العود الى المشتري بالبيع والهبة ؟

قوله : (ولو استغلها الحاضر ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغلة) .

المراد بـ(استغلها) : انه أخذ غلتها وإنها لم يشاركه في الغلة ؛ لأنها نماء ملك المستغل ، والملك يتجدد لمن حضر بعد أخذه .

قوله : (ولو قال الحاضر : لا آخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفيعته على اشكال) .

ينشأ : من أنه ترك الأخذ باختياره فتبطل شفيعته ، ومن أن التأخير لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه . ويشكل بالتردد في كون ذلك عذراً ، فإن ضرره لا يدفع بضرر المشتري ، ولأن الشفعة مبنية على القهر فيقتصر فيها على موضع اليقين ، وينبغي البطلان بالتأخير لذلك .

قوله : (وإذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع إليه النصف ، فإن خرج المبيع مستحقاً فدرك الثاني على المشتري دون الشفيع الأول ؛ لأنه كالنائب) .

ز : لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع ، ثم قدم أحد الغائبين وسوغنا له أخذ حقه خاصة أخذ الثلث ، فإن حضر الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده ، فيضيفه الى ما في يد الأول ويقسمانه نصفين

إنما كان كالثائب لأنه قبل أخذه من المشتري كانت الشفعة مستحقة للجميع على المشتري والدرك عليه ، فأخذ الشفيع لم يُغير هذا الحكم لبقاء الاستحقاق ، وينبغي أن يكون هذا الحكم فيما عدا الثمن وهو ما يغرمه من أجره ونقص ونحوهما ، أما الثمن فيسترد كل ما سلمه ممن سلمه إليه كما نبه عليه في التذكرة، وحكاها عن بعض العامة^(١)، وهو جيد .

قوله : (لو كان الشفعاء ثلاثة فأخذ الحاضر الجميع ثم قدم أحد الغائبين ، وسوغنا له أخذ حقه خاصة أخذ الثلث ، فإن حضر الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه الى ما في يد الأول ويقسمانه نصفين) .

قد سبق أنا لا نسوغ له ذلك لكن تفريراً على ذلك ، فإذا أخذ الثلث وحضر الثالث فحقه في يديهما ؛ لأن حقه ثابت في كل جزء ، ولكل من الشفيعين يد على العين بمقدار ما أخذ ، فحينئذ يكون أخذه بشيء من استحقاقه وشيء من استحقاق الثالث فيكون عافياً عن بعض حقه للأول ، ولذلك قال بعض الشافعية : تبطل شفيعته^(٢) ؛ لأنه لما عفا عن بعض حقه وجب أن يبطل جميع حقه ، واحتمل في الدروس أن لا يأخذ الثالث من الثاني شيئاً ، بل يقسم ما في يد الأول بينه وبين الثالث نصفين ، فلا يكون أخذه للثلث عفواً عن شيء من حقه وإنما أخذ كمال حقه^(٣) ولا بعد في ذلك إذ لم يأخذ شيئاً معيناً بل امراً

(١) انظر: فتح العزيز مع المجموع ١١: ٤٨٥ - ٤٨٦ .

(٢) فتح العزيز ١١: ٤٨٦ .

(٣) الدروس: ٣٩٥ .

فتصح من ثمانية عشر ؛ لأن الثالث أخذ من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة ، وليس للسبعة نصف فنضرب اثنين في تسعة : للثاني أربعة ولكل من الباقيين سبعة ؛ لأن الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فيتوفر على شريكه في الشفعة ، والأول والثالث متساويان في الإستحقاق ولم يترك أحدهما شيئاً من حقه فيجمع ما معهما ويقسم بينهما .

كلياً وإلا لبطل حقه بالعفو عن البعض .

إذا عرفت هذا فقول المصنف : (وسوّغنا له أخذ حقه خاصة أخذ الثلث) لا يجري على ظاهره ؛ لأنه بناء على ما ذكره يأخذ قدر حقه وليس حقه ؛ لأن للثالث فيه حقاً . ويندفع هذا بأن نسبة حق الثالث الى ما في يد الآخرين على حد سواء ، فكيف يجعل حقه مما في يد أحدهما دون الآخر ، مع أن حقه شائع فلا سبيل الى ذلك حتى لو احدثا في العين حدثاً يستحق الشفع المطلبية به طالهما معاً ؟

قوله : (فتصح من ثمانية عشر ؛ لأن الثالث أخذ من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة ، وليس للسبعة نصف فنضرب اثنين في تسعة ، للثاني أربعة ، ولكل من الباقيين سبعة ، لأن الثاني ترك سدساً كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فيتوفر على شريكه في الشفعة ، والأول والثالث متساويان في الاستحقاق ولم يترك أحدهما شيئاً من حقه فيجمع ما معهما ويقسم بينهما) .

أي : فتصح مسألتهم من ثمانية عشر بالنسبة الى الجزء المشفوع لا بالنسبة الى مجموع العقار ، وذلك لأن الثاني أخذ الثلث وذلك يستدعي كون الشقص ثلاثة ، والثالث يطلب من الثاني ثلث الثلث ومخرجه مضروب مخرج أحد الكسرين في الآخر ، أعني مضروب ثلاثة في ثلاثة وذلك تسعة ، فيبقى

ح : لو اشترى واحد من اثنين شقصاً فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وإن تبعضت الصفقة على المشتري ، ولا خيار له .

في يد الثاني سهمان منهما ، وفي يد الأول ستة ، وفي يد الثالث سهم ، فيضم ما في يد الثالث الى ما في يد الأول ويقتسمانه لاستوائيهما في الاستحقاق وذلك سبعة ، وليس لها نصف صحيح فانكسرت في مخرج النصف ، فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر ، للثاني منهما أربعة ولكل من الباقيين سبعة .

وإنما قلنا : إن للثاني أربعة ولكل من الآخرين سبعة ؛ لأن الثاني كان يستحق أخذ النصف وهو تسعة ، فترك سدساً وهو ثلاثة ، حقه منه ثلثاه وهو سهمان ، وأخذ ستة حقه منها أربعة فيتوفر ثلث السدس المتروك ، أعني التسع على شريكه في الشفعة وهو المتروك له ، والأول والثالث متساويان في الاستحقاق ، ولم يترك أحدهما شيئاً من حقه فيجمع ما معهما ويقسم بينهما .

ولا يقال : إن الأول يختص بالمتروك ؛ لأنه لا يملك لواحد ، بل اذا تركه المستحق استحقه الشركاء ، فقلوه : (فيتوفر على شريكه) لا يراد به واحد من الشريكين ، بل الجنس بدليل قوله : (والأول والثالث متساويان في الاستحقاق ...) .

قوله : (لو اشترى واحد من اثنين شقصاً فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وإن تبعضت الصفقة على المشتري) .

في الحقيقة لا تبعض ؛ لأن الصفقة تعدد بتعدد البائع وإن اتحد العقد والمشتري ، ففي العبارة تسامح .
قوله : (ولا خيار له) .

لما قلناه من تعدد الصفقة بحسب الواقع ، فلا يكون الأخذ بأحد العمدين منافياً لما وقع عليه العقد الآخر .

ولو اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحدهما بعد القبض وقبله .

ولو وكل أحد الثلاثة شريكه في بيع حصته مع نصيبه فباعهما لواحد فللثالث أخذ الشفعة منهما ومن أحدهما .

قوله : (ولو اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحدهما بعد القبض وقبله) .

لتعدد الصفقة بتعدد المشتري ، سواء كان ذلك بعد قبض المبيع أو قبله^(١) ؛ لتحقق انتقال الملك الموجب لثبوت الشفعة ، وفي حواشي شيخنا الشهيد : انه يمكن عدم إلحاق هذه بالكثرة ؛ لأن الاستحقاق غير مسبوق بالكثرة فلا تكون مانعة ، فتحتمل الكثرة المانعة على الكثرة السابقة على العقد ، ويشكل بأن ظاهر قوله عليه السلام : « إذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة »^(٢) .

قوله : (ولو وكل أحد الثلاثة شريكه في بيع حصته مع نصيبه فباعهما لواحد فللثالث أخذ الشفعة منهما ومن أحدهما) .

إذا باع الوكيل نصيبه ونصيب موكله لواحد كان ذلك بمنزلة بيعين فلا تكون الصفقة واحدة ، ثم انه ليس للوكيل ولا للموكل شفعة على الآخر ؛ لعدم الأولوية لأنهما بائعان فخرجا عن الشركة ، بل الشفعة للثالث وهو مخير إن شاء أن يأخذ مجموع النصيبين وإن شاء أن يأخذ أحدهما ؛ نظراً الى تعدد البيع بتعدد البائع ، خلافاً لبعض الشافعية ؛ لأن العاقد واحد .

واعلم ان في قوله ؛ (فللثالث أخذ الشفعة منهما ومن أحدهما) تسامحاً ؛ لأن الأخذ إنما يكون من المشتري لا من البائعين .

(١) في «ق» : وقبله لتحقق وفي «م» : أو قبله أو بعده لتحقق

(٢) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٧ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٩ .

ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر ، ثم علم الشفيع فله أخذ الأول والثاني واحدهما ، فإن أخذ الأول لم يشاركه الثاني ، وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأول وعلى ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع اخذ الجميع أو تركه خاصة .

قوله : (ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ، ثم الباقي لآخر ، ثم علم الشفيع فله أخذ الأول والثاني وأحدهما ، فإن أخذ الأول لم يشاركه الثاني ، وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأول) .

الفرق بين هذه وبين ما سبق في قوله : (لو اشترى اثنان نصيب واحد . . .) أن الظاهر أن الشراء في تلك معاً ، ولهذا لم يحتمل أن يكون للأول شفعة لو أخذ من الثاني ، وهذه الشراء مترتب بدليل العطف بـ (ثم) ، والحكم ظاهر فإنه في وقت شراء الأول لم يكن للثاني ملك فلا تتصور شفيعته ، أما الأول فيحتمل أن تكون له شفعة ؛ لكونه شريكاً في وقت بيع الثاني ، سواء لم يأخذ منه أم أخذ فإن الاحتمال آت على كل واحد من التقديرين كما سبق ، وإن كان ظاهر ما هنا قد يؤذن بخلافه ؛ لمفهوم قوله : (وإن أخذ الثاني احتمل مشاركة الأول) .

قوله : (وعلى ما اخترناه من سقوط الشفعة مع الكثرة للشفيع أخذ الجميع أو تركه خاصة) .

لأنه اذا أخذ الجميع لم يتكثر الشفعاء فلم يتحقق الثاني ، بخلاف ما اذا أخذ البعض ، وفيه نظر من وجهين :

أ : إنما يجيء هذا المحذور لو أخذ من الثاني ، أما اذا أخذ من الأول فقط فعلى قوله لا يتكثر الشفعاء حينئذ ، إذ لا يشاركه الثاني فيما أخذه قطعاً .

ب : أنه لو أخذ الجميع فللأول الشفعة في نصيب الثاني على ما سبق من الاحتمال ؛ لأن الأول كان شريكاً ومستحقاً في وقت البيع للثاني ، فلا يزول

الفصل الثالث: في كيفية الأخذ :

يملك الشفيع الأخذ بالعقد وإن كان في مدّة الخيار على رأي ، وهو قد يكون فعلاً بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ ،

استحقاقه بأخذ ملكه فلا يتم ما ذكره ، وأيضاً فإنه في وقت البيع للثاني كان المشتري الأول مالكاً قطعاً ، فإن استحق الشفعة بملكه ثبت مع تعدد الشركاء أو الشفعاء ، وإن لم يستحق مع كونه شريكاً تخلف الأثر عن المؤثر ، نعم على القول بأن كون ملكه مشفوعاً ينافي استحقاقه الشفعة لا اشكال .

ثم أن ثبوت الشفعة هنا على القول بالمنع مع الكثرة ، وإن لم نقل بالاحتمال واخذ الجميع نظراً ؛ لأن قوله عليه السلام : « فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم الشفعة »^(١) يقتضي ظاهره نفي الاستحقاق هنا .

قوله : (يملك الشفيع الأخذ بالعقد وإن كان في مدة الخيار على رأي) .

لعموم دلائل الشفعة المتناولة له ، ولا يسقط الخيار فيكون الأخذ مراعى ، فإن فسخ صاحب الخيار بطلت الشفعة وإلا تبين صحتها ، فعلى هذا ليس له انتزاع العين قبل مضي مدة الخيار؛ لعدم تحقق ثبوت ملكه ، وهذا هو الأصح . وقد سبق تحقيق هذه المسألة ، والظاهر أن له أن يؤخر الأخذ الى مضي مدة الخيار ، إذ لا يظهر للإخذ فائدة إلا بعد انقضائه .

قوله : (وهو قد يكون فعلاً بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ) .

لما لم يملك الشفيع انتزاع الشقص المشفوع إلا بعد تسليم الثمن - كما

ولفظاً كقوله: أخذته أو تملكته وما اشبه ذلك من الألفاظ الدالة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضى بالصبر ،

صرح به الأصحاب - لم يكن الانتزاع أخذاً بالشفعة مثمراً للملك قبل تسليم الثمن؛ لأن الانتزاع منهى عنه وممنوع منه حينئذ فلا يكون سبباً في حصول الملك ، فعلى هذا لا يكون الأخذ فعلاً معتبراً إلا مع دفع الثمن أو رضى المشتري بالصبر ، فإذا دفعه وأخذه المشتري ملك الشقص ، وإلا خلى بينه وبينه أو رفع الأمر الى الحاكم ليلزمه التسليم ، وفي التذكرة تنبيه عليه^(١) .

قوله : (ولفظاً كقوله : أخذته ، أو تملكته ، وما أشبه ذلك من الألفاظ الدالة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضى بالصبر) .

ويصح الأخذ لفظاً وإن لم يتسلم الشقص فيملكه اذا صح الأخذ ، ويصح بكل لفظ دل على ذلك مثل : أخذته ، وملكته ، واخترت الأخذ ، ونحو ذلك وإن لم يرض المشتري ، لكن لا بد من دفع الثمن أو رضاء المشتري بالصبر .

قال في التذكرة : ولا يملك الشفيع بمجرد اللفظ ، بل يعتبر مع ذلك أحد أمور : أما تسليم العوض الى المشتري فيملك به إن تسلمه ، وإلا خلى بينه وبينه ، أو رفع الأمر الى الحاكم ليلزمه بالتسلم^(٢) .

إذا تقرر هذا فاعلم ان اشتراط دفع الثمن في حصول الملك لا دليل عليه ، والأصل عدمه ، والشفعة في معنى المعاوضة إذ هي من توابع البيع ، ودفع أحد العوضين غير شرط في تملك الآخر ، ولأنه لو كان الدفع شرطاً لوجب أن يكون فورياً كالأخذ فتبطل الشفعة بدونه مع التمكن .

وامهال الشفيع ثلاثة أيام قد يدل على خلاف ذلك ، وليس في النصوص ما يدل على الاشتراط المذكور ، والذي في رواية ابن مهزيار : « إن كان معه

(١) التذكرة : ٥٩٤ .

(٢) التذكرة : ٥٩٤ .

بالمصر فلينظر به ثلاثة أيام ، فإن اتاه بالمال وإلا فليبع وبطلت شفעתه في الأرض»^(١)

وليس كلام الأصحاب صريحاً في اشتراط ذلك ، ثم قال في التذكرة بعد اوراق في خلال مسألة وإذا بلغه البيع فقال : قد اخترت أخذ الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد ، وعلم قدره ، ونظر الى الشقص ، أو وصف له وصفاً يرفع الجهالة صح الأخذ ، وإن لم يجز المشتري ولا حضر فقال أبو حنيفة : لا يأخذ بالشفعة حتى يحضر الثمن ولا يقضي له القاضي بها حتى يحضر الثمن^(٢) .

وقال محمد : إن القاضي يؤجله يومين أو ثلاثة ولا يأخذه إلا بحكم الحاكم أو رضى المشتري ؛ لأن الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا بعد احضار الثمن ، ولهذا لما كان المشتري يستحق^(٣) تسليم المبيع بغير اختيار البائع لم يكن له إلا بعد احضار الثمن^(٤) .

وقد بينا أن الشفيع يأخذ بالعوض فلا يشترط حضوره كالبيع ، والتسليم في الشفعة كالتسليم في البيع فإن الشفيع لا يتسلم الشقص إلا بعد احضار الثمن ، وكون التملك بغير اختياره يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة بالبيع^(٥) .

قلت : هذا تصريح بما ذكرته من أن ثبوت الملك بالأخذ باللفظ لا يتوقف على دفع الثمن ، وهذا قوي ، نعم يشترط العلم بالعوضين .

(١) التهذيب ٧ : ١٦٧ حديث ٧٣٩ .

(٢) اللباب في شرح الكتاب ٢ : ١٠٧ .

(٣) في النسختين الخطيتين : ولهذا كان المشتري لما كان يستحق ، وما أثبتناه من النسخة الحجرية ، وهو الصواب .

(٤) بدائع الصنائع ٥ : ٢٤ .

(٥) التذكرة ١ : ٥٩٦ .

ويشترط علم الشفيع بالثمن والمثمن معاً ، فلو جهل أحدهما لم يصح الأخذ وله المطالبة بالشفعة .

ولو قال : اخذته بمهما كان لم يصح مع الجهالة .

ويجب تسليم الثمن أولاً ، فلا يجب على المشتري الدفع قبله ، وليس للشفيع أخذ البعض بل الترك أو الجميع ،

قوله : (ويشترط علم الشفيع بالثمن والمثمن معاً) .

أي : لصحة الأخذ ، فلا يصح الأخذ مع الجهالة للغرر فإنها في معنى البيع ، إذ هي من توابعه .

ولقائل أن يقول : اشتراط العلم بالثمن مستدرك؛ لأنه اذا اشترط للأخذ دفع الثمن اشترط العلم به لا محالة .

ويمكن الجواب : بأن الأخذ مع العلم صحيح ولا يثمر الملك إلا بدفع الثمن ، بخلاف ما اذا كان جاهلاً فإنه يقع لغواً .

قوله : (وله المطالبة بالشفعة) .

فلا يسقط حقه بذلك الأخذ الفاسد .

قوله : (ويجب تسليم الثمن أولاً ، فلا يجب على المشتري الدفع

قبله) .

هذا أيضاً محل نظر؛ لأن المعاوضة يجب فيها التسليم ، والتسليم دفعة واحدة كما سبق في البيع ، والأصل عدم وجوب التقديم في التسليم على واحد بخصوصه ، نعم إن تم له اشتراط تسليم الثمن في حصول الملك بالأخذ ثبت وجوب هذا .

قوله : (وليس للشفيع أخذ البعض بل الترك أو الجميع) .

لأنه ليس له تبيعض الصفقة ، ولأن حقه في المجموع من حيث هو

فلو قال : أخذت نصف الشقص فالأقوى بطلان الشفعة .

ويجب الطلب على الفور ، فلو أّخر مع امكانه بطلت شفّعته على

رأي

مجموع .

قوله : (فلو قال أخذت نصف الشقص فالأقوى بطلان الشفعة) .

وجه القوة ان المأخوذ لا يستحقه ؛ لأنه إنما يستحق المجموع فلا يؤثر أخذه إياه بالنسبة اليه ولا بالنسبة الى المجموع ، أما بالنسبة اليه فظاهر لعدم استحقاقه ، وأما بالنسبة الى الباقي فلأن الاقتصار على أخذ البعض إن لم يدل على عدم أخذ البعض الآخر فلا يدل على أخذه فيحصل التراضي فتبطل الشفعة .

ويحتمل الصحة ؛ لأن أخذ البعض يستلزم أخذ البعض الآخر لامتناع أخذه وحده ، وهو قول لبعض العامة^(١) ، وفيه نظر؛ لأن أخذ البعض إنما يستلزم اخذ البعض الآخر اذا وقع صحيحاً ، ولم تثبت صحته من دون أخذ الباقي ، ولأنه ربما كان مريداً لأخذ البعض خاصة ، وذلك لا يصح ولا يستلزم أخذ الباقي ، والحاصل ان أخذ البعض لا يدل على أخذ الباقي بشيء من الدلالات الثلاث ، والأصح البطلان .

قوله : (ويجب الطلب على الفور ، فلو أّخر مع امكانه بطلت

شفّعته على رأي) .

هذا مختار الشيخ^(٢) ، وجمع كثير من الأصحاب^(٣) اقتصاراً فيما يثبت على خلاف الأصل على موضع الوفاق ، ولدلالة رواية ابن مهزيار^(٤) المتضمنة

(١) انظر: فتح العزيز المطبوع مع المجموع ١١ : ٤٨٢ .

(٢) الخلاف : ٢ : ١٠٦ مسألة ٤ كتاب الشفعة .

(٣) منهم ابن حمزة في الوسيلة : ٢٩٩ ، والشهيد في الدروس : ٣٨٨ .

(٤) التهذيب : ٧ : ١٦٧ حديث ٧٣٩ .

وإن لم يفارق المجلس .

ولا تجب مخالفة العادة في المشي ولا قطع العبادة ولو كانت مندوبة ، ولا تقديمه على صلاة حضر وقتها .

بطلان الشفعة بعدم احضار الثمن في الثلاثة على ذلك إذ لو كانت على التراخي^(١) لم تبطل بعد الثلاثة بلا فصل .

وقال السيد^(٢) ، وجماعة^(٣) : بأنها على التراخي^(٤) تمسكاً بما لا ينهض حجة ومعارضاً ، والأصح الأول الذي دل عليه كلامه في المختلف وغيره : أن الواجب على الفور هو الأخذ صرح به في مسألة ما اذا كان الثمن مؤجلاً^(٥) وإن كان مقتضى كلامهم هناك أن الطلب واجب فوري ، فلعله يراد به الأخذ لتضمنه الطلب .

قوله : (وإن لم يفارق المجلس) .

رد بذلك على أبي حنيفة فإنه يقول : إن التأخير بغير عذر لا يبطل الشفعة ما دام في المجلس^(٦) .

قوله : (ولا تجب مخالفة العادة في المشي ، ولا قطع العبادة وإن كانت مندوبة ، ولا تقديمه على صلاة حضر وقتها) .

لا ريب أن المراد بالفور تحكّم فيه العادة؛ لأن العرف هو المرجع فيما ليس للشارع فيه حقيقة ، فحينئذ الأعذار المانعة من السعي الى الأخذ بالشفعة عادة تنقسم الى قسمين : ما ينتظر زواله عن قرب مثل الاشتغال بصلاة واجبة ،

(١) في «ق» : التراضي .

(٢) الانتصار: ٢١٩ .

(٣) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٦١ ، وابن ادريس في السرائر: ٢٥٠ .

(٤) في «ق» : التراضي .

(٥) المختلف: ٤٠٥ .

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٥: ١٩ ، اللباب ٢: ١٠٧ ، فتح العزيز المطبوع مع المجموع ١١: ٤٩١ .

ولو أهمل المسافر بعد علمه السعي ، أو التوكيل مع إمكان أحدهما بطلت ، ولو عجز لم تسقط وإن لم يشهد على المطالبة ،

أو مندوبة ، ونحوها من أكل ، أو قضاء حاجة ، أو كونه في حمام فله الانتمام ولا يكلف القطع على خلاف العادة ، وكذا لو حضر وقت الأكل أو الصلاة أو قضاء الحاجة جاز له تقديمها رجوعاً في ذلك كله الى العرف ، وبه صرح في التذكرة^(١) .

والظاهر أن من هذا شهود تشييع المؤمن والجنابة ، وقضاء حاجة طالب الحاجة ، وعيادة مريض ، وما جرى هذا المجرى مما لم تجر العادة بالإعراض عنه ، وربما كان الاعراض عنه موجباً للطعن ، والظاهر أن العجز عن التوكيل عند حصول أحد هذه الأمور غير شرط؛ لعدم السقوط بقصر الزمان ، وعدم ذلك في العادة منافياً للفور .

قوله : (ولو أهمل المسافر - بعد علمه - السعي أو التوكيل مع إمكان أحدهما بطلت) .

هذا بعض صور القسم الثاني من الأعذار ، وهو ما لا ينتظر زواله عن قرب كالمرض ، والحبس ، والغيبة ، والاعتكاف ، وتمريض المريض ، فلو كان الشفيح مسافراً وعلم بالبيع ، فإن أهمل السعي والتوكيل معاً مع تمكنه من أحدهما بطلت شفعته ، ولا يكون سفره عذراً مع تمكنه من التوكيل؛ لطول المدة فيه وعدم المسامحة في مثله بحيث لا ينافي الفور عادة .

ولا يخفي أن قول المصنف : (لو أهمل السعي أو التوكيل) ليس بجيد؛ لأن البطلان إنما يتحقق مع اهمالهما لا مع أهمال أحدهما ، وكذا القول في البواقي .

قوله : (ولو عجز لم يسقط وإن لم يشهد على المطالبة) .

ثم تجب المبادرة الى أحدهما في أول وقت الإمكان .

وانتظار الصبح ، ودفع الجوع والعطش بالأكل والشرب ، واغلاق الباب ، والخروج من الحمام ، والأذان والاقامة ، وسنن الصلاة ، وانتظار الجماعة أعمار ، إلا مع حضور المشتري وعدم اشتغاله بالطلب عن هذه الأشياء ،

أي : لو عجز عن الأمرين معاً لم تسقط شفعته لعدم التقصير ، ولا يشترط الاشهاد على المطالبة لو تمكن منه خلافاً لبعض العامة^(١) ، للاصل وعدم الدليل .

قوله : (ثم تجب المبادرة الى أحدها في أول وقت الامكان) .

أي : بعد زوال عذر المسافر وتمكنه من السعي أو التوكيل يجب عليه أحدهما ، فإن امكنه السعي تخيّر بينه وبين التوكيل ، ولو تمكن من التوكيل فقط تعيّن ويجب ذلك في أول أوقات الامكان عادة فيراعي ما سبق ، ولو قصر التوكيل في الأخذ لم يكن تقصيراً من الموكل .

قوله : (وانتظار الصبح ، ودفع الجوع والعطش بالأكل والشرب ، واغلاق الباب ، والخروج من الحمام ، والأذان والاقامة ، وسنن الصلاة ، وانتظار الجماعة اعذار) .

هذا كله من قبيل القسم الأول من قسمي الأعدار ، وهو ما ينتظر زواله عن قرب ، وقد سبق توجيهه .

قوله : (إلا مع حضور المشتري وعدم اشتغاله بالطلب عن هذه الاشياء) .

أي : إلا مع حضور المشتري عنده ، وعدم اشتغاله بالطلب فإن هذه

ويبدأ بالسلام والدعاء .

وإنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد ، فإن كان مثلياً فعلى الشفيع مثله ، وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي ،

الأمر لا تعد أضراراً فتسقط شفيعته ، واعلم انه على ما سبق في كلامه لا أثر لطلبه الشفيع ، إذ المعتبر هو الأخذ مع دفع الثمن ، إلا أن يحمل الطلب في عبارته على ذلك .

قوله : (ويبدأ بالسلام والدعاء) .

لعموم الأمر بالسلام^(١) ، وجريان العادة به ، وكذلك الدعاء المتعارف مثله ، ولو ابتداء بالطلب لكان نقصاً في حقه .

فرعان :

أ : لو جهل الشفيع استحقاق الشفيع فالظاهر بقاء حقه ؛ لعموم الدلائل^(٢) ، ولعدم تقصيره في الأخذ .

ب : لو علم ثبوتها وجهل كونه على الفور فالظاهر السقوط ؛ لتحقق التقصير المنافي للفورية ولا أثر لجهله بذلك .

قوله : (وإنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد ، فإن كان مثلياً فعلى الشفيع مثله ، وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي) .

لا ريب أنه يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد قليلاً كان أو كثيراً ، أي : لمثله لعدم امكان الأخذ به غالباً ، فإن كان من ذوات الامثال لزمه مثله ، وإن كان من ذوات القيم فهل تثبت الشفيعه معه أم لا؟ قولان للأصحاب :

(١) الكافي ٢: ٤٧١ حديث ١ - ٥ باب التسليم، وانظر وسائل الشيعة ٨: ٤٣٥ باب الإبتداء بالسلام.

(٢) الكافي ٥: ٢٨٠ باب الشفيعه، التهذيب ٧: ١٦٣ باب الشفيعه.

أحدهما - وهو قول الشيخين^(١)، وجمع من الأصحاب^(٢) : - الثبوت؛ لعموم الأدلة الدالة على ثبوت الشفعة^(٣)، ولأن القيمة بمنزلة العوض المدفوع .

والثاني - وهو القول الآخر للشيخ^(٤) وقول جماعة منهم المصنف في المختلف^(٥) : - العدم اقتصاراً فيما ثبت على خلاف الاصل على محل الوفاق ، ولرواية ابن رثاب عن الصادق عليه السلام : في رجل اشترى داراً بريقق ومتاع وبر وجوهر قال : « ليس لأحد فيها شفعة »^(٦) ، وهي نص ولا يضر ضعف اسنادها لانجبارها بغيرها من الدلائل ، ولحسنة هارون بن حمزة الغنوي الى أن قال : « فهو احق بها من غيره بالثمن »^(٧) .

وإنما يتحقق ذلك في المثلي ، أو يقال المثل اقرب المجازات الممكنة هاهنا ، والأصح عدم الثبوت ، فإن قلنا به فبأي قيمة يلزم ، قيمة يوم العقد أم وقت الأخذ أم الأعلى من وقت العقد الى وقت الأخذ؟ صرح بالأول المصنف ، وبالثالث ولده^(٨) ، والأصح الأول؛ لأن وقت الاستحقاق حين العقد ، ولا ريب أن الاستحقاق بالثمن والعين متعذرة فوجب الانتقال الى القيمة ، فالاستحقاق بالقيمة حينئذ - وهو مختار الدروس^(٩) ومختار ولد المصنف - ضعيف؛ لأن إلحاق هذا بالغاصب لا وجه له ، وكذا الأمر الثالث؛ لسبق الاستحقاق في الثمن على وقت الأخذ .

(١) المقنعة : ٩٦ ، المبسوط : ٣ : ١٣١ .

(٢) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه : ٣٦١ ، وابن ادريس في السرائر : ٢٥٠ ، والمحقق الحلبي في الشرائع : ٣ : ٢٥٨ .

(٣) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٨ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٣٠ ، الاستبصار : ٣ : ١١٦ حديث ٤١٣ .

(٤) الخلاف : ٢ : ١٠٧ مسألة ٧ كتاب الشفعة .

(٥) المختلف : ٤٠٤ .

(٦) الفقيه ٣ : ٤٧ حديث ١٦٤ ، التهذيب ٧ : ١٦٧ حديث ٧٤٠ .

(٧) الكافي ٥ : ٢٨١ حديث ٥ ، التهذيب ٧ : ١٦٤ حديث ٧٢٨ .

(٨) ايضاح الفوائد : ٢ : ٢١٠ .

(٩) الدروس : ٣٩٠ .

سواء كان مثل قيمة المشفوع أو لا ، ولا تلزمه الدلالة والوكالة وغيرها من المؤن .

ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة وإن كان في مدة الخيار على رأي .

ولا يسقط عنه ما يحطه البائع وإن كان في مدة الخيار ويسقط أرش العيب إن أخذه المشتري .

قوله : (سواء كان مثل قيمة المشفوع أم لا) .

أي : سواء كان الثمن الذي جرى عليه العقد هو ثمن المثل للمشفوع ، أي : مثل قيمته أم ناقصاً لعموم النص .

قوله : (ولا تلزمه الدلالة والوكالة وغيرها من المؤن) .

مثل أجرة النقاد والوزان ونحوهما ، إذ ليست من جملة الثمن وإن كانت من التوابع .

قوله : (ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد لم تلحق الزيادة وإن كان في مدة الخيار على رأي ، ولا يسقط عنه ما يحطه البائع وإن كان في مدة الخيار) .

على رأي - المخالف في الموضوعين - الشيخ ، فقال بلحوق الزيادة وسقوط الحطيطة اذا كان ذلك في مدة الخيار؛ لأنه الثمن الذي استقر عليه العقد^(١) . وليس بجيد؛ لأن الثمن هو ما وقع عليه العقد ، والزيادة والحطيطة أمر جديد .

قوله : (ويسقط أرش العيب إن أخذه المشتري) .

أي : يسقط من الثمن؛ لأنه جزء منه ، فاذا اخذه المشتري كان الثمن هو

ولو كان الثمن مؤجلاً فللشفيع الأخذ كذلك بعد اقامة كفيل اذا لم يكن ملياً ، وليس له الأخذ عند الأجل على رأي .

ما يبقى بعده ، فإن كان قد دفع الثمن استرد الأرش ، ولو لم يأخذه المشتري لم يكن له أرش ؛ لأن الثمن هو ما جرى عليه العقد .

قوله : (ولو كان الثمن مؤجلاً فللشفيع الأخذ كذلك بعد اقامة كفيل اذا لم يكن ملياً ، وليس له الأخذ عند الاجل على رأي) .

لما كان الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي جرى عليه العقد لم يكن له فيما اذا كان الثمن مؤجلاً إلا الأخذ به مؤجلاً ، وهذا قول الاكثر^(١) والأصح ؛ لأن تأخير الأخذ ينافي الفور فيبطل لو أخر وللأجل حظ من الثمن ، فلو أخذ بغير اجل لم يكن الأخذ بالثمن .

وللشيخ قول في الخلاف^(٢) والمبسوط^(٣) انه يتخير بين أن يأخذ بجميع الثمن حالاً ، أو يصبر الى انقضاء الأجل ثم يأخذ ، واحتج عليه بأن الذم غير متساوية .

واجاب في المختلف بأن عدم تساوي الذم لا يلزم منه ما ذكره ؛ لأن إمكان التخلص بالضمين^(٤) ومقتضى هذا الجواب أنه متى طلب المشتري من الشفيع ضميناً أوجب اليه ، ومثله قال في التذكرة^(٥) ، والذي صرحوا به إنما هو الزامه بكفيل لو لم يكن ملياً ، ولو صرح أحد بما تشعر به عبارة المختلف لكان القول به وجهاً ، لكن قال في التذكرة : وعلى ما اخترناه وإنما يأخذه بثمان مؤجل اذا كان ملياً موثوقاً به أو اذا أعطى كفيلاً ملياً وإلا لم يأخذه ؛ لأنه اضرار بالمشتري ،

(١) منهم الشيخ المفيد في المقنعة: ٩٦ ، والشيخ الطوسي في النهاية: ٤٢٥ ، وفخر المحققين في ايضاح الفوائد: ٢١١ .

(٢) الخلاف: ٢: ١٠٧ مسألة ٩ كتاب الشفعة .

(٣) المبسوط: ٣: ١١٢ .

(٤) المختلف: ٤٠٦ .

(٥) التذكرة: ١: ٥٩٦ .

ولو مات المشتري حلّ الثمن عليه دون الشفيع ، ولو باع شقصين مع شريكين لواحد صفقة فلكل شريك أخذ شفيعته خاصة ، ولو اتحد الشريك فله أخذ الجميع وأحدهما .

ولو ترك لتوهم كثرة الثمن فبان قليلاً ، أو لتوهمه جنساً فبان غيره ، أو كان محبوساً بحق هو عاجز عنه ، أو يباطل مطلقاً وعجز عن الوكالة ، أو أظهر له أن المبيع سهام قليلة فبان كثيرة ، أو بالعكس ، أو أنه

وما ذكره صحيح في موضعه خصوصاً من لا ديانة له .

قوله : (ولو مات المشتري حل الثمن عليه دون الشفيع) .

لأن الذي يحل ديونه هو الميت دون غيره ، فيبقى دين الشفيع للمشتري مؤجلاً ، ويحتمل حلوله على الشفيع ؛ لأن تأجيله مسبب عن تأجيل ما على المشتري ، وليس بشيء .

قوله : (ولو باع شقصين مع شريكين لواحد دفعة فلكل شريك أخذ شفيعته خاصة) .

لأن الشقص الآخر بالنسبة اليه غير مشفوع ، فكان كما لو ضم المشفوع الى غير المشفوع .

قوله : (ولو اتحد الشريك فله أخذ الجميع وأحدهما) .

لأن الشركة في كل واحد من الشقصين بسبب مغاير للشركة في الآخر ، فلا تكون الشركة فيهما واحدة ، ولا أثر لاتحاد الصفقة في ذلك ، فإن حقه من أحدهما غير شائع في حق الآخر من الآخر .

قوله : (ولو ترك لتوهم كثرة الثمن فبان قليلاً ، أو لتوهمه جنساً فبان غيره ، أو كان محبوساً بحق هو عاجز عنه ، أو يباطل مطلقاً وعجز عن الوكالة ، أو أظهر له أن المبيع سهام قليلة فبان كثيرة ، أو بالعكس ، أو أنه

اشتراه لنفسه فبان لغيره ، أو بالعكس ، أو انه اشتراه لشخص فبان لآخر ، أو انه اشترى الكل بثمن فبان انه اشترى نصفه بنصفه ، أو بالعكس ، أو انه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه مع غيره ، أو بالعكس لم تبطل شفעתه .

اشتراه لنفسه فبان لغيره ، أو بالعكس ، أو انه اشتراه لشخص فبان لآخر ، أو انه اشترى الكل بثمن فبان انه اشترى نصفه بنصفه ، أو بالعكس ، أو انه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه مع غيره ، أو بالعكس لم تبطل شفעתه) .

المبرجع في هذه المسائل كلها الى كون التأخير في طلب الشفعة لعذر أو للجهالة ، بخصوص البيع الذي هو متعلق الشفعة ، حيث يكون تعلق الغرض به امراً مقصوداً ، فلو ترك الشفعة لتوهمه كثرة الثمن ، لوجود اماره توهم ذلك فبان قليلاً فالشفعة باقية ؛ لأن قلة الثمن مقصودة في المعاوضة ، فربما كان الترك مستنداً الى اعتقاد الكثرة .

وكذا لو اعتقده دنائير فظهر دراهم فترك أو بالعكس فالشفعة بحالها ؛ لأن الغرض قد يتعلق بجنس دون آخر ، لسهولة حصوله بالنسبة اليه ونحو ذلك .

وكذا لو كان محبوباً بحق هو عاجز عنه ؛ لأنه معذور في ترك السعي ، بخلاف ما لو كان قادراً على أداء الحق الذي حبس لأجله ؛ لان التأخير من قبله ، إذ يجب عليه دفع الحق ليخلص من الحبس ، أو كان الحبس بسبب باطل كطلب ما ليس عليه في نفس الأمر وإن كان في ظاهر الحال ثابتاً ، سواء كان قادراً عليه أم لا ، وسواء كان قليلاً أم كثيراً فإنه معذور ، إذ لا يجب عليه دفع ما ليس عليه ، لكن بشرط عجزه عن الوكالة ليكون الحبس في الموضوعين المذكورين عذراً ، فإن قصر في الوكالة فلا شفعة له ، ولو وكل مع حبسه بحق هو قادر عليه فالشفعة بحالها إذ لا تقصير .

ولو أظهر له أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر ، أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه بطلت شفيعته .

فرع :

لو شهدت البينة عليه بحق هو يدعي البراءة منه ، فحبس لامتناعه من ادائه فهل تبطل شفيعته لوجوب الدفع عليه ليخلص ، أم لا لدعواه انه محبوس بغير حق؟ في نفس الأمر يجب التأمل لذلك .

وكذا لو أظهر له مظهر أن المبيع قليل فظهر خلافه ؛ لأن الغرض قد يتعلق بالكثير وكذا عكسه .

وكذا لو أظهر شخص انه اشترى الشقص لنفسه فبان انه اشتراه لغيره فكذلك ؛ لأن الغرض قد يتعلق بالأخذ من شخص دون آخر ، ومثله العكس .

ولو أظهر له انه اشترى الشقص وحده بالثمن فبان انه اشتراه مع غيره فكذلك ؛ لأن الثمن حينئذ يكون اقل ، والغرض قد يتعلق بذلك . وبالجملة فكل أمر لو ظهر له وقوع^(١) البيع عليه ، والغرض الصحيح قد يتعلق بغيره فتبين خلافه فالشفعة بحالها لا تبطل للعذر .

قوله : (ولو أظهر انه اشتراه بثمن فبان انه اشتراه بأكثر ، أو انه اشترى الكل بثمن فبان انه اشتراه ببعضه بطلت شفيعته) .

لأن عدم رغبته في المبيع بالثمن الأقل فبالأكثر أولى ؛ لأن مقتضى البيع المكايسة ، وكذا لو لم يرغب في الكل بثمن فلأن لا يرغب في البعض بذلك الثمن أولى فلا شفعة له .

(١) في «ق»: أمر ظهر وقوع.....

وتصرف المشتري قبل الأخذ صحيح ، فإن أخذه الشفيع بطل ، فلو تصرف بما تجب به الشفعة تخير الشفيع في الأخذ بالأول أو الثاني ، فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلاثين : فإن أخذ من الأول دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلاثين والثاني على الأول بعشرين ؛ لأن الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده ، وكذا الثاني .

قوله : (وتصرف المشتري قبل الأخذ صحيح فإن اخذه الشفيع بطل ، فلو تصرف بما تجب به الشفعة تخير الشفيع في الأخذ بالأول أو الثاني) .

إنما كان تصرف المشتري صحيحاً؛ لأنه مالك مستقل ، فاذا أخذ الشفيع بطل تصرف المشتري ؛ لسبق حقه . ولا يخفى أن تصرفه ينقسم الى ما تجب به الشفعة - وهو البيع - وغيره ، فالأول اذا وقع تخير الشفيع في الأخذ بالبيع الأول والثاني ؛ لأن كلاً منهما سبب تام في ثبوت الشفعة فالتعيين الى اختياره .

قوله : (فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلاثين ، فإن أخذ من الأول دفع عشرة فيرجع الثالث على الثاني بثلاثين ، والثاني على الأول بعشرين ؛ لأن الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده ، وكذا الثاني) .

أي : اذا ثبت تخير الشفيع في الأخذ اذا كان تصرف المشتري موجباً للشفعة ، فلو باعه المشتري بعشرين وقد كان اشتراه بعشرة - فالجار الأول في قوله : (بعشرة) متعلق بالمشتري ، والثاني في قوله : (بعشرين) - فباعه المشتري الثاني بثلاثين فإن اخذه الشفيع من الأول انفسخ العقدان الآخران ، فيدفع الشفيع عشرة وهي الثمن الذي اشترى به المشتري الأول ، ثم يرجع كل من الثاني والثالث بما دفع ثمناً ، فيرجع الثالث بالثلاثين والثاني بالعشرين ؛ لأن الشقص ينتزع من الثالث وقد انفسخ عقده فيرجع الى ماله^(١) ، وكذا الثاني

(١) في «م» : مالكة .

ولو أخذ من الثاني صح الأول ودفع عشرين ، وبطل الثالث فيرجع بثلاثين .

ولو أخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلاثين .

ولو وقفه المشتري ، أو جعله مسجداً ، أو وهبه للشفيع ابطال ذلك كله ، والثلث للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة ،

انفسخ عقده .

قوله : (ولو أخذ من الثاني صح الأول ودفع عشرين وبطل الثالث فيرجع بثلاثين ، ولو أخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلاثين) .

لا ريب أنه اذا أخذ بالشفعة بالعقد الثاني كان ذلك امضاءً للبيع الصادر من الأول وهو التصرف الأول فيصح ، ويبطل البيع الصادر من الثاني وهو العقد الثالث ، فيرجع الثالث بما دفعه وهو ثلاثون ، ويدفع الشفيع الى المشتري الثاني عشرين ، ولو أخذ بالبيع الثالث كان ذلك امضاءً للعقود كلها فيدفع ثلاثين وهو ظاهر .

قوله : (ولو وقفه المشتري ، أو جعله مسجداً ، أو وهبه للشفيع ابطال ذلك كله والثلث للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة) .

هذا هو القسم الآخر من قسمي تصرف المشتري ، وهو ما تجب به الشفعة كوقف الشقص ، وجعله مسجداً ، وهبته ، ونحو ذلك للشفيع الأخذ بالشفعة واطال ذلك كله لسبق حقه ، لكن لا يقع هذا التصرف من أول الأمر باطلاً خلافاً لبعض الشافعية^(١)؛ لأنه صدر من مالك تام الملك . وإن كان ملكه متزئلاً كالمتهب حيث يكون للواهب الرجوع ، فاذا أخذ بالشفعة بطل الموقف والمسجدية ؛ لمضادتهما الأخذ بالشفعة .

أما الهبة فإما أن تكون لازمة أو جائزة ، فإن كانت جائزة فللواهب أن يأخذ

(١) منهم ابن سريج ، انظر: فتح العزيز المطبوع مع المجموع ١١ : ٤٦٧ .

وإلا فاشكال .

الثمن على ما ذكره المصنف ، ووجهه ان للواهب أن يرجع في أصل الهبة فله أن يرجع في ثمن الموهوب ، ومقتضى كلامه هذا انه لو لم يرجع لكان الثمن للمتهب ، ويشكل بأن هذا إنما يتم على تقدير أن يكون الأخذ بالشفعة غير مبطل للهبة؛ لأن الأخذ إنما يكون بالبيع السابق ، ومتى كان الأخذ به امتنع الحكم بصحة التصرف الطارئ عليه ، ولهذا لو كان تصرف المشتري بالبيع حكماً بأنه إن أخذ بالبيع الأول بطل الثاني واسترد المشتري الثاني الثمن .

ثم انه كيف يتصور كون الأخذ من المشتري والدرك عليه مع بقاء الهبة وثبوت ملك المتهب ، وهذا كما يكون منافياً لما ذكره في الهبة الجائزة فهو مناف لما ذكره من الاشكال في الهبة اللازمة كما لا يخفى .

لوقيل : يفسخ من أحد الجانبين وهو جانب الشفيع خاصة دون الآخر .

دفعناه بما قلناه من اقتضائه زوال الدرك عن المشتري ، وهو باطل ، ولأن الفسخ نسبة فلا يعقل من أحد الجانبين .

وعليه مناقشة أخرى ، وهو انه على ما ذكر في الهبة الجائزة من أن له الرجوع بالثمن؛ نظراً الى أن له أن يرجع في الأصل يجب أن لا يكون له الرجوع في الثمن في الهبة اللازمة؛ لانقطاع حقه منها ، والحاصل أن الأخذ بالشفعة إما أن يقتضي ابطال الهبة فالثمن للواهب وجهاً واحداً ، وإلا فالثمن للمتهب مع اللزوم وجهاً وبدونه يتخير ، وهذا واضح ، وكلام التحرير^(١) يلوح منه ذلك .

قوله : (وإلا فاشكال) .

أي : وإن كانت الهبة لازمة كالهبة لذي الرحم ، والمعوضة ففي كون الثمن للواهب أو للمتهب اشكال ينشأ : من بطلان الهبة بالأخذ بالشفعة لسبق

فإن قلنا به رجح المتهب بما دفعه عوضاً ، وإلا تخيّر بينه وبين الثمن ، فإن تقايل المتبايعان أو ردّه بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والرد والدرك باق على المشتري ،

حق الشفيع ، ومن امكان الجمع بين الحقين ، وحق الشفيع إنما هو في العين ، ولا شغل له بإبطال الهبة من رأس فيأخذها وتبقى الهبة بحالها ، ويكون المراد من الابطال : ابطال اختصاص المتهب بالعين لا ابطال اصل الهبة ، وليس بشيء ؛ لأن الشفيع إنما يأخذ بالبيع الأول من المشتري والدرك عليه والثمن حق له ، وهذه حقوق للشفيع ثابتة تنافي بقاء الهبة ، وهذا الاشكال ضعيف جداً ، والأصح ان الهبة تبطل في الموضعين ويرجع الأمر كما كان .

قوله : (فإن قلنا به رجح المتهب بما دفعه عوضاً ، وإلا تخيّر بينه وبين الثمن) .

أي : فإن قلنا بكون الثمن للواهب فإن كان المتهب قد دفع عوضاً للهبة فقد فات المعوض فيرجع به ، وإن لم نقل بكونه للواهب بل قلنا انه للمتهب - إذ لا واسطة - تخيّر المتهب بينه - أي بين العوض - وبين الثمن بأن يفسخ الهبة ويرجع بالعوض ؛ لفوات الموهوب الذي بذل العوض في مقابله ، أو يعيها فيأخذ الثمن ؛ لأنه حقه للزوم الهبة من طرف الواهب ، وقد عرفت ضعف ذلك كله .

قوله : (فإن تقايل المتبايعان ، أو رده بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والرد ، والدرك باق على المشتري) .

إذا تقايل المتبايعان ، بعد ثبوت الشفعة كان للشفيع فسخ الإقالة ؛ لأن حقه اسبق ، ومن جملة حقوقه أن يأخذ من المشتري وأن يكون الدرك عليه . وكذا لو رده المشتري لعيب كان للشفيع فسخ الرد بعين ما قلناه ، أما الارش فيأتي حكمه .

وقول المصنف : (والدرك باق على المشتري) يريد به في هذين

ولورضي بالشراء لم تكن له الشفعة بالإقالة .

ولو قلنا بالتحالف عند التخالف في قدر الثمن ، وفسخنا البيع به فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع لأخذه منه هنا ،

الموضعين ؛ لأنه حق ثبت عليه للشفيع فلا يملك ابطاله .

واعلم ان شيخنا الشهيد قال في حواشيه : إن فسخ الاقالة والرد يفهم منه امران : الأول : الفسخ مطلقاً ، أي : بالنسبة الى الجميع ، فتكون الاقالة والرد نسبياً منسياً . الثاني : انه بالنسبة الى الشفيع خاصة ؛ لأنها مالكان حال التصرف فيترتب أثر تصرفهما عليه ، قال : وتظهر الفائدة في النماء ، فعلى الأول نماء الثمن بعد الاقالة والرد للبائع ونماء المبيع للمشتري ، وعلى الثاني بالعكس .

اقول : إن الاقالة والرد يقتضيان الفسخ والفسخ لا يتجزأ ، فإما الصحة مطلقاً ، أو البطلان مطلقاً ، فحيث كان حق الشفيع اسبق كان الوجه البطلان مطلقاً .

قوله : (ولورضي بالشراء لم تكن له الشفعة بالاقالة) .

لأن الاقالة فسخ عندنا لا بيع ، خلافاً لأبي حنيفة^(١) ومثله ما لورضي الشفيع ايضاً بالشراء ثم رده المشتري بعيب لا شفعة ، خلافاً له ايضاً^(٢) .

قوله : (ولو قلنا بالتحالف عند التخالف في قدر الثمن ، وفسخنا البيع به فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع لاخذه منه هنا) .

أي : اذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن ، وقلنا بأنهما يتحالفان وينفسخ البيع فحق الشفيع باق ؛ لسبقه وتحقق ثبوته ، فيأخذه بما حلف عليه البائع لا بما حلف عليه المشتري ؛ لأن الأخذ هنا من البائع وذلك فرع فسخ البيع ، ولو

(١) اللباب في شرح الكتاب ٢ : ٣٢ .

(٢) اللباب في شرح الكتاب ٢ : ١٢١ .

والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه .

ولو كان في يد البائع كلف الأخذ منه أو الترك ، ولا يكلف المشتري القبض والتسليم ، ويقوم قبض الشفيع مقام قبض المشتري والدرك مع ذلك على المشتري .

حكماً بأخذه بما حلف عليه المشتري لوجب المنع من الفسخ لانقضاء فائدته حينئذ .

ويشكل بثبوت ما حلف عليه البائع في حق الشفيع مع تكذيبه ، والفسخ الواقع فرع التحالف ، وهو في حق المتبايعين خاصة دون الشفيع ؛ ولأن البائع إنما يحلف لنفي ما يدعيه المشتري لا لأثبات ما يدعيه هو فكيف يأخذ بما حلف عليه البائع ، إلا ان يقال : لما كان ذلك مقتضى الحلف ، لأنه اذا نفى ما يدعيه المشتري لزم ثبوت ما يدعيه هو ، لاتفاقهما على نفي ما عدا ما اختلفا فيه ، نعم اذا قلنا : إن كلا منهما يحلف يميناً جامعة للنفي والاثبات اندفع الاشكال .

والمتجه على القول بالتحالف بقاء الدعوى بين الشفيع والبائع فتكون كالدعوى بين الشفيع والمشتري ، وحيث كان المعتمد تقديم قول البائع وقول المشتري مع تلفها ، فاذا حلف البائع لبقائها أخذ الشفيع بما ادعاه المشتري ؛ لأن أخذه منه فلا يستحق عليه الزيادة التي يدعي كونها ظلماً ، نعم لو صدق الشفيع البائع وجب عليه دفع ما حلف عليه وإن لم تكن للمشتري المطالبة بالزيادة ؛ لاعترافه بعدم استحقاقها .

قوله : (والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه) .

إنما يأخذ الشفيع من المشتري ؛ لأن استحقاقه عليه لانقطاع ملكية البائع بالبيع ، ودرك المبيع على المشتري لو ظهر استحقاقه لأخذه منه ، فيرجع عليه بالثمن وبما اغترمه على ما سبق تفصيله .

قوله : (ولو كان في يد البائع كلف الأخذ منه أو الترك ، ولا يكلف المشتري القبض والتسليم ، ويقوم قبض الشفيع مقام قبض المشتري ،

وليس للشفيع فسخ البيع والأخذ من البائع ، ولا تصح الإقالة بين الشفيع والبائع .

ولو انهدم ، أو تعيَّب بفعل المشتري قبل المطالبة ، أو بغير فعله مطلقاً تخيّر الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك ،

والدرك مع ذلك على المشتري) .

أي : لو كان المبيع وهو المشفوع في يد البائع فليس للشفيع تكليف المشتري قبضه وتسليمه اليه ، بل للشفيع أحد الأمرين : إما الأخذ منه ، أو الترك للأصل ؛ ولأن الشقص حق الشفيع فحيث ما وجده أخذ ؛ ولأن أخذ الشفيع بمنزلة أخذ المشتري ؛ لأنه استحق قبض ذلك من جهته فلا حاجة الى تكليفه امرأ لا يفوت بعدمه حق على الشفيع . وللشافعية قول بأن له أن يكلفه ذلك ؛ لأن الشفيع بمنزلة المشتري من المشتري ، وفيه ضعف ، فاذا قبضه الشفيع من البائع كان ذلك كقبض المشتري ، والدرك على المشتري على كل حال .

قوله : (وليس للشفيع فسخ البيع والأخذ من البائع ، ولا تصح الاقالة بين الشفيع والبائع) .

لأن حق الشفيع منحصر في الأخذ من المشتري ، ولا حق له في فسخ بيع المشتري ، والاقالة إنما تصح ممن صدر العقد له .

قوله : (ولو انهدم ، أو تعيَّب بفعل المشتري قبل المطالبة ، أو بغير فعله مطلقاً تخيّر الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك) .

إذا اشترى شقصاً من دار فاستهدم ، أو تعيَّب - من غير أن يتلف - بعضها بفعل المشتري أو بغير فعله ، قبل المطالبة بالشفعة أو بعدها فما هنا أربع صور :

الأولى : أن يكون ذلك بفعل المشتري قبل مطالبة الشفيع بالشفعة بأن

ينقض البناء ، أو يشق الجدار ، أو يكسر الجذع مع سلامة الأعيان ، فإن الشفيح بالخيار بين الأخذ بكل الثمن وبين الترك ؛ لأن المشتري إنما تصرف في ملكه تصرفاً يسوغ له شرعاً ، فلا يكون مضموناً عليه ، والفائت من المبيع لا يقابل بشيء من الثمن فلا يستحق الشفيح في مقابلة شيئاً ، كما لو تعيب المبيع في يد البائع فإن المشتري يتخير بين الفسخ وبين الأخذ بجميع الثمن عند بعض علمائنا . وفيه نظر ، فإن المشتري وإن تصرف في ملكه إلا أن حق الشفيح قد تعلق به ، فيكون ما فات منه محسوباً عليه ، كما يحسب عليه عين المبيع ، ولا استبعاد في تضمين المالك ما يجني على ملكه إذا تعلق به حق الغير كالرهن إذا جنى عليه الراهن . وقد سبق في كتاب البيع وجوب الأرض على البائع إذا تعيب المبيع في يده ، فينبغي أن يكون هنا كذلك ، وقد نبه كلام المصنف في التذكرة على ذلك^(١) .

الثانية والثالثة : أن يكون ذلك بغير فعل المشتري مطلقاً ، أي : سواء طالب الشفيح بالشفعة أم لا ، فإنه لا شيء على المشتري بل يتخير الشفيح بين الأخذ بمجموع الثمن والترك . وتقريبه مع ما سبق : أن ذلك ليس بفعل المشتري وملكه غير مضمون عليه .

وجوابه مع النقص بما إذا تلف بعض المبيع ، والذي يقتضيه النظر ثبوت الأرض في الصورتين أيضاً ، وكلام المصنف في التذكرة مطابق لذلك ، فإنه فرض المسألة فيما إذا تعيب الشقص من غير تلف شيء من العين ، من غير تقييد بكون ذلك بفعل المشتري وكونه بعد المطالبة وعدمه ، ثم حكى قول بعض الاصحاب بوجوب الأرض بمثل هذا التعيب في المبيع ولو كان في يد البائع ، ثم قال : فينبغي أن يكون هنا كذلك^(١) ، وهذا متجه .

(١) التذكرة : ١٦ : ٥٢٥ و ٥٩٧ .

(٢) التذكرة : ١٦ : ٥٩٧ .

والأنقاض للشفيع وإن كانت منقولة .

ولو كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأي .

قوله : (والأنقاض للشفيع وإن كانت منقولة) .

الأنقاض بفتح الهمزة ثم النون والقاف بعدها والضاد المعجمة آخرًا ، جمع نقض بكسر النون : وهي الآلات التي يبقى من البناء بعد نقضه ، وإنما كانت للشفيع لأنها جزء المبيع ولا يضر كونها منقولة إلا إذا كانت مثبتة وقت البيع لسبق استحقاق الشفيع لها تبعًا كما سبق بيانه .

قوله : (ولو كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على

رأي) .

هذه هي الصورة الرابعة ، وما افتى به هو المشهور؛ لأن الشفيع استحق بالمطالبة أخذ المبيع كاملاً وتعلّق حقه به ، فإذا نقص بفعل المشتري ضمنه له ، وهذا كما يدل على الضمان في هذه الصورة يدل على الضمان في باقي الصور؛ لأن استحقاق الشفيع لم يثبت بالمطالبة بل بالمبيع ، وإذا كان هذا مضموناً عليه للشفيع فلا فرق بين أن يكون ذلك بفعل المشتري أو بفعل غيره ، وقال الشيخ في ظاهر كلامه لا ضمان؛ لأن الشفيع لا يملك بالمطالبة بل بالأخذ ، فيكون المشتري قد تصرف في ملكه تصرفاً صحيحاً فلا يضمنه لغيره^(١) ، وضعفه ظاهر؛ لأنه وإن كان مملوكاً للمشتري لكن في وقت التصرف هو مستحق للشفيع .

ثم انه ينبغي أن لا يكون المراد من الضمان : غرم البذل ، بل سقوط حصته من الثمن ، ولا سبيل إلى أن يأخذ منه الثمن كله في مقابلة ما بذل فيه بعض الثمن؛ لأن ذلك ظلم محض ، وخروج عن مقتضى الشفعة ، وهو أخذ المبيع الذي جرى عليه العقد ، ودفع ثمنه الذي جرى عليه العقد أيضاً ، اللهم

أما لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن وإن لم يكن بفعل المشتري .

إلا اذا قلنا : إن التالف لا قسط له من الثمن فيتجه ما قاله الشيخ^(١) ، أو ضمان قيمة التالف كما يشعر به ظاهر قولهم : ضمن المشتري ، لكن لا نقول به .

قوله : (أما لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن وإن لم يكن بفعل المشتري) .

المراد : انه اذا تلف بعض عين المبيع ، وهو ما يقابل بشيء من الثمن قطعاً كما لو تلف بعض العرصة بسيل ونحوه ، أو احترق سقف البيت على القول بأن الأبنية كأحد العبدین المبيعین وهو الأصح ، وقيل إنها كأطراف العبد وصفاته فلا يتقسط عليها الثمن فيكون من قبيل الاستهدام وقد سبق حكمه ، وقد حكى القولين المصنف في التذكرة^(٢) ، فعلى الأصح في هذا الحكم فيه وفيما قبله أخذ الشفيع له بحصة من الثمن على الأقرب ؛ لأن ايجاب دفع الثمن كاملاً في مقابل بعض المبيع يستدعي دفع أحد العوضين لا في مقابل العوض ، وذلك اكل مال بالباطل لا محالة .

وقال الشيخ في المبسوط : إن نقص بفعل المشتري أخذ الباقي بالقيمة ، ولعله يريد الأخذ بحصة من الثمن ، ولا يكون ذلك إلا باعتبار القيمة أو حيث يتطابق الثمن والقيمة^(٣) .

وقال في الخلاف : إن كان ذلك بأمر سماوي أخذ بجميع الثمن أو ترك ، وإن كان بفعل آدمي أخذ الباقي بالحصة^(٤) . وهو ضعيف ؛ لأن الثمن في مقابل المجموع فالأبعاض في مقابل الأبعاض ، ولا أثر للآفة في زوال هذه المقابلة .

(١) المبسوط : ٣ : ١١٦ .

(٢) التذكرة : ١ : ٥٩٧ .

(٣) المبسوط : ٣ : ١١٦ .

(٤) الخلاف : ٢ : ١٠٨ مسألة ١٣ كتاب الشفعة .

ولو بنى المشتري أو غرس ، بأن كان الشفيع غائباً أو صغيراً ، أو طلب المشتري من الحاكم القسمة للمشتري قلع غرسه وبنائه ، وليس عليه طم الحفر .

ويحتمل وجوبه ؛ لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لتخليص ملكه .

والأصح الأخذ بالحصّة إن شاء ، ولم يفرّق أحداً هنا - وهو ما إذا كان التالف بعض العين - بين كونه قبل المطالبة وبعدها ، والظاهر أن هذا الفرق في الأولى غير واضح .

قوله : (ولو بنى المشتري أو غرس بأن كان الشفيع غائباً ، أو صغيراً ، أو طلب المشتري من الحاكم القسمة للمشتري قلع غرسه وبنائه ، وليس عليه طم الحفر . ويحتمل وجوبه ؛ لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لتخلص ملكه) .

أي : لو بنى المشتري أو غرس في الشقص المشفوع ، وذلك بأن قسمه عن حق الشريك الذي هو الشفيع مع بقاء الشفعة ، ويتصور ذلك بأن يكون الشفيع غائباً أو صغيراً ونحو ذلك ، فيطلب المشتري من الحاكم القسمة فيقسم له فيبنى ويغرس ، ثم يحضر الشفيع فيأخذ بالشفعة للمشتري حينئذ قلع غرسه وبنائه ؛ لأنه ملكه ولم يكن ظالماً بفعله ، وليس عليه طم الحفر لما قلناه من أنه فعل ذلك بحق ؛ لأنه كان حينئذ مالكاً جائز التصرف وفي القلع مصلحة الشفيع ؛ لأن فيه تفريغ الشقص . ويحتمل وجوبه ؛ لأنه نقص دخل على ملك الشفيع لمصلحة المشتري ؛ لأن ذلك يتضمن تخليص ملك المشتري أيضاً من ملك الشفيع .

والتفصيل قوي بأن يقال : إن كان القلع بطلب الشفيع لم يجب الطم ؛ لأن طلبه القلع يتضمن الإذن في الحفر ، وليس هو كالغاصب ؛ لأنه غير عاد بفعله ، وإن كان القلع من المشتري ابتداءً وجب ؛ لأن النقص قد حدث في

أما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فإنه غير مضمون ؛ لأنه لم يصادف ملك الشفيع ، ويأخذ الشفيع بكل الثمن أو يترك .

ولو امتنع المشتري من الإزالة تخيير الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش على اشكال ، وبين بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري ومع عدمه نظر ، وبين النزول عن الشفعة

ملك غيره بفعله لمصلحته من غير اذن من الغير فيجب اصلاحه ، وهو خيرة المختلف^(١) . وهل يملك الشفيع اجبار المشتري على القلع؟ صرح به في التذكرة^(٢) ، ولو قيل به لم يكن بعيداً بعد بذل الأرش .

قوله : (أما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فإنه غير مضمون ؛ لأنه لم يصادف ملك الشفيع ، ويأخذ الشفيع بكل الثمن) .

لأن هذا الناقص ليس له قسط من الثمن فلا يضمنه المشتري ، نعم لو كان ذلك بعد المطالبة اتجه القول بضمانه على ما سبق في مسألة الاستهدام ، والتعيب هذا اذا كان النقص بالغرس ، أما لو كان بالقلع فقد قال الشيخ وجماعة بعدم الضمان؛ معللاً بأنه تصرف في ملك نفسه^(٣) ، واختار المصنف في المختلف وجوب الارش إن كان ذلك باختيار المشتري ؛ لأن النقص حدث على ملك الغير بفعله لتخليص ملكه فيضمنه^(٤) ، وقولهم : إنه لم يصادف ملك الشفيع غير واضح ؛ لأن القلع صادف ملك الشفيع ، إذ الفرض أنه بعد الأخذ بالشفعة فلا يتم ما ذكره ، وهذا اصح .

قوله : (ولو امتنع المشتري من الازالة تخيير الشفيع بين قلعه مع دفع الارش على اشكال ، وبين بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري ومع عدمه نظر ، وبين النزول عن الشفعة) .

(١) المختلف : ٤٠٨ .

(٢) التذكرة : ١٥٩٨ .

(٣) المبسوط : ١١٨ .

(٤) المختلف : ٤٠٨ .

أي : اذا امتنع المشتري من قلع البناء والغرس تخير الشفيع بين ثلاثة أشياء :

أحدها : القلع ؛ لأن له تخلص ملكه من ملك غيره ، والظاهر أن هذا الحكم لا اشكال فيه ، والشارح الفاضل قال : إن الاشكال في العبارة في استحقاق القلع ووجوب الأرش^(١) ، والظاهر أنه وهم ؛ إذ لا يتصور وجوب ابقاء شغل ملك الشفيع بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقه من الشقص ، إلا أن يتخيل وجوب قبول الأجرة على الشفيع ، أو وجوب دفع القيمة عليه وإن لم يرض ، وبطلان هذا اظهر من ان يحتاج الى البيان .

اذا تقرر ذلك ، فاذا اختار الشفيع القلع فهل عليه دفع ارش نقص البناء والغرس الحاصل بالقلع ؛ فيه اشكال ينشأ : من أن النقص على ملك المشتري بفعل الشفيع لمصلحته يجب أن يكون مضموناً عليه ، فإن المشتري لم يكن عادياً بذلك الفعل ، فاذا أتلّف شيئاً من مال المشتري لمصلحته ضمنه له . ومن أن التفريط حصل بفعل المشتري ؛ لأنه غرس في أرض مستحقة للغير ، وهذا مختار المصنف في المختلف^(٢) والأول اختيار الشيخ^(٣) وهو اقوى ، فإن التصرف في الشقص مأذون فيه شرعاً ، فإن المشتري مالك ملكاً تاماً ، وجواز الأخذ بالشفعة لا ينافي ذلك ، وليس هو بأبعد من غرس المستعير فإنه في كل آن يجوز رجوع المعير ، فعلى هذا لا يجوز قلعه إلا مع بذل الأرش هذا أحد الأمور الثلاثة .

الثاني : بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري ، ولا بحث فيه ، أما اذا لم يرض فهل يملك أخذه بالقيمة ويجب على المشتري قبولها؟ فيه نظر ينشأ : من أنها معاوضة فيفتقر الى رضی المتعاضين ، وإلا كان ذلك اكل مال

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٢١٤ .

(٢) المختلف: ٤٠٨ .

(٣) الخلاف: ٢: ١٠٩ مسألة ١٤ كتاب الشفعة .

فإن اتفقا على بذل القيمة ، أو أوجبنا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيح لم يقوّم مستحقاً للبقاء في الأرض ولا مقلوعاً ؛ لأنه إنما يملك قلعه مع الأرض ، بل إما أن تقوّم الأرض وفيها الغرس ثم تقوّم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيح أو ما نقص منه إن اختار القلع ، أو يقوّم الغرس مستحقاً للترك بالأجرة ، أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه .

بالباطل كما دل عليه قوله تعالى : ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾^(١) ولقوله عليه السلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه »^(٢) ومن أن ذلك اقرب الى مصلحة كل منهما ؛ لأن فيه جمعاً بين الحقين ودفعا للضرر العظيم اللازم بكل منهما بقلع البناء والغرس وهو مذهب اكثر الاصحاب والاول قوي . والثالث نزول الشفيح عن الشفعة ولا بحث فيه .

قوله : (فإن اتفقا على بذل القيمة ، أو أوجبنا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيح لم يقوّم مستحقاً للبقاء في الأرض ولا مقلوعاً لأنه إنما يملك قلعه مع الأرض - بل إما أن تقوّم الأرض وفيها الغرس ثم تقوّم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيح أو ما نقص منه إن اختار القلع ، أو يقوّم الغرس مستحقاً للترك بالأجرة ، أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه) .

إذا اتفق كل من الشفيح والمشتري على بذل قيمة الغرس ، أو أوجبنا قبولها على المشتري إذا اختار الشفيح بذلها فلا بد من معرفة القيمة السوقية ، والمرجع فيها الى الصفات الثابتة للغرس ؛ لأنها مناط الرغبات ، فلا يقوم مستحقاً للبناء في الأرض إذ لا يستحق ذلك ، ولا مقلوعاً ؛ لأن الشفيح لا يملك القلع إلا بالأرض . وهذا رجوع من المصنف عن الاشكال السابق الى الجزم ،

(١) سورة النساء : ٢٩ .

(٢) سنن الدارقطني ٣ : ٢٦ حديث ٩٢٠٩١ .

بل الطريق الى ذلك : إما أن تقوّم الأرض وفيها الغرس ، ثم تقوّم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع ، أو يدفع ما نقص منه إن اختار القلع ، فيكون ذلك طريق معرفة الأرض على القول بوجوب بذله ، فيكون (ما نقص) معطوفاً على الضمير المنصوب في قوله : (فيدفعه) ويجوز أن يكون معطوفاً على مفعول (تقوّم) وهو الأرض ، والمعنى لا يختلف .

وإما أن يقوّم الغرس مستحقاً للترك بالأجرة ، أو لأخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه ، أي : يقوّم منظوراً فيه الى هذين الوصفين ، فيقال : كم قيمة غرس يستحق الابقاء في أرض الغير بالأجرة ، ويستحق صاحب الأرض أخذه بالقيمة عند امتناع كل من مالكة ومالك الأرض من قلعه ، وكل من الوصفين موجب لنقصان القيمة ، فإن ما لا يبقى إلا بالأجرة قيمته انقص من قيمة ما يبقى مجاناً ، وكذا ما يستحق أخذه بالقيمة قهراً .

وهذا إنما يتأتى على القول بأن الشفيع لا يجب عليه أرش (النقص)^(١) بالقلع ، أما على القول به فإنه لا يملك طلب الأجرة على الابقاء ؛ لأن القلع لا يسوغ إلا مع ضمان الأرض فما دام لا يبذله فالابقاء واجب ، وكذا لا يتأتى إلا على القول باستحقاق الشفيع الأخذ بالقيمة وإن لم يرض المشتري ، وضعفهما قد علم ، وقد نبّه على ذلك في الدروس^(٢) . ويرد على الأول أيضاً انه قد يكون لضميمة كل من الغرس والأرض الى الآخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة ، وذلك بتمامه لا يستحقه المشتري فكيف يكون ما عدا قيمة الأرض خالية من مجموع القيمتين حقاً للمشتري ؟

والأوجه أن يقوّم الغرس قائماً غير مستحق للقلع إلا بعد بذل الأرض ، وما ينقص عن هذه القيمة بالقلع ارشه ، أو تقوّم الأرض وفيها الغرس ثم يقوم كل

(١) لم ترد في (ق) .

(٢) الدروس : ٣٩٢ .

ولو اختلف الوقت فاختر الشفيح قلعه في وقت أسبق تقصر قيمته عن قلعه في آخر فله ذلك .

ولو غرس المشتري ، أو بنى مع الشفيح أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيح فالحكم كذلك ،

منهما منفرداً^(١) ، فإن بقي من مجموع القيمتين بقية قسّم عليهما على نسبة كل من القيمتين ، وهذا اسلم من الجميع ، فإذا كانت قيمة المجموع مائة ، والأرض اربعين ، والغرس خمسين تكون العشرة الزائدة باعتبار الاجتماع مقسومة على تسعة ، للأرض اربعة اتساعها وللغرس خمسة اتساعها ، ثم انه لا يخفى ما في العبارة من عدم الجزالة .

واعلم ان قوله : (اذا امتنعا من قلعه) ليس شرطاً للتقوم ، بل هو من تمة الوصف اعني : قوله : (أو لأخذه بالقيمة) في هذا الحال .

قوله : (ولو اختلف الوقت فاختر الشفيح قلعه في وقت اسبق تقصر قيمته عن قلعه في آخر فله ذلك) .

أي : لو اختلف الوقت في قيمة الغرس فاختر الشفيح قلعه في الوقت الذي تكون قيمته فيه قليلة ليخف الارش كان له ذلك ، إذ لا يجب عليه الإبقاء الى أن يجيء الزمان الذي يكثر فيه قيمته قطعاً .

قوله : (ولو غرس المشتري ، أو بنى مع الشفيح أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيح فالحكم كذلك) .

أي : لو غرس المشتري أو بنى في الشقص المشفوع حال الاشاعة مع الشفيح أو وكيله ، بحيث يكون الغرس والبناء بالاذن المعتمر ، ويتصور ذلك بأن يعتقد الشفيح أن لا شفعة له أو يتوهم كثرة الثمن ثم يتبين الخلاف ، فإنه اذا أخذ بالشفعة يكون الحكم في الغرس والبناء كالحكم فيهما اذا حصلت القسمة

ولو زرع المشتري فللشفيع أخذه وعليه ابقاء الزرع الى أوان الحصاد مجاناً ، والنماء المنفصل المتجدد بين العقد والأخذ للمشتري وإن كان نخلاً لم يؤبر على رأي ،

ثم غرس أو بنى في خاصته ثم اخذه الشفيع ، وقد سبق ذكر احكام ذلك مستوفى .

قوله : (ولو زرع المشتري فللشفيع أخذه وعليه ابقاء الزرع الى أوان الحصاد مجاناً) .

أي : لو كان تصرف المشتري في الشقص المشفوع بعد القسمة الشرعية ، أو بالأذن مع الاشاعة بالزرع ، فانه اذا أخذ الشفيع يجب عليه ابقاء الزرع الى أوان حصاده مجاناً؛ لأنه تصرف بحق وله أمد ينتظر فتكون مدته كالمنفعة المستوفاة للمشتري ، فإن منافع الشقص قبل الأخذ بالشفعة مملوكة له ، ولا كذلك الغرس والبناء؛ لأنه ليس لهما أمد ينتظر فيه القلع ، فلولا ثبوت حق القلع للشفيع لزم الضرر العظيم بدفع الثمن واستحقاق المنفعة للغير ، فيكون بمنزلة نفي ثبوت الشفعة وأبعد .

فرع : لو أجر المشتري الى مدة فأخذ الشفيع فهل له فسخ الاجارة؟

قوله : (والنماء المنفصل المتجدد بين العقد والأخذ للمشتري وإن كان نخلاً لم يؤبر على رأي) .

أي : النماء المنفصل الحاصل بين عقد البيع وبين أخذ الشفيع بالشفعة للمشتري؛ لأنه نماء ملكه فإنه حينئذ مالك بالاستقلال ، وتزلزل الملك لا ينافي ملك النماء وإن كان النماء ثمرة نخل لم يؤبر وقت الأخذ وإن كان المبيع نخلاً مع أرض لم تؤبر فإن ثمرته المتجددة بعد البيع للمشتري ، ولا يكون عدم تأبيرها موجباً لتبعيتها للشقص في الشفعة فيأخذها الشفيع ، خلافاً للشيخ حيث حكم بذلك؛ لكون الثمرة قبل التأبير تتبع الأصل في البيع وتجري مجرى الجزء

وعلى الشفيع التبقية الى وقت أخذه مجاناً ، أما المتصل فللشفيع .
ولو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري ، فإن أخذه
الشفيع بعد التأبير أخذ الأرض والنخل دون الثمرة بحصتهما من الثمن .

فيكون للمشتري^(١) ، وهو ضعيف ؛ لأن الحكم يثبت في البيع على خلاف
الأصل بالنص^(٢) فإن الثمرة ليست جزءاً من الشجرة فإلحاق الشفعة به في ذلك
قياس ، واحتراز بـ (المنفصل) عن المتصل ككبير الشجرة وزيادة اغصانها ،
فإن ذلك جزء حقيقة ، وسيأتي في قول المصنف : (أما المتصل فللشفيع) .
قوله : (وعلى الشفيع التبقية الى وقت أخذه مجاناً) .

لما سبق بيانه في الزرع .

قوله : (ولو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري ، فإن أخذه
الشفيع بعد التأبير أخذ الأرض والنخل دون الثمرة بحصتهما من الثمن) .
لا ريب ان الطلع اذا كان غير مؤبر وقت الشراء كان للمشتري ، فاذا أخذ
الشفيع المشفوع فإما أن يأخذه بعد تأبير الطلع أو قبله ، فإن أخذه بعد التأبير
فالثمرة للمشتري قطعاً ، فيجب أن يسقط من الثمن حصة الطلع منه ؛ لأنه قد
ضم غير المشفوع الى المشفوع .

وطريق ذلك تقويم الجميع ثم تقويم الطلع ، وتنسب قيمته الى قيمة
المجموع ، ثم يسقط من الثمن بهذه النسبة وإن كان الأخذ بالشفعة قبل
التأبير ، ولم يصرح المصنف بحكمه هنا ، وفي التذكرة قوّي دخوله في الشفعة
كما دخل في المبيع فصار بمنزلة النخل في الأرض^(٣) ، وفيه نظر؛ لأن دخول
الطلع في المبيع على خلاف الأصل فلا يلحق به الأخذ بالشفعة ، ثم ان ثبوت

(١) الميسوط : ٣ : ١١٨ .

(٢) الكافي : ٥ : ١٧٦ حديث ١٠ ، التهذيب : ٧ : ٩٨٩ حديث ٣٧٩ ، الاستبصار : ٣ : ٩١ حديث ٣١٠ .

(٣) التذكرة : ١ : ٥٩٩ .

ولو ظهر استحقاق الثمن فإن لم يكن معيناً فالإستحقاق باق ، وإلا بطلت الشفعة ، ولا تبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقاً .

ولو ظهر عيب في الثمن المعين فرده البائع قدّم حق الشفيع ، فيطالب البائع بقيمة الشقص إن لم يحدث عنده ما يمنع الرد ،

الشفعة على خلاف الأصل فيقتصر فيه على ما لا يعد^(١) منقولاً .

قوله : (ولو ظهر استحقاق الثمن فإن لم يكن معيناً فالإستحقاق باق ، وإلا بطلت الشفعة) .

لأن الثمن يتعين بالتعيين ، فإذا ظهر استحقاقه تبين بطلان البيع فلا شفعة ، بخلاف ما لو لم يكن الثمن معيناً فإن المدفوع حينئذ لا يتعين كونه الثمن على تقدير الإستحقاق ، بل الثمن أمر كلي في الذمة .

قوله : (ولا يبطل لو كان المدفوع من الشفيع مستحقاً) .

لأن الاستحقاق ثابت بالبيع ، وهو واضح ، لكن هل يكون تملكه باطلاً؟ لم يصرح فيه بشيء ، وعلى ما ذكره من أن دفع الثمن شرط لحصول الملك بالأخذ يجب أن يكون تملكه باطلاً ، فعلى هذا يراعى في أخذه بعد ذلك الفور على ما سبق اختياره .

قوله : (ولو ظهر عيب في الثمن المعين فرده البائع قدّم حق الشفيع فيطالبه البائع بقيمة الشقص إن لم يحدث عنده ما يمنع الرد) .

أي : لو ظهر عيب في الثمن المعين فللبائع رده؛ لأن ذلك حق له فلا يسقط لكن لا يسقط حق الشفيع لأنه قد ثبت لكون البيع صحيحاً والفسخ طارئاً فلا يزول ، فحينئذ يطالب البائع المشتري بقيمة الشقص؛ لأنه في حكم التالف . والظاهر أن الواجب قيمته حين الرد؛ لأنه حين انفساخ البيع ، وإنما

(١) في (م) : ما بعد .

وبالأرش إن حدث ، ولا يرجع على الشفيع إن كان أخذه بقيمة العوض الصحيح .

ولو عاد الى المشتري بهبة وشبهها لم يملك رده على البائع ، ولو طلبه البائع لم تجب اجابته .

يثبت للبائع الرد اذا لم يحدث عنده في الثمن عيب يمنع الرد ، واذا رد وأخذ قيمة الشقص فمن يكون الأخذ في الحقيقة ، أمن البائع أم من المشتري والدرك عليه؟ والمسألة ذات اقسام :

الأول : أن يكون العلم بالعيب والرد بعد أخذ الشفيع من المشتري .

الثاني : أن يكون كل منهما قبل أخذه .

الثالث : أن يكون العلم قبل الأخذ والرد بعده ، وعبارة المصنف هنا مطلقة لكن سيأتي القسمان الأخيران في كلامه بعد، فلعل مراده هنا هو الأول . واعلم أنه سيأتي في كلام المصنف في القسم الثاني ما يدل على أن الأخذ من المشتري ، حيث رد البائع الثمن والشقص في يد المشتري فيغرم قيمته وإن زادت عن قيمة الثمن .

قوله : (وبالأرش إن حدث ، ولا يرجع على الشفيع إن كان اخذه بقيمة العوض الصحيح) .

أي فيطالب البائع بقيمة الشقص إن لم يحدث الى آخره ، وبالأرش إن حدث لتعذر الرد حينئذ ، فلا يجوز أن يذهب عليه ما فات من الثمن بالعيب ، فاذا اغرم المشتري الأرش لم يرجع به على الشفيع إن كان قد أخذه بالثمن الصحيح بمثله صحيحاً إن كان مثلياً ، وإلا فبقيته إن كان قيمياً ، وإن لم يكن أخذه كذلك فله المطالبة بالمثل الصحيح أو بباقي قيمة الصحيح .

قوله : (ولو عاد الى المشتري بهبة وشبهها لم يملك رده على البائع ، ولو طلبه البائع لم تجب اجابته) .

ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالأقرب ان الشفيع لا يرجع بالتفاوت .

ولو كان في يد المشتري فردّ البائع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع ؛ لسبق حقه ويأخذه بقيمة الثمن ، وللبائع قيمة الشقص وإن زادت عن قيمة

أي : لو عاد الشقص بهبة ونحوها لم يكن للمشتري رده والمطالبة بالقيمة ، ولا للبائع رد القيمة وأخذه ؛ لأن الواجب في ذلك الوقت هو دفع القيمة عوضاً وقد دفعها كذلك فملكها البائع وبرت ذمة المشتري فليس لأحدهما ابطال ذلك .

قوله : (ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالأقرب أن الشفيع لا يرجع بالتفاوت) .

أي : لو نقصت قيمة الشقص - الذي استحق البائع أخذها عند رد الثمن المعين لعيب فيه - عن قيمة الثمن فالأقرب أن الشفيع لا يرجع بالتفاوت بين قيمة الشقص والثمن اذا كان قد دفعه ، ووجه القرب : ان الشفيع إنما يستحقه بالثمن الذي جرى عليه العقد فلا يتعين حكمه بالرد بالعيب .

وقال الشيخ : يرجع ، لأن العقد قد بطل ، فلم يُعتبر ما وقع عليه بل المعبر ما استقر وجوبه على المشتري^(١) . وهو ضعيف ؛ لأن بطلان العقد الطارئ لا يزيل ما ثبت ، لأن العقد لما وقع كان صحيحاً فلا يزول مقتضاه ، والظاهر أنه لا فرق بين أن يكون الشفيع قد دفع الثمن أو لا ، فإن لم يكن قد دفع فالذي يقتضيه النظر وجوب دفعه ، وسيأتي ما يدل عليه عن قريب إن شاء الله تعالى ، والحكم في الدرك قد نبهنا عليه .

قوله : (ولو كان في يد المشتري فردّ البائع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع ؛ لسبق حقه ويأخذه بقيمة الثمن ، وللبائع قيمة الشقص وإن زادت

الثمن ولا يرجع المشتري بالزيادة .

ويحتمل تقديم حق البائع ؛ لأن حقه استند الى وجود العيب الثابت حالة البيع والشفعة تثبت بعده ، بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيباً ؛ لأن حقه استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد .

عن قيمة الثمن ، ولا يرجع المشتري بالزيادة) .

أي : لو كان الشقص في وقت رد البائع الثمن بالعيب في يد المشتري لم يمنع الشفيع من الشفعة ؛ لسبق حقه على هذا الرد واستقراره ويأخذه بقيمة الثمن ، أي : بقدره سليماً أو بقيمته صحيحاً إن كان قيمياً ، فيعلم منه أخذه بالمثل صحيحاً إن كان مثلياً ، ثم يأخذ البائع من المشتري قيمة الشقص ، لامتناع أخذ ثمن غير الأول وقد تعين في العقد وإن زادت قيمة الشقص عن قيمة الثمن أو الواجب له هو الثمن المعين ، فإذا فات بالرد بالعيب فقيمة الشقص حيث تعذر أخذه منه كالثمن بحق الشفيع ، ولا يرجع المشتري على الشفيع بزيادة قيمة الشقص على الثمن ؛ لأنه يستحق الأخذ منه بالثمن الذي جرى عليه العقد ، وفي هذا تنبيه على أن الشفيع إنما يأخذ من المشتري .

قوله : (ويحتمل تقديم حق البائع ؛ لأنه حق استند الى وجود العيب الثابت حالة البيع والشفعة تثبت بعده ، بخلاف المشتري لو وجد المبيع معيباً ؛ لأن حقه استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد) .

ظاهر كلام التذكرة يقتضي أن هذا الاحتمال إنما هو فيما اذا رد البائع الثمن ، والشقص في يد المشتري لم يأخذه الشفيع^(١) ، وكذا صنعه هنا حيث أورده بعد الشروع في هذا القسم ، لكن دليله يقتضي الاطراد في الأقسام كلها ، وتحقيقه : ان الذي سبق في القسم الثاني أيضاً تقديم حق الشفيع على

.....

حق البائع .

ويحتمل تقديم حق البائع؛ لأن حقه استند الى وجود العيب الثابت حالة البيع، والشفعة تثبت بعد البيع؛ لأنها إنما تثبت بانتقال^(١) الملك الى المشتري فيكون حق البائع اسبق، وهذا بخلاف حكم المشتري لو وجد المبيع معيباً فإن حق الشفيع لا يبطل إذ لا ينافي حق المشتري؛ لأن حق المشتري استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد .

وكان قوله : (بخلاف المشتري . . .) جرى مجرى سؤال مقدر، وهذا التوجيه إن تم يقتضي تقديم حق البائع في جميع الصور، وفيه اشكالان :

الأول : أنا لا نسلّم سبق حق البائع على حق الشفيع؛ لأن استحقاق البائع رد الثمن بالعيب فرع دخوله في ملكه، لأن ما كان ملك الغير لا يملك رده، ودخوله في ملكه إنما يتحقق بوقوع العقد صحيحاً وكالة وفي هذا الوقت تثبت الشفعة؛ لأنها تكون مع انتقال المبيع الى المشتري ولا اسبقية .

ثم إن بقاء حق الشفيع بعد ثبوته يدل عليه وجوه :

الأول : عموم دلائل ثبوت الشفعة للشريك .

الثاني : استصحاب الحال .

الثالث : اصالة عدم قدرة البائع على ابطال حقه .

الرابع : ان فيه جمعاً بين الحقين؛ لأن البائع يرجع الى قيمة الشقص، بخلاف ما لو قدمنا حق البائع فإنه يقتضي سقوط حق الشفيع من الشقص أصلاً ورأساً عينا وقيمة، إذ لا يتصور استحقاقه للقيمة .

الثاني : أنا لا نسلّم انحصار فائدة المشتري اذا رد المبيع في استرجاع الثمن، بل من فوائده ايضاً السلامة من درك المبيع لو خرج مستحقاً، فحينئذ

(١) في دم: بعد انتقال .

أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيح فإن له رد الثمن ، وليس له استرجاع المبيع ؛ لأن الشفيح ملكه بالأخذ فلا يملك البائع ابطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي .

ولو تلف الثمن المعين قبل قبضه : فإن كان الشفيح قد أخذ الشقص رجع البائع بقيمته ، وإلا بطلت الشفعة على اشكال .

يستوي البائع والمشتري في تطرق الاحتمال الى تقديم حق كل منهما على حق الشفيح أو بالعكس ، والاحتمال ضعيف ، والأصح بقاء الشفعة .

قوله : (أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيح فإن له رد الثمن ، وليس له استرجاع المبيع ؛ لأن الشفيح ملكه بالأخذ فلا يملك البائع ابطال ملكه ، كما لو باعه المشتري لأجنبي) .

هذا هو القسم الثالث ، وهو ما اذا علم البائع بالعيب قبل أخذ الشفيح ولم يرده حتى أخذ الشفيح ، وليست العبارة نصاً في هذا القسم ، لكن قوله : (أما لو لم يرد البائع الثمن حتى أخذ الشفيح) يشعر بعلمه بالعيب وعدم رده حتى أخذ الشفيح ؛ لأن المفهوم من قوله : (لم يرد) ترك الرد باختياره ، ولأنه لولا ذلك لكان ما ذكره هنا مستدركاً لسبق ذكره فانه بعينه هو ما ذكره أولاً ، فاذا حمل هذا على العلم قبل الأخذ وتاخير الرد الى أن أخذه ، والأول على ما اذا لم يعلم ولم يرد إلا بعد الأخذ انتفى الخلل ، ثم إن الحكم بعدم استرجاع البائع المبيع لأن الشفيح ملكه بالأخذ فلا يملك البائع ابطال ملكه ، كما اذا باعه المشتري لأجنبي ، ثم ظهر العيب في الثمن المعين فإن البائع لا يملك ابطال ملك الأجنبي قطعاً فكذا في حق الشفيح ومثله ما لو قبض أحد المتبايعين وباع ، ثم تلفت العين الأخرى قبل القبض فإن البيع الثاني لا يبطل ، ويرجع صاحب العين المبيعة ثانياً بقيمتها .

قوله : (ولو تلف الثمن المعين قبل قبضه فإن كان الشفيح قد اخذ الشقص رجع البائع بقيمته ، وإلا بطلت الشفعة على اشكال) .

ولو ظهر العيب في الشقص : فإن كان المشتري والشفيع عالمين فلا خيار لأحدهما، وإن كانا جاهلين فإن رده الشفيع تخيير المشتري بين الرد والأرش ، وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ ، وهل له الأرش ؟ قيل : لا ، لأنه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع ثمنه فكان كالرد .

أي : لو تلف الثمن المعين قبل قبض البائع إياه فإن كان الشفيع قد أخذ الشقص بالشفعة لم يبطل أخذه ، ويرجع البائع على المشتري بقيمته ، أي : بقيمة الشقص على ما سبق في نظيره ، وإن كان التلف قبل أخذه^(١) بالشفعة بطلت الشفعة على اشكال ينشأ : من بطلان^(٢) البيع بتلف الثمن المعين والشفعة تابعة له ، ومن سبق استحقاق الشفيع الشفعة على التلف المقتضي للفسخ والأصل بقاءه ، ولا يلزم من عروض الفسخ بعد صحة البيع وثبوت الشفعة بطلان ما قد ثبت ، فيرجع البائع الى قيمة الشقص كأول ، وقال الشيخ ببطلان الشفعة مطلقاً^(٣) .

قوله : (ولو ظهر العيب في الشقص فإن كان المشتري والشفيع عالمين فلا خيار لأحدهما) .

إذا ظهر عيب في الشقص بعد الأخذ بالشفعة فلا يخلو : أما أن يكون المشتري والشفيع عالمين به وقت البيع ، أو جاهلين ، أو المشتري عالماً خاصة ، أو بالعكس فالأقسام اربعة ، ففي الأول لا خيار لأحدهما ولا أرش وهو ظاهر .

قوله : (وإن كانا جاهلين ، فإن رده الشفيع تخيير المشتري بين الرد والأرش ، وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ ، وهل له الأرش ؟ قيل : لا ؛ لأنه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع ثمنه فكان كالرد ،

(١) في ٤٥٥ : الأخذ .

(٢) في ٤٥٥ : إبطال .

(٣) المبسوط : ٣ : ١٣٣ .

ويحتمل ثبوته ؛ لأنه عوض جزء فات من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه ، فحينئذ يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره ، وكذا لو علم الشفيع خاصة ،

ويحتمل ثبوته ؛ لأنه عوض جزء فائت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه) .

القسم الثاني : أن يكونا معاً جاهلين ، فإن رده الشفيع أو تركه انقطع حقه ، فيتخير المشتري حينئذ بين الرد وطلب الأرش ، وإن اختار أخذه لم يكن للمشتري الفسخ ؛ لثبوت حق الشفيع فيه ، لكن هل له الأرش؟ قال الشيخ : لا ؛ لأنه قد استدرك ظلامته برجوع جميع الثمن اليه من الشفيع ، فلم يفت منه شيء ليطالب به^(١) .

ويحتمل الثبوت ؛ لأننا لا نسلم انه استدرك ظلامته ؛ لأن حقه عند البائع ، لأن الأرش جزء من الثمن عوض جزء فائت من المبيع والأصل بقاؤه ، ولا يجب أن يجعل قدره مما قبضه من الشفيع عوض ما يستحقه عند البائع ، لأن الواقع بين البائع والمشتري معاوضة مستقلة ، كما أن الواقع بين المشتري والشفيع معاوضة مستقلة ايضاً فيرجع بالأرش ، وهو الأصح .

وعلى هذا يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره ؛ لأن الثمن ما يبقى بعد أخذ الأرش ، والى هذا اشار بقوله . (فحينئذ يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره) فإن كان المشتري قد أخذ الثمن من الشفيع رد عليه قدر الأرش .

واعلم أن قوله : (فلا يسقط بزوال ملكه) لا يكاد يكون له دخل في المقصود ؛ لأن زوال الملك وعدمه لا يعلل به أخذ الأرش وعدمه .

قوله : (وكذا لو علم الشفيع خاصة) .

هذا هو القسم الثالث ، أي : لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري فالحكم كما سبق في الثاني : لا رد للشفيع ؛ لعلمه ، ولا للمشتري ؛ لحق

ولو علم المشتري خاصة للشفيع رده وليس له الأرش .
ولو كان المشتري قد اشتراه بالبراءة من كل عيب : فإن علم الشفيع
بالشرط فكالمتشتري ، وإلا فله الرد .

الفصل الرابع : في مسقطات الشفعة :

وتسقط بكل ما يعد تقصيراً أو توانياً في الطلب على رأي ،

الشفيع ، وهل له الأرش؟ فيه قولان ، والأصح أن له ذلك فيسقط عن الشفيع
قدره .

قوله : (ولو علم المشتري خاصة للشفيع رده وليس له الأرش) .

أما الرد فللعيب مع كونه جاهلاً به ، وأما عدم الأرش فلأنه إنما يأخذ
بالثمن الذي جرى عليه العقد ، والمشتري لا أرش له؛ لعلمه ، واستحقاق
الشفيع الأرش فرع أخذ المشتري إياه .
فرع :

لو كان في المبيع غبن فاحش لم يبعد القول باستحقاق الشفيع رده ، أما
المشتري فلا بحث في أن له ذلك .

قوله : (ولو كان المشتري قد اشتراه بالبراءة من كل عيب ، فإن علم
الشفيع بالشرط فكالمتشتري ، وإلا فله الرد) .

إذا علم الشفيع بالشرط ثم أخذ فقد رضي به ، وإلا كان له الرد ،
والظاهر أن المراد جواز الرد وإن لم يظهر عيب؛ لأن الشرط المذكور في حكم
العيب ويحتمل أن يقال : لا يلزمه حكم الشرط فإذا وجد عيباً رده به ، ويبعد
بأنه إنما يأخذ بالبيع الذي وقع من المشتري .

قوله : (ويسقط بكل ما يعد تقصيراً أو توانياً في الطلب على رأي) .

الرأي يلتفت إلى أن الشفعة على الفور ، فكل ما يعد تقصيراً في العادة أو

فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب ، فإن منع بمرض أو حبس في باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤونة ومنة ثقيلة ، فإن لم يجد فليشهد ، فإن ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان .

توانياً في الطلب يبطل به ، وهو الأصح على ما سبق .

قوله : (فإذا بلغ الخبر فلينهض للطلب ، فإن منع بمرض أو حبس في باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤونة ومنة ثقيلة) .

لا ريب أنه على الفور يتعين عليه اذا بلغه الخبر بوقوع البيع أن ينهض للطلب حذراً من بطلان الشفعة ، فإن منع بعذر لا ينتظر زواله عن قريب كالمرض له ، أو لمن لا يستطيع مفارقتة ، أو حبس في باطل ، ومنه الحبس في الدين مع العجز ، وكذا الغائب في بلد يتوقف مجيئه منه الى زمان كثير فليوكل ؛ حذراً من بطلان الشفعة بتركه ان لم يكن فيه مؤونة ومنة ثقيلة وليس يبعد ان يجعل ثقيلة صفة لكل منهما على طريق البدل فلا اثر للمؤونة القليلة عرفاً وكذا المنة اليسيرة فان اخل بذلك مع الامكان على ما ذكرنا بطلت شفעתه .

قوله : (فإن لم يجد فليشهد ، فإن ترك الاشهاد فالأقرب عدم البطلان) .

أي : فإن لم يجد الى التوكيل سببلاً فينبغي له الاشهاد ، فإن ترك ففي البطلان قولان :

أحدهما : لا وهو الأقرب عند المصنف ؛ لأن الحق قد ثبت والأصل بقاؤه ، ولأن فائدة الاشهاد ثبوت العذر ، وقد يثبت باقرار المشتري أو يمين الشفيع على نفي التقصير ؛ لأن الأصل معه فلا أثر لتركه ، ولعموم دلائل الشفعة المتناولة لمحل النزاع .

والآخر : السقوط ؛ لان الاشهاد قائم مقام الطلب فتركه بمنزلة تركه ، وفي المقدمتين منع .

ولو بلغه متواتراً أو بشهادة عدلين فقال : لم اصدق بطلت شفעתه ،
ويقبل عذره لو أخبره صبي أو فاسق أو عدل واحد .

فإن قيل : لو قال قائل بأن الأخذ بالشفعة لا يتوقف على دفع الثمن أمكن
وجوب الاشهاد هنا .

قلنا : الظاهر انه إنما يملك به مع حضور المشتري أو وكيله ، كما أن
الطلب لا يعتد به إلا بحضور المشتري أو وكيله .

اقول : إن هذا لا يخلو من شيء ؛ لأن الملك اذا كان يكفي فيه القول فأين
وقع اثم الملك كالفسخ لذي الخيار ، إلا أن القوم مطبقون على وجوب السعي
الى المشتري ، والقائلون بالفور جعلوه على الفور ، لكن قال في التذكرة : ولو
لم يتمكن من المصير الى أحدهما - يريد بهما المشتري والقاضي - ، ولا من
الاشهاد فهل يؤمر أن يقول : تملكته أو اخذته؟ الأقرب ذلك ؛ لأن الواجب
الطلب عند القاضي أو المشتري ، فاذا فات القيد لم يسقط الآخر ، وللشافعية
وجهان^(١) ، فعلى ما تحقق من حكم الأخذ ما ذكره هنا متجه .

قوله : (ولو بلغه متواتراً ، أو بشهادة عدلين فقال : لم اصدق بطلت
شفعته) .

اذا علم حصول التواتر المفيد للعلم وعدالة الشاهدين فإن عدم تصديقه
الآن مكابرة ، نعم لو كان قريب عهد بالاسلام فقال : لم اعلم أن شهادة
العدلين تثمر اليقين شرعاً امكن القبول .

قوله : (ويقبل عذره لو أخبره صبي ، أو فاسق ، أو عدل واحد) .
لأن واحداً من هؤلاء لا يثمر خبره اليقين عقلاً ولا شرعاً .

ولو أخبره مخبر فصدّقه ولم يطالب بالشفعة بطلت وإن لم يكن عدلاً ؛ لأن العلم قد يحصل بالواحد للقرائن .

ولو أسقط حقه من الشفعة قبل البيع ، أو نزل عنها ، أو عفا ، أو أذن فالأقرب عدم السقوط . وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما في البيع ، أو شهد على البيع ، أو بارك لأحدهما في عقده ، أو أذن للمشتري في الشراء ، أو

قوله : (ولو أخبره مخبر فصدّقه ولم يطالب بالشفعة بطلت وإن لم يكن عدلاً ؛ لأن العلم قد يحصل بالواحد للقرائن) .

ويعلم تصديقه باعترافه ؛ لعدم امكان الاطلاع عليه إلا من قبله .

قوله : (ولو اسقط حقه من الشفعة قبل البيع ، أو ترك عنها ، أو عفى ، أو أذن فالأقرب عدم السقوط) .

لو اسقط حقه من الشفعة قبل البيع ، أو ترك عنها قبله - بمعنى أنه تركها - أو عفى عنها (قبله) ، أو أذن في البيع فالأقرب عدم السقوط ؛ لأنه لم يستحق حينئذ شيئاً فيسقطه . وقال الشيخان ، وابن حمزة : لو عرض البائع الثمن على صاحب الشفعة فلم يردّه فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائداً عليه لم تكن له المطالبة بالشفعة^(١) ، وفي الدروس : إن في رواية جابر^(٢) ايذاناً به^(٣) ، ولم يرجح شيئاً ، والأول اصح ؛ تمسكاً بعموم دلائل الشفعة^(٤) ، واسقاط الحق قبل استحقاقه لا أثر له .

قوله : (وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما في البيع ، أو شهد على البيع ، أو بارك لأحدهما في عقده ، أو أذن للمشتري في عقد الشراء ، أو ضمن

(١) المقنعة : ٩٦ ، النهاية : ٤٢٥ ، الوسيلة : ٢٩٩ .

(٢) سنن أبي داود : ٣ : ٢٨٥ حديث ٣٥١٣ ، سنن البيهقي : ٦ : ١٠٤ .

(٣) الدروس : ٣٩٠ .

(٤) الكافي : ٥ : ٢٨١ حديث ٨ ، التهذيب : ٧ : ١٦٤ حديث ٧٣٠ .

ضمن العهدة للمشتري ، أو شرطاً له الخيار فاختر الإمضاء إن ترتبت على اللزوم .

العهدة للمشتري ، أو شرطاً له الخيار فاختر الامضاء إن ترتب على اللزوم) .

أي : وكذا الأقرب عدم السقوط في هذه المسائل :

الأولى : إذا كان الشفيع وكليلاً لأحدهما ، أي : البائع أو المشتري في البيع من طرفه ، ووجه عدم السقوط اصالة بقاء حقه وعدم تيقن حصول المسقط ، واختار المصنف في المختلف السقوط^(١)؛ لحصول الرضى بالبيع وهو مسقط . وجوابه : منع كون مطلق الرضى بالبيع مسقطاً ، فإن البيع هو السبب في ثبوت الشفعة ، ولا ريب أن من يتوقعها راضٍ بوقوع البيع ومريد له ، حتى لو حاول عدم الرضى به أمكن أن لا يكون مقدوراً له ، وإنما المسقط هو رضاه بالبيع ليبقى ملكاً للمشتري ، وهذا غير لازم حصوله عن كونه وكليلاً لأحدهما في العقد ، والأصح عدم السقوط .

الثانية : أن يشهد على البيع ، فقد قال الشيخ في النهاية : تبطل شفيعته^(٢) ، وتبعه ابن البراج^(٣) ، ونفاه ابن ادريس^(٤) ، وقال المصنف في المختلف : إن وجدت دلالة على الرضى بالبيع بطلت شفيعته^(٥) . والتحقق : أن القول بالبطلان بمجرد ذلك لا وجه له ، فإن حصل ما يدل على الرضى المسقط أو تراخى في الطلب فهو خروج عن المسألة .

الثالثة : إذا بارك لأحدهما في عقده ، أو في عقد على ما في بعض نسخ

(١) المختلف : ٤٠٧ .

(٢) النهاية : ٤٣٥ .

(٣) المهذب : ١ : ٤٥٨ .

(٤) السرائر : ٢٥٢ .

(٥) المختلف : ٤٠٧ .

ولو جهلا قدر الثمن ، أو آخر المطالبة لبعده عن المبيع حتى يصل

الكتاب ، وفي البطلان به قولان ، وجه البطلان : تضمنه الرضى ، وقد علمت أن مطلق الرضى غير قادح ؛ لأنه قد يرضى من جهة استحقاقه للشفعة به . وربما وجه البطلان لحصول التراخي به ، وهو مشكل ؛ لأن هذا القدر من الملائمة عند التلاقي أمر مطلوب عرفاً كالسلام ، وربما كان تركه والاشتغال بالمطالبة مستهجنًا في العادة ، والحق عدم البطلان إن لم يحصل به تراخ .

الرابعة : اذنه للمشتري في عقد الشراء ، وقد سبق .

الخامسة : ضمان عهدة المثلث^(١) للمشتري - أي : دركه - وكذا عهدة الثمن للبائع ، وقال المصنف في المختلف بالبطلان ؛ لدلالته على الرضى^(٢) ، ونفاه الشيخ^(٣) وابن ادريس^(٤) ، والأصح انه إن نافي الطلب على الفور ابطل ، وإلا فلا ، فقد ينتظر حضور الثمن إن جعلنا الطلب هو الأخذ .

السادسة : أن يشترطاً للشفيع الخيار فاختر الامضاء فإن الأقرب عدم السقوط - إن قلنا بأن الشفعة إنما تثبت مع لزوم العقد - ؛ لأن الامضاء تمهيد لسبب الأخذ ، ولأنه كالأسقاط قبل الثبوت ويحتمل السقوط للرضى وإن قلنا أن الشفعة تثبت ، وإن كان العقد غير لازم فمفهوم كلام المصنف السقوط ، ووجهه الدلالة على الرضى واشتغاله بما لا يعينه ، وقد عرفت فيما مضى أن ثبوت الشفعة لا يتوقف على لزوم العقد ؛ لعموم النص ، فحينئذ يبطل لحصول التراخي المنافي للفور ، وكذا كل موضع من هذه المواضع وغيرها يضمن التراخي فانه يبطل الشفعة .

قوله : (ولو جهلا قدر الثمن ، أو آخر المطالبة لبعده عن المبيع

(١) في (م) : ضمانه عهدة الثمن .

(٢) المختلف : ٤٠٧ .

(٣) المبسوط : ٣ : ١٢٥ .

(٤) السرائر : ٢٥٢ .

اليه ، أو اعترف الشفيح بغصبية الثمن المعين ، أو تلفه قبل قبضه على اشكال بطلت .

وتجوز الحيلة على الإسقاط ، بأن يبيع بزيادة عن الثمن ثم يدفع به عوضاً قليلاً أو يبرئه من الزائد ، أو ينقله بغير بيع كصلح أو هبة .

حتى يصل اليه ، أو اعترف الشفيح بغصبية الثمن المعين ، أو تلفه قبل قبضه على اشكال بطلت) .

أي : لو جهل كل من المشتري والشفيح الثمن فإن الشفعة تبطل ؛ لعدم الطريق الى العلم به المقتضي لسد باب الأخذ بالشفعة ، وكذا لو أخرج المطالبة لبعده عن المبيع حتى يصل اليه فإن ذلك لا يُعد عذراً في تأخير الأخذ بالشفعة فهو مناف للفور ، وكذا تبطل لو اعترف الشفيح بغصبية الثمن المعين لإقراره^(١) بفساد البيع من اصله المقتضي لعدم الشفعة .

وهل تبطل لو اعترف الشفيح بتلف الثمن المعين قبل قبض البائع إياه؟ فيه اشكال يلتفت الى الاشكال السابق : في أن تلف الثمن المعين قبل قبض البائع إياه هل يقتضي بطلان الشفعة قبل أخذ الشفيح بالشفعة ، أم مطلقاً ، أم لا يقتضي البطلان مطلقاً؟ وقد سبق أن الشفعة لا تبطل به مطلقاً فلا يكون الاقرار به مبطلاً لها .

قوله : (وتجاوز الحيلة على الاسقاط ، بأن يبيع بزيادة عن الثمن ثم يدفع به عوضاً قليلاً ، أو يبرئه من الزائد ، أو ينقله بغير بيع كصلح أو هبة) .

الاسقاط قد يكون بفعل الشفيح لكثرة الثمن وقلة المدفوع عنه عوضاً ، فإنه إنما يملك الأخذ بالثمن؛ لأنه إنما دفعه عوضاً ، لأن هذه بمنزلة معاوضة أخرى في حكم الابراء من البعض ، فيكون ذلك موجباً لاعراض الشفيح لما

ولو قال الشفيع للمشتري : بعني ما اشتريت أو قاسمني بطلت .

ولو صالحه على ترك الشفعة بمال صح وبطلت الشفعة .

ولو كانت الأرض مشغولة بالزرع فإن أخذ الشفيع وجب الصبر ، وهل له الترك عاجلاً والأخذ وقت الحصاد؟ نظر .

يلزمه من الغرم الكثير ، ومثله ما لو أبراه من الزائد على المطلوب أخذه ، وقد يكون الاسقاط بانشاء سبب غير صالح لثبوت الشفعة كالصلح والهبة ، إلا أن اطلاق الاسقاط هنا مجاز؛ لانتفاء ثبوت الشفعة هنا .

قوله : (ولو قال الشفيع للمشتري : بعني ما اشتريت ، أو قاسمني بطلت) .

لأن هذا يتضمن الرضى بملكه واستقراره ، ومع ذلك فهو مناف للفور ، إذ هو من الفضول لمن يريد الشفعة .

قوله : (ولو صالحه على ترك الشفعة بمال صح وبطلت الشفعة) .

لأن الشفعة حق مالي ثابت فيجوز الصلح عليه .

فإن قيل : اذا شرط في عقد الصلح كان ذلك منافياً للفور فيبطل .

قلنا : قد علم ان ما اقتضته العادة لا يقدر مثل السلام والدعاء ، ولا يزيد الصلح عليهما : على انه قد يتصور الصلح مع الوكيل ، فإن التراضي من قبله على خلاف المصلحة لا تبطل حق الموكل .

قوله : (ولو كانت الأرض مشغولة بالزرع فإن أخذ الشفيع وجب الصبر ، وهل له الترك عاجلاً والأخذ وقت الحصاد؟ فيه نظر) .

ينشأ : من أنه لا ينتفع بالشقص حينئذ لو أخذه ، فيحرم الانتفاع بالثمن بغير مقابل ، فبقاؤه في يده الى زمان الحصاد ليكون نفعه في مقابل نفع الشقص الذي استفاده المشتري مطلوب فيكون ذلك عذراً في التأخير ، ومن أن الشفعة

ولو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت ، وللمشتري الأول الشفعة على الثاني .

ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة احتمال السقوط لسقوط بعض ما يوجب الشفعة ، والثبوت لبقاء ما يوجب الجميع ابتداءً ، فله أخذ الشقص من المشتري الأول .

على الفور ، ومثل ذلك لم يثبت كونه عذراً . وربما بيعت الأرض قبل أوان الانتفاع بها بشهرٍ أو شهرين ، فكما لا يسوغ التأخير هنا لا يسوغ ثمة ، وهو الأصح . ومثله لو كان في المشفوع ثمرة فإن الأخذ على الفور ، ويجب الإبقاء الى القطاف .

قوله : (ولو باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة بطلت ، وللمشتري الأول الشفعة على الثاني) .

لأن المشتري الأول شريك قديم ، والمشتري الثاني شريك حدث ملكه بالبيع ، وإنما بطلت شفعة من باع نصيبه عالمًا ؛ لأنه أزال سبب استحقاقه فزال الاستحقاق .

قوله : (ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة احتمال السقوط ، لسقوط بعض ما يوجب الشفعة ، والثبوت لبقاء ما يوجب الجميع ابتداءً فله أخذ الشقص من المشتري الأول) .

قوله : (وقلنا بثبوتها مع الكثرة) يقتضي أن تعدد الشركاء مانع من ثبوت الشفعة ، وإن لم يكن الشفيع إلا واحداً فإن الشفيع بالنسبة الى المشتري الأول ليس إلا واحداً ، بل شفعته تثبت قبل حدوث الكثرة ، فينبغي أن لا يكون لها أثر في المنع إن لم يكن بيع بعض الشقص مانعاً . وبالجمله فلا يكون ثبوت الشفعة على المشتري الأول من فروع الكثرة ، نعم في الثاني يجيء ذلك إن كان المانع تعدد الشركاء وإن كان الشفيع واحداً .

وهل للمشتري الأول شفعة على الثاني؟ فيه اشكال ينشأ : من ثبوت السبب وهو الملك ، ومن تزلزله لأنه يؤخذ بالشفعة .

أما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ففي الأبطال اشكال ينشأ : من زوال السبب ، ومن ثبوته وقت البيع .

ثم احتمال السقوط متجه؛ لأن استحقاق الشفعة في هذا الفرد المعين منحصر في سببية الشركة بالشفص المذكور ، فإذا باع بعضه فقد زال السبب من حيث هو هو والباقي غيره ، وإن لم يكن له تأثير في استحقاق الشفعة فلا يحدث له تأثير بعد ذلك؛ لأنه إنما يؤثر إذا كان موجوداً وقت البيع ، وقد عرفت أن الموجود وقت البيع غيره وقد زال ، ولا يلزم من كون الباقي يوجب الشفعة في الجميع لو كان ابتداءً أن يوجبها في محل النزاع كما لا يخفى ، فإن قلنا بالثبوت فله أخذ الشفص من المشتري الأول لكن لا نقول به .

قوله : (وهل للمشتري الأول شفعة على الثاني؟ فيه اشكال ينشأ : من ثبوت السبب وهو الملك ، ومن تزلزله لأنه يؤخذ بالشفعة) .

لمانع أن يمنع إبطال التزلزل تأثير ما قد علمت سببته فإن الشركة بشرائطها موجودة ، والتزلزل لا يقدر في شيء منها ، وقد سبق ان الخيار لا يمنع استحقاق الشفعة في الشفص المشفوع فكيف يكون مانعاً اذا ثبت في الشفص الذي هو سبب الشفعة ، والظاهر الثبوت إلا أن يؤخذ من يده قبل أن يأخذ من يد المشتري الثاني .

قوله : (أما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ففي الأبطال اشكال ينشأ : من زوال السبب ، ومن ثبوته وقت البيع) .

لو تم هذا التوجيه للاشكال لا طرد فيما اذا باع عالماً ، فينبغي أن يضم الى احتمال الثبوت ما يقتضي أن يكون للجهل بالشفعة وقت البيع دخل في استحقاق الشفعة ، وكيف كان فلا يخفى ضعف الثاني؛ لأن السبب في جواز

والشفعة موروثه كالمال على رأي ، سواء طالب الموروث أو لا ،

الأخذ اذا زال ولما يأخذ بالشفعة يقتضي امتناع الأخذ ، وإلا لكان الأخذ بغير سبب .

لا يقال : الشركة سبب الاستحقاق وقد ثبت فلا يزول بزوالها ، إذ لم يثبت كونه علة الزوال .

لأنا نقول : ظاهر قوله عليه السلام : « لا شفعة إلا لشريك مقاسم » يقتضي زوال الاستحقاق ، والجهل لا أثر له اذا انتفى السبب ؛ لأن خطاب الوضع لا يتفاوت الأمر فيه بالعلم والجهل ، والأصح أن لا شفعة .

قوله : (والشفعة موروثه كالمال على اشكال ، سواء طالب الموروث أم لا) .

اختلف الأصحاب في أن الشفعة تورث ، فقال المفيد^(١) والمرتضى^(٢) وجماعة : إنها تورث^(٣) ، وانكره الشيخ^(٤) وجماعة^(٥) ، ودليلهما منشأ الاشكال ، والأصح الأول ؛ لعموم دلائل الارث الدالة على ارث كل حق ، ولهذا حكمنا بكون الخيار موروثاً وحدّ القذف فحق الشفعة أولى ، ولأنها في معنى الخيار يثبت لدفع الضرر ، وذلك قائم في حق الوارث واحتج الشيخ برواية طلحة بن زيد ، عن علي عليه السلام قال : « لا تورث الشفعة »^(٦) ، ولأن ملك الوارث متجدد فلا يستحق به شفعة ، وجوابه ضعف الرواية فإن طلحة بتري ، والوارث يأخذ ما استحقه مورثه ، وليس هو الشفيع اصالة ليقدر

(١) المقنعة : ٩٦ .

(٢) الإنتصار : ٢١٧ .

(٣) منهم يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع : ٢٧٨ ، وابن ادريس في السرائر : ٢٥١ ، والشهيد في الدروس : ٣٩٢ ، والمحقق الحلبي في الشرائع ٣ : ٢٦٣ .

(٤) الخلاف ٢ : ١٠٨ مسألة ١٢ كتاب الشفعة .

(٥) منهم ابن حمزة في الوسيلة : ٢٩٩ .

(٦) الفقيه ٣ : ٤٥ حديث ١٥٨ ، التهذيب ٧ : ١٦٧ حديث ٧٤١ .

فللزوجة مع الولد الثمن . ولو لم يكن وارث فهي للإمام ، فإن عفا أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط ، وكان للباقيين أخذ الجميع أو الترك .

أما لو عفا الميت أو آخر الطلب مع امكانه فإنها تبطل .

ولو عفا أحد الوارثين وطالب الآخر ، فمات الطالب فورثه العافي

تجدد ملكه .

وقوله : (كالمال) يحتمل أن يكون إشارة الى دليل الارث ، أي : الشفعة موروثه ؛ لأنها حق مالي فتورث كما يورث المال ، ويحتمل أن يكون إشارة الى كيفية الارث ، فإن للعامه خلافاً في انها تورث كما يورث المال ، فتقسّم باعتبار السهام أو تقسّم على الرؤوس فيكون اشارة الى الأول ، والكل صحيح .

قوله : (فللزوجة مع الولد الثمن) .

خص الزوجة لينبه على ارثها من الشفعة وإن كانت قد لا ترث من بعض الأشياء .

قوله : (ولو لم يكن وارث فهي للإمام) .

كسائر ما يورث ، ففي حالة الغيبة حكمها حكم سائر ميراث من لا وارث له .

قوله : (فإن عفا أحد الوراث عن نصيبه لم يسقط وكان للباقيين أخذ الجميع أو الترك) .

لأن الحق للجميع فلا يسقط حق واحد بترك غيره ، لكن لما لم يجز تبعض الصفقة على المشتري كان المستحق للباقي الجميع ، فإن أخذه فذاك وإلا ترك .

قوله : (ولو عفا أحد الوارثين وطالب الآخر فمات الطالب فورثه

فه الأخذ بالشفعة على اشكال .

ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة .
ولو بيع بعض ملك الميت في الدين لم تكن لوارثه المطالبة

العافي فله الأخذ بالشفعة على اشكال) .

ينشأ : من أن المطالب استحق الجميع فينتقل استحقاقه بموته إلى وارثه ، ولا يضر عفو الوارث عن حقه قبل ذلك ؛ لأن هذا حق آخر متجدد غير الحق الذي عفا عنه الوارث ، فلا يلزم سقوطه لسقوط العفو عنه لاختلاف سبب استحقاقهما ، وكون العفو قبل حدوث السبب المتجدد .

ومن سقوط شفעתه بعفوه ، وإنما يستحق غير ما عفا عنه باعتبار انه غيره وقد انتفت الغيرية فلا يستحق ما عفا عنه ولا نصيب الميت لامتناع تبعض الصفقة ، وليس بشيء ؛ لأن غيره مستحق للشفعة باعتبار شركته لا باعتبار العفو من العافي فإن تملك الشفعة لا يصح ، ولهذا لو عفا عنها لمن لا حق له لا يستحقها ، وقبل العفو كان الشريك مساوياً له في سبب الاستحقاق ، فاذا عفا زال واختص الآخر بالسبب فاخص بمقتضاه وهو الشفعة في الجميع .

ولو سلم أن نصيب العافي استحقه الآخر بالعفو فاذا انتفى استحقاقه الشفعة باعتبار كونه شريكاً للعفو فلا ينتفي استحقاقه باعتبار الارث ؛ لأنه سبب جديد ، إذ ليس أبعد حالاً ممن لا يستحق شفعة أصلاً ورأساً اذا انتقلت اليه بالارث ، والأصح الأول .

قوله : (ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة)

لأن الوارث هو المالك للشقص المتروك ؛ بناء على أن التركة تنتقل إلى الوارث وإن استغرقها الدين ، وهو الأصح ، ولم يصرح المصنف بترجيح هذا في كتاب الحجر لكن بناء الحكم عليه ، وهو الأصح .

قوله : (ولو بيع بعض الملك للميت في الدين لم تكن لوارثه

بالشفعة ، وكذا لو كان الوارث شريكاً للمورث فبيع نصيب المورث في الدين .

ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لسبق حقه ، ويدفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البذل .

ولو وصى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول

المطالبة بالشفعة) .

لأن البيع في الحقيقة لملك الوارث ، بناء على انتقال التركة اليه بالموت^(١) .

قوله : (وكذا لو كان الوارث شريكاً للمورث فبيع نصيب المورث في الدين) .

أي : لا شفعة للوارث لمثل ما قلناه ، ويحتمل أن يكون للوارث الشفعة ؛ لأن البيع على الميت إنما كان بسبب دينه الذي يثبت عليه في حال الحياة ، فصار البيع كأنه قد وقع في حال الحياة والوارث كان شريكه في حال الحياة فثبت له الشفعة ، ويضعف بأن التركة تنتقل بالموت الى الوارث ، ومن ثم كان له أن يقضي الدين من عنده ويمنع من البيع ، فاذا بيع بعض ماله فكيف يستحق شفעתه؟! .

قوله : (ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة ؛ لسبق حقه ويدفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البذل) .

فإن جميع التصرفات من المشتري للشفيع الأخذ بالشفعة فيبطلها .

قوله : (ولو وصى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل

(١) في (م) : بالموت وشبهه .

استحق الشفعة الورثة .

ويحتمل الموصى له إن قلنا انه يملك بالموت ، فإذا قبل الوصية استحق المطالبة ؛ لأننا تبيننا أن الملك كان له ، ولا يستحق المطالبة قبل القبول ولا الوارث ، لأننا لا نعلم أن الملك له قبل الرد .

القبول استحق الشفعة الورثة ، ويحتمل الموصى له إن قلنا إنه يملك بالموت ، فإذا قبل الوصية استحق المطالبة لأننا تبيننا أن الملك كان له) .

أي : لو وصى من له شقص لزيد به ثم مات ، فباع الشريك حصته من آخر قبل قبول الموصى له ورده ففي مستحق الشفعة قولان :

أحدهما : انه الورثة ؛ لأن الملك ينتقل اليهم بالموت ، ولا يستحق الموصى له إلا بالقبول .

والثاني : أن المستحق هو الموصى له .

والحاصل أن بناء القولين على أن قبول الوصية ناقل أو كاشف ، فإن قلنا بالأول فالملك إنما يحدث بعده ، فالمالك قبله حقيقة هو الورثة فالشفعة لهم . وإن قلنا بالثاني فالملك ثبت للموصى له بالموت وينكشف بالقبول ، كما أن عدمه ينكشف بالرد ، ومن ثم يحكم بالنماء المتجدد بين الموت والقبول للوارث على الأول وللموصى له على الثاني ، فعلى الثاني اذا قبل الوصية استحق المطالبة .

ويعتبر القبول على الفور لثلا تبطل الشفعة ، اذ لا يعد تأخيرها عذراً ، والمعروف أن الأصح أن القبول كاشف وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى .

قوله : (ولا يستحق المطالبة قبل القبول ولا الوارث ؛ لأننا لا نعلم أن الملك له قبل الرد) .

أي : لا يستحق الموصى له المطالبة قبل القبول بناء على الثاني ؛ لأن ملكه وإن ثبت بالموت لكن الكاشف عنه هو القبول فقبله لم يتحقق ملك . ولو

ويحتمل مطالبة الوارث ؛ لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق ، فإذا طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر الى الطلب ثانياً ؛ لظهور عدم استحقاق المطالب .

ويحتمل أن المشفوع للوارث ؛ لأن الموصى به إنما انتقل اليه بعد أخذ الشفعة .

قلنا : إن القبول ناقل فلا بحث ؛ لأن ملكه يحدث بالقبول وهو ظاهر ، وكذا بناء على الثاني لا يستحق المطالبة الوارث ؛ لأن ملكه لا يعلم قبل الرد .

قوله : (ويحتمل مطالبة الوارث ؛ لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق) .

أي : ويحتمل - بناءً على أن القبول كاشف - استحقاق الوارث المطالبة بالشفعة ، فهو في مقابل قوله : (ولا الوارث) لأن الأصل عدم قبول الموصى له ، والأصل بقاء الحق للوارث ، وفيه نظر إذ لا أصل هنا يرجع اليه ، فانه كما أن الأصل عدم القبول الكاشف عن ملكية الموصى له فالأصل عدم الرد الكاشف عن ملكية الوارث ، والموت صالح لتمليك الموصى له ولتمليك الوارث ؛ لمكان الوصية المستعقب للقبول والرد ، فليس هناك حق لأحدهما يستصحب بقاءه فلا يتم ما ذكره .

قوله : (فإذا طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر الى الطلب ثانياً لظهور عدم استحقاق المطالب) .

هذا تفريع على الاحتمال الثالث ، وهو أن للوارث المطالبة ، فإذا طالب ثم قبل الموصى له تبين بطلان مطالبة الوارث ؛ لانتفاء كونه مالكاً حين المطالبة ، فلا بد للموصى له من مطالبته في التملك بالشفعة ، لأنه الشئيع في نفس الأمر .

قوله : (ويحتمل أن المشفوع للوارث ، لأن الموصى به إنما انتقل

ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له ؛
لتأخر ملكه عن البيع ، وفي الوارث وجهان مبنيان على من باع قبل علمه
ببيع شريكه .

ولو اشترى المرتد عن فطرة فلا شفعة إن قلنا ببطلان البيع ،

اليه بعد أخذ الشفعة) .

هذا الاحتمال ليس على نهج ما قبله بحيث يتفرع على كون القبول
كاشفاً ، ولا هو معادل للأولين بل هو عين الأول وإنما اعاده ليبنى عليه بعض
المسائل ، وكلامه يوهم خلاف ذلك فليس بجيد ، وكان حقه أن يقول : وعلى
الأول اعني : أن الملك للوارث المشفوع للوارث ؛ لأن الموصى به ملك له ،
وإما ينتقل عنه بقبول الموصى له وذلك بعد الأخذ بالشفعة .

قوله : (ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة
للموصى له ؛ لتأخر ملكه عن البيع ، وفي الوارث وجهان مبنيان على من
باع قبل علمه ببيع شريكه) .

أي : بناء على أن القبول ناقل والملك للوارث قبله ، وهو للأول لو لم
يطالب الوارث بالشفعة حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له قطعاً ؛ لأنه
لم يكن شريكاً وقت^(١) البيع . وفي الوارث وجهان مبنيان على الوجهين فيمن
باع ملكه قبل علمه ببيع شريكه وقد سبق ، فإن قلنا ببقاء الشفعة هناك فهي باقية
هنا وإلا فلا ، وهو الأصح .

قوله : (ولو اشترى المرتد عن فطرة فلا شفعة إن قلنا ببطلان البيع) .

سيأتي إن شاء الله تعالى في احكام المرتد أن المرتد عن فطرة هل يدخل
في ملكه شيء بعد الردة بسبب من الأسباب المملكة أم لا ، وأن في ذلك خلافاً
للأصحاب ، فإن قلنا بعدم دخول شيء في ملكه - وهو الأصح على ما سيأتي إن

(١) في وقت : قبل .

وعن غير فطرة تثبت الشفعة .

ولو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة ؛ لأن أحدهما رب المال والآخر عامل ،

شاء الله تعالى ؛ لأن خروج املاكه عنه الى الوارث دليل على عدم صلاحيته للتملك ، لامتناع خروج املاكه مع بقاء صلاحيته للتملك بغير الاسباب الناقلة المحصورة - فالبيع باطل ، واستحقاق الشريك الشفعة فرع تحقق البيع .

قوله : (وعن غير فطرة تثبت الشفعة) .

لبقاء ملكه ، وعلى ما سيأتي إن شاء الله تعالى من أنه محجور عليه وتصرفاته موقوفة فإن عاد الى الاسلام تبيناً صحتها^(١) وإلا تبيناً الفساد ، فإن اجازته الحاكم تثبت الشفعة وإلا فكما قلنا .

قوله : (ولو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة ؛ لأن أحدهما رب المال والآخر عامل) .

إذا كان الشركاء ثلاثة فقارض أحدهما الآخر على مال ، فاشترى العامل بمال القراض نصف نصيب الثالث (في المشترك)^(٢) فلا شفعة لأحدهم ؛ أما البائع فظاهر إذ لا يملك الشفعة فيما باعه ، وكذا رب المال إذ لا يملك الشفعة فيما اشتراه ، والعامل بالنسبة اليه كالشريكين في المبتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة ، كذا قال في التذكرة^(٣) ، وفيه نظر؛ فإن مال القراض الذي اشترى به إذا لم يكن للعامل فيه شيء يقع الشراء لمالكة ، وليس للعامل فيه شيء فيكون شفيعه هو العامل ، ولا مانع له من الأخذ بالشفعة على قول ، وعلى قول الشفيع : كل من العامل ومالك مال القراض . هذا إذا لم يكن ربح ، أو كان وقلنا إن العامل لا يملك بالظهور . وإن قلنا يملك بالظهور فله من

(١) في «ق» : صحيحاً .

(٢) في «ق» : المشتركة .

(٣) التذكرة : ١ : ٦٠٧ .

فإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبي فالشفعة اخماساً : لكل من المالك والعامل خمسان ، ولمال المضاربة خمس السدس الذي له إن اثبتنا الشفعة مع الكثرة .

ولو باع أحد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ، ويحتمل التسوية ،

القصص بمقدار استحقاقه من الشفعة على القول باشتراكهما فيها ، فإن زاد حقه من الربح فالزائد للمالك على ما سبق ، وعلى هذا فالعامل لا^(١) يأخذ بعض القصص بالشفعة فله حينئذ أجره المثل ، ولا شك أن ما ذكره هنا لا ينطبق على ما سبق من كلامه .

قوله : (فإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبي فالشفعة اخماساً لكل من المالك والعامل خمسان ، ولمال المضاربة خمس) .

ربما يسأل عن سبب إفراد مال المضاربة بالذكر مع أنه ملك لصاحب مال القراض .

فيجاب : بأنه بناء على ما ذكره هنا ليس لأحدهما على الآخر بسببه شيء فإنه بمنزلة شريك آخر؛ لأن حكمه متميز عن مال كل منهما ، وفيه نظر؛ لأنه مال المالك حقيقة ، فإن لم يكن ربح فلا بحث ، وإن كان فعلى ما سبق من اختصاص المالك به وللعامل الأجرة ، فالمشفوع لمال القراض حق المالك .

قوله : (ولو باع أحد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ، ويحتمل التسوية) .

قد سبق في أول فروع الكثرة نظير هذين الاحتمالين قولان

فإن باع المشتري على اجنبي ولم يعلم الثالث بالبيعين ، فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتريه ، إذ لا شريك له في الشفعة .

وإن أخذ بالأول أخذ نصف المبيع وهو السدس ؛ لأن المشتري شريكه ، ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من الثاني ؛ لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما ، فإذا باع الثلث من جميع ما في يده - وفي يده ثلثان - فقد باع نصف ما في يده ، والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو

للأصحاب^(١) ، ورجحنا هناك القول بالتسوية تفرعاً ، فالأصح هنا مثله .

قوله : (فإن باع المشتري على اجنبي ولم يعلم الثالث بالبيعين) .

هذا تفرع على الاحتمال الثاني وهو التسوية ، أي : بناء على التسوية لو باع المشتري على اجنبي الثلث وهو قدر ما اشتراه ، والمراد به ثلث الأصل وهو نصف ما صار بيده ؛ لأنه قد كان بيده ثلث واشترى حصة شريك آخر ثالثاً آخر ولم يعلم الشريك الثالث بالبيعين فله الأخذ بالشفعة باعتبار كل واحد من العقدين ، فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد المشتري الثاني وهو الأجنبي ، إذ لا شفيع سواه ؛ لأن الشريك الآخر هو البائع فلا شفعة له ، إذ لا يستحق البائع الشفعة على ما باعه .

قوله : (وإن أخذ بالأول أخذ نصف المبيع وهو السدس ؛ لأن المشتري شريكه ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من الثاني ؛ لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما ، فإذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده ، والشفيع يستحق ربع ما في يده

(١) القول الأول وهو استحقاق الثالث الشفعة دون المشتري ، ذهب إليه : الشيخ الطوسي في أحد

قوله في الخلاف ٢ : ١١١ مسألة ٢٦ كتاب الشفعة ، والشهيد في الدروس : ٣٩٥ .

والقول الثاني وهو الشركة بالسوية ، ذهب إليه الشيخ الطوسي في قوله الثاني في المبسوط :

١٣٨ ، والمحقق الحلبي في الشرائع ٣ : ٢٥٧ .

السدس فصار منقسماً في أيديهما نصفين ، فيأخذ من كل واحد منهما نصفه - وهو نصف السدس - ويرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن ، وتكون المسألة من اثني عشر ، ثم ترجع الى أربعة للشفيع النصف ولكل واحد الربع .

وهو السدس فصار منقسماً في ايديهما نصفين ، فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ، ويرجع المشتري الثاني على الأول بربع الثمن وتكون المسألة من اثني عشر ، ثم يرجع الى اربعة للشفيع النصف ولكل واحد الربع (.

أي : وإن أخذ الشفيع - وهو الشريك الثالث - بالعقد الأول فقد أخذ نصف المبيع بناء على الاحتمال الثاني ، وهو التسوية بينه وبين المشتري في الشفعة وقدره سدس الأصل وللمشتري السدس الآخر . وكيفية أخذه : أن يأخذ من المشتري الأول نصف سدس ومن المشتري الثاني نصف سدس ؛ وذلك لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما كما قررنا ، فاذا باع ثلث الأصل ممّا في يده - وفي يده ثلثان أحدهما ملك سابق والآخر متجدد بالشراء - فقد باع نصف ما في يده شائعاً ، فيكون المبيع نصف ملكه القديم ونصفه الجديد بمقتضى الاشاعة ، والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فإنه ربع الثلثين ، فبمقتضى الاشاعة يكون نصفه في يد المشتري الأول ونصفه في يد الثاني ؛ لاستواء ما باعه المشتري الأول وما بقي في يده ، فيبطل البيع الثاني في نصف سدس ؛ لأنه يأخذ بالعقد الأول وقد تعلق بنصف سدس الاصل في يد الثاني ، فيرجع المشتري الثاني على الأول بحصته من الثمن لبطلان البيع فيه وهو ربع الثمن ، فتكون المسألة من اثني عشر؛ لأن فيها نصف سدس هو أدق كسر فيها ، ومخرجه من اثني عشر منها سهمان للشفيع وهما السدس ، مضافة الى سهمه من الأصل وهو الثلث فيكمل له نصف ، وللمشتري الثاني ثلاثة ارباع الثلث وهو ربع الأصل ، فيبقى في يد المشتري الأول ربع الأصل فترجع المسألة الى اربعة .

وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأول ، فله ثلاثة أرباع ولشريكه الربع ، ويدفع الى الأول نصف الثمن الأول والى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني .

ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني ؛ لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس ، ويدفع اليه نصف الثمن كذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه .

ويرجع الثاني على الأول بثمانه ، وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة ارباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة ارباع الثمن .

قوله : (وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأول ، فله ثلاثة ارباع ولشريكه الربع ، ويدفع الى الأول نصف الثمن الأول ، والى الثاني ثلاثة ارباع الثمن الثاني ، ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني ؛ لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ، فيرجع الثاني على الأول بثمانه ، وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة ارباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة ارباع الثمن) .

أي : وإن أخذ بالعقدين معاً صح ، فيأخذ نصف ما جرى عليه العقد الأول وهو السدس ، وقد عرفت أن نصفه دخل في العقد الثاني فينسخ العقد الثاني فيه ، فيأخذه مع ربع ما في يد الأول - وهو نصف سدس ايضاً - بالعقد الأول ، ويأخذ باقي ما في يد المشتري الثاني - وهو ثلاثة ارباع ما اشتراه - بالعقد الثاني ؛ لأن ذلك هو ما صح فيه العقد الثاني فيكمل له ، أي : للشفيع ثلاثة ارباع الأصل ، ولشريكه - اعني المشتري الاول - الربع .

ولا شيء للثاني ؛ وذلك لأنه اجتمع له مع ثلثه القديم جميع ما اشتراه المشتري الثاني ربعه بالعقد الأول ، وثلاثة ارباعه بالعقد الثاني وهو ثلث

الأصل ، وربع ما في يد المشتري الأول وهو نصف سدس وذلك ثلثان ونصف سدس وهو تسعة من اثني عشر ، فبقي لشريكه وهو المشتري الاول ثلاثة هي الربع ، ثم انه يدفع الى المشتري الأول نصف الثمن الأول؛ لأنه أخذ نصف مبيعه وهو خمسة مثلاً ، والى الثاني ثلاثة ارباع الثمن الثاني وهو تسعة مثلاً؛ لأن العقد انفسخ في ربع المبيع ، لأنه أخذه بالأول كما قررناه ، ويرجع المشتري الثاني على المشتري الاول بربع الثمن الثاني ، وهو الذي انفسخ العقد في مقابله من المبيع فلم يبق في مقابله شيء .

وإنما قلنا : (إنه يدفع الى الأول نصف الثمن الأول والى الثاني ثلاثة ارباعه . . .) ، لأن الشفيع يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس ، فيدفع اليه نصف الثمن لأجل ذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده . فيأخذه منه فينفسخ البيع الثاني فيه كما قلنا فيرجع الثاني على الأول بثمنه ، وبقي المأخوذ من الثاني بالعقد الثاني ثلاثة ارباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلاثة ارباع الثمن ، وذلك ظاهر

إذا عرفت هذا فاعلم ان قول المصنف : (لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول . . .) تعليل لقوله : (ويدفع الى الأول نصف الثمن الأول ، والى الثاني ثلاثة ارباع الثمن الثاني ، ويرجع الثاني على الأول بربع الثمن الثاني) فبين به هذه الأمور الثلاثة .

والضمير في قوله (لأنه) يعود الى الشفيع^(١) وقوله : (فيدفع اليه نصف الثمن لذلك) اكثر النسخ فيها (كذلك) بكافين ولا موقع له حسن ، وفي بعضها (لذلك) باللام أولاً وهو حسن فيكون تعليلاً لقوله : (فيدفع اليه نصف الثمن) أي : يدفع نصف الثمن لأجل أنه يأخذ نصف ما في يده بالعقد الأول .

(١) في «وق» : المشتري .

الفصل الخامس: في التنازع :

لو اختلفا في الثمن ولا بينة قَدَم قول المشتري مع يمينه .

قوله : (لو اختلفا في الثمن ولا بينة قَدَم قول المشتري مع يمينه)

أي : لو اختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن : فأما أن لا يكون لواحد منهما بينة ، أو يكون لكل منهما بينة ، أو يكون للبائع فقط ، أو للمشتري فقط فالأقسام أربعة :

الأول : أن لا يكون لواحد منهما بينة فيحلف المشتري ؛ لأنه المالك فلا يزول ملكه إلا بما يدعيه اذا لم تكن بينة ، كما أن المشتري لا يملك المبيع إلا بما يقربّه البائع من الثمن ، كذا علله في التذكرة^(١) ، وهذا التعليل إنما يجري فيما اذا وقع الاختلاف بين الشفيع والمشتري والعين باقية ، فلو أخذها بالشفعة ورضي بالدفع فتلفت العين ثم وقع الاختلاف لم يجز ما ذكره فيه مع أن فيه نظراً ؛ لأن كونه مالكاً لا يقتضي سماع دعواه بيمينه لأن اليمين على من انكر .

ويمكن أن يقال : المشتري لا دعوى له على الشفيع ، إذ لا يدعي شيئاً في ذمته ولا تحت يده ، إنما الشفيع يدعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الفلاني والمشتري ينكره . ولا يلزم من قوله اشترته بالأكثر أن يكون مدعياً عليه وإن كان خلاف الأصل ؛ لأنه لا يدعي استحقاقه إيّاه عليه ولا يطلب تغريمه إيّاه ، ولأن الذي لو ترك الخصومة ترك هو الشفيع إذ لا يطلبه المشتري للأخذ بالشفعة بما يدعيه .

وهذا الاستدلال حسن لكنه مخصوص بما اذا لم يملك الشفيع الشقص برضى المشتري قبل دفع الثمن ، فأما اذا تملكه كذلك ثم اختلفا في الثمن فإن

ولو أقاما بينة فالأقرب الحكم بينة الشفيع ؛ لأنه الخارج ،

المشتري مدّع لا محالة ، وظاهر اطلاقهم عدم الفرق ، وهو مشكل . اذا تقرر هذا فاذا أقام المشتري بينة بزيادة لدفع اليمين عن نفسه فقال شيخنا الشهيد في حواشيه : الأقرب القبول ، وإن كان في دفع اليمين عن المنكر بالبينة في غير هذه الصورة تردد . ووجه القرب : انه يدعي دعوى محضه وقد أقام بها بينة فتكون مسموعة ، هذا كلامه .

ويشكل بأن المشتري إن كان هو المنكر فالحجة من طرفه هو اليمين دون البينة؛ لقوله عليه السلام: «البينة على المدعي واليمين على من انكر»^(١) ، والتفصيل قاطع للشركة وإلا لم يسمع قوله بيمينه ، وقد عرفت أنه في الحقيقة لا يدعي شيئاً ، لكن صرح المصنف في التذكرة^(٢) والتحرير^(٣) بأن ايهما - أي : الشفيع والمشتري - أقام البينة سمعت منه وثبت ما يدعيه ، وهذا الكلام لا يخلو من تدافع .

قوله : (ولو أقاما بينة فالأقرب الحكم بينة الشفيع ؛ لأنه الخارج)

هذا قول ابن ادريس^(٤) ، واختاره المصنف هنا ، وفي التحرير^(٥) ، والتذكرة^(٦) ، ووجهه : أنه خارج فإنه مدع ولا ملك له ، لأنه يحاول اثبات استحقاقه التملك بما يدعيه ، ولأن اليمين لا يقبل منه فلا بد أن تقبل بينته ، وهو الأصح . وقال الشيخ في الخلاف^(٧) والمبسوط^(٨) : البينة بينة المشتري ،

(١) الكافي ٧ : ٤١٥ حديث ٢٠١ ، التهذيب ٦ : ٢٢٩ حديث ٥٥٣ و ٥٥٤ ، سنن البيهقي ١٠ : ٢٥٢

(٢) التذكرة ١ : ٦٠١ .

(٣) التحرير ٢ : ١٥١ .

(٤) السرائر : ٢٥١ .

(٥) التحرير ٢ : ١٥١ .

(٦) التذكرة ١ : ٦٠١ .

(٧) الخلاف ٢ : ١٠٧ مسألة ٦ كتاب الشفعة .

(٨) المبسوط ٣ : ١١٠ .

ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما، ويحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله بدونه .

وعلل في المبسوط : بأنه داخل فإن بينة الداخل عنده مقدّمة ، وفي الخلاف : بأن بينته تثبت بزيادة الثمن والشفيع ينكره .

وقال ابن الجنيّد : إن أقر المشتري بالشفعة فالبينة عليه في قدر الثمن واليمين على الشفيع ، وإن لم يقر فالبينة على الشفيع ، وفي المختلف رجّح بينة المشتري بأن قوله مقدّم على قول الشفيع ، قال : وهذا بخلاف الداخل والخارج ؛ لأن بينة الداخل يمكن أن تستند الى اليد فلهذا قدّمنا بينة الخارج ، وفي صورة النزاع البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفيع^(١) . وفيه نظر ؛ لأن الترجيح ليس بهذا فقط بل بقوله عليه السلام : « واليمين على من انكر »^(٢) .

واحتمل المصنّف في المختلف ايضاً القرعة ؛ لأنهما يتنازعان في العقد ولا يد لهما عليه فصارا كالمتنازعين في عين في يد غيرهما ، وفيه نظر ؛ لأن تنازعهما في استحقاق العين بالثمن المخصوص ، ولأن القرعة في الأمر المشكل الذي لم يدل النص على حكمه ، وما نحن فيه ليس كذلك .

قوله : (ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما ، ويحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله بدونه) .

وجه الأول : ان شهادته لأحدهما تجر نفعاً ؛ لأن شهادته بكثرة الثمن تتضمن استحقاقه ذلك ، وكون الزائد لو خرج مستحقاً استحق بدله ، أو الرجوع الى عين ماله إن كان الشراء بعين الثمن ، وإن شهد بنقصانه يضمن ذلك دفع ذلك الزيادة لو خرج مستحقاً . ووجه الاحتمال : أنه مع القبض اذا شهد بالزيادة

(١) المختلف ٢ : ٤٠٧ .

(٢) الكافي ٧ : ٤١٥ حديث ٢٠١ ، التهذيب ٦ : ٢٢٩ حديث ٥٥٣ و٥٥٤ ، سنن البيهقي ١٠ : ٢٥٢ .

ولو كان الاختلاف بين المتبايعين وأقاما بينة فالأقرب الحكم لبينة المشتري ، ويأخذ الشفيع به .

فقد أقر بزيادة الدرك فلا تهمة ، ولا ينظر الى استحقاق المطالبة بالبدل أو العين على تقدير ظهور الاستحقاق ؛ لاستحقاق ذلك في ضمن هذا المحذور ، وبدون القبض اذا شهد بالقيصة فقد أقدم على نقصان حقه ، ومحذور الدرك مستحقر في ضمن هذا ، والأصح أنها لا تقبل مطلقاً ؛ لأنه ربما حاول بذلك اسقاط خيار الغبن وقلة الأرش لو ظهر المبيع معيباً ، بل ربما كان عالماً بالعيب ويتوقع المطالبة بأرشه ، وربما كان له غرض يعود المبيع اليه بفسخ المشتري اذا علم بالعيب أو الغبن ، ويخشى بأخذ الشفيع فوات ذلك فينفره من الأخذ بكثرة الثمن ، أو ربما كان يخاف رد المشتري إياه بالعيب أو الغبن دون الشفيع فزاد رغبته في الأخذ بتقليل الثمن ، وبالجملة فجهات جر النفع بالشهادة المذكورة لا يكاد ينضبط .

قوله : (ولو كان الاختلاف بين المتبايعين وأقاما بينة فالأقرب الحكم لبينة المشتري ويأخذ الشفيع به) .

قد سبق في البيع أنه اذا اختلف المتبايعان في الثمن ولا بينة فالقول قول البائع بيمينه إن كانت العين باقية ، فعلى هذا اذا أقاماً بينة تقدم بينة المشتري ؛ لأن اعتبار اليمين من أحد المتنازعين يقتضي اعتبار البينة من الآخر ، وحينئذ فيأخذ الشفيع بما شهدت به بينة المشتري ؛ لأنه الثابت شرعاً ، ولأن الزائد بزعمه غير مستحق وبينة البائع كاذبة فيه ، وهذا على ما ذكره من سماع البينة من المشتري اذا وقع الاختلاف بينه وبين الشفيع واضح ، لكن الاشكال السابق الوارد على أصل المسألة ، لو ادعى الشفيع الأقل منهما وارد هنا .

وقال الشيخ في المبسوط : يحكم بالقرعة فمن خرج اسمه حكم له وأخذ الشفيع بذلك الثمن^(١) ، قال الشارح : وعلى التفاسخ مع اليمينين بينة

ولولم تقم البيّنة حلف البائع ، فيتخير الشفيع بين الأخذ به والترك ،
والأقرب الأخذ بما ادّعاه المشتري ،

المشتري مخالفة لأصلين : انتقال الملك اليه ، ورضى البائع بالعرض الأقل .
وبيّنة البائع تخالف أصلاً واحداً : وهو عدم رضى المشتري بالزيادة ، ولا ريب
أن أصالة عدم انتقال الملك اليه قد زال باعتراف البائع بحصول البيع الناقل
للملك في الجملة^(١) .

إذا عرفت هذا فظاهر هذه المسائل ان هذا الاختلاف قبل أخذ الشفيع
بالشفعة ، وما سيأتي في العبارة اظهر في الدلالة على ذلك ، فلا يكون اختلاف
الشفيع والمشتري بعد الأخذ بالشفعة مذكوراً حكمه هنا .

قوله : (ولولم يقم البيّنة حلف البائع ، فيتخير الشفيع بين الأخذ به
والترك ، والأقرب الأخذ بما ادعاه المشتري) .

إذا لم يقم أحدهما بيّنة حلف البائع ؛ لأن القول قوله مع بقاء السلعة كما
علم غير مرة ، فيتخير الشفيع بين الأخذ بما حلف عليه والترك ؛ لأن الثابت
شرعاً والواجب على المشتري دفعه فهو الثمن حقيقة . والأقرب انه لا يأخذ به
بل بما ادعاه المشتري ، ووجه القرب : أن الأخذ إنما هو من المشتري ، وقد
اعترف بأن الزيادة ظلم فلا يجوز أن يظلم بها غيره ، واقرار العقلاء على انفسهم
جائز .

ويحتمل ضعيفاً الأول ، وهو الأخذ بما حلف عليه البائع بأنه الثمن
شرعاً ، ويضعف بأنه الثمن في حق المشتري لا في حق الشفيع للمشتري مع
اعترافه بكون الزائد ظلماً فيكون يمين البائع فاجرة بأقراره ، وهو الأصح . لكن
هنا تحقيق : وهو أن الشفيع إن صدّق المشتري فالأمر كذلك ، وإن صدّق البائع
وكان في نفس الأمر صادقاً وجب عليه التوصل الى دفع الزيادة الى المشتري ،
وإلا لم يكن له طلبها ظاهراً ؛ لأن ذلك حق له في نفس الأمر وإن الثابت

وكذا لو أقام البائع البينة .

ولو قال المشتري : لا اعلم كمية الثمن كلف جواباً صحيحاً ، ولو قال : أنسيته ، أو اشتراه وكيلي ولا اعلم به حلف وبطلت الشفعة .
ولو اختلفا في قيمة العوض المَجْعول ثمناً عرض على المقومين ،

خلافه .

قوله : (وكذا لو أقام البائع البينة) .

أي : وكذا يثبت ما ادعاه البائع لو اقام البينة عليه فيأخذ الشفيع به أو يترك ، والأقرب الأخذ بما ادعاه المشتري ، وهذا حق لكن الاشكال على سماع بينة البائع مع كونه المنكر وارد .

قوله : (ولو قال المشتري : لا اعلم كمية الثمن كلف جواباً صحيحاً) .

إنما لم يكن هذا جواباً صحيحاً لأجماله واحتماله ، ولهذا اذا فصل يقبل قوله باليمين .

قوله : (ولو قال : انسيته ، أو اشتراه وكيلي ولا اعلم به حلف وبطلت الشفعة) .

إنما يحلف لانكاره وهو واضح في الثاني ، وأما في الأول فلأن النسيان لا يعرف إلا من قبله ، فلو لم يقبل قوله باليمين لكلف شططاً ، فاذا حلف بطلت الشفعة لتعذر العلم بالثمن وهو شرط لجواز الأخذ ، وإنما تبطل مع اليأس من العلم به ، فلو امكن استعلامه فالشفعة باقية ، ولو قال الشفيع : إني اعلم قدره وادعى المشتري النسيان فهل تثبت بيمين الشفيع هنا؟ فيه نظر .

قوله : (ولو اختلفا في قيمة المَجْعول ثمناً عرض على المقومين)

أي : الشفيع والمشتري بناءً على أن الشفعة تثبت مع كون الثمن قيمياً ، لا معنى للاختلاف في القيمة مع وجود العين وإمكان استعلام قيمتها .

فإن تعذر قَدَم قول المشتري على اشكال .

ولو اختلفا في الغراس أو البناء فقال المشتري : أنا احدثه ، وأنكر الشفيع قَدَم قول المشتري ؛ لأنه ملكه والشفيع يطلب تملكه عليه .
ولو ادعى أنه باع نصيبه على اجنبي ، فأنكر الأجنبي قضي للشريك بالشفعة بظاهر الإقرار على اشكال ،

قوله : (فإن تعذر قَدَم قول المشتري على اشكال) .

ينشأ : من أن الشفيع ينكر الزيادة فيقَدَم قوله بيمينه ، ومن أن المنكر في الحقيقة هو المشتري كما قدمناه ، فالقول قوله في أن الشفيع لا يستحق الشقص بالقيمة الدنيا بيمينه ، وهذا واضح قبل الأخذ ، وفي الفرق بين هذه المسألة ومسألة الاختلاف في قدر الثمن حيث جزم بتقديم قول المشتري بيمينه هناك وتردد هنا عندي نظر .

قوله : (ولو اختلفا في الغراس أو البناء فقال المشتري : أنا احدثه وانكر الشفيع قَدَم قول المشتري ؛ لأنه ملكه والشفيع يطلب تملكه عليه) .
الاختلاف في الشقص المبيع كالاختلاف في الثمن فالقول قول المشتري فيه بيمينه ؛ لأنه منكر بالنسبة الى الزائد .

قوله : (ولو ادعى أنه باع نصيبه على اجنبي فانكر الاجنبي قضي للشريك بالشفعة بظاهر الاقرار على اشكال) .

ينشأ : من اختلاف القولين ، وتعارض الأدلة . قال الشيخ في الخلاف^(١) والمبسوط^(٢) : يثبت ؛ لأن اقرار العقلاء على انفسهم جائز ، وقد أقر بما يقتضي أن ما بيده مستحق الأخذ بالشفعة ، ونفاها ابن ادريس ؛ لأن

(١) الخلاف : ٢ : ١١٢ مسألة ٣٤ كتاب الشفعة .

(٢) المبسوط : ٣ : ١٣٦ .

وللشفيع دون البائع - على اشكال - احلاف المشتري .

ثبوتها فرع ثبوت البيع ولم يثبت^(١)، وفيه نظر؛ لأن ثبوتها فرع ثبوت البيع باعتبار الأخذ من المشتري ، أما باعتبار الأخذ من البائع فيكفي اقراره في استحقاقها ، فإنه لو اقر شخص بأن زيداً يستحق ما بيدي بالشفعة وصدقه ثبت استحقاقها بالشفعة وإن لم يثبت البيع . والأصح الثبوت ، فعلى هذا إن اقرار البائع بقبض الثمن دفع الشفيع الثمن الى الحاكم ، وإلا كان له أخذه قصاصاً والدرك هنا عليه .

قوله : (وللشفيع دون البائع على اشكال إحلاف المشتري) .

أي : اذا ادعى انه باع نصيبه من اجنبي وانكر الاجنبي للشفيع إحلاف الاجنبي وهو الذي عبّر عنه (المشتري) ؛ لأنه بزعم البائع مشتري ، وذلك لأن له عليه حق الدرك على تقدير كونه مشترياً ، أو ينكل فيحلف فلعله يقر الشفيع ، هذا إن حكمنا بالشفعة بظاهر الاقرار ، وإلا كان الاحلاف لرجاء الاقرار بالشراء المثبت للشفعة ، وليس للبائع احلافه على اشكال ، وهو المراد بقول : (على اشكال) ينشأ : من أن فائدة الاحلاف رجاء ثبوت الشراء المقضي أخذ الثمن إن لم يكن قبضه وهو حاصل من الشفيع فينتفي اليمين لانقضاء فائدتها ، ومن أن الثمن المأخوذ من الشفيع ليس هو عين حقه ، بل يأخذه قصاصاً فله الاحلاف لأجله .

ولأن دفع الدرك عن نفسه أمر مطلوب ، وربما تعلق غرضه باثبات الشراء لبيان صدقه في دعواه أو لمقابلة المشتري بضد مطلوبه في إنكاره ، والأصح أن له الاحلاف .

واعلم ان هذا الاشكال إنما هو على تقدير ثبوت الشفعة باقرار البائع ، أو كونه قد قبض الثمن من المشتري ، فإن قلنا بعدم الثبوت ولم يكن قد قبض الثمن فله الاحلاف قطعاً .

ولو ادعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينه ، ويكفيه الحلف على عدم استحقاقه الشفعة .

ولو ادعى كل منهما سبق تحالفا مع عدم البينة ، ولا تكفي البينة على الشراء المطلق ، فإن شهدت بتقديم أحدهما قبلت .

قوله : (ولو ادعى تأخير شراء شريكه فالقول قول الشريك مع يمينه ، ويكفيه الحلف على عدم استحقاقه الشفعة) .

إذا ادعى على شريكه أن شراؤه متأخر عن شرائه ، وأنه يستحق عليه الشفعة فالقول قول الشريك بيمينه ؛ لأنه منكر والأصل عدم الاستحقاق ، ولا يشترط أن يحلف على نفي تأخير الشراء وإن اجاب به ؛ لأن الغرض المطلوب من هذه الدعوى هو استحقاق الشفعة فيكفي اليمين لنفيه ، وربما كان الشراء متأخراً ولا يستحق شفعة بسبب من الأسباب المسقطه لها فلا يكلف الحلف على نفيه ، وللشافعية وجه بلزوم الحلف على نفي التأخر^(١) .

قوله : (ولو ادعى كل منهما سبق تحالفا مع عدم البينة) .

لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فاذا تحالفا استقر ملكهما ؛ لاندفاع دعوى كل منهما بيمين الآخر .

قوله : (ولا تكفي البينة على الشراء المطلق) .

أي : الذي هو غير مقيد بسبق شراء المشهود له على شراء الآخر ؛ لأن مطلق الشراء لا تثبت به الشفعة .

قوله : (فإن شهدت بتقديم أحدهما قبلت) .

مع انتفاء المعارض لنهوضهما بثبوت مقتضى الشفعة .

ولو شهدت بيتان لكل منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة .
 ولو ادعى الإبتياح وادعى الشريك الإرث وأقاما بينة قيل : يقرع ،
 والأقرب الحكم بينة الشفيع .

قوله : (ولو شهدت بيتان لكل منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة) .

أي : لو شهدت إحدى البيتين بسبق شراء أحدهما ، والأخرى بسبق
 الآخر بحيث يتفقا على سبق واحد وينفيان الاقتران احتمل التساقط لتكافؤهما
 وامتناع العمل بهما ، أو باحدهما لعدم المرجح ، وتنتفي الشفعة للشك في
 وجود المقتضى .

واختار الشارح الفاضل ولد المصنف التساقط وتحالفهما^(١) ، وهو بعيد؛
 لانتهاء اليمين عن الدعوى مع قيام البينة بها ، ويحتمل القرعة لاتفاقهما في
 الشهادة مع الشريكين على أن شراء أحدهما سابق ولا معارض لهذا فيجب
 قبوله ، وثبوت الشفعة تابع له فيكون مقطوعاً به ، ولا شك أن إحدى البيتين
 كاذبة ؛ لامتناع سبق كل منهما على الأخرى وهي غير معلومة فتستخرج بالقرعة ؛
 لأن في كل أمر مشكل القرعة ، وهذا مشكل إذ لا طريق إلى معرفة ما هو الحق
 شرعاً إلا القرعة ، وهو الأقوى .

فإن قيل : الشفعة على خلاف الأصل ، والقرعة لا يقطع بتعيينها
 المستحق فيكون القول بسقوطها أوجه ؛ لعدم تعيين المستحق لها .

قلنا : قد جعل الشارع القرعة نازلة منزلة التعيين فكل من عينته كان هو
 المستحق في نظر الشارع ، ولا يريد بالمستحق إلا المستحق شرعاً ، وقد
 أُجريت القرعة فيما هو أشد خطراً من هذا وإن كان البطلان محتملاً .

قوله : (ولو ادعى الإبتياح وادعى الشريك الإرث وأقاما بينة قيل :
 يقرع ، والأقرب الحكم بينة الشفيع) .

ولو صدق البائع الشفيع لم تثبت ،

أي : لو ادعى أحد الشريكين على شريكه الذي تأخر ملكه عن ملك الآخر أنه انتقل اليه الملك بالابتياح ، وقال الشريك : إنه انتقل بالإرث وأقام كل واحد منهما بينة قيل : يقرع بينهما ومن خرجت القرعة له حكم بينته ، والقائل بذلك هو الشيخ رحمه الله محتجاً بأنهما متعارضان^(١) .

وهل يشترط يمين من خرجت له القرعة على القول به؟ لم يصرحوا به هنا ، وعموم الحكم باليمين في نظائره يقتضي الحكم به هنا . والأقرب الحكم ببينة الشفيع ؛ لأنه المدعي في الحقيقة ، لأنه يطلب انتزاع ملك الشريك بالشفعة ، ويدّعي استحقاق ذلك والشريك ينكره ، ولأنه لو ترك الخصومة لترك ، والبينة في جانب المدعي ، والقرعة إنما تثبت في الأمر المشكل الذي لم يثبت له حكم مخصوص من الشارع ، وهذا ليس من ذلك لعموم قوله عليه السلام : « البينة على المدعي »^(٢) ، ولأنه ربما لم يكن بين البينتين تعارض في بعض الصور ، إذ بينة الإرث ربما عوّلت على اصالة بقاء الملك الى حين الموت فانقل بالإرث ؛ لعدم علمها بصدور البيع ، فإن استنادها في ذلك الى الاستصحاب كاف ، فبينة الشراء مطلقة على أمر زائد لم يكن للأخرى علم به ، وهو صدور البيع المشهود به فكانت مقدمة كما هو معلوم ، وهذا إنما يتفق حيث يكون البائع هو المورث إذ مع تغايرهما لا يمكن الجمع بينهما ، وعلى كل حال فالمختار هو الأقرب عند المصنف .

قوله : (ولو صدق البائع الشفيع لم يثبت) .

أي : لو صدق من انتقل عنه الملك - اطلق عليه اسم البائع بمقتضى اقرار الشريك الآخر الذي هو شفيع بزعمه - لم تثبت الشفعة على الشريك المدعى عليه ؛ لأن تصديق من خرج عنه الملك الى الغير اقرار في حق الغير فلا

(١) المبسوط: ٣: ١٢٩ .

(٢) الكافي: ٧: ٤١٥ حديث ١، التهذيب: ٦: ٢٢٩ حديث ٥٥٣ .

وكذا إن أقام الشفيع بينة أنه كان للبائع ولم يقم الشريك بينة بالإرث ؛ لأنها لم تشهد بالبيع .

واقرار البائع لا يقبل ؛ لأنه اقرار على الغير ، ولا تقبل شهادته عليه .

وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع .

يقبل .

قوله : (وكذا إن أقام الشفيع بينة أنه كان للبائع ولم يقم الشريك بينة بالارث ؛ لأنها لم تشهد بالبيع) .

وثبوت الشفعة تابع للبيع فما لم يثبت لم يثبت .

وقوله : (واقرار البائع لا يقبل ، لأنه اقرار على الغير) تعليل لقوله : (ولو صدق البائع الشفيع لم يثبت) ذكره بعد تعليل المسألة التالية لها ، فيكون من قبيل اللف والنشر غير المرتب ، ويمكن جعله مسألة أخرى برأسها مستأنفة لكن يلزم التكرار؛ لأن التصديق هنا في معنى الاقرار .

قوله : (ولا تقبل شهادته عليه) .

أي : لا تقبل شهادة من هو بائع بزعم المدعى عليه ، أي : على الشريك ، وهذا إنما يكون اذا ادعى الشريك انتقال الشقص اليه بالارث عن شخص ، وادعى الشفيع بزعمه انتقاله بالبيع عن شخص آخر موجود . ولا ريب أن المسألة مفروضة أعم من هذا ، ولا بعد في ذكر بعض الاحكام المختصة ببعض شعب المسألة ، وإنما لم تقبل شهادته عليه للتهمة ، فانه اذا كان البائع ثبت له على الشريك درك الثمن واستحقاق خيار الغبن أو الرؤية ، ونحو ذلك بشروطه . وبالجملة فشهادته بالانتقال عنه بالبيع تقتضي ثبوت سلطنة البائع على المشتري ، وذلك يجز نفعاً ويوجب التهمة فلا تسمع .

قوله : (وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع) .

ولو ادعى الشريك الإيداع وأقاما بينة قَدّمت بينة الشفيع ؛ لعدم التنافي بين الإيداع والابتاع .

أي : ليست الشفعة من حقوق العقد الثابت على البائع كخيار المجلس حتى يقبل فيها قول البائع ؛ لكونها اقراراً على نفسه أو حق يقبل فيها شهادته ، ولانتفاء جر النفع ؛ وإنما الشفعة حق ثابت بالاستقلال للشريك بسبب البيع وليست من حقوقه .

قوله : (ولو ادعى الشريك الإيداع وأقاما بينة قَدّمت بينة الشفيع ؛ لعدم التنافي بين الإيداع والابتاع) .

هذا معطوف على قوله : (وادعى الشريك الارث) أي : ولو ادعى أحد الشريكين على من بيده الشقص الآخر انك قد اشتريته فاستحق أخذه بالشفعة ، فأجاب بأنه في يده بحكم الإيداع من مالكة ، فقول المصنف : (وادعى الشريك) لا يخلو من تسامح ؛ لأنه لم يتحقق كونه شريكاً وهو يدعي كونه مستودعاً ، ولو كان شريكاً لكانت دعواه كونه مستودعاً مما لا تقبل^(١) ، وكأن المصنف توسّع في اطلاق اسم الشريك عليه باعتبار كونه صاحب يد ظاهرها يقتضي الملك ولزعم المدعي انه شريك ، فاذا اقاما بينة بان اقام المدعي بينة بالشراء والمدعي عليه بينته بالإيداع فلا يخلو : أما أن تكون كل منهما مؤرخة أو احدهما وهو صورتان ، أو لا تكون واحدة منهما ، وعلى التقديرات فلا يخلو : أما أن تتعرض بينة الشراء الى كون البائع باع ملكه وبينة الإيداع الى كونه أودع ملكه ، أو لا تتعرض واحدة منهما لذلك الملك أو الواحدة دون الأخرى وهو صورتان فتحصل ست عشرة صورة يبين حكمها فيما سنذكره ، وذلك انه اذا لم يحصل التعرض للملك في البيع والإيداع ، أو حصل فيهما معاً ، أو في الإيداع وهو متقدّم فلا منافاة بين البيئتين ؛ لإمكان حصول البيع والإيداع معاً ، والإيداع لا ينافي البيع .

(١) في وقه : لا يعقل .

نعم لو شهدت البينة بالابتیاع مطلقاً ، والأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه في تأريخ متأخر قيل : قدّمت بينة الإيداع ؛ لانفرادها بالملك ، ويكاتب المودع فإن صدق بطلت الشفعة ، والأحكام للشفيع .

أما اذا تقدّم الايداع فظاهر ، فإن المودع قد يبيع ملكه على المستودع ولا يطلع بينة الايداع على البيع فتشهد بالاستصحاب ، وكذا اذا لم يذكر البيتان التاريخ ، أو ذكرته واحدة ولم تذكره الأخرى .

ولو تقدّم البيع فلا منافاة ، إذ قد يدفع البائع المبيع الى المشتري بصورة الوديعة لمصلحة من خوف ظالم أو غيره ، وحيث لم يكن الايداع منافياً للبيع وجب الحكم بالبيع ؛ لأن بينته لا معارض لها كما حققناه .

قد يقال : هذا ينافي كون الايداع مستعملاً في حقيقته ، فإن ذلك لا يعد وديعة حقيقة فالتعارض بحاله .

فنقول : وإن كان كذلك إلا أن الايداع عقد جائز يكفي فيه مجرد الفعل بخلاف البيع ، فربما ظن الشاهد الايداع تعويلاً على بعض القرائن ، وربما تسامح فيه لكونه جائزاً غير ناقل للملك بخلاف البيع فانه أبعد عن ذلك .

اذا عرفت هذا فقول المصنف : (قدّمت بينة الشفيع) غير حسن ؛ لأن تقديمها على بينة أخرى فرع التعارض ولا تعارض هنا ؛ لعدم التنافي كما ذكرنا ، مع أن التقديم لا ربط له بقوله لعدم التنافي بين الايداع والابتیاع .

قوله : (نعم لو شهدت البينة بالابتیاع مطلقاً ، والأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه في تأريخ متأخر قيل : قدّمت بينة الايداع ؛ لانفرادها بالملك ويكاتب المودع فإن صدق بطلت الشفعة وإلا حكم للشفيع) .

هذا في قوة الاستثناء من الذي قبله لأن قوله : (وأقاما بينة قدّمت بنية الشفيع) ظاهر الاطلاق في جميع الصور فاستثنى منها هذا وما بعده . وتحقيقه : ان بينة الابتیاع اذا لم تتعرض لكون البائع قد باع ملكه بل شهدت

بالبيع فقط ، وشهدت بينة الايداع بكونه قد اودع ملكه في تاريخ متأخر . عن تاريخ البيع فتكون البينتان معاً مؤرختين ، فنؤرخ بينة البيع بيوم الجمعة الفلاني وبينة الايداع بيوم السبت الذي هو بعده ، فقد قيل : تقدّم بينة الايداع والقائل بذلك هو الشيخ رحمه الله في المبسوط^(١) ، ووجهه : انفرادها بذكر الملك فلا يحتمل أن يكون المودع غير مملوك ، ويمكن أن يكون البيع لغير المملوك فاطلاقه اضعف من الرديعة المقيدة بصورها عن المالك ، وفيه نظر فإن هذا إنما يستقيم اذا كان المودع غير من شهدت البينة الأخرى بكونه بائعاً ، فإنه اذا كان واحداً كان مالكاً لا محالة فلا يجيء احتمال بيعه ما ليس بمالك له ، فلا يستقيم ما ذكره على اطلاقه ، إنما يستقيم اذا اسندت كل واحدة منهما ما شهدت به الى غير ما اسندت اليه الأخرى .

قد يقال على النظر : إن البائع والمودع وإن اتحد فإن الاحتمال بحاله في هذه الصورة ؛ لامكان أن يبيع وهو غير مالك ثم يملك فيودع ، فاذا تحقق ذلك يكتب المودع وهو من ادعى صاحب اليد أنه اودعه وشهدت البينة بايداعه - ملكه بالصورة ؛ لأن اليد له حينئذ بزعم المدعى عليه وبينته ، فإن صدق فلا شفعة ويكون بمنزلة ما لو شهدت احدى البينتين لواحد بالملك والأخرى بالتصرف فإن الملك اقوى ، وإلا - أي : وإن لم يصدق ذلك - حكم للشفيع ؛ لانتفاء حقه بتكذيب بينته فتسقط فتبقى بينة الشفيع بغير معارض فيجب العمل بها .

فإن قيل : إن الشراء المشهود به قد نزل على الأعم من الشراء من المالك ، فكيف يعمل بها بعد التكذيب

قلنا : كان الحمل على خلاف الظاهر ؛ لوجود المعارض الذي لا يقبل خلاف الظاهر .

ولو شهدت بينة الشفيع أن البائع باع وهو ملكه ، وبينه الإيداع مطلقاً
قضي للشفيع من غير مراسلة ؛ لانتفاء معناها .

إذا عرفت هذا فاعلم أن ظاهر حكاية كلام المصنف : قوله : (قيل) يدل
على استضعافه إياه ، ولا ريب في ضعفه ؛ لأن البينة بايداع الملك لا ينفي
البيع ، لأن الشهادة بالملك يكفي فيها الاستناد الى العلم بالملك في زمان
متقدم ، وعدم العلم بالمزيل الطارئ وعدم العلم به لا يدل على عدمه ،
فحينئذ بينة الشراء تشهد بأمر زائد لا تعارضها الأخرى فيه فيجب الحكم بها ،
وهو الأصح .

قوله : (ولو شهدت بينة الشفيع أن البائع باع ما هو ملكه ، وبينه
الايداع مطلقاً قضي للشفيع من غير مراسلة ؛ لانتفاء معناها) .

هذه عكس الأولى في الفرض ، والقضاء هنا للشفيع قطعاً ولا مراسلة ؛
لانتفاء معنى المراسلة - أي : فائدتها - فإنه لو صدقه لم يحكم ببينة الايداع ؛
لوجود المعارض الأقوى .

واعلم أن التعرض لهذه المسألة غير محتاج ؛ لأن حكمها مستفاد من قوله
في المسألة الأولى : (قدّمت بينة الشفيع) فإن مقتضاه ذلك في جميع الصور ،
وأكده قوله في المسألة التي بعدها : (نعم ...) لأنها في الاستدراك
والاستثناء ، فإن ذلك يشعر بدخولها فاستثنائها لمخالفة حكمها حكم الباقي ولا
مخالفة في هذه ، على أن عطف الأخيرة عليها يوهم كون الأخيرة مستثناة
أيضاً ، وهو فاسد ؛ لانتفاء المخالفة في الحكم .

وفي العبارة مناقشات أخر نهينا عليها :

الأولى : في قوله : (ولو ادعى الشريك الايداع) فإن الشريك قد يكون
مستودعاً وقد اعتذرنا له عنه .

الثانية : في قوله : (قدّمت بينة الشفيع) فإنه لا تعارض فلا معنى

ويطالب مدعي الشفعة بالتحريير ، بأن يحدد مكان الشقص ، ويذكر قدره ، وكمية الثمن .

للتقديم؛ لأنه لا ربط بينه وبين قوله : (لعدم التنافي حينئذ) في حكاية قول الشيخ قَدَمَت بينة الايداع ويكاتب المودع فإن صدَّق بطلت الشفعة وإلا حكم للشفيع ، فإن الحكم للشفيع ينافي تقديمها بل ترتب عدم الشفعة على تصديقها ينافي تقديمها .

وكان الأولى أن يقول : قيل يكاتب المودع فإن صدَّق حكم بيّنة الايداع؛ لأنها أقوى الى آخره . وفي قوله : بطلت الشفعة تجوّز ظاهر ، إذ لم تثبت شفعة لتبطل .

قوله : (ويطلب مدعي الشفعة بالتحريير بأن يحدد مكان الشقص ويذكر قدره وكمية الثمن) .

لا بد من مطالبة مدعي الشفعة بتحريير الدعوى فإن الدعوى غير المحررة لا تسمع وتحريرها بان تحدد مكان الشقص اي يذكره ما يميزه عن غيره سواء كان يذكر حدوده ام لا فليس المراد من تحديد ذكر الحدود لان شهرته باسم او وصف قد يكون اظهر في تميزه من ان يحتاج الى تحديد وانما قال تحدد مكان الشقص لان الشقص شائع فلا يمكن تحديده الا بتحديد المجموع وانما اشترط التميز لان الدعوى بالشيء الغائب عن محبس الحكم لا بد من تميزه عن غيره والا لم تسمع الدعوى به لتعذر الحكم ولا بد من ان يذكر قدر الشقص لان ذلك من جملة التميز ولا بد من ذكر كمية الثمن لتعذر الشفعة من دون معرفة الثمن .

ولقائل ان يقول ان الدعوى باستحقاق الشفعة في شقص من المكان المعين المحدود لا يتوقف على معرفة قدر الشقص وكمية الثمن لأمكان الحكم بالشفعة في الجملة كما يصح الدعوى في المال المجهول والحكم باستحقاقه ثم يعين وجوابه ان الثمن لو كان مجهولا في الواقع وقدر الشقص انتفت الشفعة فكيف يمكن الحكم باستحقاقها من دون تعيينها بخلاف استحقاق المال

فإن قال الخصم : اشتريته لفلان سئل فإن صدق ثبتت الشفعة عليه .

وإن قال : هو ملكي لم اشتره انتقلت الحكومة اليه ، وإن كذبه حكم بالشفعة على الخصم على اشكال ، وإن كان المنسوب اليه غائباً انتزعه الحاكم ودفعه الى الشفيح الى أن يحضر الغائب ، ويكون على

المجهول فالعلم به غير شرط في الاستحقاق بخلاف الشفعة .

قوله : (فإن قال الخصم اشتريته لفلان سئل فإن صدق ثبت الشفعة عليه وإن قال هو ملكي لم اشتره انتقلت الحكومة اليه) .

هذه من شعب ما اذا ادعى الشريك الشفعة على من بيده الشقص فتارة اجاب بكونه وارثا وتارة بكونه مستودعا وهنا اجاب بكونه اشتراه لغيره فاراد بالخصم من بيده الشقص فسماه في المسائل السابقة شريكا . ثم المنسوب اليه الشراء لاجله اما ان يكون موليا عليه بالنسبة الى المشتري او بالغاً او عاقلاً والثاني اما ان يكون حاضراً او غائباً وحكم الحاضر مذكور هنا وهو انه يستل لامكان مراجعته بغير امتداد زمان وحصول ضرورة فلا يتسلط على ملكه بدون ذلك فان صدق فلا بحث وإن قال هو ملكي لم اشتره انتقلت الحكومة اليه لان يد الاول فرع يده وهل يؤثر اقرار الاول بالشراء الظاهر لا ، لانه اقرار على الغير فحينئذ يسعى في الاثبات ان امكنه .

قوله : (وإن كذبه حكم بالشفعة على الخصم على اشكال) .

ينشأ : من اقراره بالشراء الموجب للشفعة حيث أنه اقرار على ما في يده ، ومن نفي الملك عن نفسه ، والأقرب الحكم بالشفعة لاقراره بالشراء حيث كان مسموعاً إذ لم يقر بالملك للغير قبله ، واندفاع الاقرار به للغير بتكذيبه فيدفع الثمن الى الحاكم الى أن يظهر مالكة .

قوله : (وإن كان المنسوب اليه غائباً انتزعه الحاكم ودفعه الى

حجته اذا قدم .

وإن قال : اشتريته للطفل وله عليه ولاية احتمال ثبوت الشفعة ؛ لأنه يملك الشراء له فيملك اقراره فيه ، والعدم ، لثبوت الملك للطفل .
والشفعة ايجاب حق في مال الصغير باقرار وليه ،

الشفيع الى أن يحضر الغائب ويكون على حجته اذا قدم) .

هذا حكم الغائب ، وإنما يتزرعه الحاكم هنا ويدفعه الى الشفيع ؛ لأن انتظاره الى أن يقدم^(١) الغائب فيه تأخير لحقه المقتضي للضرر بخلاف الحاضر ، ولأنه لولا ذلك لالتجأ كل مُشترٍ إلى دعوى الشراء للغائب ليسقط حق الشفيع ، ويأخذ الحاكم الثمن الى ان يحضر الغائب وهو على حجته ، أي : لم يحكم عليه بالشفعة بحيث لا تسمع حجته بعد ذلك ، بل يقول : اما أن يكون مصدقاً فلا بحث ، أو يقول : هو ملكي لم اشتره فالخصومة معه ، أو يكذب فالحكم ما سبق .

قوله : (وإن قال : اشتريته للطفل وله عليه ولاية احتمال ثبوت الشفعة ؛ لأنه يملك الشراء له فيملك اقراره فيه ، والعدم ؛ لثبوت الملك للطفل ، والشفعة ايجاب حق في مال الصغير باقرار وليه) .

هذا حكم ما اذا كان المنسوب اليه مولياً عليه للمقر^(٢) ، وذكر فيه احتمالين :

احدهما : ثبوت الشفعة ؛ لأن الولي يملك الشراء للطفل فيملك الاقرار فيما يشتره ، فيكون الضمير في قوله : (فيه) راجعاً الى ما دل عليه الشراء فإنه يستلزم ملكاً يشترى ، ويمكن عوده الى الشراء ؛ لأن الشفعة من توابع الشراء فيكون الاقرار بها اقراراً في الشراء ، ولا يخلو من تكلف . ثم في هذا التوجيه

(١) في «م» : يرأسل .

(٢) في «ق» : للغير .

فإن اعترف بعد اقراره بالملكية للغائب أو للطفل بالشراء لم تثبت الشفعة .
ولو ادعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصة الغائب
الشراء من الغائب فصدقة احتمال ثبوت الشفعة ؛ لأنه اقرار من ذي اليد ،

نظر؛ لأنه لو صح هذا لوجب أن يملك الاقرار بالشفعة بعد اقراره بكون الملك
للطفل ، وسيأتي التصريح بخلافه ان شاء الله تعالى .

والثاني : العدم ؛ لثبوت الملك للطفل ، والشفعة فيه ايجاب حق في مال
الصغير باقرار وليه فلا ينفذ ؛ لأنه اقرار على الغير ، وفيه نظر؛ لأننا لا نسلّم انه
اقرار على الطفل بل هو اقرار على ما في يده ، فإنه اقرار بالشراء وبكونه للطفل
حيث كان ظاهر حال يده يقتضي كونه مالكاً ، فإما أن يسمع واحد من الأمرين أو
يسمعا معاً ، والأصح ثبوت الشفعة ، وما ذكره من الاحتمال هنا مع الجزم
بالحكم في الغائب لا وجه له أصلاً .

قوله : (فإن اعترف بعد اقراره بالملكية للغائب ، أو للطفل بالشراء
لم تثبت الشفعة) .

أي : لو اعترف من بيده الشقص على المدعى عليه بالشفعة بالشراء بعد
اقراره بكونه مملوكاً للغائب أو للطفل ، بأن قال عندما ادعى عليه الشريك
بالشفعة : هذا ليس ملكاً لي بل هو ملك لفلان الغائب أو لمحجوري فلان
اشترت له لم تثبت الشفعة ؛ لأن اقراره بالشراء بعد اقراره بالملك للغير اقرار في
حق الغير فلا يسمع ، بخلاف ما اذا اقر بالشراء ابتداء ؛ لأن الملك ثبت بذلك
الاقرار فيثبت جميعه .

ولا يخفى عليك تعلّق الجار في قوله : (بالملكية) بالاقرار في قوله :
(بعد اقراره) ، والباء في قوله : (بالشراء) بقوله : (اعترف اي اعترف
بالشراء) بعد اقراره بالملكية الى آخره .

قوله : (ولو ادعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصة
الغائب الشراء من الغائب فصدقه احتمال ثبوت الشفعة ؛ لأنه اقرار من ذي

وعدمه ؛ لأنه اقرار على الغير ، فإن قَدّم الغائب وانكر البيع قَدّم قوله مع اليمين ، وانتزع الشقص وطالب بالأجرة من شاء منهما ، ولا يرجع أحدهما على الآخر .

اليد ، وعدمه ؛ لأنه اقرار على الغير) .

يضعّف الأول : بأن اقرار ذي اليد مسموع حيث لا يكون اقراراً على الغير ، وذلك إذا لم يعلم كون الملك للغير ، أما إذا علم فهو اقرار على الغير لا محالة ، لكن يشكل بشيء : وهو أن من بيده مال للغير مصدّق في دعوى الوكالة بغير خلاف ، ويجوز الشراء منه والتصرف تعويلاً على قوله . وكذا لو ادعى الشراء من المالك تسمع ، فلا تثبت الشفعة بدعواه الشراء مع الحكم بنفوذه ، وقوى في التحرير ثبوت الشفعة^(١) .

والذي يخطر بالبال انه إن كان المراد بثبوت الشفعة. انتزاع الحاكم الشقص ويسلمه الى المدعي - كما هو المتبادر من ذكر الدعوى - فهو مشكل ، والظاهر العدم ؛ لأن مجرد دعوى الشراء ممن بيده مال الغير لا يقتضي الثبوت شرعاً ، وليس المراد بجواز الشراء منه لو ادعى الوكالة : الحكم بالوكالة ، وإن كان المراد - جواز أخذ المدعي ذلك بدعوى من بيده المال - الشراء فليس يبيعد ، كما يجوز له الشراء منه والاتهاب ونحوهما من التصرفات ، ثم يكون الغائب على حجه .

قوله : (فإن قَدّم الغائب وانكر البيع قَدّم قوله مع اليمين وانتزع الشقص ، وطالب بالأجرة من شاء منهما ، ولا يرجع أحدهما على الآخر) .

لا ريب أن أجرة ما فات من المنافع في يد مدعي الشراء لا يطالب بها الأخذ بالشفعة ، أما ما فات في يد الأخذ فإنه مخير في المطالبة به لكل منهما ،

ولو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر الى البينة ، وفي القضاء له باليد اشكال ،

فإن رجح على مدعي الشراء لم يرجع على الأخذ بالشفعة؛ لاعترافه بأن المنافع حقه وأن المطالبة ظلم . وإن رجح على الأخذ لم يرجع على مدعي الشراء؛ لأن الأخذ قد صدّقه بدعواه الشراء ، والشفعة على كون الغائب ظالماً بالمطالبة بعوض المنافع والمظلوم إنما يطالب ظالمه . نعم لو غرّه من أول الأمر بدعواه الشراء ، ولم يصدر منه ما يقتضي تصديقه كان له الرجوع على أصح القولين من أن المغرور يرجع بما اغترم مما حصل له في مقابله نفع ، وفي التحرير قال : فإن طالب الوكيل رجح على الشفيع لتلف المنافع في يده ، وإن طالب الشفيع لم يرجع على أحد^(١) ، وفيه نظر يعلم مما ذكرناه .

قوله : (ولو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر الى البينة وفي القضاء له باليد اشكال)^(٢) .

أي : لو أنكر المشتري كون مدعي الشفعة شريكاً ، بأن نفى ملكيته للشخص الآخر افتقر الى البينة على دعواه إن لم يكن صاحب يد قطعاً ، وهل يقضى له باليد لو كان صاحب يد؟ فيه اشكال ينشأ : من دلالتها على الملك شرعاً وهو سبب ثبوت الشفعة ، ومن أن دلالتها ضعيفة؛ لأنها إنما تدل ظاهراً بمعنى انه لا ينتزع الملك من ذي اليد بمجرد الدعوى ، وعدم الاحتياج الى البينة من طرفه ، فأما له استحقاق انتزاع ملك الغير الذي هو على خلاف الأصل فيتوقف على قاطع؛ لأن لليد المحتملة حينئذ معارضاً وهو حق المشتري .

ويضعف بأن ما نصّبه الشارع دليلاً على الملك يقتضي ثبوته فترتب عليه جميع توابع الملك ومن جملتها الشفعة ، وكون دلالتها على الملك إنما هو ظاهر غير قادح؛ لأن الأحكام الشرعية كلها جارية على الظاهر ، وهكذا الحال

(١) التحرير ٢: ١٥٠ .

(٢) هذا القول والذي بعده مع شرحيهما لم يردا في نسخة (ق) .

فلو قضي له بالنصف الذي ادعاه في يده مع مدعي الكل باليمين لم تكن له الشفعة لو باع مدعي الكل ، إلا بالبينة إن لم نقض باليد .

ولو ادعى كل من الشريكين السبق في الشراء سمع من المدعي أولاً ، فإن لم تكن بينة حلفنا المنكر ، فإن نكل حلفنا المدعي وقضي له ، ولم تسمع دعوى الآخر ؛ لأن خصمه قد استحق ملكه .

في البينة وغيرها من اسباب الملك . وحق المشتري غير معارض ؛ لأن الشريك متى ثبت ملكه شرعاً كان حقه مقدماً بالنص^(١) والاجماع ، والأصح القضاء بها ، وهل يستحق اختلافه؟ الظاهر نعم ، أما إذا ادعى كون ما بيده له فظاهر ، وأما إذا لم يدع الملك لنفسه وإنما اقتصر على نفيه عنه فلاجرائه مجرى الدعوى .

قوله : (فلو قضي له بالنصف الذي ادعاه في يده مع مدعي الكل باليمين لم تكن له الشفعة لو باع مدعي الكل إلا بالبينة إن لم نقض باليد) .

أي : حيث كان كذلك ، فلو قضي لذي اليد بالنصف الذي ادعاه وهو في يده مع يد مدعي الكل ، على أن المجموع في يدهما باليمين لكونه داخلياً ومنكراً لم تكن لمدعي النصف الشفعة في النصف الآخر إذا أحدث شراؤه ، إلا بالبينة إن قلنا بأن اليد لا تكفي في ثبوت استحقاق الشفعة ، وقد سبق دليل المسألة وما هو المختار ، والعبارة لا تخلو من شيء .

قوله : (ولو ادعى كل من الشريكين السبق في الشراء سمع من المدعي أولاً ، فإن لم تكن بينة حلفنا المنكر ، فإن نكل حلفنا المدعي وقضي له ولم تسمع دعوى الآخر ؛ لأن خصمه قد استحق ملكه) .

أي : لو ادعى كل من الشريكين على الآخر السبق في الشراء ، وأنه

(١) التهذيب: ٧: ١٦٤ حديث ٧٢٥ و٧٢٦ .

يستحق الشفعة عليه لم يمكن سماع الدعويين معاً لما سيأتي في القضاء إن شاء الله تعالى ، بل إن سبق أحدهما بالدعوى سمع منه، وإن ابتدرا معاً : فإما أن يسمع من الذي عن يمين صاحبه ، أو يقرع على ما سيأتي إن شاء الله .

فإن كان للمدعي بينة حكم له إن نهضت حجة ، وإلا حلفنا المنكر ثم سمعنا دعوى الثاني على الأول : فإن انكر حلف وسقطت الدعويان ، فإن نكل حلف الثاني وقضي له وهذا إذا حلف المنكر في الدعوى الأولى ، فإن نكل ردت اليمين على المدعي الأول ، فإذا حلف استحق الشفعة ولم تسمع دعوى الثاني ؛ لأن خصمه قد استحق ملكه ، ولأننا لو سمعناها للزم الحكم ببطلان القضاء الأول إن رتبنا على البينة الثانية أو اليمين المردودة ثانياً مقتضاهما وإلا لم يكن لهما فائدة أصلاً ، ومثله ما لو أقام المدعي الأول البينة وقضي بها ، فإن قلت : ظاهر قوله فيما تقدّم : (لو ادعى كل منهما السبق تحالفاً) سماع الدعويين معاً ، وثبوت اليمين لكل منهما على صاحبه ، وهو مناف لما ذكره هنا ، وفي التذكرة^(١) ، والتحرير^(٢) .

قلت : ليس المراد من قوله : (تحالفاً) ذلك ، بل المراد سماع الدعوى من أحدهما على حسما يقتضيه الحال من سبق وغيره ، فإذا حلف المدعى عليه سمعت دعواه على المدعي ، فإذا انكر وحلف تحقق تحالفهما ، فهذا هو المراد لا التحالف المذكور في البيع والجعالة والاجارة وغيرها ؛ لأن المتنازع فيه هناك شيء واحد وهو الثمن والأجرة ، وكل منهما مدع ومدعى عليه فيه ، بخلاف ما هنا فإن المتنازع فيه شفعة أحدهما على الآخر وشفعة الآخر عليه وهما شيثان مستقلان ، فلا تكون الدعوى بهما واحدة فلا يمكن سماعهما دفعة واحدة ، بل لا بد من تقديم من يجب تقديمه .

(١) التذكرة : ٦٠١ .

(٢) التحرير : ١٥١ .

ولو اختلف المتبايعان في الثمن ووجبنا التحالف أخذه الشفيع بما حلف البائع ، لا بما حلف المشتري ؛ لأن للبائع فسخ البيع فإذا أخذه بما قال المشتري منع منه ، فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز ومملك الشفيع أخذه بما قال المشتري ، فإن عاد المشتري وصدّق البائع وقال : كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه ؟ الأقرب ذلك .

فإن قلت : قد سبق أنهما إذا اقاما بيتين تساقطا ، أو يقرع على اختلاف القولين فكيف سمعت الدعويان واعتبرت البيتان؟

قلت : المراد فيما سبق : انه اذا ادعى أحدهما ، أو كل منهما سبق وسمعنا دعوى واحدة منهما ، فأقام بينة بالسبق أقام الآخر - وهو المدعى عليه - بينة أخرى بكونه السابق من غير إنشاء دعوى مستأنفه ، وقبل صدور الحكم والقضاء بالشفعة للمدعي فإن البينة من المدعى عليه مسموعة هنا؛ لأن كلاً منهما مدعي سلطنة على ملك الآخر ، فله أن يدفعها عن نفسه بما يدل على ثبوت سلطنته عليه ، كما تسمع بينة المشتري اذا اختلف هو والشفيع في الثمن مع أن الشفيع هو المدعي كما حققناه ، وكما تسمع بينة البائع اذا اختلف هو والمشتري مع بقاء العين ، فإنه على المذهب المختار المدعي هو المشتري والبائع هو منكر ، فإذا اقاما بيتين تعارضتا ولا مرجح ، بخلاف ما هنا فإن المراد أن المدعي الأول اذا اثبت استحقاق الشفعة على الآخر بالبينة أو اليمين المردودة قضي له ، فلا تسمع دعوى الثاني حيث أنها تؤدي الى ما ينافي ما قضي به الحاكم .

قوله : (ولو اختلف المتبايعان في الثمن ووجبنا التحالف أخذه الشفيع بما حلف البائع لا بما حلف المشتري ؛ لأن البائع فسخ البيع ، فاذا أخذه بما قال المشتري منع منه ، فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز ومملك الشفيع أخذه بما قال المشتري ، فإن عاد المشتري وصدّق البائع وقال : كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه؟ الأقرب

(ذلك) .

لو اختلف المتبايعان في الثمن وقدمنا قول البائع بيمينه مع بقاء العين وهو الأصح فقد سبق حكمه ، ولو قلنا بالتحالف أخذه الشفيع بما حلف عليه البائع ؛ لأن ما حلف عليه المشتري : إما أخذه بالشفعة ؛ فلأنها قد ثبتت بالبيع واستحقها الشفيع فلا يسقط بما يطرأ من المتبايعين مما يقتضي الفسخ كما بينا غير مرة ، وإما أخذه بما حلف عليه البائع ؛ فلأن البائع بعد التحالف يفسخ البيع ، أو لأنه قد فسخه على اختلاف النسخة ، وما كان ذلك إلا حذراً من دفع المبيع بما قال المشتري ، فلو أخذه الشفيع بما قال المشتري لم يكن ليمين البائع وفسخه فائدة فيمنع منه .

والضمير في قوله : (منع منه) إن كان الفعل معلوماً يعود الى الأخذ ، وإن كان مجهولاً يعود الى البائع ، وفيه نظر فإن فائدة اليمين والفسخ يجوز أن تكون دفع استحقاق المشتري أخذ المبيع بما قاله وهو متحقق ، ثم إن البائع إنما يحلف على نفي ما يدعيه المشتري واليمين بنفي شيء لا يكون لاثبات غيره ، نعم لو قلنا : إنه يحلف يميناً جامعة للنفي والاثبات امكن .

وقد صرح المصنف فيما مضى ان الشفيع يأخذ من البائع هنا فيكون الدرك عليه ، مع أن باقي المواضع التي طرأ فيها الفسخ حكموا بأن الأخذ فيها من المشتري والدرك عليه ، ووجبوا عليه قيمة الشقص للبائع ، وكان حقه أن يكون ها هنا كذلك عملاً بما ثبت ، وحينئذ فيكون الأخذ بما قاله المشتري ، وأي فرق بين هذه ، وبين ما اذا ظهر عيب في الثمن المعين ففسخ البائع .

لا يقال : هنا اندفع الثمن الذي ادعاه المشتري بيمين البائع ، والفسخ هنا بحكم الشارع بخلاف ما هناك .

لأننا نقول : اندفع في حق البائع لا مطلقاً ، وكون الفسخ بحكم الشارع

لا تأثير له ، على أن فيه خلافاً ، فقد قيل : إن البائع يفسخ .

إذا تقرر هذا ، فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز ، قال الشارح : إن هذا قبل تمام التحالف^(١) ، وهو محتمل ؛ لأنه بعد التحالف يفسخ البيع أو يفسخ فلا بد من بيع آخر ، وعلى هذا فيملك الشفيع أخذه بما قال المشتري مؤاخذه له بقوله الذي لم يرجع عنه ، فإن عاد المشتري وصدق البائع على أن الثمن هو ما ادعاه ، وقال : كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما قاله أو لا؟ الأقرب ذلك مؤاخذه له باقراره . ويحتمل بما قاله ثانياً ؛ لدعواه الغلط وهو أمر ممكن ، وليس بشيء ؛ لأن الرجوع عن الاقرار لا يسمع ، وقد اعترف بأن دعوى البائع الزيادة ظلم .

واعلم أن الشارح نزل كلام المصنف على ما إذا لم يكمل التحالف بأن حلف المشتري ولم يحلف البائع ، وكأنه تجاوز انفساخ^(٢) البيع بالتحالف ؛ لأنه حيثئذ يأخذ من البائع فيكون بما قال - كما قرره المصنف والشارح الآخر - اجري الحكم الذي ذكره المصنف على ما إذا وقع التحالف ثم رجع المشتري الى الأخذ بقول البائع ، وهو ممكن إذ لا منافاة بين التحالف والأخذ من يد المشتري بما قاله المشتري ، نعم إن انفسخ البيع لم يبق للمشتري استحقاق الأخذ بالشراء وإن ملك الأخذ ليسلم الى الشفيع ويكون الدرك عليه .

قال : وقول المصنف : (بما حلف عليه) فيه تساهل ؛ لأنه يحلف على نفي ما ادعاه البائع لا على ما يدعيه هو .

قال : وعلى القول بانتفاء الشفعة مع التحالف والتفاسخ .
يرجح بما قال ثانياً ، أي : يرجح الأخذ .

(١) ايضاح الفوائد ٢: ٢٢٩ .

(٢) في «م» : يحاذر من انفساخ .

ولو ادعى على أحد وارثي الشفعة العفو فشهد له الآخر لم تقبل .
 فإن عفا واعد الشهادة لم تقبل ؛ لأنها ردت للتهمة
 ولو شهد ابتداءً بعد العفو قبلت ، ولو ادعى عليهما العفو فحلفا تثبت
 الشفعة .

ولو نكل أحدهما : فإن صدق الحالف الناكل في عدم العفو فالشفعة

قال : لأن قوله الثاني سبب في ثبوت الشفعة ، وثبوت الفرع ينافي نفي
 الأصل^(١) .

ولقائل أن يقول : قوله الثاني سبب في ثبوت الشفعة ، لكن لا يتعين
 الأخذ بالثمن الذي رجع إليه ؛ لما قلناه من عدم سماع تكذيبه باقراره .

واحترز المصنف بقوله : (كنت غالطاً) عما لو اكدب نفسه فإنه لا يسمع
 أصلاً ، ولما كان القول بالتحالف خلاف المختار سقطت هذه المسائل .

قوله : (ولو ادعى على أحد وارثي الشفعة العفو فشهد له الآخر لم
 تقبل) .

لأن ذلك يجزى نفعاً إليه ؛ لأنه يستحق الأخذ للجميع على تقدير ثبوت
 العفو .

قوله : (فإن عفا وأعاد الشهادة لم تقبل ؛ لأنها ردت للتهمة) .
 فيستصحب .

قوله : (ولو شهد ابتداءً بعد العفو قبلت) .

إذ لا مانع حينئذ ؛ لأنه كالأجنبي .

قوله : (ولو ادعى عليهما بالعفو فحلفا تثبت الشفعة ، ولو نكل

لهما ، ويأخذ الناكل بالتصديق لا بيمين غيره ودركه على المشتري .
 وإن كذبه احلف الناكل له ،

أحدهما فإن صدق الحالف الناكل في عدم العفو فالشفعة لهما) .

أي : لو ادعى المشتري على وارثي الشفعة بالعفو فأنكر وحلف تثبت الشفعة ، ولو نكل أحدهما وحلف الآخر : فإن صدق الحالف الناكل في أنه لم يعف عنه فالشفعة لهما ؛ لأن الحالف قد استحقها بيمينه فاذا صدقه على عدم العفو كان اقراراً باستحقاقه بعض ما ثبت ، فحينئذ يأخذ باقرار الحالف لا بيمينه ، فلا يلزم أن يستحق بيمين غيره ، والى هذا أشار بقوله : (ويأخذ الناكل بالتصديق لا بيمين غيره) ، فيكون جواباً عن سؤال مقدر .

قوله : (ودركه على المشتري) .

أي : درك ما يأخذه الناكل على المشتري ؛ لترتب يده على يد المشتري وإن كان سببه اعتراف الشريك الآخر . ويحتمل عدمه ؛ لانصرافه عن المشتري بنكوله فلا يرجع الدرك عليه ، ويضعف بأنه لا منافاة بين انصراف الاستحقاق عن المشتري بالنكول ، وثبوت الدرك بسبب ترتب يده على يده .

قوله : (وإن كذبه احلف الناكل له) .

أي : إن أكذب الحالف الناكل في كونه لم يعف احلف الناكل لهذا الحالف على عدم العفو ليستحق الشفعة ؛ لأن دعواه استحقاقه الأخذ منه غير دعواه استحقاق الأخذ من المشتري .

ولقائل أن يقول : هذا إنما يتم على القضاء بالنكول ؛ لأن الشفعة حق ثبت للشريك فلا يسقط بمجرد دعوى العفو على المستحق ونكوله ، بل يرد الييمين على المشتري ليحلف على العفو فيسقط استحقاقه الأخذ منه .

وقال المصنف في التذكرة ما يقتضي دفع هذا السؤال : إن المشتري إنما

ولا يكون النكول مسقطاً ؛ لأن ترك اليمين عذر على اشكال ، فإن نكل قضي للحالف بالجميع ،

لم يحلف مع نكول المدعى عليه بالعفو؛ لأنه اذا حلف استحق الآخر بيمينه الشفعة كلها ولم ينتفع المشتري باليمين^(١) .

قوله : (ولا يكون النكول مسقطاً؛ لأن ترك اليمين عذر على اشكال) .

ينشأ : من أنه قادر على الأخذ باليمين فاذا ترك فقد أحر مع القدرة فتسقط لأنها على الفور ، ومن ترهيب الشارع من اليمين وترغيبه في تركها ، وقد ذم الله سبحانه الحلاف في الكتاب العزيز أشد الذم^(٢) ، فلا يكون تركها تراخياً عن الأخذ مناف للفور ، ولأنه قد سبق أن المسقط للشفعة هو كلما ينافي الفور عادة ، وليس هذا منافياً في العادة ، ولأنه لو تمكن مدعي الشفعة من اثباتها بالبينة فترك اليمين الى حين احضار البينة الحاضرة في البلد الى مجلس الحكم لم يعد تراخياً ، وفيه قوة .

قوله : (فإن نكل قضي للحالف بالجميع) .

أي : فان نكل الناكل أولاً عن اليمين لدعوى المشتري قضي للحالف بالجميع ، وفيه نظر ، بل لا بد من رد اليمين عليه فيحلف انه عفا ويستحق الجميع إلا على القضاء بالنكول ، وقد نبه على ذلك في التذكرة حيث قال : وإن ادعى انه عفا حلف هو مع نكوله وثبتت الشفعة كلها له ، ثم قال : فإن عفا هذا الحالف بعد يمينه كان للمشتري أن يحلف مع نكول الآخر؛ لأنه الآن تسقط الشفعة عنه^(٣) .

(١) التذكرة : ١٦٣ : ٦٠٣ .

(٢) سورة القلم : ١٠ - ١٥ .

(٣) التذكرة : ١٦٣ : ٦٠٣ .

وإن شهد اجنبي بعفو أحدهما فإن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة ،
وإلا أخذ الآخر الجميع .

ولو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت .

قوله : (وإن شهد أجنبي بعفو أحدهما فإن حلف بعد عفو الآخر
بطلت الشفعة ، وإلا أخذ الآخر الجميع) .

أي: إن شهد أجنبي من الشفعة بعفو أحدهما فلا بد مع شهادته من
اليمين ، فإن حلف المشتري مع شهادة بعد عفو الآخر بطلت الشفعة كلها بالعفو
من أحدهما والشاهد مع اليمين على عفو الآخر ، وإن لم يعف حتى حلف
المشتري استحق الذي لم يعف جميع الشفعة .

ولقائل أن يقول : لا فائدة في يمين المشتري هذه فلا يحلف ؛ لأن
الاستحقاق يرجع الى الآخر ، وإن لم يكن مانعاً لم يمنع هناك فينبغي تحصيل
الفرق أو الاعتراف بالمساواة . وفي حواشي شيخنا الشهيد : وتكون فائدة يمينه
مع الشاهد دفع درك المشهود عليه لو شاركه المحالف .

قلت : يجيء مثله في صورة النكول بغير فرق .

قوله : (ولو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت) .

لانتفاء التهمة ، وفي وجه لا تقبل ؛ لأنه ربما توقع العود الى العين لسبب
ما ذكره في التذكرة^(١) ، وفيه قوة . ولو كانت قبل قبض الثمن لم تقبل قطعاً ؛
لأنه يجر الى نفسه نفعاً ، وذلك لأنه اذا افلس المشتري فإنه يرجع الى المبيع
على تقدير عدم أخذ الشفيع إياه ، نبه على ذلك كله في التذكرة^(٢) ، ولا يخفى
أن نحو هذا محتمل على التقدير الأول .

(١) التذكرة : ١٠٣ : ٦٠٣ .

(٢) التذكرة : ١٠٣ : ٦٠٣ .

ولو قال أحد الوارثين للمشتري : شراؤك باطل ، وقال الآخر : صحيح فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصحة ، وكذا لو قال : إنما اتهمته أو ورثته ، وقال الآخر : اشتريته .

ولو ادعى المتبايعان غصبية الثمن المعين لم ينفذ في حق الشفيع ، بل في حقهما ، ولا يمين عليه إلا أن يدعي عليه العلم .

ولو أقر الشفيع والمشتري خاصة لم تثبت الشفعة ، وعلى المشتري رد قيمة الثمن على صاحبه ، ويبقى الشقص معه يزعم إنه للبائع ويدعي

قوله : (ولو قال أحد الوارثين للمشتري : شراؤك باطل ، وقال الآخر : صحيح فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصحة وكذا لو قال : إنما اتهمته أو ورثته ، وقال الآخر : اشتريته) .

لأن الأول قد اعترف بما يتضمن عدم الشفعة فيمضي في حقه .

قوله : (ولو ادعى المتبايعان غصبية الثمن المعين لم ينفذ في حق الشفيع بل في حقهما) .

لأن اعترافهما بصدور البيع يقتضي الشفعة؛ لأنه محمول على الصحيح فدعواهما ما ينافي الشفعة بعد لا تسمع ، بل ينفذ ذلك في حقهما خاصة فيجب دفع ذلك الثمن المعين الى المقر له ، ولا يكون النماء قبل الأخذ بالشفعة للمشتري ويأخذ الشفيع من المشتري والدرك عليه .

قوله : (ولا يمين عليه إلا أن يدعي العلم) .

لأن ذلك فعل الغير فيحلف لنفيه .

قوله : (ولو أقر الشفيع والمشتري خاصة لم تثبت الشفعة) .

لاعترافه بفساد البيع .

قوله : (وعلى المشتري رد قيمة الثمن على صاحبه ويبقى الشقص

وجوب رد الثمن والبائع ينكرهما ، فيشتري الشقص منه اختياراً ويتبارثان
فللشفيع في الثاني الشفعة .

ولو أقر الشفيع والبائع خاصة رد البائع الثمن على المالك ، وليس
له مطالبة المشتري ولا شفعة .

معه بزعم أنه للبائع ويدّعي وجوب رد الثمن والبائع ينكرهما) .

وجهه : أن المشتري حيث اعترف بغصبية الثمن ضمن قيمته للمقر له إن
كان قيمياً ، ولا يمكن رد عينه لسبق تعلق حق البائع به فلا يقبل اقراره فيه ،
ويبقى الشقص في يده بزعم انه حق البائع ، ويدّعي عليه أن الثمن المدعى
عليه يجب رده على المشتري ؛ لأنه قد دفع الى مالكة بزعمه عوضه فاستحقته :
إما ليدفعه ويسترد ماله لأنه دفعه للحيلولة ، أو لكونه عوضاً عنه والبائع
ينكرهما .

وطريق الخلاص ما اشار اليه بقوله : (فيشتري الشقص منه اختياراً
ويتباريان) .

وكيفية البيع اذا خشى البائع لزومه ما يتضمنه لفظ البيع بالاقرار بالملك
المقتضي لفساد العقد الأول أن يقول : إن كان هذا ملكي فقد بعته إياه بكذا .
ولا يضر التعليق على شرط ؛ لأن هذا الشرط معتبر في نفس الأمر ، إذ لا يمكن
صحة البيع بدونه فلا يعد ذلك تعليقاً فلا يكون مانعاً ، ثم يُبرىء كل منهما ذمة
الأخر مما له عنده ، وينبغي أن يقع التقاض اذا حصلت شرائطه ، ولا يضر كون
أحد العوضين للمغصوب منه باقرار المشتري لتعذر الوصول اليه .

قوله : (وللشفيع في الثاني أخذ الشفعة) .

أي : في البيع الثاني ؛ لاستجماعه للشرائط .

قوله : (ولو أقر الشفيع والبائع خاصة رد البائع الثمن على المالك ،
وليس له مطالبة المشتري ولا شفعة) .

ولو ادعى ملكاً على اثنين فصدّقه أحدهما فباع حصته على المصدق فإن كان المكذب نفى الملك عنه فلا شفعة ، وإن نفى دعواه عن نفسه فله الشفعة .

أما رد الثمن على المالك؛ فلنفوذ اقراره فيه ، وأما انه ليس له مطالبة المشتري ؛ فلأن اقراره لا ينفذ عليه . والمراد : انه ليس له مطالبته بالشقص إذ لا يتوهم المطالبة بالثمن لاعترافه بما يقتضي فساد البيع ، وأما انه لا شفعة فظاهر؛ لاعتراف الشفيع بفساد البيع .

قوله : (ولو ادعى ملكاً على اثنين فصدّقه أحدهما فباع حصته على المصدق ، فإن كان المكذب نفى الملك عنه فلا شفعة ، وإن نفى دعواه عن نفسه فله الشفعة) .

أما الحكم الأول فلأنه قد نفى ما لا بد منه في استحقاق المكذب الشفعة وهو كونه مالكاً ، فإنه اذا لم يكن مالكاً لم يكن هناك بيع ، وأما إن نفى دعواه عن نفسه فقط ولم يتعرض لنفي أصل الملك فإنه يستحق الشفعة لحصول المقتضي لثبوتها ، والله اعلم بالصواب .

The first thing I noticed when I stepped out of the train was the cold. It was a sharp, biting cold that seemed to penetrate my coat. I shivered as I walked towards the station entrance, my hands tucked into my pockets. The air was thick with the scent of coal and the distant hum of machinery. I had heard that the city was a place of industry and progress, but the reality was something else entirely. The streets were narrow and cluttered, the buildings tall and imposing. I felt like a small fish in a vast sea of strangers.

As I walked, I noticed the people. They were a mix of men, women, and children, all dressed in simple, practical clothing. Some looked weary, their faces lined with the weight of their work. Others seemed to have a certain spark of life, their eyes bright and their movements quick. I was struck by the diversity of the crowd, the different accents and dialects that I heard. It was a place of many worlds, a place where people from all over the country had come to seek their fortune.

I had heard that the city was a place of opportunity, a place where hard work could lead to success. But now, as I looked around, I began to see the other side of the coin. There were many people who looked like they were struggling, who were barely getting by. I saw men carrying heavy loads on their backs, women pushing carts filled with goods, and children who looked like they had seen too much. The city was a place of stark contrasts, a place where the rich and the poor lived side by side. I was beginning to understand why so many people came here. It was a place of hope, but also a place of despair.

I had heard that the city was a place of excitement, a place where the night never truly ended. But now, as I looked at the clock tower in the distance, I saw the reality. The city was a place of long hours and hard work. The streets were filled with the sound of hooves and the clatter of wheels. The air was filled with the smell of sweat and the sound of machinery. I was beginning to understand why so many people came here. It was a place of opportunity, but also a place of sacrifice.

I had heard that the city was a place of beauty, a place where the architecture was a masterpiece. But now, as I looked at the buildings, I saw the reality. The city was a place of ugliness, a place where the buildings were tall and narrow, the streets were cluttered and dirty. The air was filled with the smell of coal and the sound of machinery. I was beginning to understand why so many people came here. It was a place of opportunity, but also a place of hardship.

I had heard that the city was a place of freedom, a place where people could live as they saw fit. But now, as I looked at the people, I saw the reality. The city was a place of control, a place where the authorities were everywhere. The streets were filled with the sound of the police and the smell of the military. I was beginning to understand why so many people came here. It was a place of opportunity, but also a place of oppression.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
	كتاب الأمانات و توابهه: الوديعه:
٧	تعريف الوديعه
٨	اشتراط الايجاب والقبول في الوديعه
٩	حكم ما لو أئلف الصبي الوديعه
١٠	حكم ما لو أئلف العبد الوديعه
١٢	موجبات الضمان : الانتفاع
١٨	: الإيداع
٢٥	: التقصير في دفع المهلكات
٢٨	: المخالفة في كيفية الحفظ
٣٥	: التضييع
٣٩	: الجحود
	أحكام الوديعه :
٤٢	وجوب حفظ الوديعه على المستودع ، ووجوب ردها على المالك
٤٣	فيما لو لم يطلبها المالك وتمكن المستودع من ردها
٤٤	حكم رد الوديعه على الوكيل

- ٤٥ حكم مؤنة الوديعة
 ٤٦ فيما لو كان المودع غاصباً
 ٤٨ عدم ابراء المقرط بالرد الى الحرز
 ٤٨ حكم ما لو أنكر المستودع الوديعة ، أو ادعى التلف
 ٤٩ فيما لو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته
 ٥٢ تصديق المستودع مع اليمين في تعيين المدعين
 ٥٦ فيما لو مات المودع

العارية

- ٥٧ أركان العارية : العقد
 ٥٨ المعير :
 ٥٩ المستعير :
 ٥٩ المستعار :
 ٦٠ اباحة المنفعة :

فروع :

- ٦٢ أ : لو تلف الصيد عند المحل المستعير من المحرم
 ٦٢ ب : لو قال : أعرتك حماري لتعيرني فرسك
 ٦٥ ج : لو أذن الولي للصبي في الاعارة
 ٦٦ د : جواز استعارة الفحل للضراب
 ٦٦ الأحكام المتعلقة بالعارية : الرجوع
 ٧٧ : الضمان
 ٨٦ : التسلط على الانتفاع
 ٩٠ : التنازع

فروع :

- ٩٣ أ : ولد العارية المضمونة غير مضمون
 ٩٣ ب : مؤنة الرد على المستعير

- ج : لورد الى من جرت العادة بقبضه ٩٤
د : لو أعار المستعير ٩٤
هـ : فيما لو أذن المالك في الاجارة أو الرهن ٩٥

اللقطة

- الملقوط اما انسان أو حيوان أو غيرهما ٩٧
فيما لو ازدحم ملتقطان ٩٨
فيما لو تداعيا اثنان بنوة الملتقط ١٠١
فيما لو كان اللقيط مملوكاً ١٠٤
عدم صحة التقاط العبد والصبي والمجنون ١٠٦
عدم صحة التقاط الكافر والفاسق ١٠٨
ثبوت الولاية للمبذّر والبدوي ومنشيء السفر ١٠٩
وجوب الحضانة على الملتقط ١١٠
نفقة اللقطاء ١١١

أحكام اللقطة :

- حكم لحوق الملتقط بنسب الملتقط ١١٨
حصول الإسلام بالتبعية : اسلام أحد الأبوين ١١٩
: تبعية السابي المسلم ١٢١
: تبعية الدار ١٢٢
حكم اللقيط في دار الحرب ١٢٣
أحكام الجناية على اللقيط ١٢٤
الأصل في اللقيط الحرية ، وما يترتب عليها من أحكام ١٢٦
حكم اقرار اللقيط بالعبودية أو الحرية ١٣١
حكم الولاية على اللقيط بعد بلوغه ١٣٥

أحكام الحيوان الضال :

- جواز التقاط الحيوان على كراهية ١٣٥

- ١٣٧ عدم جواز أخذ البعير إن كان صحيحاً أو في كلاً وماء
 ١٣٧ كيفية براءة ذمة ملتقط الحيوان
 ١٣٨ حكم البعير إن كان في غير كلاً ولا ماء
 ١٣٩ حكم الشاة الضالة وصغار الابل والبقرة
 ١٤١ حكم الغزلان
 ١٤٢ عدم جواز أخذ شيء من الضوال في العمران
 ١٤٥ فيها إذا لم يجد الأخذ للضالة سلطاناً ينفق عليها

لقطة الأموال:

- ١٤٦ تعريف الالتقاط وحكمه
 ١٤٧ حكم لقطة الحرم
 ١٤٧ استحباب الأشهاد على اللقطة
 ١٤٨ حصول الالتقاط بالأخذ لا بالرؤية
 ١٥٠ ما يشترط توفره في الملتقط
 ١٥١ وجوب حفظ اللقطة على الملتقط أو الحاكم
 ١٥٢ حكم لقطة الطفل والمجنون
 ١٥٤ حكم لقطة العبد
 ١٥٦ تعريف اللقطة
 ١٦٠ حكم التعريف وحدوده
 ١٦٢ حكم أجرة التعريف
 ١٦٣ ما يجب ذكره في التعريف
 ١٦٤ المكان الذي يجب التعريف فيه
 ١٦٥ اللقطة التي لا بقاء لها
 ١٦٦ فيها لو افتقر بقاء اللقطة إلى العلاج
 ١٦٧ فيها يتعلق بضمان العين الملتقطة
 ١٦٩ فيها يحصل به تملك العين الملتقطة
 ١٧٥ حكم ما يوجد في المفاوز أو الخربة

١٧٨	الموجود في جوف السمكة
١٨٠	فيها لو دفع الملتقط اللقطة الى الحاكم
١٨٢	فيها لو مات الملتقط
١٨٤	وجوب رد اللقطة لصاحبها مع قيام البينة
١٨٧	حكم الزيادة المنفصلة والمتصلة في الحول

الجمالة

١٨٩	صيغة الجمالة وما يتعلق بها من أحكام
١٩١	ما يشترط توفره في الجاعل
١٩٢	ما تصح الجمالة عليه
١٩٣	ما يشترط توفره في الجعل
١٩٤	حكم الجمالة الجواز من الطرفين
١٩٦	استحقاق العامل الجعل بالتسليم
١٩٨	حكم الجعل غير المعين
١٩٩	فيها لو جعل الفعل للواجد فصدر عن جماعة
٢٠٢	الاختلاف في قدر الجعل أو جنسه

كتاب الفصب وتوابعه

الفصب

٢٠٦	موجبات الضمان: التفويت بالمباشرة
٢٠٧	: التسبيب
٢٠٨	: اثبات اليد، وما يتعلق به من أحكام
٢٣٧	أحكام ضمان الحيوان
٢٤٣	أحكام ضمان غير الحيوان
٢٤٧	حكم اتلاف الملامهي
٢٤٨	فيها لو تعددت منافع العبد المجنى عليه
٢٤٨	حكم منفعة البضع

٢٤٩	فيما لو نقصت قيمة العبد المغضوب
٢٥٢	الاحتمالات الواردة فيما لو تلف المثلث في يد الغاصب فلم يغرمه حتى فقد
٢٥٨	حكم اتلاف آنية الذهب
٢٥٩	فيما لو اتخذ الغاصب من السمسم الشيرج
٢٦١	فيما لو أبق العبد من يد الغاصب
٢٦٢	فيما لو تعارض الغاصب والمغضوب منه في عيب يؤثر في القيمة

أحكام النقصان :

٢٦٤	فيما لو تغير سعر العين المغصوبة مع بقاء العين
٢٦٥	حكم زيادة العين المغصوبة بعد تلفها
٢٦٦	لو غير الغاصب شكل العين المغصوبة مع بقاء العين
٢٦٩	لو غضب شيئين ينقصهما التفريق
٢٧١	وجوب رد العين المغصوبة مع بقائها
٢٧٣	حكم النهاء المنفصل والمتصل في العين المغصوبة
٢٧٤	لو جنى العبد المغضوب فقتل قصاصاً
٢٧٦	لو غضب العبد المرتد أو السارق فقتل أو قطع
٢٧٨	لو ارتد العبد المغضوب في يد غاصبه
٢٨١	لو كان العبد وديعة فجنى بالمستوعب
٢٨٣	لو جنى العبد المغضوب على سيده
٢٨٤	اخصاء العبد المغضوب
٢٨٦	لو مثل الغاصب بالعبد
٢٨٨	لو غضب شاباً فصار شيخاً
٢٨٩	لو نقصت الأرض المغصوبة
٢٩٠	لو حفر بئراً في الأرض المغصوبة
٢٩١	لو غضب عصيراً فصار خمراً
٢٩٢	لو غضب خمراً فتخللت في يده

أحكام الزيادة

- ٢٩٤ لو غصب حنطة فطحها أو ثوباً فخطه
 ٢٩٤ لو صاغ النقرة حلية
 ٢٩٦ لو صبغ الثوب المغمصوب
 ٣٠٢ لو مزج العين المغمصوبة بأخرى
 ٣٠٣ لو رقع باللوح المغمصوب سفينته
 ٣٠٤ لو خاط الثوب بالخيط المغمصوبة
 ٣٠٦ لو أدخل فصيلاً في بيته وعسر اخراجه

تصرفات الغاصب

- ٣٠٩ لو وطأ الغاصب الجارية المغمصوبة
 ٣١٦ لو باع الغاصب الجارية المغمصوبة فوطأها المشتري
 ٣٢٢ لو غصب فحلاً فأنزاه على الأثني
 ٣٢٣ عدم ملكية المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد
 ٣٢٥ لو اشترى شخص من الغاصب العين المغمصوبة
 ٣٢٧ لو زرع الأرض المغمصوبة أو غرسها
 ٣٢٩ لو غصب داراً فنقضها
 ٣٣١ لو أتمجر بالمال المغمصوب

في التنازع

- ٣٣٥ لو اختلفا في تلف المغمصوب
 ٣٣٦ لو تنازعا في القيمة
 ٣٣٧ لو ادعا الغاصب عيباً تنقص به القيمة
 ٣٣٨ لو اختلفا بعد زيادة قيمة المغمصوب في وقتها

الشفعة

- ٣٤٢ تعريف الشفعة

المحل :

- ٣٤٣ حصول الشفعة في كل عقار مشترك بين اثنين قابل للقسمة
 ٣٤٥ حكم الشفعة في الدولار
 ٣٤٦ ذكر بعض الأعيان التي لا تحصل الشفعة بها
 ٣٥٧ لو ضَمَّ ما فيه الشفعة إلى ما لا شفعة فيه
 ٣٥٨ حكم الشفعة فيما لو كان الشريك موقوفاً عليه
 ٣٥٩ حكم الشفعة فيما لو باع بخيار

الأخذ والمأخوذ منه :

- ٣٦٢ تحديد صفات الأخذ
 ٣٦٣ من لا تثبت الشفعة له
 ٣٦٥ ثبوت الشفعة للأب والوصي والوكيل
 ٣٦٨ ثبوت الشفعة للغائب والسفيه والمكاتب
 ٣٧٠ تحديد صفات المأخوذ منه
 ٣٧١ عدم بطلان الشفعة فيما لو باع المكاتب شقصاً بهال الكتابة
 ٣٧٥ حكم الشفعة بالنسبة للمفلس والغرماء

فروع على ثبوت الشفعة

كيفية الأخذ :

- ٣٩٦ الأخذ بالفعل أو بالقول
 ٣٩٩ وجوب علم الشفيع بالثمن والمثمن
 ٣٩٩ وجوب تسليم الثمن أولاً
 ٤٠٠ وجوب الطلب على القور
 ٤٠٤ وجوب الأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد
 ٤٠٨ لومات الشفيع حل الثمن عليه دون الشفيع
 ٤١١ حكم تصرف المشتري قبل الأخذ

٤١٤	حكم تقابل المتبايعان بعد ثبوت الشفعة
٤١٧	حكم الإقالة بين الشفيع والبائع
٤١٩	حكم الانقراض
٤٢١	تصرفات المشتري في الشقص المشفوع
٤٢٩	لو ظهر استحقاق الثمن
٤٣١	لو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن
٤٣٤	لو تلف الثمن المعين قبل قبضه
٤٣٥	لو ظهر عيب في الشقص

مسقطات الشفعة :

٤٣٧	سقوط الشفعة بكل ما يعد تقصيراً أو توائماً في الطلب
٤٤٠	اسقاط الشفعة قبل البيع
٤٤٣	جواز الحيلة على اسقاط الشفعة
٤٤٥	سقوط الشفعة ببيع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة
٤٤٦	لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه بثبوت الشفعة له
٤٤٧	ثبوت الشفعة للورثة
٤٥٣	حكم الشفعة إن كان المشتري مرتدأ
٤٥٤	حكم الشفعة فيما لو قارض أحد الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه

أحكام التنازع :

٤٦٠	لو اختلف الشفيع والمشتري في الثمن
٤٦٢	حكم شهادة البائع لأحدهما
٤٦٣	اختلاف المتبايعين في الثمن
٤٦٥	اختلاف الشفيع والمشتري في العوض
٤٦٨	في دعوى تأخر الشراء
٤٧٢	لو ادعى الشريك الايداع
٤٧٦	مطالبة مدعى الشفعة بتحرير الدعوى

٤٨١	لوانكر المشتري ملكية الشفيح
٤٨٢	لوادعى كل من الشريكين سبق في الشراء
٤٨٤	لواختلف المتبايعان في الثمن
٤٨٧	أحكام عفو الورثة عن الشفعة
٤٩١	لوادعى المتبايعان غصبية الثمن المعين

* * *