

مُسْتَبْرَاهُ الْإِسْلَامِ

الْمُتَّقِينَ

شَرَايِعُ الْإِسْلَامِ

زَيْنُ الدِّينِ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْجَامِلِيُّ

الشَّهِيدُ الثَّانِي

المجلد الرابع

تحقيق ونشر

مؤسسة المعارف والأدب



مَسَائِلُ الْإِسْلَامِ

الْمُنْتَقِيح

شَرَّاحُ الْإِسْلَامِ

تَأَلَّفَ

زَيْنُ الدِّينِ بْنِ عَلِيِّ الْعَامِلِيِّ (قَدَسَ سِرُّهُ)

« السَّهْبِيُّ الثَّانِي » (٩١١ - ٩٦٥ هـ)

الْجُزْءُ الرَّابِعُ

مُحَقَّقٌ وَنَشَرٌ

مِنَ الْمُعَاوَنَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ

شهيد ثاني، زين الدين علي، ٩١١ - ٩٦٦ ق. شارح .
مسالك الأفهام الى تنقيح شرائع الإسلام (محقق حلي) / تاليف زين الدين بن علي العاملي «شهيد
ثاني»؛ تحقيق مؤسسة المعارف الاسلاميه - قم ١٤١٣ ق.

١٦ ج - (بنياد معارف اسلامي - ٣٥)

(دوره): 5 - 34 - 6289 - 964 - 978 ISBN : 4 - 99 - 6289 - 964 - 978 ISBN

چهارم : ١٤٢٩ ق. = ١٣٨٧

فهرستنویسی بر اساس اطلاعات فیبا . عربی - کتابنامه.

١- محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦٠٢ - ٦٧٦ ق. شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام - نقد
وتفسير . ٢. فقه جعفری -- قرن ٧ ق. الف. محقق حلی، جعفر بن حسن، ٦٠٢ - ٦٧٦ ق. شرائع
الاسلام في مسائل الحلال والحرام . شرح . ب. بنياد معارف اسلامي . ج. عنوان.

د. شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، شرح.

ش ش / ش ٣٣١ م

٢٩٧ / ٣٤٢

BP ١٨٢ / م ٣

* م - ١٦٨٤

کتابخانه ملی ایران - محل نگهداری



٣٥

اسم الكتاب : مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ج ٤

تأليف : زين الدين بن علي العاملي «الشهيد الثاني».

تحقيق ونشر : مؤسسة المعارف الإسلامية

الطبعة : الرابعة ١٤٢٩ هـ . ق

العدد : ١٥٠٠

المطبعة : عترة

رقم الايداع الدولي : ٩٧٨ - ٩٦٤ - ٦٢٨٩ - ٩٩ - ٤

ISBN : 978 - 964 - 6289 - 99 - 4

حقوق الطبع محفوظة لمؤسسة المعارف الإسلامية

قم المقدسة - تلفون : ٠٩١٢٧٤٨٨٢٩٨ - ٧٧٣٢٠٠٩ ص ب ٧٦٨ / ٣٧١٨٥

www.maarefislami.com

E-mail : info@maarefislami.com



كتاب الرهن

كتاب الرهن

والنظر فيه يستدعي فصولاً :

الأول

في الرهن

وهو وثيقة لدين المرتهن .

قوله : «وهو وثيقة لدين المرتهن» .

الرهن - لغةً - الثبوت والدوام^(١) ، يقال : رهن الشيء إذا ثبت ودام ، ومنه نعمة راهنة . ويطلق على الحبس بأي سبب كان ، قال الله تعالى ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾^(٢) أي محبوسة بما كسبته من خيرٍ وشرٍ . وأخذ الرهن الشرعي من هذا المعنى أنسب ، إن افتقر إلى المناسبة ، من حيث إنَّ الرهن يقتضي حبس العين عن مالكتها ليستوفي الدَّين .

وعرفه المصنف - شرعاً - بأنه وثيقة لدين المرتهن ، والوثيقة فعيلة قد يكون بمعنى الفاعل والمفعول . والأنسب هنا الثاني ، لأنَّ الرهن موثوق به . واللام في «لِذَيْن» تعليلية ، أي لأجله . ويمكن كونها للتعدية .

هذا ، وفي التعريف نظر من وجوه :

الأول : أنَّ «وثيقة» في العبارة وقعت خبراً عن المبتدأ ، وهو الضمير المذكَّر المنفصل ، وهو يقتضي عدم المطابقة بين المبتدأ والخبر في التذكير والتأنيث . وهو خلل

(١) الصحاح ٥ : ٢٨٢٨ ، معجم مقاييس اللغة ٢ : ٤٥٢ .

(٢) المدثر : ٣٨ .

ويفتقر إلى الإيجاب والقبول، والايجاب كل لفظ دلّ على الارتهان، كقوله: رهنتك، أو هذه وثيقة عندك، أو ما أدى هذا المعنى.

لفظي.

الثاني: تخصيص الوثيقة بالدين يرد على عكسه الرهن على الدرك، وعلى الأعيان المضمونة، كالمغصوب والمستعار مع الضمان، فإنها ليست ديناً.
الثالث: أن إدخال المرتهن في التعريف يفضي إلى الدور، لأن المرتهن قابل الرهن، أو من له الرهن ونحوه، فيتوقف تعريف كل منهما على الآخر.
ويمكن دفع الأول بجعل «التاء» في الوثيقة لنقل اللفظ من الوصفية إلى الإسمية لا للتأنيث، كما في تاء الحقيقة والأكيلة والنطيحة، فتحصل المطابقة.
والثاني بينائه على عدم جواز الرهن على المذكورات، فإن فيه خلافاً، وليس في كلامه الآتي إشعار بحكمه نفياً ولا إثباتاً، بل في تخصيصه الجواز بالدين الثابت إشعار بعدم صحة الرهن عليها. وعلى تقدير الجواز يمكن تكلف الجواب بأن الرهن عليها إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق أو تعذر العين.
والثالث بإمكان كشف المرتهن بوجه لا يدخل الرهن في مفهومه، بأن يقال: هو صاحب الدين، أو من له الوثيقة، ونحو ذلك.

وعرفه في الدروس بأنه «وثيقة للمدين يستوفي منه المال»^(١). فسلم من بعض ما يرد هنا، ويزيد أنه صرح بجواز الرهن على الأعيان المضمونة، فذكر المدين ليس بجيد إلا بالتأويل.

قوله: «والايجاب كل لفظ دلّ على الارتهان - إلى قوله - أو ما أدى هذا المعنى».

مما يؤدي المعنى «وثقتك»، و«هذا رهن عندك»، و«أرهننت» - بزيادة الهمزة - فإنه لغة قليلة فيه لا يبلغ شذوذها حد المنع، بل هي أوضح دلالة من كثير مما عدوه. وزاد في الدروس: «أنه لو قال: خذه على مالك أو بمالك، فهو رهن. ولو قال:

ولو عجز عن النطق كفت الإشارة. ولو كتب بيده والحال هذه، وعُرف ذلك من قصده، جاز.

امسكه حتى أعطيك مالك، وأزاد الرهن جاز. ولو أراد الوديعة أو اشتبهه فليس برهن^(١).

وقد استفيد من ذلك كَلَهُ أَنَّ الرهن لا يَحْتَصُّ بلفظ، ولا بلفظ الماضي، بل كَلَّ ما دلَّ على الرضا بالرهن من الألفاظ كافٍ. والوجه فيه: أَنَّ الرهن ليس على حَدِّ العقود اللازمة، لأنَّه جائز من طرف المرتهن، فترجيح جانب اللزوم ولزوم ما يعتبر في اللازم ترجيحٌ من غير مرجح، خصوصاً مع ما سلف من الكلام على اعتبار ما ذكره في العقد اللازم.

واستقرب في التذكرة عدم اشتراط اللفظ العربي^(٢). ووافقه في الدروس^(٣). وفي التذكرة: «الخلاف في الاكتفاء بالمعاطاة والاستيجاب والايجاب عليه المذكورة في البيع بجملته آتٍ هنا» وهو حسن. واعتبر في التذكرة^(٤) مع ذلك كَلَهُ وقوعه بلفظ الماضي مع أنه أجاز «هذا رهن، أو وثيقة عندك» وليسا ماضيين، بل هما جملتان إسميتان. ولو قيل: إنهما بمعناه أو أدلَّ منه من حيث دلالة الاسمية على الثبوت، رُدَّ بأنَّه شَرَطَ لفظ الماضي لا معناه، وبأنَّ ذلك يستلزم جواز البيع بها، بأن يقول: هذا مبيع لك بكذا، وهم لا يقولون به. والظاهر أنه احترز بالماضي عن المستقبل خاصةً، كما يشعر به قوله بعده بلا فصل: «فلو قال: أرهنك كذا أو أنا أقبل، لم يعتدَّ به». وقد تقدّم أَنَّ الشهيد - رحمه الله - أجازَه بلفظ الأمر كـ «خذه وامسكه».

قوله: «ولو عجز عن النطق كفت الإشارة».

يعتبر في الإشارة كونها مفهومةً للمقصود، ولا تنحصر في عضو. ويفهم من قوله بعد الكتابة: «وعرف ذلك من قصده» أنه لا يكفي الكتابة بمجردِها. وهو كذلك،

(١ و ٣) الدروس: ٣٩٥.

(٢ و ٤) التذكرة ٢: ١٢.

والقبول هو الرضا بذلك الايجاب .
ويصح الارتهان سفراً وحضراً .

لعدم العلم بثبوت القصد إلى الرهن بها مجردة، لإمكان العبث أو ارادة أمرٍ آخر. ولا يرد مثله في الاشارة، لأننا اعتبرنا فيها أيضاً إفهام المقصود. ولا يعتبر دفع إمكان غيره في الواقع، لاحتمال اللفظ الصريح له أيضاً، بل الإفهام للمقصود عرفاً. وفي التذكرة اعتبر مع الكتابة الاشارة الدالة على الرضا^(١). وهو كما هنا، إلا أن عبارة المصنف أشمل.

قوله: «والقبول هو الرضا بذلك الايجاب».

أشار بـ «ذلك» إلى أنه لا ينحصر في لفظ. والقول فيه كما مرّ في الايجاب. ويمكن أن تدلّ العبارة على أنه لا ينحصر في اللفظ أيضاً، لإمكان استفادة الرضا بالفعل والاشارة ونحوهما، وإن لم يكف ذلك في الايجاب. والفرق أن الرهن لازم من قبل الراهن، لأنه يتعلّق بحق غيره، فيجوز أن يعتبر في حقّه ما لا يعتبر في حقّ المرتهن، حيث إنه من قبله جائز، لأنه يتعلّق بحقّه، فيكفي فيه ما يكفي في العقود الجائزة المحضمة. ولكن ظاهر الجماعة اعتبار القبول القولي. وهو أجد.

والكلام في اعتبار المضيّ أو ما يقوم مقامه، وعدم الفصل بين الايجاب والقبول بما يعتدّ به كما مرّ، إذ يمكن القول باعتبارهما، نظراً إلى اللزوم بوجه، وعدمه التفاتاً إلى الجواز من قبل القابل.

قوله: «ويصح الارتهان سفراً وحضراً».

نبه بذلك على خلاف بعض العامة^(٢)، حيث شرط في صحته السفر، نظراً إلى ظاهر قوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفرٍ ولم تجدوا كاتباً فرهاناً مقبوضة﴾^(٣) فشرط السفر، ومفهوم الشرط حجة. وأجيب بأنه مبني على الأغلب، فان عدم الكاتب عادة لا يكون إلا في السفر. ومثله قوله تعالى: ﴿وإن كنتم مرضى أو على سفرٍ - إلى

(١) التذكرة ٢: ١٢.

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٣٩٨.

(٣) البقرة: ٢٨٣.

وهل القبض شرط فيه؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأصح.

قوله - فلم تجدوا ماءً فتيّموا^(١) فإنّ عدم الماء يكون في السفر غالباً. مع أنّه معارض باشتراطه بعدم الكاتب، مع أنّه غير شرط بموافقة الخصم. وقد روي أنّ النبي صلّى الله عليه وآله وسلّم رهن درعه عند يهوديّ وهو حاضر بالمدينة^(٢).

قوله: «هل القبض شرط فيه؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأصح».

اختلف أصحابنا في اشتراط القبض في الرهن، بمعنى كونه جزء السبب للزومه من قبل الراهن، كالقبض في الهبة في كونه كذلك بالنسبة إلى ملك المتّهب، وعدمه. فاختار المصنف وجماعة^(٣) الاشتراط، إستناداً إلى قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٤) من حيث إنّه تعالى أمر بالرهن المقبوض، فلا يتحقّق المطلوب شرعاً بدونه، كما اشترط التراضي في التجارة والعدالة في الشهادة، حيث قرنا بهما. وروي محمد بن قيس، عن الصادق عليه السلام: «لا رهن إلاّ مقبوضاً»^(٥). ويضعف بأنّ دلالة الآية من حيث المفهوم الوصفي، وهو ضعيف. والرواية ضعيفة السند.

والحقّ: أنّ وهدف القبض في الآية للإرشاد، كما يرشد إليه اشتراطه بالسفر وعدم الكاتب، والاجماع على أنّ استدامة القبض ليست شرطاً، بل لو وكل المرتهن الراهن في القبض كفى عند القائل به، فلا يتحقّق الغاية المطلوبة منه. ويبقى مع نافي الاشتراط أصالة العدم - حيث لا دليل صالحاً عليه - وعمومات الأوامر الدالّة على الوفاء بالعقد^(٦).

(١) النساء: ٤٣.

(٢) درر الثمالي ١: ٣٢٥، مستدرک الوسائل ١٣: ٤١٨ ح ٥٠، صحيح البخاري ٣: ٧٤.

(٣) النهاية: ٤٣١. المراسم: ١٩٢. الدروس: ٣٩٥.

(٤) البقرة: ٢٨٣.

(٥) التهذيب ٧: ١٧٦ ح ٧٧٩، الوسائل ١٣: ١٢٣ - ١٢٤ ب ٣، من أبواب أحكام الرهن

ح ٢، تفسير العياشي ١: ١٥٦ ح ٥٢٥. والرواية عن أبي جعفر عليه السلام.

(٦) المائة: ١.

وربما استدَلَّ بالأية من حيث إنه أمر بالرهن المقبوض، فدَلَّ على تحقُّق الرهن بدون القبض، إذ لو لم يتحقَّق بدونه لم يحسن وصفه به، كما لا يحسن أن يقول: رهن مقبولة أو موجبة.

ويضعَف بأنَّ الصفة قد تكون كاشفة، كوصف التجارة بالتراضي، وبأنَّ القائل باشتراك القبض لا يجعله شرطاً للصحة حتى لا يتحقَّق بدونه، بل للزوم، كما أشرنا إليه. ولا شبهة في أنَّ العقد الجائز من الطرفين يطلق عليه اسمه بطريق الحقيقة، بخلاف ما هو شرط الصحة كالقبول، فإنَّه لا يتحقَّق بدونه. وقد ظهر بما حرَّراه قوَّة عدم الاشتراط.

بقي هنا بحث، وهو أنَّ القائل باشتراك القبض لا يقول إنَّ الرهن بدونه يقع باطلاً، بل هو صحيح عنده إلاَّ أنه غير لازم، كما أشرنا إليه. قال في التذكرة: «ولو رهن ولم يقبض كان الرهن صحيحاً غير لازم، بل للراهن الامتناع من الإقباض، والتصرُّف فيه بالبيع وغيره لعدم لزومه»^(١). فعلى هذا ينقسم الرهن الصحيح إلى لازمٍ من طرف الراهن وجائزٍ من الطرفين، وإطلاق الرهن إنَّما ينزَل على الصحيح، ولا يقتضي أحد القيدتين إلاَّ بأمرٍ خارج.

ويشكل حينئذٍ فيما لو شرط الرهن في عقْدٍ لازم، فإنَّ ما يجب الوفاء به هو الرهن الصحيح أعمَّ من اللازم، فينبغي أن يتحقَّق الوفاء بالشرط بدون القبض وإن لم يلزم. وحينئذٍ فللراهن فسخه بعد ذلك، لجوازه من طرفه، ولا تحصل الفائدة المطلوبة من اشتراطه. فينبغي التقييد في الاشتراط برهنٍ مقبوض ونحوه. وفي الاكتفاء بدلالة القرائن عليه وجه. ويظهر من الشهيد^(٢) - رحمه الله - أنَّ الرهن المشروط في العقد اللازم يستحقُّ القبض، وإن قلنا بكونه شرطاً في اللزوم.

(١) التذكرة ٢: ٢٤.

(٢) هكذا في النسخ ولعله اشتباه نشأ في النسخ من اشتراك الشهيد والشيخ في رمز «ش» فإنَّ الشهيد صرَّح في الدروس: ٣٩٦ بعدم وجوب القبض حتى مع الشرط ولكن نسبه إلى الشيخ راجع المبسوط ٢: ١٩٨ وإن كان غير صريح أيضاً في ما هنا.

ولو قبضه من غير إذن الراهن، لم ينعقد. وكذا لو أذن في قبضه، ثم رجع قبل قبضه. وكذا لو نطق بالعقد ثم جُنَّ، أو أغمي عليه، أو مات قبل القبض.

وفي القواعد^(١) إستشكل في استحقاق المرتهن المطالبة به على القول بالاشتراط. وللتوقف مجال، إذا لم تدلّ القرائن على إرادته. وعلى ما اخترناه من عدم اشتراط القبض يلزم من قبل الراهن بدونه، فلا يمكن فسخه. لكن في استحقاق المرتهن الإقباض ما مرّ، ومنّ قال به ثمّ قال به هنا^(٢).

واعلم أنّ إطلاق الشرط على القبض بطريق المجاز، فإنّ الشرط مقدّم على المشروط في الوجود، وهنا لا يعتبر تقدّمه إجماعاً، فكونه جزء السبب أنسب. قوله: «ولو قبضه من غير إذن الراهن لم ينعقد».

أي لم ينعقد القبض بحيث يلزم منه لزوم الرهن. وليس المراد بالمنفي إنعقاد الرهن، لأنّه منعقد بدون القبض، وإن قلنا بكونه شرطاً، غاية أنّه لا يلزم بدونه كما مرّ. ويمكن أن يريد أنّه لا ينعقد الرهن، بمعنى أنّه لا يلزم بذلك، ويكون الانعقاد كنايةً عن اللزوم. ويؤيده عطفه حكم المسألة الآتية على هذا الحكم، وإنّما يتم مع إرادة انعقاد الرهن. وهذا أظهر في مقصوده.

قوله: «وكذا لو نطق بالعقد ثم جُنَّ، أو أغمي عليه، أو مات قبل القبض».

الضمير في الجميع يعود إلى الراهن. والمشبه به في السابق الحكم بعدم الانعقاد. ولا معنى لكون الانعقاد المنفي هنا القبض، لأنّه لم يحصل أصلاً، بل المراد به الرهن كما أسلفناه.

ولا شبهة في كون عروض هذه الأشياء للراهن لا يقتضي انعقاد الرهن، بناءً على اشتراط القبض فيه، وإنّما الكلام في أنّه هل يبطل بذلك، بناءً على أنّه قبل القبض عقد جائز، ومن شأن الجائز بطلانه بعروض هذه الأشياء، كالهبة قبل القبض،

(١) قواعد الأحكام ١ : ١٦١.

(٢) في هـ: ما قال به هنا.

وبه قطع في القواعد^(١) والدروس^(٢)، أو لا يبطل بذلك، لأنه ليس على حدّ العقود الجائزة مطلقاً، بل هو آيلٌ إلى اللزوم، كبيع الخيار، فإنه لا يبطل بموت البايع زمنه، وبه قطع في التذكرة^(٣)؟ فعلى الثاني يقوم الوليّ مقام الراهن في استحقاق الإقباض، لكن وليّ المجنون يراعي مصلحته، فإن كان الحظّ في الإقباض بأن يكون شرطاً في بيع يتضرّر بفسخه أو غير ذلك من المصالح أقبضه، وإن كان الحظّ في تركه لم يجز له إقباضه.

وعبارة المصنف قاصرة عن إفادة أحد الحكمين، فإن ما حكم به من عدم الانعقاد لا يشتبه أمره على أحدٍ. ولو عرض ذلك للمرتهن فأولى بعدم البطلان لو لم نقل به ثمّ، فينتقل القبض إلى وليّه. ولو قلنا بالبطلان لو كان العروض للراهن فالأقوى أنه لا يبطل هنا. والفرق تعلق حقّ الورثة والديان بعد موت الراهن به، فلا يستأثر به أحد، بخلاف موت المرتهن، فإنّ الدين باقٍ فيبقى وثيقاً.

وفي الدروس^(٤) وافق هنا على عدم البطلان، مع حكمه به في الراهن معولاً على هذا الفرق. ويحتمل البطلان فيه أيضاً، لما مرّ من كونه من العقود الجائزة قبل قبض. وعلى تقدير بقاء الصحة لا يجبر الراهن على الإقباض، لأنه لم يلزم بعد، إلا أن يكون مشروطاً في عقدٍ لازم، فالأقوى وجوبه وإلزامه به، خلافاً للشهيد^(٥) والفاضل^(٦)، فإن لم يتفق القبض إمّا لعدم إمكان إجباره عندنا، أو لعدم اختياره عندهما، تسلّط المرتهن على فسخ العقد المشروط فيه. وقد تقدّم الكلام فيه في باب القرض^(٧). وهذا البحث كلّه ساقط عند من لا يشترط القبض، للزومه قبله، فلا

(١) قواعد الأحكام ١ : ١٦١ .

(٢) ٤ و ٥) الدروس : ٣٩٦ .

(٣) التذكرة ٢ : ٢٦ .

(٦) القواعد ١ : ١٦٢ .

(٧) في ج ٣ : ٤٥٥ - ٤٥٦ .

وليس استدامة القبض شرطاً، فلو عاد إلى الراهن أو تصرف فيه لم يخرج عن الرهانة. ولو رهن ما هو في يد المرتهن لزم ولو كان غصباً، لتحقق القبض.

تؤثر فيه هذه العوارض منها.

قوله: «وليس استدامة القبض شرطاً - إلى قوله - لم يخرج عن الرهانة».

هذا عندنا موضع وفاق، نقل الاجماع عليه في التذكرة^(١). نعم، خالف فيه جماعة^(٢) من العامة، نظراً إلى الوصف المتقدم في الآية^(٣). وعدم دلالتها على الاستمرار واضح.

قوله: «ولو رهن ما هو في يد المرتهن لزم ولو كان غصباً، لتحقق القبض».

إذا اشترطنا القبض في الرهن فالمعتبر تحققه ولو بالاستصحاب، كما لو كان في يد المرتهن قبل الرهن لبعارية أو ودعية أو إجارة، لتحقق تمامية السبب، لأن استدامة القبض قبض حقيقة، فيصدق عليه أنه رهن مقبوض. وأما كون القبض واقعاً مبتدأ بعد الرهانة فلا دليل عليه، فيكتفى بالسابق والمقارن.

وهذا كله واضح في قبض مأذون فيه شرعاً كما مثلنا، فلو كان غير مأذون فيه كقبض الغاصب والمستام والمشتري فاسداً، فقد أطلق المصنف والأكثر الاكتفاء به، لما تقدم من الدليل، إذ يصدق على الرهن أنه مقبوض، ولأننا إذا اشترطنا القبض في الرهن كان مستحقاً على الراهن، فإذا كان في يد المرتهن وصل إلى حقه. وعلى تقدير كون القبض المذكور منبياً عنه لا يقدر هنا، لأن النهي في غير العبادة لا يقتضي الفساد.

(١) التذكرة ٢ : ٢٦.

(٢) المغني لابن قدامة ٤ : ٤٠١.

(٣) البقرة : ٢٨٣.

وقيل بعدم الاكتفاء به، لأن القبض - على تقدير اشتراطه - ركن من أركان العقد من الجهة التي يعتبر لأجلها وهو الزوم، ولهذا أوجبوا عليه الإقباض لو كان الرهن مشروطاً عليه، وإذا وقع منهياً عنه لا يعتد به شرعاً. وإنما لا يقتضي النهي الفساد في مثل ذلك حيث يكمل أركان العقد، مع أنهم قطعوا بأنه لو قبض بدون إذن الراهن لم يعتد به. وقد تقدّم^(١) في كلام المصنف. فلو كان مطلق القبض كافياً لزم مثله في ذلك القبض المبتدأ بغير إذن، ويمنع استحقاقه على الراهن بمجرد الصيغة، وقد تقدّم.

وقطع في التذكرة^(٢) باشتراط الإذن ومضيّ زمانٍ يمكن فيه تحديد القبض هنا وهو متّجه. بل ربما قيل باشتراطهما في المقبوض صحيحاً أيضاً، إستناداً إلى أنّ القبض إنّما يعتبر بعد الرهن، وهو لا يتمّ إلّا بإذن. ثم الإذن في القبض يستدعي تحصيله، ومن ضروراته مضيّ زمانٍ، فهو دالٌّ على القبض الفعليّ بالمطابقة وعلى الزمان بالالتزام. ولما لزم من القبض الفعليّ تحصيل الحاصل أو اجتماع الأمثال المحالان حمل اللفظ على المعنى الالتزامي، لتعذّر المطابقي.

ويضعّف بمنع افتقاره إلى القبض والإذن المقيدين بعبدية الرهن، إذ لا دليل عليه، بل غايته الدلالة على الأعمّ، ومنع بقاء المعنى الالتزامي، لأنّ الزمان المدلول عليه التزاماً من توابع القبض، ضرورة افتقار تحصيله مع عدمه إلى الزمان، فمع حصوله لا معنى لاشتراط الزمان لتحصيله. بل التحقيق أن اعتبار الزمان من باب المقدّمة، لأن المطلوب إنّما هو الفعل، فحيث يتوقّف عليها يثبت وإلّا فلا، كالمثال المشهور في الأمر بسقي الماء، فإن كان على مسافة بعيدة دلّ بالمطابقة على السقي وبالالتزام أو الاقتضاء على قطع المسافة، وإن كان المأمور حاضراً عنده لم يفتقر إليه. وقد ظهر بذلك ضعف القول بالافتقار إليهما في المقبوض باذن، وعدمه في

(١) راجع ص ١٣.

(٢) التذكرة ٢: ٢٥. وانما ذكره بناءً على اشتراط القبض، وهو لا يقول به.

ولو رهن ما هو غائب، لم يصير رهناً، حتى يحضر المرتهن أو القائم مقامه عند الرهن ويقبضه.

ولو أقرّ الراهن بالإقباض، قُضي عليه إذا لم يعلم كذبه.

ولو رجع لم يقبل رجوعه، وتسمع دعواه لو ادّعى المواطاة على الإشهاد، ويتوجّه اليمين على المرتهن على الأشبه.

غيره. وحيث يفتقر الغاصب إلى تجديد الإذن في القبض فالضمان باقٍ عليه إلى أن يتحقّق ما يزيله. وسيأتي الكلام إن شاء الله في باب حكم الضمان^(١).

قوله: «ولو رهن ما هو غائب - إلى قوله - ويقبضه».

المراد أنه لا يصير رهناً لازماً بدون ذلك، وإلا فقد تقدّم^(٢) أنّ أصل الرهن يتحقّق بدون القبض، بناءً على اشتراطه، غايته كونه عقداً جائزاً.

واعتبار حضور المرتهن عنده أو مَنْ يقوم مقامه ظاهر إن كان الرهن منقولاً، لأنّ المعبر في قبضه نقله، أو اعتباره بالكيل أو الوزن إن كان مما يدخله ذلك، وأمّا لو كان غير منقولٍ فإنّه يكفي فيه التخلية. ثم إن لم يطلق عليه إسم القبض بها، كما لو كان غائباً، فلا بدّ من وصول المرتهن أو وكيله إلى موضع الرهن، ليتصوّر قبضه عادةً، لأنّ المعبر في القبض كونه تحت يده، ومع البعد عادةً يمتنع ذلك. والحاصل: أنّ القبض هنا كالقبض في البيع، فجميع ما تقدّم فيه آتٍ هنا. ولو قلنا بعدم اشتراط القبض سقط البحث.

قوله: «ولو أقرّ الراهن بالإقباض قُضي عليه إذا لم يعلم كذبه».

كما لو قال: رهنته اليوم داري التي بالحجاز - وهما بالشام - وأقبضته إياها، فإنّه لا يلتفت إليه، لأنّه محال عادةً، بناءً على ما سلف من اعتبار وصول المرتهن أو مَنْ يقوم مقامه إلى الرهن ويقبضه.

قوله: «ولو رجع لم يقبل رجوعه - إلى قوله - على الأشبه».

أي لو رجع الراهن عن إقراره بالإقباض حيث يمكن لم يقبل رجوعه، وحكم

(١) في ص: ٥٦ - ٥٨.

(٢) راجع ص ١١ - ١٢.

ولا يجوز تسليم المشاع إلا برضا شريكه، سواء كان مما ينقل أو لا ينقل، على الأشبه.

عليه به، ولا تسمع دعواه بحيث يتوجّه له على المرتهن اليمين. نعم، لو ادعى الغلط في إقراره، وأظهر تأويلاً ممكناً - بأن قال: إنّي أقبضته بالقول وظننت الاكتفاء به، حيث يمكن في حقّه توهم ذلك، أو قال: إستندت فيه إلى كتاب كتبه إليّ وكيلي فظهر مزوراً، ونحو ذلك - سمعت دعواه، بمعنى توجّه اليمين على المرتهن بأن القبض حقيقي، أو على نفي ما يدّعيه الراهن، لأنّ الأصل صحّة الإقرار ومطابقتها للواقع. واستقرب في التذكرة^(١) توجّه اليمين له على المرتهن وإن لم يُظهر تأويلاً، محتجاً بأنّ الغالب في الوثائق وقوع الشهادة قبل تحقّق ما فيها، فلا حاجة إلى تلفّظه به.

وأما دعوى المواطاة في الإشهاد إقامة لرسم الوثيقة - أي لأجل كتابتها والشهادة عليها، حذراً من تعذّر ذلك إذا تأخّر إلى أن يتحقّق القبض - فالأقوى أنّها مسموعة، بمعنى توجّه اليمين بها أيضاً على المرتهن بما تقدّم، لجريان العادة بوقوع مثل ذلك. ويحتمل عدم السماع، لأنّه مكذّب لإقراره الأول.

ولا يخفى أنّ سماع دعواه إنّما يتم لو شهد الشاهدان على إقراره، أمّا لو شهدا على نفس الإقباض وفعله لم تسمع دعواه، ولم يثبت على المرتهن اليمين. وكذا لو شهدا على إقراره به فأنكر الإقرار لم يلتفت إليه، لأنّه تكذيب للشهود.

قوله: «ولا يجوز تسليم المشاع - إلى قوله - على الأشبه».

هذا يتمّ في المنقول، لاستلزامه التصرف في مال الغير، فلا يصحّ إلا بإذنه، أمّا ما يكفي فيه مجرد التخلية ففي اشتراط إذنه نظر، أقربه العدم، لأنّ الغرض مجرد رفع يد الراهن وتمكين المرتهن من قبضه، وهو لا يستدعي تصرفاً في ملك الغير، وحينئذٍ فالقول بعدم التسوية أجود. وقد تقدّم^(٢) في البيع أيضاً.

ثمّ على تقدير عدم الجواز في الصورتين لو قبضه بدون إذن الشريك وفعل

(١) التذكرة ٢: ٤٣.

(٢) راجع الجزء الثالث: ٢٤٠.

محرمًا هل يتم القبض؟ قيل: لا، للنهي^(١)، كما لو قبضه بدون إذن الراهن. وهو اختيار الشهيد^(٢) رحمه الله. والأقوى تحقّقه، لأنّ النهي إنّما هو لحقّ الشريك فقط، للإذن في قبض حقّ الراهن، وكونه قبضاً واحداً لا ينافي الحكم بالوقوع، لاختلاف الجهة. واختاره العلامة^(٣) وجماعة^(٤).

ولو اتّفقا على جعل الشريك وكيلًا في القبض جاز، فيعتبر سماع الشريك إذن الراهن في قبضه للرهن وإذن المرتهن فيه، وإن لم يأذن الراهن للمرتهن في توكيل الشريك.

(١) الوسائل ١٣ : ١٧٨ - ١٧٩ ب «٥» من أبواب كتاب الشركة ح ١.

(٢) الدروس : ٣٩٦.

(٣) التذكرة ٢ : ١٧.

(٤) المختصر النافع ١ : ١٣٧، إيضاح الفوائد ٢ : ٢٩، جامع المقاصد ٥ : ١٠٧.

الثاني

في شرائط الرهن

ومن شرطه أن يكون عيناً مملوكاً، يمكن قبضه، ويصحّ بيعه، سواء كان مشاعاً أو منفرداً. فلو رهن ديناً لم ينعقد.

قوله: «ومن شرطه أن يكون عيناً مملوكاً. . . الخ».

هذه شرائط للرهن في الجملة، لكنّها ليست على وتيرة واحدة، فإن المملوكية شرط وقوعه لازماً مع باقي الشرائط، وإلا فلهن ما لا يملك صحيح كما سيأتي، ولكنه موقوف على إجازة المالك، وأما باقي الشرائط فهي شرط للصحة عنده.

قوله: «فلو رهن ديناً لم ينعقد».

بناءً على ما اختاره المصنف من اشتراط القبض، والدّين لا يمكن قبضه، لأنّه أمر كلي لا وجود له في الخارج، مع احتمال جواز رهنه على هذا القول، كهبة ما في الذم، ويجتزأ بقبض ما يعينه المديون. ولو لم نشترط القبض فالتّجه جواز رهن الدّين، لوجود المقتضي - فانه مال مملوك، إلى آخر ما يثبت اعتباره - وانتفاء المانع.

وقد صرح العلامة في التذكرة ببناء المنع فيه على اشتراط القبض، فقال: «لا يصحّ رهن الدّين إن شرطنا في الرهن القبض، لأنّه لا يمكن قبضه، لعدم تعيّنه حالة الرهن»^(١)؛ لكنّه في القواعد^(٢) جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض وعدم جواز رهن

(١) التذكرة ٢: ١٦.

(٢) حكم بعدم جواز رهن الدين في ١: ١٥٨، وبعدم اشتراط القبض في ١: ١٦١، إلا انه قال فيه: ليس شرطاً على رأي.

وكذا لو رهن منفعةً كسكنى الدار وخدمة العبد .
وفي رهن المدبّر تردّد، والوجه أن رهن رقبته إبطال لتدبيره .

الدين، فتعجّب منه شيخنا الشهيد - رحمه الله - في الدروس^(١). وتعجّب في موضعه، خصوصاً وقد صرح بأن المنع من رهنه مبني على اشتراط القبض .
واعتذر له المحقّق الشيخ علي^(٢) بأن عدم اشتراط القبض لا ينافي اشتراط كون الرهن مما يقبض مثله، نظراً إلى أنّ مقصوده لا يحصل إلاّ بكونه ممّا يقبض، كما أرشدت إليه الآية الكريمة^(٣)، فأحدهما غير الآخر .

وفيه : - مع ما أشرنا إليه من تصريح العلامة ببناء الحكم على القبض - منع اعتبار كون الرهن ممّا يقبض مثله معجلاً، إذ لا دليل عليه . والآية قد تقدّم عدم دلالتها على اعتبار القبض، بل الارشاد إليه . والمعتذر - رحمه الله - قد بالغ في تحقيق دلالتها على ذلك، ومنع دلالتها على اعتبار القبض في محلّ^(٤) البحث عنه . ولو سلّم اعتبار صلاحية الرهن للقبض فالدين صالح لذلك بتعيين المديون له في فردٍ من أفراد ماله . فالمنع من رهنه على القول بعدم اشتراط القبض غير متوجّه . ولو فرض كونه محتملاً لما ذكر لا يدفع التعجّب عند ضعف المأخذ .

قوله : «وكذا لو رهن منفعةً كسكنى الدار وخدمة العبد» .

وذلك لأنّ المطلوب بالرهن - وهو التوثق على المال - لا يحصل بها، لأنّها تستوفي شيئاً فشيئاً، وكلّما حصل منها شيء عُدّ ما قبله . والمطلوب من الرهن أنّه متى تعدّر استيفاء الدين أستوفي من الرهن . والأمر على مختار المصنّف من اشتراط القبض واضح، لأنّ المنافع لا يصحّ إقباضها إلاّ باتلافها . ومع ذلك فالمنع من رهنها موضع وفاق .

قوله : «وفي رهن المدبّر تردّد، والوجه أن رهن رقبته إبطال لتدبيره» .

منشأ التردّد: من أنّ التدبير من الصيغ الجائزة التي يصحّ الرجوع فيها

(١) الدروس : ٣٩٧ .

(٢) جامع المقاصد ٥ : ٤٩ . وفي النسخة خطأ مطبعي اذ ورد فيها «والحكم بصحّته لا ينافي اشتراط كون الرهن مما لا يقبض مثله» والصحيح مما يقبض مثله .

(٤) جامع المقاصد ٥ : ٩٤

(٣) البقرة : ٢٨٣ .

أما لو صرّح برهن خدمته مع بقاء التدبير، قيل: يصحّ، إلتفاتاً إلى الرواية المتضمّنة لجواز بيع خدمته، وقيل: لا، لتعدّر بيع المنفعة منفردةً، وهو أشبه. ولورهن مالا يملك لم يمض، ووقف على إجازة المالك. وكذا لورهن ما يملك وما لا يملك، مضى في ملكه، ووقف في حصّة الشريك على إجازته. ولورهن المسلم خمراً لم يصحّ، ولو كان عند ذمي.

كالوصيّة، فإذا تعقّب الرهن أبطله، كما لو تعقّب غيره من العقود كالبيع والهبة، لكون ذلك رجوعاً عنه، لأنّ الغرض من العقود المملّكة ملك من انتقل إليه ولا يتمّ إلا بالرجوع، ومن الرهن إستيفاء الدّين من قيمته فهو منافٍ للتدبير. وهو قول الأكثر. ومن أنّ الرهن لا يستلزم نقله عن ملك الراهن ويجوز فكّه، فلا يتحقّق التنافي بين الرهن والتدبير بمجرد الرهن، بل بالتصرّف فيه. وهو قول الشيخ^(١) محتجاً عليه بعدم الدليل على بطلان كلّ واحدٍ منهما. وحينئذٍ فيكون التدبير مراعى بفكّه فيستقرّ، أو يأخذه في الدّين فيبطل. واستحسنه في الدروس^(٢).

وربّما بني القولان على أنّ التدبير هل هو عتق بصفة، أو وصيّة بالعتق؟ فعلى الأول لا يبطل، لأنّ العتق لازم، وعلى الثاني يبطل.

وهذا البناء ضعيف عندنا، لإجماعنا على جواز الرجوع في التدبير، فيكون وصيّةً. وإنّما بنى هذا البناء أصحاب الشافعي^(٣). ومنّ قال منهم بأنّه عتق بصفة قطع بعدم جواز الرجوع فيه، ومنّ قال منهم إنّ وصيّةً إختلفوا، فبعضهم جعله رجوعاً لما ذكرناه، وبعضهم منعه أيضاً.

قوله: «أما لو صرّح برهن خدمته مع بقاء التدبير - إلى قوله - وهو أشبه».

هذه المسألة من جزئيات رهن المنافع، وقد تقدّم^(٤) عدم جواز رهنها. وإنّما

(١) المبسوط ٢: ٢١٣.

(٢) الدروس: ٣٩٨.

(٣) المهذب راجع المجموع ١٣: ٢٠١.

(٤) في ص ٢١.

ولو رهنها الذمي عند المسلم لم يصحّ أيضاً، ولو وضعها على يد ذمي، على الأشبه.

ولو رهن أرض الخراج لم يصحّ، لأنها لم تتعيّن لواحدٍ. نعم، يصحّ رهن ما بها من أبنية وآلاتٍ وشجر.

ولو رهن ما لا يصحّ إقباضه، كالطير في الهواء، والسمك في الماء، لم يصحّ رهنه.

خصّ منافع المدبر بالذکر لما روي^(١) أن جواز بيع خدمته فيصحّ رهنها، لأنّ ما جاز بيعه جاز رهنه. والأقوى عدم الجواز.

قوله: «ولو رهنها الذمي عند المسلم لم يصحّ أيضاً، ولو وضعها على يد ذمي على الأشبه».

جوز الشيخ في الخلاف^(٢) رهن الذمي الخمر للمسلم إذا وضعها عند ذمي، لأنّ الحقّ في وفاء الدين للذمي، فيصحّ الرهن كما لو باعها ووفّاه ثمنها، لأنّ الرهن لا يملك للمرتن، وإنّما يصير محبوساً عن تصرف الراهن. والأصحّ عدم الجواز، لأنّ يد الذمي الودعي كيد المسلم، وله تسلّط على الرهن بالبيع والاستيفاء على وجه، وهو هنا ممتنع.

قوله: «ولو رهن أرض الخراج لم يصحّ . . . الخ».

أرض الخراج هي المفتوحة عنوة، والتي صالح الإمام أهلها على أن تكون ملكاً للمسلمين، وضرب عليهم الخراج، وقد تقدّم^(٣) حكمها مراراً. والأصحّ جواز رهنها تبعاً لأثار المتصرّف من بناءٍ وشجرٍ ونحوهما، لا منفرداً.

قوله: «ولو رهن ما لا يصحّ إقباضه كالطير في الهواء والسمك في الماء لم يصحّ».

(١) التهذيب ٨ : ٢٦٠ ح ٩٤٥، الاستبصار ٤ : ٢٩ ح ١٠٠، الوسائل ١٦ : ٧٤ ب «٣» من أبواب التدبير ح ٤.

(٢) الخلاف ٣ : ٢٤٨ مسألة ٥٢ كتاب الرهن.

(٣) كما في ج ٣ : ٥٦ و ١٦٨.

وكذا لو كان مما يصح إقباضه ولم يسلمه .
 وكذا لو رهن عند الكافر عبداً مسلماً أو مصحفاً وقيل : يصح
 ويوضع على يد مسلم ، وهو أولى .
 ولو رهن وفقاً لم يصح .

هذا على ما اختاره المصنف من اشتراط القبض واضح ، ومع ذلك ينبغي تقييد
 الطير بها لا يوثق بعوده عادةً ، والسّمك بكونه في ماءٍ غير محصور بحيث يتعدّر قبضه
 عادةً ، وإلاّ صحّ . وقد تقدّم في البيع نظيره . ولو لم يشترط القبض أمكن القول
 بالصحة مطلقاً ، لعدم المانع . وتخيّل تعدّر استيفاء الحقّ من ثمنه - لعدم صحّة بيعه
 - يندفع بإمكان الصلح عليه . وكلّية «ما صحّ بيعه صحّ رهنه» ليست منعكسة كلياً ،
 عكساً لغويّاً . وقد تقدّم مثله في الدّين .

قوله : «وكذا لو رهن ما يصحّ إقباضه ولم يسلمه» .
 هذا إنسا يتمّ لو كان القبض شرطاً للصحة ، وقد تقدّم^(١) أنه شرط اللزوم
 خاصّةً . وقد صرح به في التذكرة^(٢) . ويمكن أن يكون المصنف تجوّز هنا في إطلاق
 عدم الصحّة على عدم اللزوم أو التمام .

قوله : «وكذا لو رهن عند الكافر - إلى قوله - وهو أولى» .
 وجه المنع : أنّ ارتهانه له يقتضي الاستيلاء عليه على بعض الوجوه ببيعٍ ونحوه ،
 وإن كان في يد غيره ، وهو سبيل عليه منفي بالآية^(٣) . وما اختاره المصنف حسن ،
 لمنع تحقّق السبيل بذلك ، لأنّه إذا لم يكن تحت يده لم يستحقّ الاستيفاء من قيمته إلاّ
 ببيع المالك أو منّ يأمره بذلك . ومع التعدّر يرفع أمره إلى الحاكم لبيع ويوفيه . ومثل
 هذا لا يعدّ سبيلاً ، لأنّ مثله يتحقّق وإن لم يكن هناك رهن .

قوله : «ولو رهن وفقاً لم يصحّ» .
 لعدم إمكان استيفاء الدّين منه ، إذ لا يجوز بيعه . وعلى تقدير جوازه على

(١) في ص ١١ .

(٢) التذكرة ٢ : ٢٤ .

(٣) النساء : ١٤١ .

ويصحّ الرهن في زمان الخيار، سواء كان الخيار للبائع، أو للمشتري، أو لهما، لانتقال المبيع بنفس العقد على الأئمة.
ويصحّ رهن العبد المرتد ولو كان عن فطرة، والجاني خطأً، وفي العمدة تردّد. والأشبه الجواز.

بعض الوجوه يجب أن يشتري بثمنه ملكاً يكون وقفاً، فلا يتّجه الاستيفاء منه مطلقاً. نعم، لو قيل بعدم وجوب إقامة بدله أمكن رهن الوقف حيث يجوز بيعه.
قوله: «ويصحّ الرهن في زمن الخيار - إلى قوله - على الأشبه».
مقتضى التعليل أنّ الراهن هو المشتري، بناءً على انتقال الملك إليه وإن كان ثمّ خيار، خلافاً للشيخ^(١) - رحمه الله - حيث حكم بعدم انتقال الملك إليه لو كان الخيار للبائع أو لهما. ويشكل حينئذٍ جواز رهن المشتري في صورتين وإن قلنا بملكه، لما فيه من التعرّض لإبطال حقّ البائع. ومثله بيعه وما أشبهه من الأمور الناقلة للملك. وتحرير المسألة يحتاج إلى التطويل.
نعم، لو كان الخيار له خاصّة فلا إشكال، ويكون الرهن مبطلاً للخيار. وكذا يجوز للبائع رهنه لو كان الخيار له أو لهما، ويكون فسحاً للبيع.
قوله: «ويصحّ رهن العبد المرتد ولو كان عن فطرة».
الصحة في غير الفطريّ وفي الأئمة واضحة، لقبول توبته، فمالّيته باقية فيه، أما الفطريّ فيشكل فيه الصحة، لأنّه لا تقبل توبته، ويجب إتلافه شرعاً، فتنتفي غاية الرهن، وهي التوثوق. ووجه الجواز: جواز بيعه وبقاء مالّيته حالة الرهن. وتعرّضه للاتلاف لا يصلح للمنع، كرهن المريض المدنف. وهو أجد.
قوله: «والجاني خطأً، وفي العمدة تردّد. والأشبه الجواز».
منشأ التردّد في العمدة من استحقاقه القتل، فهو في حكم التالف، كما مرّ، ومن بقاء المالّية بالفعل، ولجواز العفو. والأقوى الجواز، كما يصحّ بيعه، وقد تقدّم. ثم إن قتله بطل الرهن، وإن فداه مولاه أو عفى الوليّ بقي رهناً.

ولو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل، فان شرط بيعه جاز،
وإلا بطل، وقيل: يصح ويجبر مالكة على بيعه.

وأما في الخطأ فالماللية باقية من حيث عدم جواز القتل، لكن معرّضة للزوال،
باسترقاق المجني عليه له أو بقدر الجناية منه، لو لم يفده المولى، لأنّ حقه مقدّم على
المرتهن، فان استرقه أو بعضه بطل الرهن في ذلك أيضاً.
وفهم من العبارة أنّ جواز رهن الجاني خطأ لاخلاف فيه، مع أنّ الشيخ^(١)
منع من رهنه أيضاً، محتجاً بتعلق الأرش بركبته. وفي كون رهن المولى له في الخطأ
التزاماً بالفداء وجهان، تقدّم مثلها في البيع^(٢).

قوله: «ولو رهن ما يسرع إليه الفساد - إلى قوله - على بيعه».

القول بالبطلان مع عدم شرط البيع للشيخ^(٣) - رحمه الله - لعدم جواز بيعه
بدون إذنه، وفوات الماللية بدونه، فهو في قوّة التالف.

وشمل قوله: «وإلا بطل» ما لو شرط عدم البيع، وما لو أطلق. ووجه
البطلان في الأول واضح، لمنافاته مقصود الرهن حينئذ، فيبطل. وأما مع الاطلاق
فيعد البطلان، لأنّه حين الرهن مال مملوك يمكن بيعه، فلا مانع من رهنه، فاذا
خيف فساده باعه المالك وجعل ثمنه رهناً، فان امتنع أجبره الحاكم، جمعاً بين
الحقّين. ويحتمل في صورة شرط عدم البيع ذلك أيضاً، بتقريب ما تقدّم. وشرط
عدم البيع لا يمنع صحّة الرهن، لأنّ الشارع يحكم عليه به بعد ذلك، صيانةً
للمال.

واحترز المصنف بقوله: «قبل الأجل» عمّا لو كان لا يفسد إلا بعد حلولة،
بحيث يمكن بيعه قبله، فإنّه لا يمنع. وكذا لو كان الدّين حالاً، لإمكان حصول
المقصود منه.

ولو ترك المرتهن السعي في بيع ما يفسد - حيث صحّ رهنه - بمراجعة المالك أو

(١) المبسوط ٢: ٢١٣.

(٢) في ج ٣: ١٧١.

(٣) المبسوط ٢: ٢١٦.

.....

الحاكم حيث يمكن، ضمن . ولو تعذر الحاكم، فان نهاء المالك عن البيع لم يضمن، وإلاّ احتمل الضمان، لجواز بيعه بنفسه حينئذٍ .
 ولا يخفى أنّ المراد بما يسرع إليه الفساد - في المسألة المفروضة - ما لا يمكن إصلاحه بتجفيفه، كالعنب والرطب، وإلاّ صحّ رهنه قولاً واحداً، ووجب على الراهن تجفيفه وإصلاحه، لأنّ ذلك من مؤونة حفظه، كنفقة الحيوان المرهون .

الثالث

في الحقّ

وهو كلّ دينٍ ثابتٍ في الذمّة، كالقرض، وضمن المبيع. ولا يصحّ فيما لم يحصل سبب وجوبه، كالرهن على ما يستدينه، وعلى ثمن ما يشتريه.

قوله: «وهو كلّ دين ثابتٍ في الذمّة».

المراد بالثابت في الذمّة المستحقّ فيها، وإن لم يكن ثبوته مستقراً، كالثمن في مدّة الخيار. واحترز بالدين عن العين، فلا يصحّ الرهن عليها، سواء كانت أمانةً في يده، كالوديعة والعارية غير المضمونة، أم كانت مضمونةً، كالمغصوبة والمقبوضة بالسّوم والمستعارة مع الضمان. وعدم جواز الرهن على الأول موضع وفاق، وإن احتمل طرؤ الضمان بالتعدّي. وأمّا الثاني فقد أطلق المصنف وجماعة المنع، إستناداً إلى أنّ مقتضى الرهن استيفاء المرهون به من الرهن، وفي الأعيان يمتنع ذلك، لامتناع استيفاء العين الموجودة من شيءٍ آخر.

ويُضعف بأنّ الأمر ليس منحصراً في الاستيفاء عند وجود العين، بل يمكن التوثق بالرهن بأخذ عوضها عند تلفها. ولا يرد مثله في الأعيان التي ليست مضمونةً، حيث يحتمل تجدد سبب الضمان، لعدم كونها عند الرهن مضمونةً، فإنّ الرهن إنّما يصحّ عند وجود سبب الضمان، إمّا بدين، أو ما في حكمه كالعين المضمونة، بخلاف ما يمكن تجدد سببه، فإنّه كما سيتجدّد من الدين. وإطلاق الأدلّة الدالّة على جواز الرهن على الحقوق يتناول محلّ النزاع. نعم، الآية الشريفة^(١) المتبّهة على الرهن

ولا على ما حصل سبب وجوبه ولم يثبت ، كالدّية قبل استقرار الجناية . ويجوز على قسط كلّ حولٍ بعد حلوله .

متعلّقتها الدّين ، إلّا أنّها لا تمنع من غيره إلّا من باب المفهوم الضعيف . وهذا قويّ . وهل يلحق بالأعيان المضمونة رهن المبيع وثمنه ، لاحتمال فساد البيع باستحقاقها ونحوه ، ونقصان قدرهما كلياً أو وزناً؟ قيل : نعم ، إختاره الشهيد^(١) - رحمه الله - وجماعة^(٢) ، لتحقّق الفائدة وهي التوثق والارتفاق ، وقيل : لا ، لعدم وجود المتضيّ الآن ، وما يتجدّد يكون كما يتجدّد في الأمانات السابقة ، مع الإجماع على عدم جواز الرهن عليها .

ويمكن الفرق بأنّ ما يتجدّد من الأسباب الموجبة للضمان يكشف عن حصوله من حين العقد ، كما هو واضح في نقصان المقدار واستحقاق العين ، فيكون عند الرهن مضموناً في نفس الأمر على تقدير الحاجة إليه ، بخلاف الأمانات فإنّ سبب الضمان متجدّد ظاهراً وفي نفس الأمر ، فلا يتحقّق المتضيّ حين العقد .

وحيث جوّزنا الرهن على الأعيان المضمونة فمعناه الاستيفاء منه إذا تلفت أو نقصت أو تعذّر الرّدّ ، وإلّا فلا . وقد تقدّمت الإشارة إليه .

قوله : « كالدّية قبل استقرار الجناية » .

أي قبل انتهائها إلى الحدّ الذي يوجب الدّية ، وإن علم أنّها تأتي على النفس ، لعدم ثبوت ذلك حين الرهن . وما حصل بالجناية في معرض الزوال بالانتقال إلى غيره ، بل هو في الحقيقة ليس بثابتٍ حينئذٍ ، لأنّ الشارع لم يرتّب لها حكماً إلى أن يستقرّ .

ثم إن كانت حالةً أو لازمةً للجاني كشيبه العمد ، جاز الرهن عليها حالةً ومؤجّلةً . وإن كانت مؤجّلةً على العاقلة كالخطأ ، لم يصحّ الرهن عليها إلى أن تحلّ ، لأنّ المستحقّ عليه هنا غير مضبوط ، لأنّ المعتبر ثمّ بمن وجد منها عند الحلول جامعاً

(١) الدروس : ٤٠٢ .

(٢) كالقاضي ابن البراج في المهذب ٢ : ٤٥ ، والعلامة في التحرير : ٢٠٥ ، والمحقق الكركي في

وكذا الجعالة قبل الردّ، ويجوز بعده .
وكذا مال الكتابة . ولو قيل بالجواز فيه كان أشبه . ويبطل الرهن
عند فسخ الكتابة المشروطة .

للشرايط، بخلاف الدّين المؤجّل . ومنه الدّية على غير العاقلة ، لاستقرارالحقّ على
مستحقّ عليه معيّن .

وربّما قيل بجواز الرهن على الجناية التي قد استقرّ موجبها وإن لم تستقرّ هي ،
كقطع ما يوجب الدية ، فإنّ غايته الموت ولا يوجب أكثر منها ، بخلاف ما دون ذلك .
وليس ببعيد .

قوله : «وكذا الجعالة قبل الردّ» .

أي لا يصحّ الرهن على ماها ، لعدم استحقاق المجعول له المال قبل تمام
العمل وإن شرع فيه ، كما سيأتي في بابه إن شاء الله . واختار في التذكرة^(١) جوازه بعد
الشروع وقبل الإتمام ، لانتهاه الأمر فيه إلى اللزوم ، كالثمن في مدّة الخيار .

وفيه نظر ، لما ذكرناه من عدم استحقاق شيء الآن وإن عمل أكثره . والفرق
بينها وبين البيع في زمن الخيار واضح ، لأنّ البيع متى أبقى على حاله إنقضت مدّة
الخيار وثبت له اللزوم ، والأصل فيه عدم الفسخ ، عكس الجعالة ، فإنّ العمل فيها
لو ترك على حاله لم يستحقّ بسببه شيء ، والأصل عدم الإكمال .

قوله : «وكذا مال الكتابة . ولو قيل بالجواز فيه كان أشبه» .

الكتابة إن كانت مطلقة فهي لازمة إجماعاً ، فيجوز الرهن على ما لها بغير
خلافٍ . وإن كانت مشروطة فعند الشيخ - رحمه الله -^(٢) وجماعة^(٣) أنّها جائزة من قبل
العبد ، فيجوز له تعجيز نفسه ، فلا يصحّ الرهن على ماها ، لانتفاء فائدة الرهن وهي
التوثيق ، إذ للعبد إسقاط المال متى شاء ، ولأنّه لا يمكن استيفاء الدّين من الرهن ،

(١) التذكرة ٢ : ٢٤ .

(٢) المبسوط ٢ : ١٩٧ .

(٣) كالقاضي ابن البراج في المهذب ٢ : ٤٤ ، وابن إدريس في السرائر ٢ : ٤١٧ ، ويحيى بن سعيد

في الجامع : ٢٨٧ .

ولا يصحّ على ما لا يمكن استيفاؤه من الرهن، كالإجارة المتعلقة بعين المؤجر مثل خدمته. ويصحّ فيها هو ثابت في الذمّة، كالعمل المطلق. ولو رهن على مالٍ رهناً، ثم استدان آخر، وجعل ذلك الرهن عليهما، جاز.

لأنّه لو عجز صار الرهن للسيد، لأنّه من جملة مال المكاتب. والأقوى المشهور من لزومها مطلقاً كالمطلقة، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، فتتحقّق الفائدة^(١)، ويصحّ الرهن على ماها. ولو قلنا بجوازها لا يمتنع الرهن، كالثمن في مدة الخيار. وعلى ما قرّره بإطلاق المصنف حكاية المنع أولاً ثم حكمه بالجواز مطلقاً ثانياً غير جيّد. قوله: «ولا يصحّ على ما لا يمكن استيفاؤه - إلى قوله - كالعمل المطلق».

لما كان الغرض من الرهن استيفاء الدّين منه مع تعدّر الوفاء، أو لا معه، لم يصحّ الرهن على الحقّ المتعلّق بعينٍ مخصوصة، كما لو آجره نفسه شهراً معيّناً، أو داره كذلك، أو دابّته المعينة لحمليّ معين، ونحو ذلك، لأنّ تلك المنفعة لا يمكن استيفاؤها إلّا من العين المخصوصة، حتّى لو تعدّر الاستيفاء منها لموتٍ أو خرابٍ ونحوهما بطلت الإجارة، بخلاف الإجارة المتعلقة بالذمّة، كما لو استأجره على تحصيل خياطة ثوبٍ بنفسه أو بغيره، فإنّ الواجب تحصيل المنفعة على أيّ وجه اتفق، ومن أيّ عينٍ كان، فيصحّ الرهن عليهما، لإمكان استيفائها منه. قوله: «ولو رهن على مالٍ رهناً، ثم استدان آخر، وجعل ذلك الرهن عليهما جاز».

لعدم المانع منه مع وجود المقتضي، فإنّ التوثّق بشيءٍ لشيءٍ آخر لا ينافي التوثّق لآخر به، خصوصاً مع زيادة قيمته على الأول. ولا يشترط فسخ الرهن الأول ثم

(١) كذا في النسخ. ولعلّ الصحيح اسقاط «من» من العبارة أو تكون الجملة «على الاقوى المشهور» وتحذف الفاء من «فتتحقّق».

تجديده لهما، بل يضمّ الثاني بعقدٍ جديدٍ: ويجوز العكس أيضاً، بأن يرهن على المال الواحد رهناً آخر فصاعداً، وإن كانت قيمة الأول تفي بالدين الأول، لجواز عروض مانعٍ من استيفائه منه، ولزيادة الارتفاق.

الرابع

في الرهن

ويشترط فيه كمال العقل، وجواز التصرف، ولا ينعقد مع الإكراه .
 ويجوز لوليّ الطفل رهن ماله، إذا افتقر إلى الاستدانة، مع مراعاة
 المصلحة، كأن يستهدم عقاره فيروم رّمه، أو يكون له أموال يحتاج إلى
 الإنفاق لحفظها من التلف أو الانتقاص، فيرهن بذلك ما يراه من أمواله،
 إذا كان استبقاؤها أعود.

قوله: «ولا ينعقد مع الإكراه» .

أي لا ينعقد انعقاداً تاماً على حدّ ما يقع من المختار، لا أنّه يقع باطلاً، لأنّه
 لو أجازته بعد ذلك مختاراً صحّ، فهو كعقد الفضولي، لا كعقد غير كامل العقل،
 كالصبي والمجنون، حيث لا يقع وإن أجازاه بعد الكمال . ومن ثمّ فصله عنه بقوله :
 «ولا ينعقد» بعد قوله «يشترط» تنبيهاً على اختلاف الحكم باختلاف العبارة . ولا
 يخفى أنّ ذلك كلّّه في غير الإكراه الراجع للقصد، فإنّ عبارته حينئذٍ تصير كعبارة غير
 الكامل . وقد سبق تحقيق ذلك كلّّه في البيع^(١) .

قوله: «ويجوز لوليّ الطفل رهن ماله . . . الخ» .

ضابط جواز الرهن حيث تكون الاستدانة له أولى من بيع شيءٍ من ماله
 بحسب نظر الوليّ، ويتوقّف على الرهن . وكذا يجوز ذلك حيث يجوز البيع ولم يمكن .
 وحيث يجوز الرهن يجب كونه في يد أمينٍ يجوز إيداعه منه . ولا فرق بين الأولياء في
 ذلك . نبه عليه في التذكرة^(٢) . وهذا الحكم مما لا خلاف فيه عندنا، وإنّما خالف فيه

(١) في ج ٣ : ١٥٥ .

(٢) التذكرة ٢ : ١٤ .

الخامس

في المرتهن

ويشترط فيه كمال العقل، وجواز التصرف، ويجوز لوليّ اليتيم أخذ الرهن له .
ولا يجوز أن يسلف ماله، إلا مع ظهور الغبطة له، كأن يبيع بزيادة عن الثمن إلى أجلٍ .

بعض الشافعية، فمنع من رهن ماله مطلقاً.

قوله: «ويجوز لوليّ اليتيم أخذ الرهن له» .

يمكن أن يراد بالجواز معناه الخاصّ، فلا يجب، لأصالة العدم، خصوصاً إذا كان الدّين في ذمّة مَلِيٍّ أو ثقة، وجواز إبضاع ماله ولا يتصوّر فيه الرهن . والأولى أن يراد به معناه الأعمّ، فيشمل الوجوب، وهو المراد هنا . وبه قطع في التذكرة، فإنّه قال: ولو كان المشتري موسراً لم يكتف الوليّ به، بل لابدّ من الارتهان بالثمن . قال: ولو لم يحصل، أو حسن الظن بيساره وأمانته، أمكن البيع نسيئةً بغير رهن، كما يجوز إبضاع مال الطفل . إنتهى^(١) .

وحيث يمكن الرهن يعتبر كونه مساوياً للحقّ أو زائداً عليه، ليتمكن استيفاؤه منه، وكونه بيد الوليّ أو يد عدلٍ ليتّم التوثق، والإشهاد عليه . ولو أخلّ ببعض هذه ضمن .

قوله: «ولا يجوز أن يسلف ماله إلا مع ظهور الغبطة» .

وحيث يجوز يجب كون المديون ثقةً مَلِيّاً، ويرتهن على الحقّ ما يفي بقيمته .

كلّ ذلك مع الإمكان .

ولا يجوز له إقراض ماله إذ لا غبطة فيه . نعم ، لو خشي على المال من غرقٍ أو حرقٍ أو نهب وما شاكله ، جاز إقراضه وأخذ الرهن .
ولو تعذر اقتصر على إقراضه من الثقة غالباً .

قوله : «ولا يجوز له إقراض ماله - إلى قوله - وأخذ الرهن» .
المراد إقراضه من غيره ، فإن ذلك غير جائز إلا مع مصلحة الطفل ، كخوف تلف المال ، فيقرضه من الثقة المتيّ ، ويبرهن عليه ويشهد ، كما مرّ .
وأما إقراضه من نفسه فيحتمل كونه كذلك ، لأنه تصرف في مال اليتيم ، وهو مشروط بالمصلحة . ويحتمل جواز اقتراضه مع عدم الضرر على الطفل ، وإن لم يكن له مصلحة ، لإطلاق رواية أبي الربيع عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل ولي يتيماً فاستقرض منه ، فقال : «إنّ عليّ بن الحسين عليها السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره ، فلا بأس بذلك»^(١) والرواية - مع تسليم سندها - مطلقة يمكن تقييدها بالمصلحة . وفي التذكرة^(٢) شرط في جواز اقتراضه الولاية والملاءة ومصلحة الطفل ، واحتجّ عليه بالرواية المذكورة .

ومن مسوّغات إقراض مال اليتيم خوف تلفه ، بتسويس الخنطة وشبهها ، فيقرضها من الثقة المتيّ - مع الإمكان - بالرهن ، ليؤمن جحوده وتعذر الايفاء .
قوله : «ولو تعذر اقتصر على إقراضه من الثقة غالباً» .

أي تعذر الرهن . وظاهره وجوبه حينئذٍ ، لشرطه تعذره في إقراضه الثقة ، فيؤدّ كون الجواز بمعناه الأعمّ . ومقتضى العبارة أنّ مع إمكان الرهن لا يعتبر كون المقرض ثقةً ولا ملياً ، لانضباط الدّين بالرهن . وفي التذكرة^(٣) اعتبر الرهن والملاءة والثقة جميعاً مع الإمكان ، وأسقط اعتبار الرهن مع عدم إمكانه .
وبقي فيها وفي العبارة ما لو تعذر الثقة أيضاً ، فظاهرها عدم جواز الإقراض

(١) الكافي ٥ : ١٣٢ ح ٨ ، التهذيب ٦ : ٣٤١ ح ٩٥٣ ، الوسائل ١٢ : ١٩٢ ب «٧٦» من أبواب ما يكتسب به ح ١ . وفي المصادر : وليّ مالٍ يتيماً .
(٢) التذكرة ٢ : ٨١ .
(٣) التذكرة ٢ : ٨١ - ٨٢ .

وإذا شرط المرتهن الوكالة في العقد لنفسه أو لغيره، أو وضع الرهن على يد عدلٍ معيّن، لزم، ولم يكن للراهن فسخ الوكالة، على تردّد.

حينئذٍ. ويشكل حيث يؤدي تركه إلى تلف المال، فإنه لا يزيد على أكل المقرض له، بل الظاهر أن المقرض كذلك أولى، لإمكان حصوله منه، بخلاف مالو ترك. وعلى تقدير تحقّق عدم الوفاء وتحقّق التلف بدونه يمكن أولويّة إقراضه، لثبوته في ذمّته، فيحتمل تخلّصه أو وارثه منه، أو أخذه منه في الآخرة، بخلاف التلف من الله، إلّا أن يثبت العوض عليه تعالى، فقد يحتمل ترجيحه، لأنّه أكثر.

والمراد بقول المصنف: «من الثقة غالباً» الثقة في ظاهر الحال، بمعنى الاكتفاء بظاهر أمره، ولا يشترط العلم بذلك، لتعذّره، فعبر عن الظاهر بالغالب، نظراً إلى أنّ الظاهر يتحقّق بكون الغالب على حاله كونه ثقةً، لا أنّ المراد كونه في أغلب أحواله ثقةً دون القليل من أحواله، فإنّ ذلك غير كافٍ. والظاهر أنّ المراد بالثقة في هذا ونظائره العدل، لأنّ ذلك هو المعتر شرعاً، مع احتمال الاكتفاء بالثقة العرفيّة، فإنّها أعمّ من الشرعيّة، على ما يظهر الآن من عرف الناس.

قوله: «وإذا شرط المرتهن الوكالة في العقد - إلى قوله - على تردّد».

إطلاق الرهن لا يقتضي كون المرتهن وكيلاً في البيع، لكن يجوز اشتراط كونه وكيلاً في عقد الرهن، لأنّه من الشروط السائغة. وكذا يجوز اشتراطها لوارثه من بعده، والوصيّة إليهما بذلك بعد الموت. وكذا يجوز اشتراطها لغيره وغير وارثه. فإذا شرط ذلك فهل للراهن فسخها بعده؟ قولان، أحدهما الجواز، إمّا لأنّ الوكالة من العقود الجائزة، ومن شأنها تسلّط كلٍّ منهما على الفسخ. أو لأنّ الشروط لا يجب الوفاء بها وإن كانت في عقدٍ لازم، بل غايتها تسلّط المشروط له على فسخ العقد المشروط فيه إن كان، كما مرّ. أو لأنّ لزوم الشرط إنّما يكون مع ذكره في عقدٍ لازمٍ كالبيع، والرهن ليس كذلك، فإنّ ترجيح أحد طرفيه على الآخر ترجيح من غير مرجّح.

ويضعف الأوّل: بأنّ جواز الوكالة بحسب أصلها لا ينافي لزومها بسببٍ عارض، كشرطها في عقدٍ لازم، وهو هنا كذلك. والثاني: بمنع عدم وجوب الوفاء بالشرط في العقود اللازمة، وقد تقدّم، مع

وتبطل مع موته، دون الرهانة.

ولو مات المرتهن، لم تنتقل إلى الوارث، إلا أن يشترطه. وكذا إن كان الوكيل غيره.

ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله، حتى يعلم بعينه.

أن الوكالة هنا مما العقد المشروط فيه كافٍ في تحققها، فلا يحتاج بعده إلى صيغة أخرى لها، لأن الغرض منها مجرد الإذن بأي لفظ اتفق. وقد تقدم أيضاً أن ما العقد كافٍ في تحققه كجزء من الإيجاب والقبول، فحيث يكون لازماً يلزم وإن قلنا بعدم وجوب الوفاء بشرط لا يكفي العقد في تحققه.

والثالث: بأن عقد الرهن لما كان من طرف الراهن لازماً كان ما يلتزمه الراهن لازماً من قبله، عملاً بمقتضى اللزوم، والشرط وقع من الراهن على نفسه فيلزم. ولما كان من طرف المرتهن جائزاً كان ما يلتزمه كذلك، فيجوز له فسخ الوكالة. وهو واضح، لأنها حقه، فيجوز له تركه.

وأما فسخ العقد المشروط فيه فإنه لا يتوجه هنا، لأن فسخ المرتهن للرهن يزيد ضرراً. نعم، لو كان مشروطاً في بيعٍ مثلاً توجه فسخه، إلا أن المقصود هنا شرطها في عقد الرهن خاصة.

قوله: «وتبطل مع موته دون الرهانة».

أي تبطل الوكالة المشروطة له أو لغيره بموت المشروط له، لا لكون الوكالة من العقود الجائزة، ومن شأنها أن تبطل بالموت، بل لأن الوكالة إذن في التصرف، فيقتصر فيها على من أذن له، فإذا مات بطلت من هذا الوجه، كما تبطل العقود اللازمة - كالاجارة - بموت من شرط عليه العمل بنفسه.

وأما الرهن فلا يبطل، لأنه وثيقة على الدين، فما دام الدين باقياً يبقى الرهن، ولا يقتضي إذناً بمجردة في التصرف، كما مر. فعلى هذا تنتقل الرهانة إلى الوارث لو كان الميت المرتهن والوكالة له، دون الوكالة، إلا مع شرطها للوارث، كما مر.

قوله: «ولو مات المرتهن ولم يعلم الرهن كان كسبيل ماله حتى يعلم

بعينه».

المراد أن الرهن لم يعلم كونه موجوداً في التركة ولا معدوماً، فحينئذ يكون كسبيل مال المرتهن، أي بحكم ماله، بمعنى أنه لا يحكم للراهن في التركة بشيء، عملاً بظاهر حاله من كون ما تركه لورثته، وأصالة براءة ذمته من حق الراهن، إذ الرهن لم يتعلق بدمته، لأنه أمانة، ولا بهاله، لأصالة بقاء ماله على ما كان من عدم استحقاق أحدٍ فيه شيئاً. هذا بحسب الظاهر، وإن كان في نفس الأمر يمكن كونه من جملة التركة.

وقوله: «حتى يُعلم بعينه» المراد به أن الحكم المذكور ثابت إلى أن يُعلم وجود الرهن في التركة يقيناً، سواء علم معيناً، أو مشتبهاً في جملة التركة، وإن كان ظاهر العبارة يؤذن بخلاف ذلك، وأن الرهن إذا لم يُعلم في التركة متعيناً متميزاً فهو كسبيل ماله. وليس بمرادٍ قطعاً، إذ لا فرق في ثبوت حق الراهن وغيره بين العلم بكون ماله متعيناً في مالٍ آخر، أو متيقناً وإن كان مجهول العين. وطريق التخلص حينئذٍ الصلح.

واعلم أن المصنف وغيره ذكروا هذه المسألة^(١) هنا جازمين بحكمها على الوجه المذكور بعبارةٍ متقاربة أو متحدة، وذكروا نظيرها في باب الوديعة وباب القراض^(٢)، واستشكلوا حكمها. والأمر فيه كذلك، فإن أصالة براءة ذمة المرتهن معارضة بأصالة بقاء المال، والحال أنه في يد المرتهن، وقد قال - صلى الله عليه وآله - : «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّي»^(٣)، فإذا مات ولم يُعلم بعينه فأصالة بقاءه وثبوت يده يقتضي كونه في يده، فإذا لم يُعلم عينه كان المعلوم بقاءه، وإن لم يتحقق كونه من جملة التركة، لاحتمال كونه في محلٍ آخر، إلا أن على المرتهن التخلص منه، وحيث لم يتعين يكون مضموناً، خصوصاً إذا أمكنه الوصاية والإشهاد فلم يفعل.

وعلى هذا فيحتمل كون حق الراهن كالمال الموجود، فيقدّم بقدره على غيره من الديان، لأنه بمنزلة الشريك، حيث حكم ببقاء ماله. ويحتمل كونه بمنزلة الديان،

(١) و (٢) راجع القواعد ١ : ١٦٤ ، ١٩١ ، ٢٥١ .

(٣) عوالي اللئالي ١ : ٢٢٤ ح ١٠٦ ، المستدرک ١٤ : ٨ ذيل ح ١٢ . سنن الترمذي ٣ : ٥٦٦

ح ١٢٦٦ ، سنن ابن ماجه ٢ : ٨٠٢ ح ٢٤٠٠ .

ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن. والمرتهن أحقّ باستيفاء دينه من غيره من الغرماء، سواء كان الراهن حياً أو ميتاً على الأشهر. ولو أعوز ضرب مع الغرماء بالفاضل.

لعدم العلم ببقاء عين المال، وأصالة بقائه بحسب الظاهر، فيكون بمنزلة الدّين^(١). ويمكن أن يقال على أصل هذا الاشكال: لا تعارض بين الأصلين السابقين، فإنّ أصالة بقاء المال يمكن أن يجمع أصالة البراءة، لأنّ المال بيد المرتهن غير مضمون بل هو أمانة، ثم يمكن تلفه بغير تفريط، فلا يكون مضموناً. وحديث «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي» لا بدّ من تخصيصه بالأمانات، ولم يُعلم هنا ما يزيل الأمانة، فيبقى أصالة براءة الدّمة رافعةً لاستحقاق الراهن عن المال والدّمة، لعدم التعارض، فيتمّ ما أطلقوه حيث يشتهه الحال. وهذا البحث جارٍ في كلّ أمانة يمكن تلفها قبل الموت بغير تفريط.

قوله: «ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن».

موضع الشبهة الموجبة لذكر المسألة ما لو كان وكيلًا في البيع، فإنّه حينئذٍ يجوز له أن يبيعه من نفسه، ويتولّى طرفي العقد، لأنّ الغرض وهو البيع بثمن المثل حاصل، وخصوصيّة المشتري ملغاة، حيث لم يتعرّض لها. وربّما قيل بالمنع، لأنّ ظاهر الوكالة لا يتناوله. والأقوى الجواز كما في كلّ وكالة. وكذا يجوز له أن يبيع على ولده بطريقٍ أولى. ومنع ابن الجنيّد من بيعه على نفسه وولده وشريكه ومنّ يجري مجراهما^(٢)، لتطرّق التهمة.

قوله: «والمرتهن أحقّ باستيفاء دينه - إلى قوله - على الأشهر».

يتحقّق التعارض في الحيّ إذا كان مفلساً محجوراً عليه، إذ بدونه يتخبر في الوفاء. والخلاف في تقديم المرتهن على غرماء الميت، فقد روي^(٣) أنّه حينئذٍ وغيره سواء. والأقوى تقديمه مطلقاً، لسبق تعلق حقّه بالعين.

(١) في «ه»: الدّيان.

(٢) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٢.

(٣) الوسائل ١٣: ١٣٩ «ب» ١٩ من أبواب الرهن ح ١، ٢.

والرهن أمانة في يده لا يضمنه لو تلف، ولا يسقط به شيء من حقه ما لم يتلف بتفريطه .

ولو تصرف فيه بركوب أو سكنى أو إجارة ضمن ولزمته الأجرة .
وإن كان للرهن مؤنة كالدابة أنفق عليها وتقاصاً، وقيل : إذا أنفق عليها كان له ركوها، أو يرجع على الراهن بها أنفق،

قوله : «والرهن أمانة - إلى قوله - بتفريطه» .

هذا هو المشهور، بل ادعى عليه الشيخ الاجماع^(١) . وقد روي أنه لو تلف بغير تفريط يقع التقاص بين قيمته وبين الدين .^(٢) وهو متروك . وعليه نبه المصنف بقوله : «ولا يسقط من حقه شيء» . وإلا فلولا الرواية لم يصح إطلاق سقوط شيء من حقه وإن حكم بضمان الرهن، لأن الدين قد لا يكون من جنس ما يضمن به التالف، فلا يسقط من الحق شيء، وإن كان التالف مضموناً، لاختلاف الحقيين .

قوله : «ولو تصرف فيه - إلى قوله - ولزمه الأجرة» .

ضمان الأجرة في الأولين واضح، لأنه انتفاع بهال الغير بغير إذنه، فيضمن أجرته . وأما ضمان الأجرة بالاجارة فأنما يتم مع مضي مدة تقابلها أجرة عادة، لا بمجرد عقد الاجارة، كما يقتضيه ظاهر العبارة، وإن كان ذلك يعدّ تعدياً، إلا أن الأجرة لا ترتب عليه إلا بمضي مدة يحتملها، كما لا يخفى .

ثم على تقدير ضمان الأجرة في الثلاثة تختلف كيفية الضمان، فإن المضمون في الأولين أجرة المثل، وأما الثالث فاذا مضت مدة الاجارة، أو ما يقابل بأجرة، فإن الراهن يتخير بين فسخ الاجارة والرجوع بأجرة المثل، وبين الإجارة، فيرجع بالمسمى .

قوله : «وإن كان للرهن مؤنة - إلى قوله - أو يرجع على الراهن بما أنفق» .

(١) الخلاف ٣ : ٢٥٦ مسألة ٦٦ كتاب الرهن

(٢) انظر الوسائل ١٣ : ١٢٥ ب «٥» من أبواب أحكام الرهن .

ويجوز للمرتهن أن يستوفي دينه مما في يده إن خاف جحود الوارث مع اعترافه. أما لو اعترف بالرهن وادّعى ديناً، لم يحكم له، وكُلّف البيّنة، وله إخلاف الوارث إن ادّعى عليه العلم.

القول للشيخ^(١) - رحمه الله - إستناداً إلى رواية أبي ولّاد^(٢). والمشهور أنه ليس للمرتهن التصرف في الرهن مطلقاً إلاّ باذن الراهن، فإن تصرف لزمته الأجرة فيما له أجرة، والمثل أو القيمة فيما يضمن كذلك، كاللين. وأمّا النفقة فإن أمره الراهن بها رجع بما غرم، وإلاّ استأذنه، فإن امتنع أو غاب رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذّر أنفق هو بنية الرجوع، وأشهد عليه، ليثبت له استحقاقه، فإن تصرف مع ذلك في شيءٍ مما ذكر سابقاً ضمنه مع الاثم، وتقاصاً، ورجع ذو الفضل بفضله. وهذا هو الأقوى. والرواية محمولة على الاذن في التصرف والإنفاق مع تساوي الحقيقتين. وربما قيل بجواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذّر استيذانه واستيذان الحاكم. واستحسنه في الدروس^(٣). وفي الرواية دلالة عليه.

قوله: «ويجوز للمرتهن أن يستوفي دينه مما في يده إن خاف جحود الوارث مع اعترافه».

المراد أنه لم يكن وكيلاً في البيع، إمّا لعدمها ابتداءً، وإمّا لبطلانها بموت الراهن كما مرّ، فإنّه حينئذٍ يجوز له أن يبيع بنفسه ويستوفي إن خاف جحود الوارث للدين. والمراد الخوف المستند إلى القرائن المثمرة للظنّ الغالب. وكذا يجوز له ذلك لو خاف جحود الراهن أيضاً، ولم يكن وكيلاً. كلّ ذلك مع عدم البيّنة المقبولة عند الحاكم، وإلاّ لم يجز، بل يثبت عنده الدين والرهن ويستأذنه في البيع. وربما أُلحق بخوف الجحود احتياجه إلى اليمين، فيجوز الاستبداد بالبيع دفعاً له. وليس بمعتمد.

(١) النهاية: ٤٣٥

(٢) الكافي: ٥: ٢٣٦ ح ١٦، الفقيه: ٣: ١٩٦ ح ٨٨٩، التهذيب: ٧: ١٧٦ ح ٧٧٨، الوسائل

١٣: ١٣٤ ب «١٢» من أبواب أحكام الرهن ح ١.

(٣) الدروس: ٣٩٩.

ولو وطئ المرتهن الأمة مكرهاً كان عليه عُشر قيمتها أو نصف العُشر، وقيل : عليه مهر أمثالها . ولو طاوعته لم يكن عليه شيء .
وإذا وضعاه على يد عدلٍ فللعدل ردّه عليهما، أو تسليمه إلى مَنْ يرتضيانه .

قوله : «ولو وطئ المرتهن الأمة مكرهاً - إلى قوله - مهر أمثالها» .
المراد العشر إن كانت بكرًا، ونصف العشر إن كانت ثيبًا . وقيل : مهر أمثالها مطلقاً، لأنّه عوض الوطاء شرعاً . وربّما قيل بتخيّر المالك بين الأمرين . وربّحه الشهيد - رحمه الله - في بعض حواشيه . وهل يجب مع ذلك أرش البكارة فلا يدخل في المهر؟ يحتمله، لأنّه عوض جزءٍ فايت، والمهر - على أيّ وجهٍ كان - عوض الوطاء .
فإن قيل : إذا وجب أرش البكارة صارت ثيبًا، فيجب عليه مهر الثيب خاصّةً .

قلنا : إذا وطئها بكرًا فقد استوفى منفعتها على تلك الحال، وفوت جزءاً منها، فيجب عوض كلٍّ منها ولا يتداخلان، ولأنّ أحدهما عوض جزءٍ، والآخر عوض منفعة . وربّما قيل بدخوله في العشر وعدم دخوله في مهر المثل . وأكثر عبارات الأصحاب هنا مطلقة .

قوله : «ولو طاوعته لم يكن عليه شيء» .

هذا هو المشهور، ومستنده قوله - صلّى الله عليه وآله - : «لا مهر لبغي»^(١) وهو نكرة في سياق النفي، فيعمّ . وفيه : منع دلالته على موضع النزاع، لأنّ الأمة لا تستحقّ المهر ولا تملكه، فلا ينافي استحقاق سيدها له، مع كون التصرف وقع في ملكه بغير إذنه . وأيضاً فالمهر شرعاً يطلق على عوض بضع الحرّة، حتى سمّيت بسببه مهرة، بخلاف الأمة، فالنفي محمول عليها لهذين الوجهين، مضافاً إلى ما ذكرناه، فثبوت المهر أقوى . والمراد به أحد الأمرين السابقين . ثمّ على تقدير نفيه لا شبهة في ثبوت أرش البكارة هنا، لأنّها جناية على مال الغير، فيثبت أرشها .

(١) لم نعرّض عليه بلفظه وورد النهي عنه في البخاري ٣ : ١١٠ باب ثمن الكلب من كتاب البيوع، وورد أنه سحت في الوسائل ١٢ : ٨٣ ب «١٤» من أبواب ما يكتسب به ح ٦ .

ولا يجوز له تسليمه مع وجودهما إلى الحاكم، ولا إلى أمينٍ غيرهما من غير إذنهما. ولو سلّمه ضمن. ولو استترا أقبضه الحاكم. ولو كانا غائبين وأراد تسليمه إلى الحاكم، أو عدلٍ آخر، من غير ضرورة، لم يجوز ويضمن لو سلّم.

وكذا لو كان أحدهما غائباً. وإن كان هناك عذر سلّمه إلى الحاكم. ولو دفعه إلى غيره من غير إذن الحاكم ضمن. ولو وضعه على يد عدلين لم ينفرد به أحدهما، ولو أذن له الآخر.

قوله: «ولو استترا - إلى قوله - ويضمن لو سلّم».

المراد بالأول أنها استترا عمداً لثلاً يتسلّمها منه مع طلبه منها تسلّمه، فأنه حينئذ يرفع أمره إلى الحاكم، إذ لا يجب عليه الاستمرار على الاستيداع، والحاكم وليّ الممتنع. أما لو كانا غائبين اتفاقاً فإنّ المستودع يجب عليه الصبر إلى أن يحضرا، إذ لم يحصل منها تقصير. فإن عرض له عذر عن إبقائه في يده كسفر عزم عليه، أو مرضٍ خاف منه، دفعه إلى الحاكم حينئذٍ، لأنّه وليّ الغائب. وللحاكم حينئذ أن ينصب عدلاً يقبضه لهما.

لا يقال: إذا كان الحاكم وليّ الغائب فللعدل دفعه إليه مع غيبتهما، وإن لم يكن له ضرورة، كما أنّه دفعه إلى مالكه كذلك.

لأننا نقول: إنّ ولاية الحاكم ليست كولاية المالك مطلقاً، بل هي منوطة بالحاجة والمصلحة، ومن القواعد المقررة - وسيأتي في بابها - أنّ الودعي ليس له دفع الوديعة إلى الحاكم مع إمكان المالك، ولا مع غيبته إلا مع الضرورة، وهذه من أفراد تلك. ولو كان الحاكم كالمالك لجاز الدفع إليه في الموضوعين. وفي هذا الفرق بحث.

ولو تعذر الحاكم واضطرّ إلى الأيداع أودعه الثقة، وأشهد عليه عدلين، ولا ضمان.

قوله: «ولو وضعه على يد عدلين لم ينفرد به أحدهما ولو أذن له

الآخر».

ولو باع المرتهن أو العدل الرهن، ودفعت الثمن إلى المرتهن، ثم ظهر فيه عيب، لم يكن للمشتري الرجوع على المرتهن. أما لو استحق الرهن إستعداد المشتري الثمن منه.

لأنّ الراهن لم يرض بأمانة أحدهما منفرداً، فلا يجوز لأحدهما الانفراد وإن أذن الآخر. ومتى سلّمه أحدهما إلى صاحبه ضمن كلٌّ منهما في الجملة، لكن هل يضمن الجميع بناءً على أنّ كلّاً منهما يجب عليه حفظه أجمع، وقد حصل منه سبب الضمان للجميع، فيتخبر المالك في تضمين أيّهما شاء، أم يضمن النصف لأنّهما بمنزلة أمينٍ واحد، و الواجب عوض واحد، وهما متساويان في ثبوت سبب الضمان، أحدهما بالتفريط، والآخر بالعدوان؟ فيه وجهان، أجودهما الأول لما ذكر. ويضعف الثاني بمنع كونها بمنزلة أمينٍ واحد، بل كلّ واحدٍ منهما أمين على الجميع، وإن كان قد شرط انضمامه إلى الآخر. وتساويهما في ثبوت سبب الضمان لا يقتضي التقييد، كما لو ترتبت أيدي الغاصبين على العين الواحدة. وعلى هذا فالأجود استقرار الضمان على من تلف في يده، مع احتمال استقراره على من ضمّنه المالك.

قوله: «ولو باع المرتهن الرهن أو العدل - إلى قوله - إستعداد المشتري الثمن منه».

الفرق بين العيب والاستحقاق: أنّ العيب لا يبطل البيع، وإنّما يبطل بفسخ المشتري من حين الفسخ، وهو مسبوق بقبض المرتهن الثمن، وتعلّق حقّ الوثيقة به، سواء كان قد أخذه من دينه أم أبواه وثيقة، بل تعلّق الوثيقة به في الحقيقة حصل بمجرد البيع، لأنّه وقت نقل الثمن إلى الراهن، فلا يبطله الفسخ الطارئ من المشتري، بل يرجع المشتري على الراهن بعوض الثمن، بخلاف ظهور استحقاق الرهن، فإنّه يبطل البيع من أصله، فلا يدخل الثمن في ملك الراهن، ولا يصحّ قبض المرتهن له، وحينئذٍ فيطالب به من هو في يده من العدل والمرتهن.

ولو وجدته تالفاً، فإن كان تلفه في يد العدل، والمشتري عالم بأنّه وكيل، فالرجوع على الراهن. وإن لم يعلم رجوع على العدل، لأنّ المعاملة بينها، والثمن

وإذا مات المرتهن كان للراهن الامتناع من تسليمه إلى الوارث .
فإن اتفقا على أمينٍ، وإلا سلّمه الحاكم إلى مَنْ يرتضيه .
ولو خان العدل نقله الحاكم إلى أمينٍ غيره، إن اختلف المرتهن
والمالك .

مملوك للمشتري، فيكون مضموناً على مَنْ هو في يده ظاهراً، ويرجع العدل على
الراهن . وإن كان التلف في يد المرتهن رجع عليه بال عوض أيضاً . وهل يغرمه المرتهن،
أو يرجع على الراهن؟ نظر . ومقتضى قواعد الغصب رجوعه مع جهله وعلم الراهن
بالاستحقاق، لغروه . والكلام آتٍ فيما لو تلف الرهن في يد المرتهن ثم ظهر
مستحقاً .

قوله: «وإذا مات المرتهن كان للراهن الامتناع من تسليمه إلى
الوارث» .

وضع الرهن في يد المرتهن أو غيره مشروط باتّفاقها عليه، فإن شرطاً شيئاً في
عقد الرهن تعين، وإلا فعلى حسب ما يتفقان عليه . فإذا كان في يد المرتهن بالاشتراط
أو بالاتّفاق فمات لم يجب على الراهن إبقاؤه في يد وارثه، فإنه قد يستأمن المورث ولا
يستأمن الوارث . وكذا للوارث الامتناع من تسليم الرهن^(١) له . وحينئذٍ فإن اتّفقا على
أحدٍ ممن يجوز توكيله، وإن لم يكن عدلاً جاز، وإلا تسلّمه الحاكم أو سلّمه إلى عدلٍ
ليقبضه لهما .

وكذا لو مات الراهن فلورثته الامتناع من إبقائه في يد المرتهن والعدل، لأنهما
في القبض بمنزلة الوكيل تبطل وكالته بموت الموكل، وإن كانت مشروطة في عقد
الرهن، إلا أن يشترط استمرار الوضع بعد موته، فيكون بمنزلة الوصي في الحفظ .
قوله: «ولو خان العدل نقله الحاكم إلى أمينٍ غيره إن اختلف المرتهن
والمالك» .

إذا اتّفقا على وضعه على يد عدلٍ فخان، فإن اتّفقا على بقاءه في يده أو يد

(١) كذا في «ب» و«س» وفي غيرهما: الراهن .

غيره فلا كلام، وإلا رفع الممتنع أمره إلى الحاكم ليخرجه من يده إلى يد عدلٍ غيره . وكذا لو تجدد للعدل عداوة دنيوية لأحدهما، أو ضعف عن حفظه . ولو اختلفا في التغير المجوز للنقل بحث عنه الحاكم، فإن ظهر التغير نقله، وإلا أقره . وكذا لو كان في يد المرتهن فادعى الراهن تغير حاله .

السادس

في اللواحق

وفيه مقاصد :

الأول: في أحكام متعلّقة بالرهن .

لا يجوز للرهن التصرف في الرهن باستخدامٍ ، ولا سكنيً ، ولا إجارةٍ . ولو باع أو وهب وقف على إجازة المرتهن .

قوله: «لا يجوز للرهن التصرف في الرهن باستخدامٍ ولا سكني ولا

إجارة» .

لما كان الرهن وثيقةً لذئ المرتهن، إمّا في عينه، أو بدله، لم تتمّ الوثيقة إلا بالحجر على الرهن وقطع سلطنته، ليتحرك إلى الأداء، فمن ثمّ منع الرهن من التصرف في الرهن، سواء أزال الملك كالبيع، أم المنفعة كالإجارة، أم انتقص المهرن به وقلل الرغبة فيه كالتزويج، أم زاحم المرتهن في مقصوده كالرهن لغيره، أم أوجب انتفاعاً وإن لم يضرّ بالرهن كالاستخدام والسكني . ولا يمنع من تصرف يعود نفعه على الرهن، كمداواة المريض، ورعي الحيوان، وتأبير النخل، وختن العبد، وخفض الجارية، إن لم يؤدّ إلى النقص .

إذا تقرّر ذلك، فلو تصرف الرهن بها يمنع منه، فإن كان بعقدٍ كان موقوفاً على إجازة المرتهن، فإن أجازته صحّ، وإلا بطل . وإن كان بانتفاعٍ منه أو بمن سلّطه عليه ولو بعقدٍ لم يصحّ وفعل محرّماً .

ثمّ إن قلنا إنّ النماء المتجدّد يتبع الرهن يثبت عليه أجرة ذلك، إن كان ممّا له

وفي صحّة العتق مع الإجازة تردّد، والوجه الجواز. وكذا المرتهن .
وفي عتقه مع إجازة الراهن تردّد، والوجه المنع ،

أجرة عادة، وكانت رهناً. وإن لم نقل بالتبعيّة لم يلزمه شيء. وأطلق الشيخ^(١) - رحمه الله - أنه لو آجره فالأجرة له، وجوّز للراهن الإنزاع على الأثنى مطلقاً. وهو ضعيف، لتعرضه للنقص، ولأنه انتفاع في الجملة ينافي الحجر.

هذا كلة إذا لم يكن العقد أو الإذن من الراهن للمرتهن، فلو كان معه بأن آجره أو أسكنه أو حلّله^(٢) الوطاء أو باعه وشبه ذلك صحّ، لانحصار الحقّ فيها، كما لو اتفقا على ذلك للغير.

قوله: «وفي صحّة العتق مع الإجازة تردّد، والوجه الجواز».

منشأ التردّد: من كون العتق إيقاعاً، فلا يكون موقوفاً، لاعتبار التنجيز فيه، ومن أن المانع حقّ المرتهن وقد زال بإجازته. وهو أقوى. ومنع منافاة التوقّف المذكور للتنجيز، كغيره من العقود التي يشترط فيها ذلك أيضاً، فإنّ التوقّف الممنوع هو توقّف مقتضي على شرط، لا على زوال مانع. وعلى هذا لو لم يبطله المرتهن إلى أن افتكّ الرهن لزم.

قوله: «وكذا المرتهن».

عطف على أوّل المسألة. والمشبّه به عدم جواز تصرف الراهن في الرهن بشيء من الأمور المذكورة سابقاً، لا على مسألة العتق، لأنها تأتي.

قوله: «وفي عتقه مع إجازة الراهن تردّد، والوجه المنع».

وجه التردّد قريب مما سبق، إلا أنّ المنع هنا أقوى، بل كثير من الأصحاب لم يتوقّف في حكمه، لأنّ المرتهن غير مالك، ولا عتق إلا في ملك، فيكون كالفضولي لا يصحّ عتقه الاجازة.

(١) المبسوط ٢: ٢٣٨.

(٢) في «س»: حلل له.

لعدم الملك ما لم يسبق الإذن .

ولو وُطئ الرهن فأجلها، صارت أمّ ولده، ولا يبطل الرهن .
وهل تباع؟ قيل: لا، ما دام الولد حيّاً، وقيل: نعم، لأنّ حقّ
المرتهن أسبق، والأوّل أشبه .

قوله: «ما لم يسبق الإذن» .

أي إذن الرهن للمرتهن في العتق، فأنّه يصحّ العتق حينئذٍ، لزوال المانع .
وقد يشكّل بأنّ المرتهن غير مالِك، وإذن الرهن له لا يصيرُه ملكاً له، فيأتي ما تقدّم .
ويندفع بها سيأتي - إن شاء الله تعالى في العتق - من أنّ المأذون والمأمور بعتق عبده عن
غيره يصحّ عتقه، وينتقل إلى ملك الأمر المأذون له قبل إيقاع الصيغة أنا يسيراً، أو
بالصيغة المقترنة بالأمر أو الإذن .

ولو كان إذن الرهن للمرتهن في عتقه مطلقاً أو عن الرهن فلا إشكال، لأنّ
المرتهن حينئذٍ وكيل عن المالك . ولو حملت العبارة على ذلك كان أولى، واسترحنا من
ذلك الاشكال المتوقّف زواله على أمورٍ خفيّة .

قوله: «وهل تباع؟ قيل: لا - إلى قوله - والأوّل أشبه» .

إذا وُطئ الرهن أمته المهونة فأجلها صارت أمّ ولدٍ، سواء وُطئ بإذن
المرتهن أم لا، وإنّ لزمه الإثم في الثاني والتعزير . وعلى التقديرين لا يبطل الرهن،
لعدم المنافاة بينه وبين الاستيلاء، لجواز موت الولد .

وهل يجوز بيعها مع حياته لأجل الدّين؟ أقوال، أحدها: الجواز مطلقاً،
لاطلاق الأوامر ببيع الرهن في الدّين^(١)، وسبق حقّ المرتهن على الاستيلاء . وثانيها:
المنع مطلقاً، للنهي عن بيع أمّ الولد^(٢)، وتشبّهها بالحرية، وبناء العتق على التغليب .
كلّ ذلك ما دام ولدها حيّاً زمن الرهن . وثالثها: التفصيل بإعسار الرهن فتباع،

(١) الوسائل ١٣ : ١٢٤ ب «٤» من أبواب أحكام الرهن ح ١ . ٢ . ٣ .

(٢) الوسائل ١٣ : ٥١ ب «٢٤» من أبواب بيع الحيوان و ١٦ : ١٠٧ ب «٦» من أبواب الاستيلاء .

ولو وَطَّئَهَا الرَّاهِنُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ لَمْ يُخْرَجْ عَنِ الرَّهْنِ بِالْوَطْءِ . وَلَوْ أَذِنَ لَهُ فِي بَيْعِهَا فَبَاعَ بَطَلَ الرَّهْنِ ، وَلَا يُجِبُ جَعْلَ الثَّمَنِ رَهْنًا .

ويساره فتلزمه القيمة من غيرها يكون رهناً، جمعاً بين الحقيين . إختاره في التذكرة^(١)، وهو قول الشيخ في الخلاف^(٢) .

ومرجع الأقوال الى تعارض أدلة منع بيع أمّ الولد وتسويغ بيع الرهن، فمنهم مَنْ جمع بينهما، ومنهم مَنْ رَجَحَ . والأقوى ترجيح جانب الرهن، لسبق سببه، فتجوز بيعه مطلقاً أقوى .

وربما قيل بجواز بيعها مع وطئه بغير إذن المرتهن، ومنعه مع وقوعه بإذنه . واختاره الشهيد - رحمه الله - في بعض حواشيه . فتكون الأقوال أربعة .

قوله: «ولو وَطَّئَهَا الرَّاهِنُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهِنِ لَمْ يُخْرَجْ عَنِ الرَّهْنِ بِالْوَطْءِ» .

لا شبهة في عدم خروجها عنه بمجرد الوطء، إذ لا منافاة بينهما، بل لا تخرج بالحبل أيضاً، كما قدّمناه، وإن منعنا من بيعها، لإمكان موت الولد، فإنه مانع، فإذا زال عمل السبب السابق عمله .

قوله: «ولو أذن له في بيعها فباع بطل الرهن، ولا يجب جعل الثمن رهناً» .

لما كان حقّ المرتهن متعلقاً بعين الرهن، فإذا أذن للراهن فيما فيه زوال الملك عنه، فإن كان بغير عوضٍ كالعتق والهبة فلا إشكال في عدم لزوم إقامة بدله، لزوال متعلق الرهن - وهو العين - بإذن المرتهن، سواء كان الدّين حالاً أم مؤجّلاً . وإن كان بعوضٍ كالبيع فالمشهور أنه كذلك، لعين ما ذكر . وللشيخ - رحمه الله - قول^(٣) بأنّ الإذن إن كان بعد محلّ الحقّ يكون الثمن رهناً مكانه، لأنّ عقد الرهن يقتضي بيع الرهن عند محله، فيصرف الإذن إليه .

(١) التذكرة ٢ : ٢٨ .

(٢) الخلاف ٣ : ٢٢٩ مسألة ١٩ من كتاب الرهن .

(٣) المبسوط ٢ : ٢١٠ .

ولو أذن الراهن للمرتهن في البيع قبل الأجل لم يجز للمرتهن التصرف في الثمن إلا بعد حلوله . ولو كان بعد حلوله صحّ .
 وإذا حلّ الأجل وتعدّر الأداء كان للمرتهن البيع إن كان وكيلًا ،
 وإلا رفع أمره إلى الحاكم ، ليلزمه البيع . فان امتنع كان له حبسه ، وله أن يبيع عليه .

هذا كلّ مع عدم شرط جعل الثمن رهناً عند الإذن في البيع . وإلا لزم قطعاً ، لعموم قوله - صلى الله عليه وآله - : «المؤمنون عند شروطهم»^(١) . ولا فرق في ذلك أيضاً بين أن يكون الدّين حالاً ومؤجلاً . ومثله في الجواز ما لو كان الدّين مؤجلاً ، فأذن المرتهن في البيع بشرط أن يعجل حقه من ثمنه ، فيلزم الشرط ، لأنّه شرط سائغ تدعو الحاجة إليه . نبّه عليه في التذكرة^(٢) .

قوله : «ولو أذن الراهن - إلى قوله - ولو كان بعد حلوله صحّ» .

وجه عدم الجواز ظاهر ، لعدم استحقاقه حينئذٍ ، والإذن في البيع لا يقتضي الإذن في تعجيل الاستيفاء . ولو كان ذلك بعد الحلول فقد أطلق المصنّف - رحمه الله - صحّة التصرف للمرتهن . وهو مبنيّ على كون الحقّ موافقاً للثمن جنساً ووصفاً ، فلو تخالفا لم يجز التصرف فيه إلا بإذن المرتهن ، كما لا يجوز له التصرف في نفس الرهن ، لافتقاره إلى معاوضةٍ أخرى .

قوله : «وإذا حلّ الأجل - إلى قوله - وله أن يبيع عليه» .

هذا حكم استيفاء المرتهن حقه من الرهن . وحاصله : أنّه إن كان وكيلًا باع الرهن بنفسه مع حلول الدّين إمّا بأصله أو بانقضاء أجله ، حتى لو كان حالاً فله البيع في مجلس الرهن ، ما لم يشترط عليه تأخير التصرف إلى مدّة ، فيقوم مقام تأجيل الدّين . وإن لم يكن وكيلًا طلب من الراهن البيع ، أو الإذن فيه ، فإن فعل وإلا رفع

(١) التهذيب ٧ : ٣٧١ ح ١٥٠٣ ، الاستبصار ٣ : ٢٣٢ ح ٨٣٥ ، الوسائل ١٥ : ٣٠ ب «٢٠»

مس أبواب المهور ح ٤ .

(٢) التذكرة ٢ : ٣٠ .

الثاني: في أحكامٍ متعلّقةٍ بالرهن.

الرهن لازم من جهة الراهن، ليس له انتزاعه إلا مع إقباض الدّين أو الإبراء منه، أو تصريح المرتهن بإسقاط حقّه من الارتهان.

أمره إلى الحاكم، والمصنّف - رحمه الله - طوى هذه الوساطة لظهور أمرها، فيلزمه الحاكم بالبيع أو يبيع عليه، لأنّه وليّ الممتنع.

وهذا كلّه لإشكال فيه، وإنّما يقع الاشتباه في موضعين، أحدهما: لو كان حقّه لا يمكنه إثباته عند الحاكم، لعدم بيّنة مقبولة أو حاضرة عنده. والثاني: ما لو تعذّر وصوله إلى الحاكم، لعدمه، أو لبعده. فيحتمل حينئذٍ قوياً جواز استقلاله بالبيع بنفسه، ويستوفي حقّه، كما لو ظفر بغير جنس حقّه من مال المديون وهو جاحد ولا بيّنة. وهو خيرة التذكرة^(١)، بل فرضها فيما هو أبلغ من ذلك، وهو ما لو لم يكن في البلد حاكم. والظاهر أنّ المعتبر بعده بحيث يشقّ التوصل إليه عادةً، لا مطلق كونه في غير البلد.

ولو أمكن إثباته عند الحاكم بالبيّنة، لكن افتقر إلى اليمين، لكون المدعى عليه غائباً ونحوه، فالظاهر أنّه غير مانع، ولا يجوز له الاستقلال، لإمكان الاستيفاء من وكيل المديون، وهو الحاكم، فلا يستبدّ بنفسه، مع احتمال الجواز، دفعاً لمشقة الخلف بالله تعالى.

قوله: «الرهن لازم - إلى قوله - من الارتهان».

عقد الرهن ذو جهتين بالنسبة إلى الجواز واللزوم، فهو لازم من قبل الراهن، وجائز من قبل المرتهن. والفرق أنّ الراهن يسقط حقّ غيره، والمرتهن يسقط حقّ نفسه. وليس له نظير في العقود إلا الكتابة المشروطة عند الشيخ - رحمه الله -^(٢)، فإنّها لازمة من قبل السيّد جائزة من قبل العبد. نعم، ربّما ناسبه عقد الفضولي من أحد الجانبين، فإنّه لازم من قبل من عقد لنفسه، جائز من قبل من عقد عنه فضولاً.

(١) التذكرة ٢ : ٣٢ .

(٢) المبسوط ٦ : ٩١ .

وعلى هذا يمكن تمثييه في سائر العقود على هذا الوجه .
 إذا تقرّر ذلك ، فلا يجوز للراهن انتزاعه بغير إذن المرتهن مطلقاً . وما استثناءه
 المصنّف يخرجّه عن كونه رهناً ، فالاستثناء فيه منقطع . وجمله ما ذكره من مبطلات
 الرهن ثلاثة :

أحدها : إقباض الدّين ، ولا يعتبر كونه من الراهن ، بل لو أقبضه غيره - وإن
 كان متبرعاً - فكّ الرهن . وفي حكمه ضمان الغير له مع قبول المرتهن ، والحالة به .
 وثانيها : إبراء المرتهن له من الدّين . وفي حكمه الإقالة المسقطه للثمن المرهون
 به ، أو الثمن المسلم فيه المرهون به . وبالجملة : فالضابط براءة ذمّة الراهن من جميع
 الدّين ، فلو عبّر به المصنّف كان أشمل ، مضافاً إلى الثالث : وهو إسقاط المرتهن حقّه
 من الرهانة ، بمعنى فسخه لعقدّها . وأمره واضح ، لجوازه من قبله .

بقي في المسألة أمر آخر ، وهو ما لو أقبضه البعض ، أو أبرأه هو منه ، فهل
 يكون حكمه حكم ما لو أقبض الجميع أو أبرأ منه؟ يحتمل ذلك ، لأنّ الرهن إنّما وقع
 في مقابلة مجموع الدّين من حيث هو مجموع ، وقد ارتفع بعضه ، فيرتفع المجموع ،
 ضرورة ارتفاعه بارتفاع بعض أجزائه . فعلى هذا يبطل الرهن بسقوط جزءٍ ما من
 الدّين وإن قلّ . ويحتمل بقاءه أجمع ما بقي من الدّين جزءً ، نظراً إلى الغالب من تعلّق
 الأغراض باستيفاء الدّين عن آخره من الرهن . وهذا هو الذي قوّاه في الدروس^(١) ،
 وادّعى في المبسوط أنّه إجماع^(٢) . والأوّل مختار القواعد^(٣) .

نعم ، لو شرط كونه رهناً على المجموع لا على كلّ جزءٍ منه فلا إشكال في
 الأوّل ، كما أنّه لو شرط كونه رهناً على كلّ جزءٍ فلا إشكال في بقائه ما بقي جزء .
 وعلى الأوّل لو بذل الراهن شيئاً من الدّين ، ففي وجوب قبوله في غير ما يلزم

(١) الدروس : ٤٠٣ .

(٢) المبسوط : ٢ : ٢٠٢ .

(٣) قواعد الأحكام : ١ : ١٦٥ - ١٦٦ .

وبعد ذلك يبقى الرهن أمانةً في يد المرتهن، ولا يجب تسليمه إلا مع المطالبة.

منه نقص المائيّة - كمال السلم وثمان المبيع - نظر، من أدائه إلى الضرر بالانفساخ، ومن وجوب قبض بعض الحقّ في غير ما ذكر ويمكن أن يلحق هذا الفرد بنقص المائيّة، فإنّ إبطال الرهن موجب للنقص، خصوصاً مع إعسار الراهن، فيؤدّي إلى الضرر المنفي.

وبقي في المسألة عند الاطلاق إحتيال ثالث، وهو مقابلة أجزاء الرهن بأجزاء الدّين وتقسيطه عليها، كما هو مقتضى كلّ معاوضةٍ، فإذا برئ من بعض الدّين ينفكّ من الرهن بحسابه، فمن النصف النصف، ومن الثلث الثلث، وهكذا.

وهذا الاحتمال متوجّه، لأنّ إطلاق المقابلة بين الأمرين في المعاملة يقتضي ذلك، إلاّ أنّه يشكل بها لو تلف جزء من المرهون، فإنّه يقتضي أن لا يبقى الباقي رهناً على مجموع الدّين، بل على جزءٍ يقتضيه الحساب. ويمكن اندفاع هذا بما ذكره في توجيه الاحتمال الثاني من تعلّق الغرض باستيفاء الدّين كلّ من الرهن، ومرجهه إلى دلالة العرف على هذا المعنى.

قوله: «وبعد ذلك يبقى أمانةً في يد المرتهن لا يجب تسليمه إلا مع المطالبة».

المراد: أنّه يبقى في يد المرتهن بعد انفساخ الرهن أمانةً مالكيّةً لا شرعيّةً، ومن لوازمها عدم وجوب تسليمها إلى مالكيها إلا بمطالبتها، بخلاف الشرعيّة. وإنّما كان كذلك لأنّه مقبوض باذن المالك، وقد كان وثيقاً وأمانة، فاذا سقطت الوثيقة بقيت الأمانة، فتصير بمنزلة الوديعة، لا بمنزلة مال لو أطار الريح ثوباً إلى دار إنسان، حيث يلزمه ردّه على مالكيه ابتداءً، أو إعلامه به. وهذا ونحوه هو المعبر عنه بالأمانة الشرعيّة، حيث إنّ الشارع جعله أميناً عليه دون المالك، فتجب المبادرة إلى أحد الأمرين، لأنّ المالك لم يرض بكونه في يده.

ولو شرط إن لم يؤدّ، أن يكون الرهن مبيعاً، لم يصحّ.

ونبه بذلك على خلاف بعض العامة^(١)، حيث ذهب إلى أنه إذا قضاه يكون مضموناً، وإذا أبرأه ثم تلف الرهن في يده لا يضمّنه استحساناً. وهو تحكّم، بل ينبغي العكس، فإنّه مع القضاء يكون المالك عالماً بانفكاك ماله، فإذا لم يطالب به فقد رضي ببقائه أمانةً. وأمّا الإبراء فقد لا يعلم به الراهن، فلا يكون تاركاً لماله باختياره. قال في التذكرة: وينبغي أن يكون المرتهن إذا أبرأ الراهن من الدّين، ولم يعلم الراهن، أن يعلمه بالإبراء ويردّ الرهن عليه، لأنّه لم يتركه عنده إلاّ على سبيل الوثيقة، بخلاف ما إذا علم، لأنّه قد رضي بتركه في يده^(٢). وهو حسن.

قوله: «ولو شرط إن لم يؤدّ أن يكون الرهن مبيعاً لم يصحّ».

المراد: أنه رهنه الرهن على الدّين المؤجّل، وشرط له إن لم يؤدّ الدّين في ذلك الأجل يكون الرهن مبيعاً له بالدّين، أو بقدرٍ مخصوص، فإنّه لا يصحّ الرهن، ولا البيع. أمّا الرهن فلائنه لا يتوقّت إلاّ بالوفاء، وأمّا البيع فلائنه لا يتعلّق. وعبارة المصنّف مطلقة، إلاّ أنها منزّلة على ذلك، وإن كان الاطلاق مبطلاً أيضاً، إلاّ أنه حيث لم يعيّن وقتاً لا يتحقّق عدم الوفاء ما دام الراهن حيّاً، فيتعلّق البيع على الوفاء^(٣). وهو غير صحيح أيضاً، إلاّ أن الأصحاب وغيرهم فرضوها كما ذكرناه. وقد يُكتفى في تعليل بطلان الرهن ببطلان البيع المعلق، فهو شرط فاسد دخل على العقد فأفسده، كما تقدّم.

وخالف في ذلك بعض العامة^(٤)، فصحّ الرهن وأفسد البيع، لأنّ الراهن إذا رضي بالرهن مع هذا الشرط كان أولى أن يرضى به مع بطلانه. وفساده ظاهر، لأنّ مجرد الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد. إذا تقرّر ذلك، فلو قبضه المرتهن على هذا الوجه ضمنه بعد الأجل لا قبله،

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ٤٧٩ .

(٢) التذكرة ٢ : ٤١ - ٤٢ .

(٣) في «ن» و«س» و«م» : الوفاء .

(٤) المغني لابن قدامة ٤ : ٤٦٦ .

ولو غصبه ثم رهنه صحَّ، ولم يزل الضمان. وكذا لو كان في يده بيعٍ فاسد. ولو أسقط عنه الضمان صحَّ.

لأنه في مدة الأجل رهن فاسد، وبعده مبيع فاسد، وفاسد كل عقدٍ يتبع صحيحه في الضمان وعدمه، فحيث كان صحيح الرهن غير مضمونٍ كان فاسده كذلك، وحيث كان صحيح البيع مضموناً على المشتري ففاسده كذلك.

والسرّ في ذلك أنهما تراخيا على لوازم العقد، فحيث كان مضموناً فقد دخل القابض على الضمان، ودفع المالك عليه، مضافاً إلى قوله صلى الله عليه وآله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(١) وهو واضح. وحيث يكون غير مضمونٍ يكون التسليم واقعاً على اعتقاد صحّة العقد، فلم يقصد المسلم ضماناً، بل سلّم على قصد العدم، ولم يلتزم المسلم ضماناً أيضاً، فينتفي المقتضي له.

وهذا القسم إنما يتمّ لو كانا جاهلين بالفساد، أو عالين به، لإذن الدافع في القبض، فيكون بمنزلة الأمانة. وكذا لو كان الدافع عالماً به والقابض جاهل. أمّا لو انعكس أشكل من حيث إنّ القابض أخذ بغير حقّ، والدافع توهم اللزوم، وإلا لما رضي بدفع ماله، فينبغي أن يكون مضموناً، لعموم الخبر السالف، إلا أنّ الأصحاب وغيرهم أطلقوا القول في هذه القاعدة لم يخالف فيها أحد. ويمكن توجيهه أيضاً بأن المالك أذن في قبضه على وجه لا ضمان فيه، والمتسلّم تسلّمه منه كذلك، وعدم رضاه لو علم بعدم اللزوم غير معلوم، فالإذن حاصل، والمانع غير معلوم.

قوله: «ولو غصبه ثم رهنه صحَّ - إلى قوله - ولو أسقط عنه الضمان صحَّ».

الضمير البارز في «غصبه» و«رهنه» يعود إلى المال المجعول رهناً، وأمّا المستكنّ فيهما فلا يخلو من خفاء، فيمكن حينئذٍ أن يكون الفعلان مبنيين للمعلوم، فيعود ضمير «غصب» إلى فاعل الغصب المدلول عليه بالمقام، أكتفي به لأمن اللبس. وضمير «رهن» يعود إلى المغصوب منه المدلول عليه بالغصب، لاستلزامه غاصباً ومغصوباً منه. وعلى هذا فيصير ضمير «رهنه» البارز أحد مفعوليه، والثاني محذوف.

(١) سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠، المستدرک للحاکم ٢: ٤٧، عوالي اللئالي ٣: ٢٤٦ ح ٢.

والتقدير رهنه منه، أو إيّاه، أو الغاصب، ونحوه .
ويمكن بناء الصيغة الأولى للمجهول، وضميره المستكنّ نائب الفاعل، وضمير «رهنه» المستكنّ يعود إليه . أي لو غصب إنسان ماله، ثمّ رهنه ذلك المغصوب منه . والتقدير أنّه رهنه من الغاصب، إلّا أنّ فيه قصور العبارة عن تأدية هذا التقدير، ولا بدّ منه، لأنّه مفروض المسألة، إلّا أنّه يظهر بمعونة ما يأتي من قوله : «ولم يزل الضمان» .

ويمكن العكس، بأن تبني الصيغة الأولى للمعلوم، والثانية للمجهول، وتقدير الأولى كما مرّ، وضمير «رهنه» المستكنّ الذي هو نائب الفاعل يعود إلى الغاصب، والبارز إلى المال المضمّر في «غصبه» . ولا يحتاج إلى بيان الفاعل، لظهور أنّ الراهن شرعاً لا يكون إلّا المالك المغصوب منه . وهذا الوجه الأخير أوجه الثلاثة، وإن اشتركت في الدلالة على صعوبة تأليف العبارة .

إذا تقرّر ذلك فنقول : قد عرفت فيما تقدّم^(١) أنّه يجوز رهن العين المغصوبة عند الغاصب، والخلاف في أنّ قبضه هل يتحقّق بمجرد العقد، أو لا بدّ فيه من إذنٍ جديد؟ وأنّ المصنّف اختار تحقّقه بمجرد العقد، إكتفاءً بالقبض السابق . وبقي الكلام هنا في أنّ الضمان الذي كان قد حصل بالغصب هل يزول بالرهن أم لا؟ وإنّما يقع الاشتباه لو اكتفينا بالقبض السابق، كما اختاره المصنّف، أمّا لو قلنا بافتقار الرهن إلى قبضٍ جديد، فلا شبهة في أنّه قبله مضمون، لأنّه مقبوض بالغصب . والمصنّف - رحمه الله - جزم ببقاء الضمان وإن تحقّق القبض المصحّح للرهن . ووجهه : أنّ الضمان كان حاصلًا من قبل، ولم يحصل ما يزيله فيستصحب . وإنّما قلنا إنّ لم يحصل ما يزيله، لأن الحاصل - وهو الرهن المقبوض - يجمع الضمان، كما لو تعدّى المرتهن في الرهن، فانه يصير مضموناً ضمان الغصب، وهو رهن كما كان . وإذا لم يكونا متنافيين إستمرّ الضمان، لعدم المعارض، ولقوله - صلى الله عليه وآله - : «على اليد

ما أخذت حتى تؤدِّي»^(١)، ولأنَّ ابتداء كلِّ شيءٍ أضعف من استدامته، بناءً على احتياج المبتدأ إلى المؤثر قطعاً، واستغناء الباقي عنه، أو الخلاف في احتياجه، فإنَّ المتفق على احتياجه أضعف من المختلف فيه. وإذا كانت حالة الرهن القويّة - وهي استدامته - لا تمنع حالة الضمان الضعيفة - وهي ابتداؤه - كما إذا طرأ التعدي على الرهن، فلأنَّ لا تمنع حالة الرهن الضعيفة - وهي ابتداؤه - حالة الضمان القويّة - وهي استدامته - فيما لو طرأ ابتداء الرهن على استدامة الغصب أولى، خصوصاً وقد تقدّم أنّ وجه الاكتفاء بالقبض السابق - وإن كان غصباً - صدق قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾^(٢)، أعمّ من كونه مقبوضاً أمانةً وعدواناً، وحينئذٍ فيبقى ضمان الغصب مستمراً إلى أن يقبضه المالك، ثمَّ يرده إليه أو يسقط عنه ضمانه.

واستقرب العلامة في القواعد^(٣) زوال الضمان هنا بمجرد العقد، لانصراف القبض المستدام بعده إلى الرهن المقتضي لصيرورته أمانةً، ولزوال السبب المقتضي للضمان، لأنّه لم يبق غاصباً، فلا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدث سببٍ يخالف حكمه حكمه. وحدث التعدي في الرهن يوجب الضمان للعدوان لا للغصب، والحال أنّ هنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجبه. والأقوى الأوّل. وقد عرفت أنّه لا منافاة بين انصراف القبض إلى الرهن وبقاء الضمان.

والوجهان آتيان فيما لو لم يكتف بالقبض السابق، وجدّد له المالك الإذن في القبض، بتقريب الدليل، إلّا أنّ زوال الضمان هنا أقوى، لأنَّ إذن المالك له في قبضه بمنزلة قبضه إيّاه ثمَّ دفعه إليه، لأنّه حينئذٍ كوكيله، بخلاف السابق. وهذا البحث آتٍ في كلّ قبضٍ مضمونٍ كالمقبوض بالبيع الفاسد، والسّوم على القول به، والمستعير المفرط، والمشروط عليه الضمان، لاشتراك الجميع في المعنى.

(١) راجع ص ٥٦.

(٢) البقرة: ٢٨٣.

(٣) قواعد الأحكام ١: ١٦١.

وما يحصل من الرهن من فائدةٍ فهي للراهن .
ولو حملت الشجرة، أو الدابة، أو المملوكة بعد الارتهان، كان الحمل
رهنًا كأصل على الأظهر.

قوله: «وما يحصل من الرهن من فائدةٍ فهي للراهن» .
المراد بها يحصل منه زوائده وفوائده، متّصلةً كانت أم منفصلة، متولّدة كالثمرة
أم لا كالكسب، فإنّ جميعها ملك للراهن تبعاً للأصل، فإنّ حسبه لحقّ المرتهن لا
يخرجه عن حقيقة الملك . ويبقى أنّه هل يدخل معه في الرهن أم لا؟ وسيأتي .
قوله: «ولو حملت الدابة أو الشجرة أو المملوكة - إلى قوله - على
الأظهر» .

عدوله عن المسألة السابقة إلى الأمثلة المذكورة يوهّم أنّ الخلاف فيما ذكر، وقد
كان الأولى تفريعها على السابق، بأن يقول بعد الحكم بكون الفوائد ملكاً للراهن:
وهل يدخل في الرهن تبعاً للأصل، أم لا؟ ويحكم بما يختاره .
والحاصل: أنّ فوائد الرهن وزوائده المتجدّدة بعد الارتهان إن كانت متّصلةً
اتّصلاً لا يقبل الانفصال كالسمن والطول دخلت إجماعاً، وإن كانت منفصلةً
كالثمرة والولد، أو يقبل الانفصال كالشعر والثمرة قبل الجذاذ، ففي دخولها قولان:
أحدهما: - وهو المشهور، بل ادّعى عليه ابن إدريس^(١) الإجماع، [وقبله
المرتضى في الانتصار]^(٢) -: ما اختاره المصنّف، وهو دخولها فيه . ووجهه إمّا الإجماع
المنقول بخبر الواحد، أو أنّ النماء من شأنه تبعيّة الأصل في الحكم، كما يتبع ولد
المدبرة لها فيه .

والثاني: عدم الدخول، ذهب إليه الشيخ^(٣)، وتبعه العلامة^(٤) وولده^(٥)،

(١) السرائر ٢: ٤٢٤ .

(٢) الإنتصار: ٢٣٠ . وما بين المعقوفين ورد في هامش « و » وأنّه بخطه قدس سرّه .

(٣) المبسوط ٢: ٢٣٧ . الخلاف ٣: ٢٥١ مسألة ٥٨ من كتاب الرهن .

(٤) قواعد الاحكام ١: ١٦٤ .

(٥) ايضاح الفوائد ٢: ٣٦ .

ولو كان في يده رهنان بدينين متغايرين، ثم أدّى أحدهما، لم يجز إمساك الرهن الذي يخصّه بالدين الآخر.

والمحقق الشيخ علي^(١)، لأصالة عدمه، ولأنّ الأصل في الملك أن يتصرّف فيه مالكة كيف شاء، خرج منه الأصل بوقوع الرهن عليه، فيبقى الباقي. واحتجّ له العلامة^(٢) برواية السكوني^(٣)، وصحيحة إسحاق بن عمّار^(٤) عن الكاظم (عليه السلام). ولا شاهد فيها، لأنّ الأولى - مع ضعفها - تضمّنت كون المنفعة في مقابلة النفقة، والثانية أنّ الغلّة لصاحب الأصل. ولا نزاع فيه، إذ لا يلزم من دخوله في الارتهان خروجه عن الملك.

ويمكن أن يقال: على القول بعدم الدخول يلزم جواز انتفاع الراهن بالرهن، لأنّ المنفعة إذا لم تكن رهناً لا وجه لمنعه من التصرف فيها، لكنّ الإجماع على منعه. ويندفع ذلك بأنّ منعه من التصرف فيها لا من حيث المنفعة، بل من حيث استلزامه التصرف في المرهون، ولهذا لو انفصلت المنفعة كالثمرة والولد لم يمنعه من التصرف فيها.

ولعلّ هذا القول أقوى. والإجماع ممنوع. والتبعية في الملك مسلّمة، لا في مطلق الحكم. وتبعية ولد المدبّرة لتغليب جانب العتق.

ولو شرط المرتهن دخولها، أو شرط الراهن خروجها، إرتفع الاشكال ولزم الشرط. واستثنى في التذكرة^(٥) من ذلك ما يتجدّد من المنافع بالاختيار، كاستساب العبد، فلا يصحّ اشتراط دخوله، لأنّها ليست من أجزاء الأصل، فهي معدومة على الإطلاق.

(١) جامع المقاصد ٥: ١٣٢.

(٢) المختلف: ٤١٨.

(٣) التهذيب ٧: ١٧٥ - ١٧٦ ح ٧٧٥، الوسائل ١٣: ١٣٤ ب «١٢» من أبواب كتاب الرهن ج ٢.

(٤) الكافي ٥: ٢٣٥ ح ١٢، التهذيب ٧: ١٧٣ ح ٧٦٧، الفقيه ٣: ٢٠٠ ح ٩٠٧ بتفاوت يسير،

الوسائل ١٣: ١٣٠ ب «٨» من أبواب كتاب الرهن ح ١.

(٥) التذكرة ٢: ٣٧.

وكذا لو كان له دينان، وبأحدهما رهن، لم يجوز له أن يجعله رهناً بهما، ولا أن ينقله إلى دين مستأنف. وإذا رهن مال غيره بأذنه ضمنه بقيمته إن تلف أو تعذّر إعادته.

قوله: «وكذا لو كان له دينان وبأحدهما رهن لم يجوز أن يجعله رهناً بهما، ولا أن ينقله إلى دين مستأنف».

أي لا يجوز للمرتهن ذلك بنفسه بغير رضا الراهن، وإلا فقد تقدم^(١) أنه يجوز إدخال الدين المتجدّد في الرهن، وجعل الرهن على دين آخر مع التراضي. قوله: «وإذا رهن مال غيره بأذنه ضمنه بقيمته إن تلف أو تعذّر إعادته».

أجمع العلماء على جواز رهن مال الغير بأذنه على دينه في الجملة، وسّموه استعارةً للرهن، وجعلوها مضمونةً على الراهن وإن تلفت بغير تفريط، ولازمةً لا يجوز للمعير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن، وإن جاز له مطالبة الراهن بالفك عند الحلول.

ثم إن فكّه الراهن وردّه إلى مالكة تاماً فلا بحث. وإن تلف في يد المرتهن بغير تفريط لم يضمن، وضمن الراهن مثله إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً. والمعتبر في القيمة يوم التلف، لأنّه لم يخرج عن ملك المعير. هذا إن اختلفت القيمة بتفاوت السوق، فإن تفاوته غير مضمونٍ على الغاصب على الأقوى، فهنا أولى. وإن كان التفاوت لنقصٍ في العين ضمنه المستعير، كما يضمن الجملة. وفي حكم التلف تعذّر ردّه لغصبٍ ونحوه، أمّا تعذّره لبيع المرتهن له فسيأتي حكمه، فإطلاق المصنّف تعذّر إعادته يحتاج إلى التقييد.

وإنما يلحق هذه العارية الحكمان السابقان بعد الرهن، أما قبله فالأقرب انتفاؤهما، فلا يضمن إلا بالتفريط، ويجوز للمعير الرجوع فيها. وكذا يجوز بعده قبل

ولو بيع بأكثر من ثمن مثله كان له المطالبة بما بيع به .

القبض، إن جعلناه شرطاً في اللزوم .

ثم إن سَوَّغَ المالك للراهن الرهن كيف شاء، جاز رهنه ممّا شاء، على أيّ مقدارٍ شاء، بأيّ أجلٍ شاء . وإن قيّد له بعضها تقيّد . وإن أطلق الإذن ففي جوازه قولان، أحدهما الجواز، ويتخيّر كما لو عمّم، عملاً بالإطلاق . وبه قطع في الدروس^(١) . والثاني: المنع، لما فيه من الغرر والضرر بكثرة تفاوت الدّين والمرتهن والأجل . وهو أولى . فيذكر قدر الدّين وجنسه ووصفه، وحلوله أو تأجيله، وقدر الأجل، فإن تحطّى حينئذٍ كان فضولياً، إلّا أن يرهن على الأقل، فإنّه يدخل بطريقٍ أولى .

قوله: «ولو بيع بأكثر من ثمن مثله كان له المطالبة بما بيع به» .

إذا أراد المرتهن استيفاء دينه من الرهن المستعار فحكمه حكم غيره، من جواز بيعه إن كان وكيلاً، وإلّا استأذن المالك، وإلّا الحاكم كما مرّ . فإذا باعه على وجهٍ يصحّ فليكن بثمن المثل فصاعداً، كما في كلّ وكيلٍ، فإن باعه بأكثر فللمالك الأكثر، لأنّه ثمن ملكه، إذ العين باقية على ملكه إلى زمان البيع، ولا يتصوّر بيعه بنقصانٍ عن قيمته . فعبارة المصنّف بثبوت الزيادة عن ثمن المثل أجود من عبارة القواعد بأنّه يرجع بأكثر الأمرين من القيمة وما بيع به، لإيهامه إمكان بيعه بدون القيمة، وهو مممتنع، بخلاف الزيادة، لإمكان اتفاقٍ راغبٍ فيها يزيد عن ثمن المثل، بحيث لولا ظهوره لما وجب تحريه، لكونه على خلاف العادة المعروفة في ثمن مثله .

وربما فرض نقصان الثمن عن القيمة مع صحّة البيع بسبب قلّة الراغب في الشراء، مع كون قيمة المال في ذلك الوقت والمكان عند ذوي الرغبة أزيد مما بذل فيه . ويشكل بأنّ المعتبر في القيمة ما يبذل في ذلك الوقت لا ما يمكن بذله، فإن كان الذي باع به المرتهن يسوغ البيع به لم يثبت للمالك سبواه، وإلّا لم يصحّ البيع .

وإذا رهن النخل لم تدخل الثمرة وإن لم تؤثّر.
وكذا إن رهن الأرض لم يدخل الزرع، ولا الشجر، ولا النخل. ولو
قال: بحقوقها، دخل. وفيه تردّد، ما لم يصرّح.

قوله: «وإذا رهن النخل لم تدخل الثمرة وإن لم تؤثّر».

زوائد الرهن الموجودة حال الرهن متى كانت منفصلة كالولد واللبن، أو متّصلة لكن تقبل الانفصال كالثمرة والشعر والصوف المستجزين، لم يدخل في الرهن على المشهور. واستقرب في التذكرة دخول الصوف والشعر على ظهر الحيوان، محتجاً بأنه كالجزة منه، وتردّد في دخول اللبن في الضرع^(١). وفي القواعد^(٢) تردّد في الأمرين.

ولا فرق في ذلك بين ثمرة النخل وغيره، وإنما خصّ المصنّف ثمرة النخل، لأنها بعد الظهور وقبل التأبير تدخل في بيع الأصل، بخلاف غيرها من الثمار، فإنها متى ظهرت لا تدخل في عقدٍ مطلقاً. ولما كان ذلك الحكم مختصاً بالبيع تبّه المصنّف عليه هنا. ونبّه به أيضاً على خلاف بعض العامة^(٣) حيث أدخله، قياساً على البيع. كل ذلك مع عدم الشرط.

قوله: «وكذا لورهن الأرض لم يدخل الزرع ولا الشجر ولا النخل. ولو قال: بحقوقها، دخل. وفيه تردّد».

منشأ التردد: من توهم كون الشجر من حقوق الأرض، كما فهمه الشيخ (رحمه الله)^(٤)، ومن ظهور عدمه، إذ لا يعدّ من حقوقها لغةً ولا عرفاً. والأصحّ عدم الدخول. وقد سبق مثله في البيع^(٥). نعم لو قال: بجميع ما اشتملت عليه، أو نحوه، دخلت على الظاهر.

(١) لم نجد ذلك في التذكرة ولا في غيره من كتب العلامة، بل الوارد فيها عدم الدخول الا مع الشرط. راجع التذكرة ٢: ٣٧ والمختلف: ٤١٨ والتحرير ١: ٢٠٥.

(٢) قواعد الاحكام ١: ١٦٥.

(٣) المجموع ١٠: ١٤٩.

(٤) المسوّط ٢: ٢٤١.

(٥) راجع ج ٣: ٢٣٠.

وكذا ما ينبت في الأرض بعد رهنها، سواء أنبتة الله سبحانه أو الراهن أو أجنبي، إذا لم يكن الغرس من الشجر المرهون. وهل يجبر الراهن على إزالته؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأشبه. ولورهن لقطعة مما يلقط كالخيار، فإن كان الحقّ محلّ قبل تجدد الثانية صحّ. وإن كان متأخراً تأخراً يلزم منه اختلاط الرهن بحيث لا يتميّز، قيل: يبطل، والوجه أنه لا يبطل. وكذا البحث في الخرطة مما يخرط، والجزّة مما يجزّ.

قوله: «وكذا ما ينبت في الأرض - إلى قوله - من الشجر المرهون». إنها خصّ ذلك بعد حكمه بعدم دخول النماء المتجدّد، للتنبيه على أنّ مثل هذا لا يُعدّ نماءً للأرض، فلا يجري فيه الخلاف، وأمّا ما كان منه من الشجر المرهون فلا إشكال في بقاءه على ما كان، لا أنّه يتجدّد له الدخول. وهل يتوقّف غرسه حينئذٍ على إذن المرتهن؟ يحتمل، لأنّه تصرف في الرهن وانتفاع به فيتوقّف، وعدمه، لأنه مصلحة له وزيادة في قيمته كالسقي والدواء. وقد تقدّم. نعم، لو أضرّ بالأرض فلا ريب في توقّفه على إذنه. وكذا لو كان الغرس من غير المرهون.

قوله: «وهل يجبر الراهن على إزالته؟ قيل: لا، وقيل: نعم، وهو الأشبه».

وجه ما اختاره المصنّف: أنّ إبقاءه في المحلّ المرهون تصرف فيه، وهو ممنوع منه، كما لو وضع متاعه في الدار. ووجه العدم: أصالته، ومنع أنّ مثل ذلك يعدّ تصرفاً. وقد يفرّق بينه وبين المتاع بأنّ وضع المتاع منه، فهو سبب في بقاءه، بخلاف ما أنبتة الله تعالى. نعم، لو كان ذلك بفعل الراهن فإجباره على إزالته أقوى.

قوله: «ولو رهن لقطعة مما يلقط كالخيار - إلى قوله - والوجه أنه لا

يبطل».

لا إشكال في الجواز حيث لا يحصل الاشتباه، لعدم المانع ووجود المقتضي

وإذا جنى المرهون عمداً تعلقت الجناية برقبته، وكان حقّ المجنيّ عليه أولى.

وإن جنى خطأً، فإن افتكّه المولى بقي رهناً، وإن سلّمه كان للمجنيّ عليه منه بقدر أرش الجناية، والباقي رهن.
وإن استوعبت الجناية قيمته، كان المجنيّ عليه أولى به من المرتهن.

للصحّة. أمّا معه فقال الشيخ (رحمه الله)^(١): إنّه لا يصحّ الرهن، لتعدّر الاستيفاء بسبب عدم التميّز، ولأنه لا يصحّ بيعه عند الأجل لجهله، فلا يصحّ رهنه. ويضعف بمنع تعدّر الاستيفاء، لإمكانه بالصلح، ولأنّ المعتر اجتماع شرايط الصحّة وقت الرهن، وهي حاصلّة. وصحّة البيع - لو سلّم شرطيّتها - فالمعتبر منها ما كان عند إنشاء الرهن، لأنه وقت اعتبار الشرايط، وهي حاصلّة أيضاً. فما اختاره المصنّف من عدم البطلان أصحّ.

قوله: «وإذا جنى المرهون عمداً تعلقت الجناية برقبته، وكان حقّ المجنيّ عليه أولى».

إنها كان حقّ المجنيّ عليه أولى، مع أنّ سببه متأخّر عن حقّ المرتهن، ومن شأن السابق التقدّم عند التعارض، لوجوه:

الأوّل: أنّ حقّ المجنيّ عليه متعيّن في الرقبة، ومن ثمّ لو مات الجاني لم يلزم السيّد شيء، وحقّ المرتهن متعلّق بالرقبة وبذمّة الراهن، فلا يفوت حقه بفواتها. ومرجع ذلك إلى أنّ للمرتهن بدلاً ولا بدل للمجنيّ عليه.

الثاني: أنّ حقّ المجنيّ عليه يتقدّم على حقّ المالك، فلأنّ يتقدّم على حقّ المرتهن أولى.

الثالث: أنّ تعلق المرتهن بالرهن أضعف من تعلق المجنيّ عليه، ومن ثمّ كان للمجنيّ عليه الاستيفاء بدون مراجعة المالك، بخلاف المرتهن. وهذه الوجوه الثلاثة

ولو جنى على مولاه عمداً أقتص منه، ولا يخرج عن الرهانة. ولو كانت الجناية نفساً جاز قتله. أما لو كانت خطأً لم يكن لمولاه عليه شيء، وبقي رهناً.

واردة في جنابة العمد، وأما الخطأ فيختص بالأوليين.

إذا تقرّر ذلك فنقول: جنابة العبد المرهون إن كانت نفساً، وأوجبت قصاصاً، فأمره إلى المجنيّ عليه، فإن اقتص بطل الرهن. وكذا إن استرقه. وإن عفى عنه بقي رهناً، إذ لم يبطل الرهن بالجنابة، وإنما تراحت عليه الحقوق. وإن عفى على مال، فإن بذله السيّد بقي رهناً أيضاً، وإلا بيع العبد وبطل الرهن، وإن عاد إلى ملك الراهن. وإن أوجبت قصاصاً في الطرف ونحوه أقتص منه، وبقي رهناً أيضاً. وإن أوجبت مالاً في بعض صور العمد، أو في الخطأ مطلقاً، فالأمر كما قرّناه من أنه إن فداه السيّد بقي رهناً. وإن استرق أو بيع، فإن فضل منه شيء بقي كذلك، وإلا بطل الرهن. ولو كان الواجب دون قيمة العبد ولكن تعدّر بيع البعض، أو انتقصت القيمة به، بيع الجميع، والفاضل من الثمن عن الجنابة يكون رهناً، كما لو اضطرّ إلى بيع الرهن.

ولا فرق في ذلك كلّه بين كون الجنابة من العبد ابتداءً، أو بأمر السيّد، وإن كان مكرهاً له عندنا، وإن كان مع الاكراه يجبس المكره حتى يموت. نعم، لو كان العبد غير ممّيز، أو أعجمياً يعتقد وجوب طاعة السيّد في جميع أوامره، فقد قال في التذكرة^(١): إنّ الجاني هو السيّد، وعليه القصاص أو الضمان، ولا يتعلّق برقبة العبد شيء، بل يبقى رهناً وإن كان السيّد معسراً.

قوله: «ولو جنى على مولاه عمداً أقتص منه - إلى قوله - وبقي رهناً». جنابة العبد على سيّده إن كانت عمداً، وأوجبت قصاصاً، تخيير مولاه أو وليّه بين القصاص والعفو، فإن اقتص وبقي حياً - كما لو كانت على طرف - بقي رهناً، وإلا فات. وإن أوجبت مالاً في العمد - على بعض الوجوه - أو في الخطأ، لم يثبت

ولو كانت الجناية على مَنْ يرثه المالك ثبت للمالك ما ثبت للموروث من القصاص، أو انتزاعه في الخطأ إن استوعبت الجناية قيمته، أو إطلاق ما قابل الجناية إن لم يستوعب.

للمولى شيء، لأن العبد ماله، ولا يثبت له مال على ماله، وإلا لزم تحصيل الحاصل، بخلاف القصاص في النفس والطرف، لأنه شرع للزجر والانتقام، والعبد أحقّ بهما سيّما عن سيّده.

قوله: «ولو كانت الجناية على مَنْ يرثه المالك... الخ».

إذا جنى العبد الموهون على مَنْ يرثه المالك، فإن كانت في غير النفس فأمره يتعلّق بالمجنيّ عليه، وهو في ذلك كالأجنبي. وقد تقدّم حكمه. وفي عبارة المصنف بسبب ذلك تجوّز، لأنه جعل الحكم في جميع الأقسام للمالك. وإن كانت نفساً وأوجبت قصاصاً فله قتله، لأنه لا يخرج عن حكم القسمين^(١) السابقين. وهو واضح. وإن اختار الاسترقاق، أو كانت خطأ، أو كان المورث قد مات في القسم الأول قبل الاستيفاء، ثبت للمالك ما كان يثبت لمورثه من الحكم قصاصاً ومالاً، فله فكّه من الرهن لأجل المال.

والفرق بين الجناية على المولى وعلى مورثه - مع أنّ الحقّ للمولى في الموضعين - أنّ الواجب في الجناية على المولى له ابتداءً، ويمتنع أن يجب له على ماله مال، كما مرّ، أما الجناية على مورثه فالحقّ فيها ابتداءً للمجنيّ عليه، وإنها ينتقل الحقّ إلى الوارث من المورث، وإن كان ديةً، لأنها محسوبة من تركته، يوفي منها دينه وينفد وصاياه. وكما لا يمتنع ثبوت مالٍ لمورث المولى على عبده، لا يمتنع انتقاله عنه إليه، فيفكّه من الرهن لذلك.

ونبه بالفرق على خلاف بعض الشافعية^(٢)، حيث حكم بسقوط المال بانتقاله

(١) في هامش «هـ» و«و»: «القسمان هما الجناية على نفس السيّد وعلى نفس الأجنبي، والقصاص ثابت فيهما. بخطه قدس سره».

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٤: ٤٥٣، الفتح العزيز ١٠: ١٥٣ - ١٥٤.

ولو أئلف الرهن متلفاً، ألزم بقيمته وتكون رهناً، ولو أئلفه المرتهن. لكن لو كان وكيلاً في الأصل لم يكن وكيلاً في القيمة، لأن العقد لم يتناولها.

ولو رهن عصيراً فصار خمرأً بطل الرهن. فلو عاد خلاً، عاد إلى ملك الراهن.

إلى سيده، ويبقى رهناً، للوجه الذي انتفى لو كان المال للسيّد ابتداءً.

قوله: «ولو أئلف الرهن متلفاً ألزم بقيمته وتكون رهناً. . . إلخ».

الإتلاف مشعر بالمباشرة، وهو يقتضي الضمان. والحاصل: أن إتلاف الرهن متى كان على وجه يوجب عوضه مثلاً أو قيمةً، سواء كان المتلف الراهن أم المرتهن أم الأجنبي، كان العوض رهناً، لكن لو كان المرتهن وكيلاً في حفظ الأصل، أو في بيعه، بطلت وكالته. والفرق بين الرهن والوكالة - مع اشتراكهما في التعلق ابتداءً بالعين - أن الغرض من الرهن الاستيثاق بالعين ليستوفي الحق من قيمتها، فالقيمة لا تخرج عن غرض الرهن، بخلاف الوكالة، فانها إذن منوطة بما عينه المالك. والأغراض تختلف كثيراً في حفظ الأموال وبيعها باختلاف الأشخاص، فربما استأمنه على عرض ولا يستأمنه على قيمته. وربما كان عارفاً ببيع متاع بحيث لا يغيب فيه، وليس بعارفاً بغيره.

قوله: «ولو رهن عصيراً فصار خمرأً، بطل الرهن فلو عاد خلاً عاد إلى ملك الراهن».

إنما يبطل الرهن بذلك بطلاناً مراعى ببقائه كذلك أو بتلفه، فلو عاد خلاً عاد الرهن، وإن كانت عبارة المصنف تؤذن بخلاف ذلك، من حيث البطلان، ومن قوله: «عاد إلى ملك الراهن»، فإنه يشعر بعدم عوده رهناً، كما لو ملك الراهن الرهن بعد انتقاله عن الراهن^(١) بوجه من الوجوه. ولو قال: فلو عاد خلاً رجع رهناً،

(١) كذا في «س» وفي غيرها «عن الرهن». والأولى «عنه».

ولو رهن من مسلمٍ خمرًا لم يصحّ . فلو انقلب في يده خلًّا ، فهو له على تردّدٍ .

كان أخصر وأفاد الحكمين ، فإنّ عوده رهناً يستلزم عود ملك الراهن .
والحاصل : أنهم لا يعنون ببطلان الرهن هنا إضمحلال أثره بالكليّة ، بل ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية باقيةً . وتبقى علاقة الرهن ، لبقاء أولوية المالك على الخمر المتخذ للتخليل ، فكأنّ الملك والرهن موجودان فيه بالقوة القريبة ، لأن تخلّله متوقّف . والزایل المعبر عنه بالبطلان الملك والرهن بالفعل ، لوجود الخمرية المنافية . ونظير ذلك أنّ زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت بذلك من حكم العقد ، وحرم وطؤها عليه ، فاذا أسلم الزوج قبل انقضاء العدة عاد حكم العقد . وكذلك إذا ارتدّ أحد الزوجين .

ثم إن كان الرهن مشروطاً في عقد كبيع ، وكانت الخمرية بعد قبضه ، فلا خيار للمرتهن ، لحدوث العيب في يده . وإن كان قبل القبض ، فإن لم يشترط فالحكم كذلك ، لعروض المبطل بعد تمام الرهن . وإن اشترطنا القبض تحيّر المرتهن في العقد المشروط فيه .

قوله : «ولو رهن من مسلمٍ خمرًا لم يصحّ ، فلو انقلب في يده خلًّا فهو له على تردّدٍ» .

ضمير «له» يعود على المرتهن المدلول عليه بـ «رهن» ، فانه يقتضي رهنًا ومرتهناً . والمراد : أنه إذا رهنه الخمر وأقبضه إيّاها لم يصحّ الرهن ، لأنّ الخمر لا تملك للمسلم وإن اتّخذت للتخليل ، فاذا دفعها إلى المرتهن وتخلّلت في يده ملكها المرتهن ، لاستيلاء يده عليها ، كما يملك سائر المباحات التي لا يد لأحدٍ عليها بذلك .

ووجه التردّد في ذلك : بما ذكر ، ومن أنّ يد الأوّل لم تنزل بالرهن ، لأنّ الراهن له يد على الرهن في الجملة ، وهي أسبق . ويقوى ذلك لو كانت محترمة ، وهي التي اتّخذها الراهن للتخليل ، أما غيرها فالأول أقوى .

وكذا لو جمع خمرًا مراقاً. وليس كذلك لو غضب عصيراً.

قوله: «وكذا لو جمع خمرًا مراقاً».

أي جمعه وصار في يده خللاً، فإنه يكون له على تردّد فيه، مما ذكر سابقاً. ويزيد احتمال كونه للأول ضعفاً بخروج أولوية يده بإراقتها، فانفتحت تعلّقه بها بالكليّة، فتكون ملكاً للثاني.

وربما وجّه ملك الأول بأن جمع الثاني لها محرّم، فلا تثبت يده عليها، فلا يصحّ تملكها. وهو ممنوع، لأنّ تحريم الجمع إنّما يتمّ لو لم يرد التخلييل، وأمّا لو أراه صحّ له ذلك، كما يصحّ إبقاؤها وحفظها لذلك، ومن ثمّ سمّيت محترمة، أي يحرم غضبها وإتلافها على من هي في يده، ولولا احترامها لأذى ذلك إلى تعدّد اتّخاذ الخلّ، لأنّ العصير لا ينقلب إلى الحموضة إلّا بتوسّط الشدّة، فالقول بملك الجامع لها أقوى. واعلم أنّ الخمر مؤنّث سماعي، فحقّ الضمائر العائدة إليها أن تكون مؤنّثة، وهي في عبارة المصنف ليست كذلك، لكنّه جائز غير فصيح.

قوله: «وليس كذلك لو غضب عصيراً».

بمعنى أنّه لو غضب عصيراً فصار في يد الغاصب خمرًا ثم عاد خللاً، فإنّ الغاصب لا يملكه، بل يكون ملكاً للمغضوب منه، لأنّه غضبه وهو ملكه، فلم يكن ليد الغاصب أثر. وإن كان قد ينقذ احتمال ملكه، من حيث زوال ملك المغضوب منه بصيرورته خمرًا، فتصير كالمعدوم، فإذا تحلّلت في يد الغاصب ملكها باليد الطارية بعد التخلييل. ولا يؤثر كونه غاصباً قبل ذلك، لأنّ الغضب زال بالخمريّة، حيث لم يبق مالاً. وهو ممنوع بما تقدّم من عدم بطلان اليد عليها حيث يراد التخلييل، كيف وقد كانت من قبل مالاً محضاً.

ولقد كان على المصنف أن يذكر قبل هذه المسألة حكم من غضب خمرًا من غيره فتخلّل في يده، فإنّ في ملك الغاصب له خلافاً مشهوراً، ثم يقول: وليس كذلك لو غضب عصيراً، إذ لا خلاف في هذه. وأيضاً فالحكم السابق ليس فيه

ولو رهنه بيضةً فأحضنها، فصارت في يده فرخاً، كان الملك والرهن باقيين . وكذا لو رهنه حبّاً فزرعه .

وإذا رهن اثنان عبداً بينهما بدينٍ عليهما، كانت حصّة كلِّ واحدٍ منها رهناً بدينه . فاذا أذاه صارت حصّته طلقاً، وإن بقيت حصّة الآخر .

حكم غصب الخمر، وإنّما فيه جمع المراق ورهنه . وكلاهما لا يناسب سلب حكمه عن غاصب العصير، وإن كان في الحقيقة مسلوباً، إذ ليس من شكله . وإنّما يناسبه سلب حكم غاصب الخمر إن حكم فيه بملك الغاصب، كما اختاره جماعة^(١) .
قوله : «ولو رهنه بيضةً - إلى قوله - فزرعه» .

وجهه واضح ، فإنّ هذه الأشياء نتيجة ماله، ومادّتها له، فلم تخرج عن ملكه بالتغيّر . والاستحالات المتجدّدة صفات حصلت فيها، وحصل بسببها استعدادات مختلفة لتكوّناتٍ متعاقبة خلقها الله تعالى فيها ووهبها له، فليس للمرتن في ذلك شيء .

وتبّه بذلك على خلاف من قال : إنّ هذه التغيّرات تفيد ملك القابض، تنزيلاً للعين بمنزلة التالف، فغايتة ضمان المثل أو القيمة . وهو ضعيف جداً . وقد ذكروا هذه المسألة في باب الغصب . وخالف فيها جماعة من العامة^(٢) والشيخ^(٣) من أصحابنا في بعض أقواله .

قوله : «إذا رهن اثنان عبداً بينهما بدينٍ عليهما . . . إلخ» .
هذا عندنا موضع وفاق، ووجهه أن رهن كلِّ منهما عند الاطلاق ينصرف إلى دينه لا إلى دين صاحبه، فإنّ ذلك هو مقتضى العرف، إلّا أن يصرّحاً بكون كلِّ منهما قد رهن حصّته على دينه ودين صاحبه، فإنّه حينئذٍ لا ينفك إلّا بوفاء الدّينين .
وتبّه بذلك على خلاف أبي حنيفة^(٤)، حيث حكم بأنّ الإطلاق منصرف إلى

(١) منهم العلامة في التواعد ١ : ٢٠٦ . وولده فخر المحققين في الايضاح ٢ : ١٥

(٢) المبسوط للسرخسي ١١ : ٩٤ - ٩٥ ، بدائع الصنائع ٧ : ١٤٨ .

(٣) الخلاف ٣ : ٤٢٠ . المبسوط ٣ : ١٠٥

(٤) بدائع الصنائع ٦ : ١٣٨ ، فتاوى قاضيخان «المطبوع بهامش الفتاوى الهندية» ٣ : ٥٩٩ .

الثالث: في النزاع الواقع فيه .

وفيه مسائل :

الأولى : إذا رهن مشاعاً، وتشاحَّ الشريك والمرتهن في إمساكه، انتزعه الحاكم وآجره إن كان له أجره، ثم قسّمها بينهما بموجب الشركة، وإلا استأمن عليه مَنْ شاء، قطعاً للمنازعة .

الثانية : إذا مات المرتهن إنتقل حقّ الرهانة إلى الوارث، فان امتنع الراهن من استئمانه كان له ذلك، فان اتّفقا على أمينٍ، وإلا استأمن عليه الحاكم .

جعل كلّ منهما على الدّينين، فلا ينفكّ حتى يُوفيا معاً، ويكون حصّة كلٍّ منهما بالنسبة إلى دين الآخر بمنزلة المستعار للرهن .

وإنما يقع الاشتباه في المسألة لو جعلنا إطلاق الرهن موجباً لكونه على كلّ جزءٍ من الدّين . ولو قلنا بانفكاكه أجمع عند وفاء بعض الدّين فلا شبهة هنا في الانفكاك . وقد تقدّم^(١) البحث في ذلك .

قوله : «إذا رهن مشاعاً - إلى قوله - إن كان له أجره» .

لا فرق بين اختلافهما في إمساكه لأجل القبض وإمساكه لأجل الاستئمان إلى أن يحلّ الأجل، فان الحاكم ينصب له عدلاً ليقبضه عن الرهن، وليكن باذن الراهن، وللأمانة . ثم إن كان ذا أجره آجره الحاكم أو مَنْ نصبه مدّة لا تزيد عن أجل الحقّ، فلوزادت بطل الزائد، وتخيّر المستأجر مع جهله إلا أن يميّز المرتهن . ثم إن قلنا بدخول النهاء المتجدّد في الرهن تعلق الرهن بحصّة الراهن من الأجره، وإلا فلا .

قوله : «إذا مات المرتهن - إلى قوله - كان له ذلك» .

قد تقدّم أنّ الرهن لا يبطل بموت كلٍّ منهما، لأنه لازم من جهة الراهن،

الثالثة : إذا فرط في الرهن وتلف لزمته قيمته يوم قبضه ، وقيل : يوم هلاكه ، وقيل : أعلى القيم .

وحقاً للمرتهن ، ولكن الوكالة في حفظه وبيعه تبطل ، لفوات متعلقها وإن كانت مشروطة في عقد لازم ، فإن الأغراض تختلف في الاستيمان باختلاف الأشخاص . وحينئذٍ فإن اتفقا على أمينٍ وإلا رجع^(١) أمره إلى الحاكم ، لأنه ولي الممتنع . وهذا كله واضح .

قوله : «إذا فرط في الرهن - إلى قوله - أعلى القيم» .

حكم المصنف باعتبار قيمته يوم قبضه مبني على أن القيمي يضمن بمثله . ومع ذلك ففي اعتبار يوم القبض نظر ، لأنه ثم لم يكن مضموناً ، فينبغي على ذلك اعتبار المثل يوم الضمان .

والقول بضمانه يوم هلاكه للأكثر ، ومنهم المصنف في النافع^(٢) ، لأنه وقت الحكم بضمان القيمة ، لأن الحق قبله كان منحصراً في العين ، وإن كانت مضمونة . هذا إذا كان الاختلاف بسبب السوق ، أو بسبب نقص في العين غير مضمون ، أما لو فرط فنقصت العين بهزالٍ ونحوه ثم هلك أعتبر أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف كالعاصب ، لأن ضمان الأجزاء تابع لضمان العين .

والقول بأعلى القيم يحتمل ما ذكرناه ، ووجهه واضح ، وأن يريد به الأعلى من حين التلف إلى الحكم عليه بالقيمة ، وهو قول ابن الجنيد^(٣) ، والأعلى من حين القبض إلى يوم التلف مساواة للعاصب . حكاه في النافع^(٤) ونسب إلى الشيخ في المبسوط^(٥) . وأطلق جماعة الأعلى كما أطلق المصنف . ويضعف قول ابن الجنيد بأن المطالبة لا دخل لها في ضمان القيمي ، والأخير بأنه غير مضمون قبل التفريط ، فلا

(١) في «ب» رفع .

(٢) المختصر النافع ١ : ١٣٨

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف : ٤١٧ .

(٤) المختصر النافع ١ : ١٣٨

(٥) نسبه السيوري الى الشيخ في المبسوط راجع التنقيح الرائع ٢ : ١٧٤ ولم نعر عليه في المبسوط .

فلو اختلفا في القيمة كان القول قول الراهن . وقيل : القول قول المرتهن . وهو أشبه .

الرابعة : لو اختلفا فيما على الرهن كان القول قول الراهن .
وقيل : القول قول المرتهن ، ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن . والأول أشهر .

وجه لاعتبار قيمته .

هذا كله إذا كان قيميًّا ، ولو كان مثليًّا ضمن بمثله إن وجد ، وإلا فقيمة المثل عند الأداء على الأقوى ، لأنَّ الواجب قبله إنَّما كان المثل ، وإنَّما انتقل إلى القيمة حينئذٍ لتعدُّر المثل ، بخلاف القيميِّ ، فإنَّ القيمة استقرَّت في الذمَّة من حين التلف قطعاً ، وإنَّما يقع الاشتباه في قدرها حينئذٍ بسبب الاعتبارات السابقة .

قوله : «فلو اختلفا في القيمة فالقول قول الراهن . . . إلخ» .

الأشبه أشبه ، لأنَّه منكر للزائد ، والأصل عدمه وبراءته منه . والقول الأول للأكثر ، نظراً إلى كون المرتهن صار خائناً ، فلا يقبل قوله . ويضعف بأنَّما لم نقبل قوله من هذه الحيثية ، بل لما ذكرناه .

قوله : «لو اختلفا فيما على الرهن كان القول قول الراهن . . . إلخ» .

الأول قول الأكثر . وهو الأقوى ، لأصالة عدم الزيادة وبراءة ذمَّة الراهن ، ولأنَّه منكر فيكون القول قوله ، ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام^(١) ، وموثقة عبيد بن زرارة عن الصادق عليه السلام^(٢) . والقول الثاني لابن الجنيّد^(٣) ، إستناداً إلى رواية السكوني عن الصادق عليه السلام : «إنَّ عليًّا عليه السلام قال :

(١) الكافي ٥ : ٢٣٧ ح ٢ ، التهذيب ٧ : ١٧٤ ح ٧٦٩ بتفاوت يسير ، الوسائل ١٣ : ١٣٧ ب

«١٧» من أبواب كتاب الرهن ح ١ .

(٢) التهذيب ٧ : ١٧٤ ح ٧٧٠ ، الاستبصار ٣ : ١٢١ ح ٤٣٣ . الوسائل ١٣ : ١٣٨ ب «١٧»

من أبواب كتاب الرهن ح ٣ .

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف : ٤١٧

يصدّق المرتهن حتى يحيط بالثمن، لأنّه أمينه»^(١). والرواية - مع ضعفها وندورها - معارضة للصحيح مخالفة للأصل.

بقي في المسألة شيء، وهو أنّ المصنف في هذا الكتاب نقل قول ابن الجنيّد بأنّ القول قول المرتهن ما لم تستغرق دعواه الرهن. ومقتضاه أنّه مع الاستغراق لا يقدّم قوله، سواء ادّعى أنّ الدّين بقدر قيمة الرهن أم أزيد، لتحقق الاستغراق فيها. وفي النافع^(٢) نقل القليل بتقديم قوله ما لم يدّع زيادةً عن قيمة الرهن. وكذا عبّر أكثر الجماعة. ومقتضاه أنّه لو ادّعى قدر الدّين كان القول قوله.

والموجب لهذا الاختلاف عبارة ابن الجنيّد، فأنّه قال: «المرتهن يصدّق في دعواه حتّى يحيط بالثمن، فان زادت دعوى المرتهن على القيمة لا تقبل إلاّ بيّنة»^(٣) فإنّه في أوّل العبارة جعل غاية التصديق إحاطة الدعوى بالثمن، والغاية خارجة عن المغيّا، فيقتضي عدم التصديق مع الإحاطة، وعقبه بقوله: فان زادت دعوى المرتهن عن القيمة لا تقبل، ومفهوم الشرط أنّه مع عدم الزيادة يقبل. فقد تعارض في كلامه مفهوماً غاية والشرط، فاختلف النقل عنه لذلك.

وأما الرواية التي هي مستند الحكم فقد ذكرنا لفظها سابقاً لذلك^(٤). وحاصلها جعل الاحاطة غاية القبول، ولم يتعرّض للزيادة. وحيث إنّ فينبى على أنّ الغاية هل هي داخلية في المغيّا حيث تنفصل منه حسّاً أم لا؟ ويبنى على ذلك دلالة الرواية. لكن لما كان المختار والمتّضح خروجها جعل المصنّف في هذا الكتاب شرط القبول عدم الاستغراق، مضافاً إلى صدر كلام ابن الجنيّد. والجماعة - ومنهم المصنّف في النافع - نظروا إلى مجرد كلام ابن الجنيّد، واعتبروا منه مفهوم الشرط،

(١) الفقيه ٣: ١٩٧ ح ٨٩٥، الاستبصار ٣: ١٢٢ ح ٤٣٥، التهذيب ٧: ١٧٥ ح ٧٧٤،

الوسائل ١٣: ١٣٨ ب «١٧» من أبواب كتاب الرهن ح ٤.

(٢) المختصر النافع ١: ١٣٩. ولكنه لم يسند القول إلى القليل بل إلى الرواية.

(٣) راجع المختلف: ٤١٧.

(٤) في «س»: كذلك.

الخامسة: لو اختلفا في متاع ، فقال أحدهما: هو وديعة ، وقال
الممسك: هو رهن ، فالقول قول المالك . وقيل : قول المسك . والأول
أشبه .

وحلوا الغاية عليه جمعاً ، لأنه الأقوى . وإنما يظهر أثر هذا الاختلاف لو قلنا بقوله
وعملنا بالرواية ، وحيث أطرحتاهما سهل الخطب .

قوله : «لو اختلفا في متاع فقال أحدهما : هو وديعة . . . إلخ» .

القول الأول للأكثر ، وعليه العمل ، لأصالة عدم الرهن ، ولأن المالك منكر ،
فيكون القول قوله ، ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام^(١) . والقول
الثاني للشيخ - رحمه الله - في الاستبصار^(٢) ، وقبله الصدوق^(٣) ، لرواية عباد بن
صهيب^(٤) وابن أبي يعفور^(٥) عن الصادق عليه السلام . وفيها - مع ضعفها - مخالفة
الأصل ومعارضة الصحيح . وفصل ابن حمزة^(٦) فقبل قول المرتنن إن اعترف الراهن
له بالدين ، وقول الراهن إن أنكره ، للقرينة . وفيه أيضاً جمع بين الأخبار ، ولكن قد
عرفت ما فيه .

واعلم أن المراد بقول المصنف : «أحدهما» هو المالك ، بقرينة ما بعده ، وبعدم
الفايدة لو كان غيره ، فلو أبدله به كان أولى .

(١) المقدمة في ص ٧٤ .

(٢) الاستبصار ٣ : ١٢٣ .

(٣) المقنع : ١٢٩ .

(٤) الكافي ٥ : ٢٣٨ ح ٤ ، الفقيه ٣ : ١٩٥ ح ٨٨٨ ، الاستبصار ٣ : ١٢٢ ح ٤٣٦ ، التهذيب
١٧٦ - ٧٧٦ . الوسائل ١٣ : ١٣٧ ب «١٦» من أبواب الرهن ح ٣

(٥) الكافي ٥ : ٢٣٧ ح ١ ، الفقيه ٣ : ١٩٩ ح ٩٠٦ ، رواه عن فضالة ، عن ابان عن ابي عبد الله
عليه السلام ، الاستبصار ٣ : ١٢٣ ح ٤٣٧ . التهذيب ٧ : ١٧٤ ح ٧٧١ بتفاوت ، الوسائل

١٣ : ١٣٦ ب «١٦» من أبواب كتاب الرهن ح ٢ .

(٦) الوسيلة ٢٦٦

السادسة: إذا أذن المرتهن للراهن في البيع ورجع، ثم اختلفا، فقال المرتهن: رجعت قبل البيع، وقال الراهن: بعده، كان القول قول المرتهن، ترجيحاً لجانب الوثيقة، إذ الدعويان متكافئتان.

قوله: «إذا أذن المرتهن للراهن في البيع ورجع ثم اختلفا... إلخ».

وجه التكافؤ: أن الراهن يدّعي تقدّم البيع على الرجوع، والأصل عدمه، والمرتهن يدّعي تقدّم الرجوع على البيع، والأصل عدم تقدّمه أيضاً، فتكافأ الأصلان فيتساقتان، ويبقى حكم الرهن على العين باقياً، وهو ترجيح جانب الوثيقة. وفيه: أن أصالة بقاء الرهن معارضة أيضاً بأصالة صحّة البيع، لأنّ وقوعه معلوم، كما أنّ وقوع الرهن معلوم، فيتعارضان أيضاً ويتساقتان، ويبقى مع الراهن ملكية المرهون وصحة تصرفه فيه، فإنّ الناس مسلطون على أموالهم. فان قيل: أصالة صحّة العقد مترتبة على سبقه على الرجوع^(١)، فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصحة العقد.

قلنا: وأصالة استمرار الوثيقة مترتبة على سبق الرجوع للبيع، فاذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بترجيحها. نعم، يمكن دفعه بوجه آخر، وهو أنّ صحّة العقد غير معلومة، لقيام الاحتمال المذكور، وصحة الرهن معلومة، لوقوعها سابقاً جامعةً للشرائط، وإنما حصل الشكّ في طروء^(٢) المبطّل، فترجح، لأنها أقوى من هذه الجهة. فان قيل: إنّ الأصل وإن كان عدم صدور البيع على الوجه الذي يدّعيه الراهن، إلّا أن الناقل عنه قد حصل بصدور البيع مستجمعاً لشرائطه، وليس ثمّ ما يخلّ بصحته إلا كون الرجوع قبله. ويكفي فيه عدم العلم بوقوعه كذلك، والاستناد إلى أصالة بقاء الاذن السابق، لأنّ المانع لا يشترط العلم بانتفائه، بل يكفي عدم العلم بوقوعه، وإلّا لم يمكن التمسك بشيء من العلل الشرعية، إذ لا قطع بانتفاء

(١) في أصل النسخ «الإذن» بدل «الرجوع» والتصحيح من هامش «و» و«ن».

(٢) في «هـ» و«م»: طرف.

الموانع . وحينئذٍ فينتفي^(١) حكم كلِّ من الأصليين السابقين .
قلنا : لا نسلّم وقوع البيع جامعاً لشرائطه الشرعيّة ، لأنّ من جملة شرائطه إذن المرتهن ، وحصوله غير معلوم .

وتنقيح ذلك : أنّ الرهن المانع للراهن من التصرف لما كان متحقّقاً لم يمكن الحكم بصحة البيع الواقع من الراهن إلّا بإذن معلوم من المرتهن حالة البيع . ولما حصل الشك في حصولها حالته وقع الشك في حصول الشرط نفسه ، لا في وجود المانع . ومعلوم أنّ الشرط لا يكفي فيه عدم العلم بانتفائه ، بل لا بدّ من العلم بحصوله ، ليترتب عليه المشروط ولو بطريق الاستصحاب ، كالصلاة مع يقين الطهارة سابقاً والشك في بقائها الآن . والأمر هنا كذلك ، فإنّ الرهن المانع من صحة البيع واقع يقيناً ومستصحب الآن ، والشرط المقتضي لصحة البيع وإن كان معلوم الوقوع ، لكن لا في زمان البيع ، لا باليقين ولا بالاستصحاب ، فيرجح جانب الوثيقة كما ذكره .

بقي في إطلاق الحكم بذلك بحث آخر ، وهو أنّ ذلك كلّهُ إنّما يتمّ حيث يطلقان الدعويين من غير اتّفاقٍ منها على زمانٍ معيّنٍ للبيع أو الرجوع ، أو مع اتّفاقهما على وقتٍ واحد ، ليتحقّق تعارض الأصول المذكورة ، أمّا لو اتّفقا على زمان أحدهما واختلفا في تقدّم الآخر ، فإنّ الأصل مع مدّعي التأخر ليس إلّا . ووجه ذلك أنّها لو اتّفقا مثلاً على وقوع البيع يوم الجمعة ، وادّعى المرتهن الرجوع قبله من غير تعيين زمانٍ ، فالأصل يقتضي تأخره ، لأنّ ذلك حكم كلّ حادثٍ إلى أن يعلم وجوده ، وإنّما علم وجوده بعد البيع ، فيقدّم قول الراهن . ولو انعكس بأن اتّفقا على وقوع الرجوع يوم الجمعة ، وادّعى الراهن وقوع البيع قبله ، من غير اتّفاقٍ على وقتٍ ، فالأصل يقتضي تأخره إلى أن يعلم وجوده ، وإنّما علم بعد زمان الرجوع ، فيقدّم قول المرتهن .

(١) في «س» و«م» : فيبقى .

السابعة: إذا اختلفا فيما يباع به الرهن بيع بالنقد الغالب في البلد، ويجبر الممتنع. ولو طلب كل واحدٍ منهما نقداً غير النقد الغالب وتعاسرا، ردّهما الحاكم إلى الغالب، لأنّه الذي يقتضيه الاطلاق. ولو كان للبلد نقدان غالبان بيع بأشبههما بالحق.

وهذا التفصيل هو الأقوى، وهو خيرة الدروس^(١). وفيما عداه يقدّم قول المرتن كما ذكره الأصحاب، لقيام الدليل على ترجيح جانب الوثيقة، كما حقّقناه. قوله: «إذا اختلفا فيما يباع به الرهن بيع بالنقد الغالب في البلد، ويجبر الممتنع».

المراد أن أحدهما طلب ببيعته بالنقد الغالب والآخر بغيره، فإنّه يباع بالنقد الغالب [في البلد]^(٢)، لانصراف الإطلاق إليه. وإنّما فسرنا بذلك ليحصل الفرق بينها وبين المسألة الآتية حيث قال: «ولو طلب كل واحدٍ منهما نقداً غير النقد الغالب وتعاسرا ردّهما الحاكم إلى الغالب» فإنّ اختلافهما مع اتحاد النقد الغالب منحصر في كون أحدهما موافقاً والآخر مخالفاً، أو كونها مخالفتين، فالأول هو الأولى والثاني الثانية. ولقد كان ذكر الأولى مغنياً عن الثانية، لإمكان أخذها مطلقاً بحيث تشملهما.

وتوقّف ردّهما على الحاكم إنّما يحتاج إليه مع عدم كون المرتن وكليلاً، أو معه وقد أراد بيعه بغير الغالب، أمّا لو كان وكليلاً وكالة لازمة وأراد بيعه بالغالب لم يتوقّف على إذن الحاكم، ولم يلتفت إلى معارضة الآخر، لانصراف الاطلاق إلى ذلك شرعاً وعرفاً.

قوله: «ولو كان للبلد نقدان غالبان بيع بأشبههما بالحق».

أي يباع الرهن بها ناسب الحقّ المرهون عليه، وهو ما يكون من جنسه إن اتفق موافقة أحدهما له، فان بايناها عين الحاكم إن امتنعا من التعيين. قال في الدروس:

(١) الدروس: ٤٠٥

(٢) من «هـ» فقط.

الثامنة: إذا ادّعى رهانة شيءٍ، فأنكر الراهن، وذكر أنّ الرهن غيره، وليس هناك بينة، بطلت رهانة ما ينكره المرتهن، وحلف الراهن على الآخر، وخرجا عن الرهن.

«ولو كان أحد المتباينين أسهل صرفاً إلى الحقّ تعيّن»^(١). وهو حسن .
وفي قول المصنف: «أشبههما بالحقّ» تجوّز، فإنّه مع مناسبة أحدهما له لا يتحقّق المشابهة، فإنّ الشيء الواحد لا يشبه نفسه. وإن خالفاه كان الأسهل صرفاً أولى كما ذكره في الدروس، أو كانا سواءً كما اختاره في القواعد^(٢). وأما مجرد القرب إلى المشابهة مع تحقّق المباينة - خصوصاً مع بعده عن صرفه إليه عن الآخر - فلا يصلح مرجحاً. والظاهر أنّه أراد بالمشابهة الموافقة^(٣).
وفي التحرير: «لو بايناه بيع بأوفرهما حظّاً»^(٤). وهو أقعد من الجميع، فإنّه ربما كان عسر الصرف إلى الحقّ أصلح للمالك.
قوله: «إذا ادّعى رهانة شيءٍ فأنكر الراهن وذكر أنّ الرهن غيره . . . الخ».

إنّما انتفى ما ينكره المرتهن لأنّ الرهن لمحض حقّه فاذا نفاه انتفى عنه بغير يمينٍ، وأيضاً فالعقد جائز من طرفه، فإنكاره يكون فسخاً لرهنه لو كان، وتبقى اليمين على الراهن لنفي ما يدّعيه، لرجوع النزاع إلى أنّ ما يدّعيه المرتهن هل هو رهن أم لا؟ والقول قول المالك في عدمه.

ولا إشكال في ذلك إذا كان الرهن المتنازع فيه غير مشروطٍ في عقدٍ، أما لو كان كذلك ففي بقاء الحكم السابق وجهان، من بقاء المعنى الذي أوجب ذلك

(١) الدروس: ٤٠١ - ٤٠٢.

(٢) قواعد الأحكام ١: ١٦٣.

(٣) فيها عدا «س» و«م»: الموافق.

(٤) تحرير الأحكام ١: ٢٠٦.

التاسعة: لو كان له دينان، أحدهما برهن، فدفع إليه مالاً واختلفا، فالقول قول الدافع لأنه أبصر بنيته.

وإن اختلفا في ردّ الرهن فالقول قول الراهن مع يمينه، إذا لم يكن بيّنة.

الحكم، وهو انتفاء ما يدّعيه المرتهن، وقبول قول الراهن فيما ينكره، ومن أن إنكار المرتهن هنا يتعلّق بحقّ الراهن من حيث إنّه يدّعي عدم الوفاء بالشرط الذي هو ركن من أركان لزوم ذلك العقد، فيرجع الاختلاف إلى تعيين الثمن، فإن شرط الرهن من مكملات الثمن، فكلّ واحد يدّعي ثمناً غير ما يدّعيه الآخر، فهو كما لو قال: بعثك بهذا العبد، فقال: بل بهذه الجارية، وقد تقدّم أن الحكم في مثل ذلك التحالف وفسخ العقد.

وقرب في القواعد^(١) تقديم قول الراهن. ويشكل معه بقاء العقد المشروط فيه الرهن مع انتفاء الشرط، حيث انتفى كلّ واحدٍ من الفردين المتنازع في رهنهما، أحدهما بنفي المرتهن، والآخر بانكار الراهن، والحال أنّهما متفقان على وقوع عقدٍ بشرطٍ ولم يحصل. وكذلك يشكل فسخه في حقّ الراهن بمجرد نفي المرتهن اشتراط رهن ما ينفيه، مع إطلاق الأدلّة بوجود الوفاء بالعقد الذي لم يدلّ على فسخه دليل، فالقول بالتحالف وفسخ العقد بعد ذلك إن أراد المرتهن أقوى.

قوله: «لو كان له دينان أحدهما برهن - إلى قوله - أبصر بنيته».

لا شبهة في تقديم قوله، لأنّ النية من الأمور الخفية التي لا تعلم إلا من قبله، ولكن هل يلزمه مع ذلك يمين؟ يحتمل العدم، لأنّ دعوى غريمه غير معقولة، إذ لا اطلاع له على نفسه. والحقّ ثبوته، لإمكان اطلاعه عليه بإقراره، ولسماع الدعوى فيما يخفى بمجرد التهمة، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. فلا فرق حينئذٍ بين تنازعهما على النية ابتداءً وعلى اللفظ، بأن ادّعى عليه أنك قلت: إنه عن الدّين الفلاني. وعبارة المصنّف ظاهرة في القسم الأول.

قوله: «ولو اختلفا في ردّ الرهن فالقول قول الراهن».

لأصالة عدم الردّ، فيُلزَم المرتَهَنُ بالمثل أو القيمة، لا بالعين، لإمكان أن لا يكون في يده، فيُلزَم تكليفه بما لا يطاق أو تخليده الحبس. والفرق بين المرتهن والمستودع، حيث قبل قوله في الردّ، أن المستودع قبض لمصلحة المالك، فهو محسن محض و«مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ»^(١)، بخلاف المرتهن فإنه قبض لمصلحة نفسه. ومثله المستعير والمقارض والوكيل بجعل. والله الموفق.

كتاب المفلس

كتاب المفلس

المفلس: هو الفقير الذي ذهب خيار ماله، وبقي فلسه.
والمفلس: هو الذي جعل مفلساً، أي منع من التصرف في أمواله.

قوله: «المفلس هو الفقير- إلى قوله - في أمواله».

عرّف المصنّف المفلس بتعريفين، أحدهما لغويّ والآخر شرعيّ، فأشار إلى الأوّل بقوله: «هو الذي ذهب خيار ماله وبقي فلسه». فهو مأخوذ من الفلس واحد الفلوس، يقال: أفلس الرجل - بصيغة اللّازم - فهو مفلس - بكسر اللام - إذا صار كذلك، كما يقال: أذلّ الرجل إذا صار ذا ذلّ، وأسهل وأحزن إذا صار إلى السهل والحزن، كما صار هذا إلى الفلوس. وهذا على سبيل الكناية، لأنّ الغرض ذهب ماله أو أكثره بحيث لا يبقى منه إلا الرديّ كالفلوس. ويقال له مفلس بالفتح، يقال: فلّسه القاضي تغليساً إذا حكم بإفلاسه.

وإلى الثاني بقوله: «والمفلس . . . إلى آخره». وهو - بفتح اللام - أي المجهول مفلساً، وهو الممنوع من التصرف في أمواله، وهذا ليس على وجه التعريف الحقيقي، بل على وجه الإيضاح لمعناه الشرعي، وإلا فالممنوع من التصرف في ماله أعمّ من المفلس، بل من الستّة التي عقد لها كتاب الحجر، كما سيأتي.

وكلام المصنّف يؤذن بأنّه لا يسمّى مفلساً شرعاً حتى يحجر عليه لأجل الفلس، بل فيه أن تغليسه هو الحجر عليه، كما يقال: فلّسه القاضي إذا صيرّه مفلساً بمنعه له من التصرف. وكلام الفقهاء في هذا الباب مختلف، فإنّ منهم من جعل التغليس هو الحجر المذكور، كما صنع المصنّف، فقبل الحجر لا يسمّى المديون مفلساً وإن استغرقت ديونه أمواله وزادت عليها، ومنهم من اعتبره مفلساً متى كان كذلك

ولا يتحقق الحجر عليه إلا بشروطٍ أربعة :
 الأول : أن تكون ديونه ثابتةً عند الحاكم .
 الثاني : أن تكون أمواله قاصرةً عن ديونه ،

وإن لم يحجر عليه . ولهذا يقولون : الفلاس من أسباب الحجر ، ويقولون : لومات المفلس قبل الحجر عليه لم يترتب الأحكام ، ويقولون : شرط الحجر على المفلس إلتباس الغرماء له . وسيأتي في عبارة المصنف أنه لا يحجر على المفلس إلا بحكم الحاكم ، وغير ذلك من الأحكام التي صار هذا الإسم بسببها حقيقةً ، لكثرة استعمال الفقهاء له بهذا المعنى . وإطلاق هذا المعنى عليه بطريق المجاز إمّا بما يؤول إليه ، أو باعتبار المعنى اللغوي ، فإنه مجاز شرعيّ بعيد . وأكثر الفقهاء منّا ومن غيرنا عرفوه شرعاً بأنه منّ عليه ديون ولا مال له يفي بها . وهذا شامل لغير المحجور عليه .

والحق أنّ الفلاس سابق على الحجر ومغاير له ، وهو أحد أسبابه كما ذكره ، لا عينه ، ولا الحجر جزء مفهومه . نعم ، قد يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس ، كما يقال : فلّسه القاضي ، لكنّه من باب اطلاق اسم السبب على المسبّب . وعلى هذا لا مانع من اجتماع الفلاس والصفر ، كما إذا استدان الوليّ للصبيّ إلى هذه المرتبة ، وكذا السفية ، ولا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبيّ للفلاس ، لأنّه ليس بشرطٍ في تحقّق مفهومه شرعاً ، كما حقّقناه .

وعلى هذا فبين المعنى اللغوي والشرعي عموم وخصوص من وجه ، يجتمعان في منّ عليه الديون ولا مال له ، وينفرد اللغوي بمن ذهب ماله وليس عليه دين ، وينفرد الشرعي بمن له مال كثير ولكن عليه دين يزيد عن ماله . وعلى ما يظهر من تعريف المصنف وبعضهم فهما متباينان .

قوله : « أن تكون أمواله قاصرةً عن ديونه » .

فلو كانت مساويةً لها أو زائدة لم يحجر عليه عند علمائنا أجمع ، بل يطالب بالديون فإن قضاها وإلاّ تخيّر الحاكم مع طلب أربابها بين حبسه إلى أن يقضي المال وبين أن يبيع متاعه ويقضي به الدّين . ولا فرق في ذلك بين منّ ظهرت عليه أمارات

ويحتسب من جملة أمواله معوضات الديون .
الثالث: أن تكون حالةً .

الفلس - مثل أن يكون نفقته من رأس ماله، أو يكون ما في يده بإزاء دينه، ولا وجه لنفقته إلا ما في يده - ومن لم يظهر، كمن كان كسوباً ينفق من كسبه، خلافاً للشافعي حيث جوز الحجر على المساوي في أحد أقواله، وعلى من ظهرت عليه أماراته في آخر، ووافقنا في ثالث^(١).

قوله: «ويحتسب من جملة أمواله معوضات الديون» .

هي الأموال التي ملكها بعوض ثابت في ذمته، كالأعيان التي اشتراها واستدانها، وإنما احتسبت من جملة أمواله لأنها ملكه الآن، وإن كان أربابها بالخيار بين أن يرجعوا فيها وبين أن لا يرجعوا ويطالبوا بالعوض . وكما تحتسب من أمواله تحتسب أعواضها من جملة ديونه . ونبه بذلك على خلاف بعض العامة^(٢) حيث زعم أنها لا تقوم، لأن لأربابها الرجوع فيها، فلا يحتسب من ماله، ولا عوضها عليه من دينه .

واعلم أن ضمير «أمواله» يعود إلى المفلس المبحوث عنه وإن كان هذا الحساب قبل الحجر، لما قد بينا من تحقق الوصف قبل الحجر . وعلى ما ذكره المصنف يرجع إليه بطريق التجوز، أو إلى المديون الذي يراد تعلق الحجر به، لدلالة المقام عليه وإن لم يجز له ذكر .

قوله: «أن تكون حالةً» .

فلو كانت مؤجلة لم يحجر عليه وإن لم يف ماله بها، إذ ليس لهم المطالبة في الحال، وربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة . ولو كان بعضها حالاً اعتبر قصور ماله عنه خاصةً، فلو وفي به لم يحجر عليه وإن لم يبق للمؤجل شيء، وإن قصر عن الحال

(١) لم نجد للشافعي هذه الأقوال الثلاثة، ولكن هناك في كلمات الشافعية ما يدل على بعضها .

راجع فتح الوهاب ١ : ٢٠١، فتح العزيز ١٠ : ٢٠٣ .

(٢) لعل المراد به ابن الصباغ الشافعي صاحب كتاب «الشامل في الفقه الشافعي» وليس لدينا كتابه . راجع التكملة الثانية للمجموع ١٣ : ٢٧٨ .

الرابع : أن يلتبس الغرماء او بعضهم الحجر عليه . ولو ظهرت
 امارات الفليس لم يتبرّع الحاكم بالحجر . وكذا لو سأل هو الحجر .
 وإذا حجر عليه تعلق به منع التصرف ، لتعلق حقّ الغرماء ،
 واختصاص كلّ غريمٍ بعين ماله ، وقسمة أمواله بين غرمائه .

حجر عليه لها وقسم عليها ، ولا يدخر للمؤجل شيء .

قوله : « أن يلتبس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه » .

لأن الحقّ لهم فلا يتبرّع الحاكم عليهم به . نعم ، لو كانت الديون لمن له عليه
 ولاية كالطفل اليتيم والمجنون والسفيه كان له الحجر . وكذا لو كان بعضها كذلك مع
 التماس الباقيين .

ولو كانت الديون لغائب لم يكن للحاكم الحجر عليه ، لأنّ الحاكم لا يستوفي
 ما للغائب في الدّم ، بل يحفظ أعيان أمواله وإنما يحجر عليه مع التماس البعض إذا
 كانت ديونهم بقدرٍ يجوز الحجر به عليه ، ثم يعمّ الحجر الجميع ، لثبوت الديون
 كلّها ، واستحقاق أربابها المطالبة بها ، بخلاف المؤجلة . واستقرب في التذكرة^(١) جواز
 الحجر بالتماس بعض أرباب الديون الحالة وإن لم يكن دين الملتمس زائداً عن ماله .
 قوله : « وكذا لو سأل هو الحجر عليه » .

هذا هو المشهور ، لأن الحجر عقوبة ، والرشد والحريّة ينافيانه ، فلا يصار إليه
 إلاّ بدليل صالح ، وإنما يتحقّق مع التماس الغرماء . واستقرب في التذكرة^(٢) جواز
 إيجابته محتجاً بأنّ في الحجر مصلحةً للمفلس ، كما فيه مصلحة للغرماء ، فكما يجاب
 الغرماء إلى ملتسمهم حفظاً لحقوقهم فكذا المفلس ليسلم من حقّ الغرماء ومن الإثم
 بترك وفاء الدين ، وقد روي أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلّم حجر على معاذ

القول في منع التصرف

ويمنع من التصرف إحتياطاً للغرماء، فلو تصرف كان باطلاً،

بالتماسه خاصة^(١).

قوله: «ويمنع من التصرف، إحتياطاً للغرماء».

إنما يمنع من التصرف المبتدأ في المال لا من مطلق التصرف، فلا يمنع من الفسخ بالخيار والعيب، لأنه ليس بابتداء تصرف - وسيأتي التنبيه^(٢) عليه في كلام المصنف - ولا من التصرف في غير المال كالنكاح والطلاق واستيفاء القصاص والعفو عنه ونحوها. ولعل المصنف نبه على ذلك بقوله: «إحتياطاً للغرماء» إذ لا ضرر على الغرماء في ذلك. وكذا لا يمنع مما يفيد تحصيل المال ولا يقتضي تصرفاً فيه، كالاتطاب، والانتاب، وقبول الوصية، فيملك بذلك وإن منع من التصرف فيه بعده. وكان على المصنف أن ينبه على ذلك.

قوله: «فلو تصرف كان باطلاً».

أي تصرف فيما يمنع من التصرف فيه. والبطلان الذي حكم به يمكن أن يريد به حقيقته بمعنى بطلان التصرف من رأس، لمنعه منه شرعاً، فتكون عبارته مسلوية كعبارة الصبي، فلا تصح وإن لحقته الاجازة. وهذا هو المناسب للحجر، فإن معنى قول الحاكم: حجرت عليك، منعتك من التصرفات. ومعناه تعذر وقوعها منه. وهو أحد الوجهين في المسألة.

ويمكن أن يريد به عدم نفوذه بحيث لا يتوقف على شيء، على وجه المجاز، فلا ينافي صحته لو أجازته الغرماء، أو فضل عن الدين بعد قسمة ماله عليهم. وهو

(١) التذكرة ٢: ٥٢ راجع سنن البيهقي ٦: ٤٨.

(٢) في ص: ٩٤.

سواء كان بعوضٍ ، كالبيع والاجارة ، أو بغير عوضٍ ، كالعق والهبة .
أما لو أقرَّ بدينٍ سابقٍ صحَّ ، وشارك المقرُّ له الغرماء .

الوجه الثاني في المسألة ، فإنه لا يقصر عن التصرف في مال الغير ، فيكون كالفضولي .
وحيثُ فلا ينافيه منعه من التصرف ، لأنَّ المراد منه التصرف المنافي لحق الغرماء ، كما
مرَّ ، إذ لا دليل على إرادة غيره ، ولأنَّ عبارته لا تقصر عن عبارة السفية المحجور عليه
مع صحَّة تصرفه للملحق بإجازة الولي . ولعل هذا أقوى .

فعلی هذا إن أجازته الغرماء نفذ وإلا أحر الى أن يقسم ماله ، لا يباع ولا يسلم
الى الغرماء ، فان لم يفضل من ماله شيء بطل ، وإن فضل ما يسعه صحَّ ، ويتصور
الفضل مع قصوره وقت الحجر بارتفاع قيمة ماله ، وإبراء بعض الغرماء ، ونحو
ذلك .

قوله : «سواء كان بعوض كالبيع والاجارة ، أو بغير عوض كالعق
والهبة» .

المراد بالتصرف الذي بغير عوض ما صادف المال كما ينبَّه عليه التمثيل بالعق
والهبة ، والا فالتصرف الذي لا يصادف المال ، كُله بغير عوض ، مع كونه صحيحا ،
كما بيناه سابقا .

قوله : «اما لو أقر بدين سابق صح ، وشارك المقرُّ له الغرماء» .

لا اشكال في صحَّة الإقرار في الجملة ، لعموم «إقرار العقلاء على انفسهم
جائز»^(١) . وليس الإقرار كالانشاء حيث قيل يبطلانه رأساً ، فلا ينفذ بعد الحجر ، لأنَّ
الغرض من إبطال التصرف إلغاء الإنشاء الموجب لإحداث الملك ، أما الإقرار فإنه

(١) راجع الوسائل ١٦ : ١١١ ب ٢ من كتاب الإقرار ح ٢ ، والمستدرك ١٦ : ٣١ ب ٢ من
كتاب الإقرار ح ١ ، وعوالي اللثالي ٣ : ٤٤٢ ح ٥ . وراجع أيضاً المختلف ٤٤٣ ، والتذكرة
٢ : ٧٩ ، وإيضاح الفوائد ٢ : ٤٢٨ ، وجامع المقاصد ٥ : ٢٣٣ فهناك بحث في كون هذه
الجملة رواية .

إخبار عن حق سابق لم يبطل^(١) بالحجر، فاذا تعلق غرض المفلس ببراءة ذمته بالإقرار وجب قبوله منه .

وإنما الكلام في أن المقر له هل يشارك الغرماء أم لا؟ فإن فيه خلافاً، فالمصنف - رحمه الله - قطع بمشاركته، واستقر به العلامة في التذكرة^(٢) والتحرير^(٣)، وقبلهما الشيخ في المبسوط^(٤)، لأنه عاقل فينفذ^(٥)، للخبر^(٦)، وعموم الخبر^(٧) في قسمة ماله بين غرمائه، والمقر له أحدهم، ولأن الإقرار كالبيّنة، ومع قيامها لا إشكال في المشاركة، ولانتفاء التهمة على الغرماء، لأن ضرر الأقرار في حقه أكثر منه في حق الغرماء، ولأن الظاهر من حال الإنسان أنه لا يقربدين عليه مع عدمه .

ويشكل بمنع دلالة الخبر على المدعى، لأننا قبلناه على نفسه، ومن ثمّ أُلزِمناه بالمال بعد زوال الحجر. ولم يدلّ على أنه جائز على غيره. ولو شارك المقر له الغرماء لنفذ عليهم، لتعلق حقهم بجميع ماله. ولا معنى لمنعه من التصرف إلاّ عدم نفوذه في ماله الموجود، والمشاركة تستلزم ذلك. ونمنع مساواة الإقرار للبيّنة في جميع الأحكام. ويظهر أثره فيمن لا يقبل إقراره إذا أقيمت عليه البيّنة. وإذا لم تكن القاعدة كليّة لم تصلح كبرى للشكل، فلا ينتج المطلوب. والتهمة موجودة في حق الغرماء، لأنه يريد إسقاط حقهم بأقراره، وتحقّق الضرر عليه لا يمنع من إيجابه

(١) فيما لدينا من النسخ: «لم يبطل به الحجر». وفي هامش «و» نقلاً عن نسخة الشيخ علي حفيد الشارح «لم يبطل بالحجر ظ». وهو الصحيح .

(٢) التذكرة ٢ : ٥٣ .

(٣) تحرير الأحكام ١ : ٢١٢ .

(٤) المبسوط ٢ : ٢٧٢ .

(٥) كذا في النسخ . والمراد نفوذ إقراره . وفي نسخة «ب» : «فينفذ تصرفه» . والظاهر أنه تصحيح قياسي غير صحيح .

(٦) أي الخبر المتقدم «إقرار العقلاء . . .» .

(٧) الوسائل ١٣ : ١٤٦ ب «٦» من كتاب الحجر ح ١ .

وكذا لو أقر بعينٍ دُفِعَتْ إلى المقر له ، وفيه تردّد ، لتعلّق حقّ الغرماء بأعيان ماله .

الضرر عليهم . وإمكان المواطأة بينه وبين المقر له في ذلك ، فلا يتحقّق الضرر إلاّ عليهم . وعلى كل حال لا يمكن الحكم بنفي التهمة على الإطلاق ، بل غاية أنه قد يكون متّهما وقد لا يكون ، فلا يصلح جعل عدم التهمة وجهاً للنفوذ مطلقاً . والأقوى عدم المشاركة .

واحترز بالدين السابق عما لو أسند الدين إلى ما بعد الحجر ، فإنّه لا ينفذ في حقّ الغرماء ، وإن صحّ الإقرار في نفسه ، كما مرّ ، لأنّ المعاملة الواقعة بعد الحجر متى تعلّقت بأعيان أمواله كانت باطلةً أو موقوفةً ، فلا يزيد الإقرار بها عليها . وينبغي تقييده بما يتعلّق بالمعاملة ليحصل القطع بعدم المشاركة ، أمّا لو أسنده إلى ما يلزم ذمّته كإتلاف مالٍ أو جنائيةٍ فيه الوجهان السابقان . والفرق أن الجناية والإتلاف وقعا بغير اختيار المالك والمجنّي عليه ، فلا يستند إلى تقصيره ، بخلاف المعاملة ، لصدورها عن الرضا والاختيار من الجانبين .

قوله : «وكذا لو أقر بعينٍ - إلى قوله - بأعيان ماله» .

جميع ما سبق في تحقيق الوجهين آتٍ هنا . ويزيد ما هنا إشكالاً بما أشار إليه المصنّف ، من تعلّق حقّ الغرماء بأعيان أمواله . وهذا الإشكال بعينه وارد في الدين على القول بالمشاركة ، إذ لا فرق بين أخذه بعض الأعيان بموجب التقسيط مساواةً لهم ، وبين أخذه ذلك البعض تقدّياً له عليهم مع تعلّق حقّهم بالعين ، فالقول بعدم النفوذ معجلاً فيهما أقوى . ومما تنفرد به العين لو قلنا بنفوذ الإقراء معجلاً تسليمها إلى المقر له وإن قصر باقي مال^(١) المفلس عن ديون الغرماء ، لأنّ الضرب إنّها هو بالدين ، وصاحب العين يختصّ بها .

واعلم أنّ جملة الأقوال في المسألة ارتقت على قدر الاحتمالات الممكنة ، وهي

(١) في «س» : ما في يد المفلس .

ولو قال: هذا المال مضاربة لغائب، قيل: يقبل قوله مع يمينه ويقرّ في يده. وإن قال: لحاضرٍ، وصدّقه، دفع إليه، وإن كذّبه قسّم بين الغرماء.

أربعة: نفي نفوذه فيهما. واختاره العلامة في الإرشاد^(١)، والشهيد^(٢) وجماعة^(٣) وإثباته فيهما، وهو خيرة التذكرة^(٤). وثبوتها في العين دون الدّين، ذهب إليه ابن إدريس^(٥). وبالعكس، وهو ظاهر المصنف في الكتاب وإن كان بعد ذلك تردّد^(٦). قوله: «ولو قال: هذا المال مضاربة لغائب قيل: يقبل قوله مع يمينه ويقرّ في يده».

القول للشيخ - رحمه الله - في المبسوط^(٧). وهو متفرّع على قبول إقراره بالعين. ووجه إفراده بالذكر أنّ الإقرار بالعين كان لمعيّنٍ فيأخذها عنده، وهاهنا الإقرار لغائب. ويدل عليه قوله بعد ذلك: «وإن كان لحاضرٍ وصدّقه دفع إليه، وإن كذّبه قسّم بين الغرماء». والحكم في ذلك قد سبق مع توجيه القولين.

ويبقى في حكم الشيخ هنا إشكال من وجهين: أحدهما إثباته اليمين على المقرّ مع أنه لإثبات مال الغير. والثاني إقرارها في يده مع أنه مسلوب أهلية اليد، لأنّ الحجر عليه رفع يده عن السلطنة الماليّة. والظاهر أنّ هذا هو منشأ أفراد المصنّف المسألة بالذكر، وإلّا فقد علم حكمها مما تقدّم في غير هذين الحكمين. ويمكن أن يدفع الإشكال الثاني بأنّ المفلس إنّما ترفع يده عن ماله لتعلّق حقّ

(١) الإرشاد ١: ٣٩٨.

(٢) غاية المراد: ١١٢.

(٣) منهم المحقّق الكركي في جامع المقاصد ٥: ٢٣٤ - ٢٣٥.

(٤) التذكرة ٢: ٥٣.

(٥) الموجود في السرائر ٢: ٤٩٩ عكس ذلك.

(٦) كذا في النسخ. ولعلّ الصحيح. «وإن كان ذلك بعد تردّد» إذ لا يظهر من المصنف هذا القول إلا بملاحظة تردّده.

(٧) المبسوط ٢: ٢٧٩.

ولو اشترى بخيارٍ، وفلّس والخيار باقٍ، كان له إجازة البيع وفسخه،
لأنه ليس بابتداء تصرف.

الغرماء به، أما مال الغير الذي هو وكيل فيه فلا وجه لرفع يده عنه، لأنه مكلف مختار
رشيد، ويده ليست يد عدوان.

قوله: «ولو اشترى بخيار وفلّس والخيار باقٍ . . . الخ».

لم يتقدم من المصنّف ما يدلّ على أنّ التصرف الممنوع منه هو المبتدأ حتى يعلّل
بذلك، ولكن قد عُرف ممّا هنا أنّه يريد بالسابق المبتدأ. وليس بجيّد، فإن المناسب
دلالة السابق على اللاحق دون العكس.

وحاصل المسألة: أنّه لو كان قد اشترى بخيارٍ قبل الحجر عليه وبقيت مدّته
إلى بعد الحجر فله فسخ البيع، لأنّ هذا التصرف أثر أمرٍ سابقٍ على الحجر، فلا يمنع
منه. ولا فرق بين أن يكون له غبطة في الفسخ وعدمها. وكذا له الردّ بالعيب السابق
مطلقاً. وشرط العلامة هنا اعتبار الغبطة^(١). وفرّق الشهيد رحمه الله بين الردّ بالعيب
والخيار، بأنّ الخيار يثبت بأصل العقد، لا على طريق المصلحة، فلا يتقيّد بها،
بخلاف الردّ بالعيب، فإنّه يثبت على طريق المصلحة، فيتقيّد بها.

وفيه نظر، لأنّ كلّاً من الخيارين ثابت بأصل العقد، وإنّما اختلفا بأنّ أحدهما
ثبت بالاشتراط والآخر بمقتضى العقد. ولم يقل أحد بتقيّد فسخ العيب في غير
المفلس بالمصلحة، فاعتبار الغبطة فيه هنا - مع كونه ليس من التصرفات المبتدأة -
ليس بجيّد. ولو قيل: إنّ الحكمة الباعثة على إثبات خيار العيب هي الغبطة، نظراً
إلى نقص العيب، قلنا مثله في الخيار، فإنّ حكمة الخيار - مع أنّ الأصل في البيع
اللزوم، لأنّه لم يوضع إلّا لتملّك كلٍّ من المتعاضين مال الآخر - إنّما هي إمكان
أن يتجدّد لذي الخيار ما يوجب إرادة الفسخ فلا يجد السبيل إليه، فشرع الخيار
لذلك. ومن ثمّ ثبت في الحيوان ثلاثة أيام من غير شرط، لأنّ الحيوان ممّا يشتمل على
أمورٍ خفيّة لا يطلع عليها ابتداءً غالباً، بخلاف غيره. ولمّا أمكن في غيره ذلك شرّع

ولو كان له حقّ، فقبض دونه، كان للغرماء منعه.

اشترط الخيار. ومّا قد تخلّف من أفراد العيب - مما لا غبطة في ردّه، بل الغبطة في قبوله غالباً - خصاء العبد، فانه عيب، مع استلزامه زيادة القيمة. ومثله الفسخ بخيار بمجرد التّشهي، فالحكم فيها واحد. وبالجملة فالقواعد الكلّية في الأحكام الشرعية أخرجت الأمور الحكمية عن بعض موضوعاتها الجزئية.

وفي التذكرة فرّق بين الخيار والعيب بأنّ العقد في زمن الخيار متزلزل لا ثبات له، فلا يتعلّق حقّ الغرماء بالمال، ويضعف تعلّقه به، بخلاف ما إذا خرج معيباً، وإذا ضعف التعلّق جاز أن لا يعتبر شروط^(١) الغبطة^(٢).

وفيه نظر، فإنّ التزلزل مشترك فيهما، فالفرق تحكّم. ونقل فيها عن بعض الشافعية اعتبار الغبطة فيها قياساً، وجعل عدم اعتبار الغبطة فيهما وجهاً. وهو الوجه.

قوله: «ولو كان له حقّ فقبض دونه كان للغرماء منعه».

يمكن أن يريد بالاعتصار على قبض البعض إسقاط الباقي. وثبوت منعهم له عن ذلك ظاهر، لأنّه تصرف مبتدأ فلا يُمكنُ منه، فيكون قبض البعض كناية عن الاعتصار عليه مع إسقاط الباقي. ويمكن أن يريد به قبض بعض الحقّ في ذلك المجلس وتأخير الباقي إلى وقتٍ آخر لا يفوت فيه غرض الغرماء. وإنما يكون لهم منعه حينئذٍ حيث لا يلزم قبض البعض إذا بذله منّ عليه الحق، كضمن المبيع، فلو كان الحقّ عوضاً عن دينٍ أو إتلاف مالٍ كان له قبض البعض. وقد تقدّم تفصيل ذلك في البيع.

واعلم أن نسبة القبض إليه على طريق المجاز، فانه لا يُمكنُ من قبض المال، لاقتضاء الحجر ذلك. وإنّما المراد إثبات تسلّطه على الحكم المذكور وإن كان القابض غيره.

(١) كذا في النسخ. والصحيح شرط الغبطة كما في التذكرة.

(٢) التذكرة ٢ : ٥٤.

ولو أقرضه إنسان مالا بعد الحجر، أو باعه بثمانٍ في ذمته، لم يشارك الغرماء وكان ثابتاً في ذمته .

قوله: «ولو أقرضه إنسان مالا بعد الحجر - إلى قوله - وكان ثابتاً في ذمته» .

هذا في العالم بحاله موضع وفاق، وإقدامه على دينه حيث علم إعساره وتعلق حقّ الغرماء بأمواله، أما لو كان جاهلاً بحاله فقد جزم المصنف بأنه كذلك، لتعلق حقّ الغرماء الموجودين عند الحجر بأمواله وإن كانت متجدّدة، بناءً على تعلق الحجر بالمتجدّد من ماله، فلا يتوجّه له الضرب معهم، ولا أخذ عين ماله .

وفيه وجهان آخران، أحدهما: جواز فسخه واختصاصه بعين ماله، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلّم: «صاحب المتاع أحقّ بمتاعه إذا وجده بعينه»^(١). والثاني: الضرب مع الغرماء، لأنّ له حقّاً ثابتاً في الذمّة، فهو غريم فيضرب به كسائر الغرماء، ولأنّه قد أدخل في مقابل الثمن مالا فيضرب بالثمن، إذ ليس فيه إضاعة على الغرماء .

ويضعّف الوجهان بما تقدّم من تعلق حقّ الغرماء بهاله - وإن كان متجدّداً - قبل هذا الغريم، مع أنّ الوجهين متنافران، لأنّه إن كان غريباً اختصّ بعين ماله، وإن لم يكن غريباً لم يضرّب . وما اختاره المصنف لا يخلو من قوّة .

واحترز بكون الثمن في ذمته عما لو اشترى بعين من أعيان ماله، فإن الشراء يقع باطلاً على ما سلف^(٢)، أو موقوفاً على إجازة الغرماء، أو على فكّ الحجر وسلامة تلك العين .

(١) سنن أبي داود ٣: ٢٨٦ ح ٣٥١٩، غوالي اللثالي ٢: ٢٥٦ ح ٤، بتفاوتٍ في الألفاظ .

(٢) في ص: ٨٩ .

ولو أتلف مالاً بعد الحجر ضمن، وضرب صاحب المال مع الغرماء.

ولو أقرَّ بهالٍ مطلقاً وجهل السبب، لم يشارك المقر له الغرماء، لاحتماله ما لا يستحقُّ به المشاركة.

قوله: «ولو أتلف مالاً بعد الحجر ضمن، وضرب صاحب المال مع الغرماء».

إنما يضرب صاحب المال المتلف - مع كون السبب متأخراً عن الحجر - لانتهاء رضاه، وإنما ثبت حقه بوجه قهريٍّ، فيثبت له استحقاق الضرب. ومن ثمَّ قيل في الجاهل بالمعاملة ذلك، إلا أنَّ بينهما فرقاً، وهو أنَّ الجاهل مختار، وربّما كان جهله مستنداً إلى تقصيره في البحث عن حال مُعامله، لأنَّ المحجور عليه يشيع خبره على وجه لا يشتهه إلاَّ على المقصّر في البحث. وفي حكم إتلافه المال جنائته على نفس آدميٍّ محترمةٍ أو طرفه.

قوله: «ولو أقرَّ بهالٍ مطلقاً - إلى قوله - ما لا يستحقُّ به المشاركة».

قد علم مما تقدّم أنَّ ثبوت المال في ذمّة المحجور عليه قد يكون ممّا يضرب به، كالذي سبق سببه، والواقع قهراً بعده كالإتلاف والجنائية، وقد لا يكون كذلك، كالتجدد باختيار الغريم. فاذا أقرَّ بهالٍ مطلقاً احتمل كونه ممّا يضرب به مع الغرماء وعدمه، ومتى احتمل الأمرين يضعف عن مقاومة ما علم تعلّقه شرعاً بهاله، وهو حقّ الغرماء السابقين على الحجر، فيختصّون به، لأصالة عدم استحقاق المقر له المشاركة.

وربما قيل بوجوب استفضاله ليعلم أيستحقُّ المقر له الضرب أم لا؟ ولا شبهة في جوازه وأولويته، أمّا وجوبه فيمكن دفعه بأنَّ تعلّق حقّ الغرماء بعين ماله لما كان معلوماً، وتعلّق حقّ المقر له غير معلوم - لما ذكرناه - فيبقى على أصالة عدم المشاركة إلى أن يثبت خلافها.

ولا تحلّ الديون المؤجلة بالحجر، وتحلّ بالموت.

القول

في اختصاص الغريم بعين ماله

ومنّ وجد منهم عين ماله كان له أخذها، ولو لم يكن سواها. وله أن يضرب مع الغرماء بدينه، سواء كان وفاءً أو لم يكن، على الأظهر.

قوله: «ولا تحلّ الديون المؤجلة بالحجر، وتحلّ بالموت».

هذا هو المشهور وعليه العمل، لأصالة بقاء ما كان عليه. وقال ابن الجنيد: إنه يحلّ قياساً على الميت^(١). وهو باطل، مع وجود الفارق بتحقق الضرر على الورثة إن منعوا من التصرف إلى حلوله، وصاحب الدين إن لم يمنعوا، بخلاف المفلس. ولا فرق في دين الميت بين مال السلم والجناية المؤجلة عليه وغيرهما، على الأقوى، لعموم النص^(٢).

ووجه احتمال خروجها أنّ الأجل في السلم جزء من العوض، فلو حلّ مال السلم لزم نقصان العوض. وأجل الجناية بتعيين الشارع، فبدونه لا تكون تلك الدية. وعموم النصّ يدفع ذلك، ويسقط ما ادّعي تأثيره، لأنها فردان من أفراد الديون فيتناولهما كغيرهما.

قوله: «ومنّ وجد منهم عين ماله كان له أخذها - إلى قوله - على الأظهر».

هذا هو المشهور وعليه العمل، والنصوص دالة عليه^(٣). وللشيخ - رحمه الله -

(١) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٨.

(٢) الوسائل ١٣: ٩٧ ب «١٢» من أبواب الدين والقرض ح ١ و ٤.

(٣) التهذيب ٦: ١٩٣ ح ٤٢٠، الاستبصار ٣: ٨ ح ١٩، الوسائل ١٣: ١٤٥ ب «٥٦» من أبواب كتاب الحجر ٢. المستدرک ١٣: ٤٣٠ ب «٤» من أبواب الحجر ح ١.

أما الميِّت، فغرماءؤه سواء في التركة، إلا أن يترك نحواً مما عليه فيجوز حينئذٍ لصاحب العين أخذها.

قول بأنه لا اختصاص إلا أن يكون هناك وفاء^(١)، إستناداً الى صحيحة أبي ولّاد عن أبي عبدالله عليه السلام^(٢). ولا دلالة فيها، لأنها واردة في غريم الميِّت لا غريم المفلس. وقد تقدّم أنه يمكن تجدد الوفاء - وان كان في ابتداء الحجر قاصراً عن الدين - إما بإرثٍ أو اكتسابٍ أو ارتفاع قيمة أمواله أو نائها، فلا يرد أنّ شرط الحجر القصور فكيف يتصور الوفاء معه؟ ويمكن هنا أيضاً أن تكون الديون إنّما تزيد عن أمواله مع ضميمته الدين المتعلق بمتاع واجده، فاذا أخرج دينه من بين الديون ومتاعه من بين أمواله صارت وافيةً بالديون.

قوله: «أما الميِّت فغرماءؤه سواء في التركة . . . الخ».

مستند ذلك صحيحة أبي ولّاد التي أشرنا إليها سابقاً. والمراد بالنحو هنا المثل، بمعنى أن تكون تركته بقدر ما عليه فصاعداً، بحيث لا يحصل على باقي الغرماء قصور. وإنما عبر المصنّف بالنحو تبعاً للرواية. ولا فرق بين أن يموت المديون محجوراً عليه أولاً، لأنّ الموت بمنزلة الحجر. وقيل: الحكم مختصّ بالمحجور عليه. وإطلاق النصّ يدفعه.

والحكمة في شرط الوفاء في مال الميِّت دون الحيّ واضحة، لأنّ الميِّت لا يبقى له ذمّة، فلا يناسب الاختصاص إلا مع الوفاء لثلا يتضرّر الغرماء، بخلاف الحيّ، فإنّ ما يتخلّف من الدين يتعلّق بدمته، فربما لا يضيع. والقول بذلك هو المشهور بين الأصحاب. وخالف فيه ابن الجنيد^(٣) فحكم بالاختصاص هنا. وإن لم يكن وفاء، كالحّيّ. وهو ضعيف.

(١) الاستبصار ٣: ٨ ذيل ح ١٩، المبسوط ٢: ٢٥٠.

(٢) التهذيب ٦: ١٩٣ ح ٤٢١، الاستبصار ٣: ٨ ح ٢٠، الوسائل ١٣: ١٤٦ ب «٥» من أبواب كتاب الحجر ح ٣.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٦.

وهل الخيار في ذلك على الفور؟ قيل: نعم. ولو قيل بالتراخي،
جاز.

ولو وجد بعض المبيع سليماً أخذ الموجود بحصّته من الثمن، وضرب
بالباقى مع الغرماء. وكذا إن وجده معيماً بعيب قد استحقّ أرشه ضرب
مع الغرماء بأرش النقصان. أمّا لو عاب بشيءٍ من قبل الله سبحانه أو
جنايةٍ من المالك كان مخيراً بين أخذه بالثمن وتركه.

قوله: «وهل الخيار في ذلك على الفور؟ قيل: نعم، ولو قيل بالتراخي
جاز».

الإشارة بذلك إلى ما تقدّم في الحيّ والميّت، فإنّ في كون الخيار لواجد العين
- حيث يجوز له أخذها - على الفور أم التراخي قولين، منشؤهما إطلاق النصّ^(١)
بشوته، فيستصحب إلى أن يثبت المزيل - وهو الذي مال إليه المصنف هنا - ووجوب
الوفاء بالعقد وبناء البيع على اللزوم، فيقتصر في الخروج عن ذلك على موضع
الضرورة جمعاً. والحقّ أنّ هذا الخيار خاصّ مخرجٍ لما ذكر عن العموم أو مقيد له،
فيثبت مطلقاً، وإن كان مراعاة الفوريّة أولى.

قوله: «ولو وجد بعض المبيع سليماً - إلى قوله - وتركه».

إذا وجد البايع بعض مبيعه دون بعضٍ فلا يخلو إمّا أن يكون البعض الفائت
مما يتقسط عليه الثمن، بمعنى بسطه عليه وعلى الباقي بالنسبة، وهو الذي يصحّ
إفراده بالبائع، كعبدٍ من عبيدين ونصف ثوب، أو لا يكون كذلك، كيد العبد. وعلى
التقديرين: فالتالف إمّا أن يكون تلفه من قبل الله تعالى، أو بجناية أجنبيّ، أو من
المشتري، أو من البائع، فالصور ثمان.

ومحصّل حكمها: أنّ البعض الفائت إن كان له قسط من الثمن - بالمعنى

الذي ذكرناه - (١) فإن البائع يتخير بين أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ويضرب مع الغرماء بحصة التالف، وبين أن يضرب بجميع الثمن. وهذا هو القسم الذي صدر به المصنف، ولا خلاف في حكمه عندنا مطلقاً، ولأن الموجود يصدق عليه أنه عين ماله، فله أخذها. وإنما خالف فيه بعض العامة^(٢)، فزعم أنه ليس له الرجوع بالباقي، لأنه لم يجد المبيع بعينه.

وإن لم يكن للفائت قسط من الثمن، كما لو وجد العبد بغير يدٍ، فإن كان فواتها بأفة من الله تعالى فليس للبايع إلا الرضا به على تلك الحال، أو الضرب بالثمن، عند المصنف وأكثر الأصحاب، حتى إن المصنف لم ينقل فيه هنا خلافاً. وإنما لم يكن له هنا أرش لأنه لاحق له في العين إلا بالفسخ المتجدد بعد العيب، وإنما حقه قبل الفسخ في الثمن، فلم تكن العين مضمونة له، ولم يكن له الرجوع بأرش المتجدد.

وذهب ابن الجنييد إلى مساواة هذا القسم للسابق في استحقاق أرش النقصان^(٣). وقوّاه العلامة في المختلف^(٤)، والشيخ علي رحمه الله^(٥). وهو حسن، لأن فسخ المعاوضة يوجب رجوع كل مالٍ إلى صاحبه، فإن كان باقياً رجع به، وإن كان تالفاً رجع ببده كائناً ما كان. وكون العين في يد المشتري غير مضمونة للبايع معارضٌ بما له قسط، على أننا لا نقول إنها مضمونة مطلقاً، بل بمعنى أن الفائت في يد المشتري يكون من ماله، لأن ذلك هو مقتضى عقود المعاوضات المضمونة، فإذا

(١) في هامش «ن» و «و»: «نبه بقوله: «بالمعنى الذي ذكرناه» على أن أجزاء المبيع مطلقاً لا بد أن يحصها قسط من الثمن، فإن العبد - مثلاً - إذا بذل فيه ثمن معين لا بد أن يصيب يده شيء منه، ولهذا لو كان مقطوع اليد لا يشتري بذلك الثمن، فاطلاقهم أن مثل ذلك لا قسط له لا يخلو من تجوز، وهنا فسره بمعنى أنه لا يفرد بثمانٍ بحيث يباع وحده. منه رحمه الله.»

(٢) المغني لابن قدامة ٤ : ٤٩٩ .

(٣) و٤) راجع المختلف : ٤٢٧ .

(٥) جامع المقاصد ٥ : ٢٧٤ .

ارتفع عقد المعاوضة رجع كل من العوضين إلى مالكة أو بدله .
 وأما كون مثل اليد لا قسط لها من الثمن فإن أرادوا أنّ الثمن لم يبذل في مقابلتها منه شيء ففساده ظاهر، اذ لولاها لم يبذل جميعه قطعاً، وإن أرادوا أنّ الثمن لا يقسّم عليها وعلى باقي الأجزاء على نسبة الكثرة والقلة، كالعشر في متساوي الأجزاء، فإنه يقسّم عليه عشر الثمن، وتحسب قيمته فيها يمكن إفراده بالبيع كالعبد من عبيد، فلا دلالة فيه على مطلوبهم .

وان كان فوات الجزء المذكور بجناية أجنبي تخير البائع بين أخذه والضرب بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة، وبين الضرب بجميع الثمن . وذلك لأنّ الاجنبى لما ثبت عليه أرش الجناية، والأرش جزء من المبيع، وقد أخذه المشتري، فلا يضيع على البائع، بخلاف التعيب بالآفة السماوية حيث لم يكن لها عوض . كذا عللوه . وهو ينافي ما ذكروه سابقاً، لأنّه لما وقع في وقت لم تكن العين مضمونة عليه، ولم يستحقّها البائع إلا بعد الفسخ - كما ذكروه في ذلك التعليل - ينبغي أن لا يكون له إلا الرضا بالمعيب، لأنّه لم يجد سواه . وعلى ما قررناه من أنّ الفسخ يوجب رجوع كل من المتعاضدين الى ماله أو بدله فلاشكال منتف .

واحترزنا بكون الأرش المرجوع به على نسبة نقصان القيمة، عمّا ضمنه الجاني، فإنّه لا يعتبر، لأنّ ضمانه لأرش الجناية قد يكون بتقدير شرعي بحيث يكون بقدر قيمة المجني عليه، فيلزم الرجوع بالعوض والمعوض . وكذا لو كان العبد يساوي مائتين مثلاً وقد اشتراه بائة، فجنى عليه الجاني بقطع يده، فإنّ أرشها نصف القيمة وهو مائة، فلا يرجع البائع بها وبالعبد لثلاً يجمع بينهما . بل الأرش الذي يرجع به جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة نقصان القيمة إليها، لأنّ هذا هو قاعدة الارش .
 وأما حكم أرش الجناية فخارج بأمر شرعيّ يستحقّه مالك العين حين الجناية .

وان كان فوات الجزء بجناية البائع فهو كالاجنبى، لأنّه جنى على ما ليس بمملوك له ولا في ضمانه . وهذا القسم داخل مع الاجنبى في قول المصنّف: «قد

ولو حصل منه نهاء منفصل كالولد واللبن كان النهاء للمشتري، وكان له أخذ الأصل بالثمن .
ولو كان النهاء متصلاً، كالسمن أو الطول، فزادت لذلك قيمته، قيل: له أخذه، لأنّ هذا النهاء يتبع الأصل . وفيه تردّد.

استحقّ أرشه» .

وإن كان بجناية المشتري فقد قطع المصنف بكونه كالفوات من قبل الله تعالى، لما سبق من التعليل . وعلى ما اخترناه لا فرق . ويحتمل أن يكون جنايته كجناية الاجنبيّ، لأنّ إتلاف المشتري نقص واستيفاء، فكأنّه صرف جزءاً من المبيع الى غرضه . فهذه جملة أحكام الأقسام .

قوله: «ولو حصل منه نهاء - إلى قوله - بالثمن» .

هذا موضع وفاق لم يخالف فيه إلا بعض العامة^(١)، ولأنّه انفصل في ملك المفلس فلم يكن للبائع الرجوع فيه، لأنّه ليس عين ماله . ولا فرق في الولد بين الحمل والمنفصل، ولا في اللبن بين المحلوب وغيره . ومثله الثمرة المتجدّدة وإن لم تقطف .

قوله: «ولو كان النهاء متصلاً - إلى قوله - وفيه تردّد» .

القول للشيخ - رحمه الله -^(٢) وجماعة^(٣) منهم العلامة في القواعد^(٤)، محتجين بأنّ هذه الزيادة محض صفة وليست من فعل المفلس، فلا تعدّ مالاً له، ولأنّه يصدق أنّه وجد عين ماله فيرجع به . ووجه التردّد مما ذكر، ومن كون الزيادة ملكاً للمفلس وإن لم تكن بفعله، لأنّها نهاء ملكه، وأنّ الرجوع في العين على خلاف الأصل فيقتصر فيه على ما لا يستلزم فوات مال للمفلس . ولا نسلم أنّها بقيت عين ماله، بل هي

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ٥٠٧ .

(٢) المبسوط ٢ : ٢٥٢ .

(٣) منهم الفقيه يحيى بن سعيد في الجامع للشرائع : ٣٦٢ .

(٤) قواعد الاحكام ١ : ١٧٥ .

وكذا لو باعه نخلاً وثمرتها قبل بلوغها، وبلغت بعد التفليس .

مع شيء آخر.

وربما أشكل الفرق بين الزيادة هنا وفي زمن الخيار، حيث يرجع ذو الخيار بالعين مع هذه الزيادة . والفرق - بأن الخيار ثابت بأصل العقد، بخلافه هنا فإنه طارٍ بالحجر - لا يدفع، لاشتراكهما في أنّ الفسخ من حينه، فالسابق وقع في ملك المشتري .

وذهب جماعة منهم العلامة في المختلف^(١) وابن الجنيّد^(٢) الى أن الزيادة للمفلس، فان رجع البائع في العين يكون شريكاً للمفلس بمقدار الزيادة . وفي التذكرة^(٣) استقرب عدم جواز الرجوع في العين وأطلق، وأراد به «ولو مع ردّ الزيادة» لأنه علّل بعد ذلك مسألة ما لو كان حياً فزرعه، فإنه ليس له أخذه، لأنه إذا لم يكن له أخذ العين مع الزيادة المتصلة فهنا أولى . وحينئذٍ فتصير الأقوال ثلاثة، وكلها للعلامة^(٤) .

وقول المصنف: «قيل له أخذه» يحتمل كون الأخذ مجّاناً - وهو الظاهر - فيكون إشارة الى قول الشيخ، ويحتمل كون المراد مع ردّ الزيادة، فتكون إشارة الى قول ابن الجنيّد . والظاهر أنّ مراده الاول .

قوله: «وكذا لو باعه نخلاً وثمرتها قبل بلوغها وبلغت بعد التفليس» .

إن كانت الزيادة في الثمرة المذكورة في نفس العين فالحكم كما سلف، بل هي فرد من أفراد تلك المسألة، وهذا هو الذي يقتضيه حال الثمرة قبل البلوغ وبعده . وإن كانت الزيادة في القيمة خاصّة مع بقاء الثمرة على قدرها ففي إلحاقها بها وجهان، من كون الزيادة القيمة حصلت في ملك المفلس فلا يؤخذ منه مجّاناً، ومن بقاء عين

(٢٠١) راجع المختلف: ٤٢٧ .

(٤٠٣) التذكرة ٢: ٦٥ .

أما لو اشترى حباً فزرعه وأحصده، أو بيضةً فأحضرها وصار منها فرخ، لم يكن له أخذه، لأنه ليس عين ماله .
ولو باعه نخلاً حائلاً فأطلع، أو أخذ النخل قبل تأبيره، لم يتبعها الطلع .

مال البائع من غير تغير فيدخل في عموم الخبر^(١) . واستقرب في التذكرة^(٢) عدم جواز الرجوع في العين مطلقاً متى زادت قيمتها لزيادة السوق . وألحق به ما لو اشترها المفلس بدون ثمن المثل .

قوله: «أما لو اشترى حباً - إلى قوله - لأنه ليس عين ماله» .

أشار بالتعليل إلى أن الخبر^(٣) الدال على الرجوع يقتضي اعتبار كون عين المال قائمة . وحينئذ فلا رجوع في الحب المزروع والبيضة، لأن الموجود الآن ليس عين المال وإن كان أصله من ماله . وبهذا فارق الغاصب، لأن التغير في الغصب كان في ملك المغصوب منه، فكان الموجود له كيف كان . ومثله القول في زرع المرتين للحب المرهون . وبالجمله فالمرجع هنا إلى وجود العين لا إلى مجرد الملك . وكذا القول في العصير إذا تخمر في يد المشتري ثم تحلل . ولو قلنا بالمنع من الرد في مسألة الزيادة المتصلة فهنا أولى .

قوله: «ولو باعه نخلاً حائلاً فأطلع أو أخذ النخل قبل تأبيره لم يتبعها

الطلع» .

لأن الطلع ثمرة متجددة في حكم المنفصلة، فلا يتبع، وإنما تبعت في البيع بنص خاص فلا يتعدى . ونبه بذلك على خلاف الشيخ - رحمه الله - حيث حكم

(١) التهذيب ٦ : ١٩٣ ح ٤٢٠ ، الاستبصار ٣ : ٨ ح ١٩ ، الوسائل ١٣ : ١٤٥ ب «٥» من

أبواب كتاب الحجر ٢ .

(٢) التذكرة ٢ : ٧١ .

(٣) المتقدم أنفاً .

وكذا لو باع أمةً حائلاً فحملت، ثم فُلس وأخذها البائع لم يتبعها الحمل.

ولو باع شقصاً وفلس المشتري، كان للشريك المطالبة بالشفعة، ويكون البائع أسوةً مع الغرماء في الثمن.

بجواز أخذ النخل مع الطلع^(١). وهو أحد قولي الشافعي^(٢)، إلا أنه قاسه على البيع، والشيخ لا يقول بالقياس. ولو كانت قد أبرت فلا خلاف في عدم التبعية، لأنها حينئذٍ نماء حصل للمشتري على ملكه، فلا يزول، ولا يتصور تبعيته بوجه. وكذا القول في باقي الثمار بعد الظهور. وإنما خصّ ثمرة النخل قبل التأبير للتبنيه المذكور. وحيث تكون الثمرة للمشتري وأخذ البائع الشجر يجب عليه إبقاؤها إلى أوان قطعها عادة بغير أجره.

قوله: «وكذا لو باع أمة حائلاً - إلى قوله - لم يتبعها الحمل».

القول في الحمل كما مرّ في الثمرة. وخالف فيه الشيخ^(٣) - رحمه الله - أيضاً، فجعل الحمل كالجزة من الأمة^(٤)، وحكم بأن بيع الحامل يستتبع الحمل لذلك، فيلزمه مثله هنا، لأنّ مذهبه أنّ الزيادة المتصلة لا تمنع أخذ البائع مجّاناً^(٥)، فتكون هنا كذلك، ولكنه لم يصرّح به، إلا أنّ مقدماته تستلزمه. وحيث حكم بكون الحمل للمشتري يجب على البائع إبقاؤه الى الوضع بغير أجره. ويمكن إعتبار شرب اللبّاء ايضاً. وقد ذكره في نظائره محتجّين بأن الولد لا يعيش بدونه.

قوله: «ولو باع شقصاً وأفلس المشتري، كان للشريك المطالبة بالشفعة . . . الخ».

(١) المبسوط ٢: ٢٥٣.

(٢) المغني لابن قدامة ٤: ٥٠٩.

(٣) المبسوط ٢: ١٥٦.

(٤) في «ن»: الأم.

(٥) كما مرّ في ص ١٠٣.

قد اشتملت هذه المسألة على حكمين:

أحدهما: تقديم حق الشفيع على البائع، ووجهه أن حقه أسبق من حقه، لأن الشفيع استحق العين بالبيع، وحق البائع إنما تعلق بها بالحجر، وهو متأخر عن البيع. ولأن حق الشفيع لاحق للبيع لذاته، وحق البائع لاحق له بواسطة الحجر، وما بالذات أولى مما بالعرض. ولأن حقه أقوى، لأنه يأخذ من المشتري ومن نقله إليه وإن تعدد، وتبطل جميع العقود، والبائع إنما يتعلق بالعين ما دامت باقية على ملك المشتري. ولأنه يأخذها وإن زادت، والبائع لا يأخذها مع الزيادة، على ما تقدم.

والثاني: أن الثمن لا يختص به البائع، بل يكون فيه أسوة الغرماء. وذلك لأنه إنما يثبت للمشتري بالأخذ بالشفعة، وفي تلك الحال يكون مالا للمشتري، فيتساوى فيه الغرماء. ولا يقدم به البائع، لأنه ليس عين ماله بل عوضه، وهو لا يقدم بالعوض.

والمصنف اقتصر على الحكمين طارحاً ما عدهما عن درجة الاعتبار، لضعفه. وقد حكى الشيخ في المبسوط وجهين آخرين^(١). وكذلك العلامة^(٢). وهما قولان للشافعية^(٣):

أحدهما: أن البائع يقدم على الشفيع، فيفسخ ويأخذ العين، لعموم الخبر الدال على اختصاص البائع بعين ماله^(٤)، ولأن الشفعة شرعت لدفع الضرر بالشركة التي لا يختارها الشريك، والضرر هنا يزول عن الشفيع، لأن البائع إذا رجع في الشقص عاد الأمر كما كان قبل البيع، ولم يتجدد شركة غيره.

ويضعف بمنع شمول الخبر للمتنازع فيه، لسبق حق الشفيع. سلمنا، لكن

(١) المبسوط ٢: ٢٥١.

(٢) المختلف: ٤٢٦.

(٣) المغني لابن قدامة: ٤: ٥٢٢.

(٤) المتقدم في ص ١٠٥. هامش رقم (١).

ولو فُلس المستأجر، كان للمؤجر فسخ الإجارة، ولا يجب عليه إمضاؤها، ولو بذل الغرماء الأجرة.

تعارض عمومان فيقدم الأسبق. ومراعاة دفع الضرر في الشفعة غير لازمة، وإن كان أصل الحكمة فيها ذلك، بل هي ثابتة بالنص والاجماع، فلا يندفعان بهذه الاعتبارات الوهمية.

وثانيهما: تقديم الشفيع بالعين والبائع بالثمن على سائر الغرماء، حيث تعذر أخذه للعين، وحيث إنه عوض ماله الذي قد وجده في حالة الحجر بعينه. وقد كان حقه التقدم به لولا عروض مانع سابق، فيرجع إلى بدله جمعاً بين الحقيين. ويضعف بأن الخبر إن أفاده حكماً أخذ العين، وإلا لم ينفعه في الثمن، لعدم تناول الخبر له، بل هو من جملة أموال المفلس.

وللشيخ - رحمه الله - في هذه المسألة قول مبني على أصله السابق، وهو أنه مع الوفاء يكون البائع أولى بالثمن، وإن لم يكن في ماله وفاء كان أسوة الغرماء. إختاره في المبسوط^(١). وهو ضعيف المآخذ، لكنّه غير مخالف في فائدة الحكم، لأنه مع وفاء ماله بدين الغرماء يفضل له الثمن المذكور، إلا أنه لا يختص الفضل به.

قوله: «ولو فُلس المستأجر كان للمؤجر فسخ الإجارة . . . الخ».

إذا أفلس المستأجر ولم يكن قد دفع الأجرة جاز للمؤجر الفسخ وأخذ العين الموجرة، تنزيلاً للمنافع منزلة الأعيان، ولأنه يدخل في عموم الخبر^(٢)، لأنه قد وجد عين ماله، وله إمضاء الإجارة والضرب مع الغرماء بالأجرة.

وتفصيل المسألة أنّ الحجر عليه لا يخلو: إما أن يكون قبل مضي شيء من المدة أو بعده. وعلى الثاني إما أن تكون العين الموجرة فارغة من حق المفلس كالدار، أو مشغولة كالأرض يزرعها أو يغرسها^(٣)، والدابة قد حمل عليها وهو في أثناء المسافة

(١) المبسوط ٢ / ٢٥١.

(٢) المتقدم في ص ١٠٥.

(٣) في «ب» و«ن» و«م»: بزرعها وغرسها.

ثم إما أن تكون الإجارة واردةً على عينٍ أو ذمّةً .

فإن كان الحجر قبل مضيّ شيءٍ من المدّة يقبل تقسيط الأجرة عليه ، فإن فسخ الموجر أخذ العين وسقطت الأجرة ، وإن اختار إمضاء الإجارة ضرب مع الغرماء بالأجرة ، وأجر الحاكم العين على المفلس ، كما يوجر أعيان أمواله التي لا يمكن بيعها ، وصرف الأجرة الى الغرماء . هذا إن كانت معينةً ، ولو كانت في الذمّة واختار الموجر الإمضاء أمره الحاكم بتعيينها ليوجرها .

وإن كان بعد مضيّ شيءٍ من المدّة له قسط من الأجرة ، فإن كانت فارغةً وفسخ الموجر ضرب مع الغرماء بقسط المدّة الماضية من الأجرة المسماة ، كما لو باع عبدان فتلف أحدهما ففسخ في الباقي ، وإن اختار الإمضاء ضرب بجميع الأجرة . وإن كانت مشغولةً ، فإن كان بزرع وقد استحصد واختار الفسخ فله المطالبة بالحصاد وتفريغ الارض ، وإن كان قبله ، فإن اتفق مع الغرماء على قطعه قصيلاً قطع وكان كالسابق ، وإن اتفقوا على التبقية فلهم ذلك مع بذل أجرة المثل لبقية المدّة مقدّمةً على الغرماء ، إذ فيه مصلحة الزرع الذي هو حقّهم ، كأجرة الكيال والوزان .

وإن كان دابةً تحمل ، نقل الحمل إلى مأمّن بأجرة المثل لذلك الحمل من ذلك المكان مقدّماً بها على الغرماء ، كما مرّ ، فإذا نقله سلّمه إلى الحاكم مع إمكانه ، وإلّا وضعه على يد عدلٍ . وكذا لو كانت الأجرة لركوب المفلس وحصل الفسخ في أثناء المسافة ، فإنّه ينقل إلى المأمّن بأجرة مقدّمةً ، دفعاً للضرر عن نفسه الذي هو أولى من حفظ ماله . ولا فرق في هذه المواضع بين كون مورد الإجارة العين أو الذمّة ، لتحقق التعيين^(١) .

(١) في هامش «و» و «ن» : «ولم يذكر المصنف حكم ما لو كان المفلس الموجر . وقد كان الأنسب ذكر أحكامها هنا منه رحمه الله» .

ولو اشترى أرضاً فغرس المشتري فيها أو بنى ثم فُلس كان صاحب الأرض أحقَّ بها، وليس له إزالة الغروس ولا الأبنية. وهل له ذلك مع بذل الأرش؟ قيل: نعم، والوجه المنع.

قوله: «ولو اشترى أرضاً فغرس المشتري فيها أو بنى . . . الخ».

إنما كان له الرجوع في الأرض مع تغييرها بالغرس لأنها عين ماله، وهي متميزة عن مال المفلس، لا يستلزم الرجوع فيها أخذاً لمال المفلس، ولا ضرر عليه، لأنه يبقى فيها إلى أن يفنى^(١) بغير أجر، فيدخل في عموم الخبر^(٢). وإنما لم يكن له الإزالة لأنها وضعت بحق في زمن ملكه، فتكون محترمة، ولا يجوز إزالتها، ولا مع الأرش على الأقوى.

والقول بجواز إزالتها مع الأرش للشيخ في المبسوط^(٣). وربما استُبدل له بظاهر الخبر^(٤)، حيث إنَّ المتبادر من الرجوع في العين استحقاق منافعتها، فحيث وضع الغرس بحق يجمع بين الحقيقتين بقلعه بالأرش. وعلى هذا ينبغي أن يجوز إبقاؤه بأجرة لا مجاناً، لأن ذلك هو مقتضى التعليل. ولكن لم يذكر أحد استحقاقه الأجرة لو أبقاها. نعم، هو وجه لبعض الشافعية^(٥).

والفرق بين هذه وبين العين الموجهة إذا فسخ فيها المجر وقد اشتغلت بغرس المستأجر - حيث إنه يستحق الأجرة فيها كما تقدّم، دون هذه - أنّ المعقود عليه في البيع الرقبة، وإنَّها تحصل له بالفسخ وإن لم يأخذ الأجرة، وفي الإجارة المعقود عليه هو المنفعة، فإذا فسخ العقد فيها واستوفاه المستأجر بغير عوض خلا الفسخ عن الفائدة، ولم يعد إليه حقه، فلم يستفد بالفسخ شيئاً، فجبرت المنفعة حيث لم يتمكن

(١) في «ن»: يغني. وفي «ب» و«م»: يعني.

(٢) المتقدم في ص ١٠٥ هامش رقم (١).

(٣) المبسوط ٢: ٢٥٩ - ٢٦٠.

(٤) الأنف الذكر.

(٥) الوجيز ١: ١٧٥.

ثم يباعان فيكون له ما قابل الأرض، وإن امتنع بقيت له الأرض، وبيعت الغروس والأبنية منفردةً.

من استيفائها بالأجرة. وأيضاً فإن المشتري دخل على أن لا يضمن المنفعة، فلم يثبت عليه أجرة، كما لو باع أصولاً دون ثمرتها، بخلاف المستأجر، فإن متعلق ضمانه هو المنفعة، فتجب عليه الأجرة.

وفي حكم الغرس البناء، أما الزرع فيجب على البائع إبقاؤه إلى أوانه بغير أجرة لو فسخ في الأرض قولاً واحداً. والفرق أن للزرع أمداً قريباً ينتظر، فلا تعدد العين معه كالتالفة فينتظر، بخلاف الغرس والبناء.

وعلى القول بجواز قلع الغرس وإزالة البناء بالأرض، فطريق تقديره أن يقوم الغرس قائماً إلى أن يفنى^(١) بغير أجرة، والبناء ثابتاً كذلك ومقلوعاً، فالأرض هو التفاوت.

قوله: «ثم يباعان ويكون له ما قابل الأرض - إلى قوله - منفردةً».

هذا تفريع على عدم استحقاق البائع إزالتها، ولا بالأرض^(٢). فالطريق إلى وصوله إلى حقه أن تباع الأرض بما فيها من البناء والغرس، فله من الثمن ما قابل الأرض. وطريق معرفته أن يقوم معاً ثم تقوم الأرض مشغولةً بهما ما بقيا مجاناً، وتنسب قيمتها كذلك إلى قيمة المجموع، ويؤخذ من الثمن لها بنسبة ذلك، والباقي للمفلس.

هذا إن رضي البائع ببيع الأرض، وإلا لم يجبر عليه، بل يباع مال المفلس على حالته التي هو عليها من كونه في أرض الغير مستحقّ البقاء إلى أن يفنى^(٣) مجاناً، وإن استلزم ذلك نقصاناً في قيمته لو ضمّ إلى الأرض وأخذ للأرض قسطها، فإن ذلك هو حقّ المفلس، فلا يؤثر هذا النقصان.

(١) في «ن» و«ب» و«س»: يعني.

(٢) في «س»: ولو بالأرض.

(٣) في «س» و«ن»: يعني. وفي «م»: يعني.

ولو اشترى زيتاً فخلطه بمثله . لم يبطل حقَّ البائع من العين . وكذا لو خلطه بدونه ، لأنه رضي بها دون حقّه . ولو خلطه بها هو أجدود ، قيل : يبطل حقّه من العين ، ويضرب بالقيمة مع الغرماء .

وحيث يباع منفرداً يبقى حكمه حكم من باع أرضاً واستثنى شجرةً ، في جواز دخول مالها إليها وسقيها ، إلى آخر ما ذكر من أحكامها . وقد تقدّمت^(١) في البيع . قوله : «ولو اشترى زيتاً فخلطه بمثله . . . الخ» .

إنما لم يبطل حقَّ البائع بمزج المبيع لوجود عين ماله في جملة الموجود ، غاية أنها غير متميّزة ، وذلك لا يستلزم عدمها ، إذ لا واسطة بين الموجود والمعدوم . ويمكن التوصل إلى حقّه بالقسمة ، لأنّ الزيت كلّه سواء ، فيأخذ حقّه بالكيل أو الوزن . هذا إذا خلطه بمثله أو أردأ . أما لو خلط بالأجدود فالأقوى أنّه كذلك ، لعين ما تقدّم ، فإنّ العين موجودة أيضاً قطعاً ، غاية ما هناك أنه تعذّر تمييزها ، لكن يمكن التوصل إلى قيمتها بأن يباعا ويكون له بنسبة ما يخصّه من القيمة . وهو مختار العلامة في المختلف^(٢) والتحرير^(٣) . فعلى هذا لو كانت قيمة زيتة درهماً ، والمزوج به درهين ، يباع وأخذ ثلث الثمن . ويحتمل أن يكون له ذلك في الخلط بالأردأ أيضاً ، لأنّه حقّه ، والحال أنّ العين باقية وقد تعذّر التوصل إليها ، فيعدل إلى القيمة . واختاره في التحرير^(٤) .

والقول ببطلان حقّه لو مزجه بالأجدود للشيخ^(٥) - رحمه الله - وتبعه العلامة في التذكرة^(٦) والقواعد^(٧) ، فيصير للعلامة في المسألة ثلاثة أقوال . ووجه هذا القول أنّ

(١) في ج ٣ ص ٢٣٠

(٢) المختلف : ٤٢٧ .

(٣ و ٤) تحرير الأحكام ١ : ٢١٤ .

(٥) المبسوط ٢ : ٢٦٣ .

(٦) تذكرة الفقهاء ٢ : ٦٩ .

(٧) قواعد الاحكام ١ : ١٧٥ .

ولو نسج الغزل أو قصر الثوب أو خبز الدقيق لم يبطل حقّ البائع من العين، وكان للغرماء ما زاد بالعمل.

العين تصير حينئذٍ بمنزلة التالفة من طريق المشاهدة والحكم، أما الأوّل فللاختلاط، وأما الثاني فلأنّه لا يمكنه الرجوع إلى عينه بالقسمة، وأخذ المقدار من الممتزج، للاضرار بصاحب الأجود. وهو ضعيف، لأنّ العين موجودة، ويمكن التوصل إلى الحقّ بالقيمة. ولو أثر مثل هذا الاختلاط في ذهاب العين لزم مثله في القسمين الأخيرين.

وحكى الشيخ - رحمه الله - في قسم الأجود قولاً ثالثاً، وهو أن يدفع إلى البائع من عين الزيت بنسبة قيمة ما يخصّه، فإذا خلط جرة تساوي ديناراً بجرة تساوي دينارين فلبائع قيمة ثلث الجميع، فيعطى ثلث الزيت وهو ثلثا جرة. ثم غلّطه باستلزامه الربا^(١). وهو يتمّ على القول بثبوتها في كلّ معاوضة، ولو خصصناه بالبيع لم يكن القول بعيداً.

قوله: «ولو نسج الغزل . . . الخ».

إعلم أنّ الزيادة اللاحقة للمبيع لا يخلو: إمّا أن يكون من نفسه أو من خارج. والأوّل إمّا متصلة محضاً كالسمن، أو منفصلة محضاً كالولد، أو متصلة من وجهٍ دون آخر كالحمل. وقد تقدّم^(٢) حكم الثلاثة. والزيادة الخارجيّة إمّا أن تكون عيناً محضةً كالغرس، أو صفةً محضةً كنسج الغزل وقصر الثوب، أو صفةً من وجهٍ وعيناً من آخر كصبغ الثوب. وقد تقدّم حكم القسم الأوّل، وبقي الأخيران. وهذه المسألة حكم الثاني. والثالث بعدها بلا فصل.

إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا اشترى عيناً وعمل فيها عملاً يزيد في صفتها لا في ذاتها، كأن يطحن الحنطة، أو يخبز الدقيق، أو يقصر الثوب، أو يخيّطه بخيوطٍ منه، أو ينسج الغزل، أو ينشر الخشب ألواحاً، أو يعملها باباً، ونحو ذلك، لم يسقط

(١) المبسوط ٢: ٢٦٣.

(٢) في ص ١٠٣.

ولو صبغ الثوب كان شريكاً للبائع بقيمة الصبغ، إذا لم ينقص قيمة الثوب به .

حقّ رجوعه بالعين عندنا، لأنّ العين لم تخرج عن حقيقتها بتوارد هذه الصفات عليها، فكان واجداً عين ماله .

ثمّ إن لم تزد قيمة المبيع بهذه الصفات فلا شيء للمفلس، سواء غرم المفلس عليه شيئاً أم لا . وإن نقصت قيمته فلا شيء للبائع معه لو اختار أخذ العين . وإن زادت القيمة بسببه صار المفلس شريكاً فيها كزيادة العين، فتباع العين ويكون للمفلس من الثمن بنسبة ما زاد، فلو كانت قيمة الثوب مائة خاماً، ومقصوراً مائة وعشرين، كان للمفلس سدس الثمن . هذا هو الذي قطع به المصنف . وهو أحد القولين في المسألة .

والقول الآخر أنّ العين تسلّم إلى البائع مجاناً، إلحاقاً لهذه الزيادة بالمتصلة كالسمن وغيره، بناءً على أنّ حكم المتصلة ذلك . وقد تقدّم^(١) الخلاف فيها، فمنّ حكم هناك بأن الزيادة للمشتري يحكم هنا بطريق أولى . ومنّ يحكم بكونها للبائع يمكن أن يحكم بأن هذه للمشتري، لأنّ هذه من فعله أو ما في حكمه، بخلاف السمن والكبر، فإنّها من فعل الله تعالى، وإن كان سببها من فعل المكلف، كالعلف والسقي . ومن ثمّ يتخلف السمن عنها في بعض الأحيان . وربّما يحصل بدونها في آخر . وعلى تقدير استناده إليهما فالفاعل هو الله تعالى، بخلاف طحن الحنطة وخبز الدقيق ونحوهما . ومن ثمّ جاز الاستيجار عليه ولم يجز الاستيجار على القسمين ونحوه، كما لا يخفى . والأقوى في الموضوعين أنّ الزيادة للمفلس، وحينئذٍ فالمعتبر بالقيمة مع الزيادة حين الرجوع .

قوله: «ولو صبغ الثوب كان شريكاً للبائع بقيمة الصبغ إذا لم ينقص قيمة الثوب به» .

هذا مثال ما لو كانت الزيادة عيناً من وجهٍ وصفةً من آخر، فإنّ الصبغ في نفسه

وكذا لو عمل المفلس فيه عملاً بنفسه، كان شريكاً للبائع بقدر العمل.

عين، وأحدث للثوب صفةً من اللون لم تكن. وحينئذٍ فيما أن يزيد الثوب في القيمة بقدر قيمة الصبغ أو أقل أو أكثر، أو لا يزيد شيئاً، أو ينقص. ففي الأول يكونان شريكين بنسبة المالين، كما لو كانت قيمة الثوب مائة، والصبغ عشرين، وساوى بعض الصبغ مائة وعشرين، فللمفلس سدس الثمن، والقسمة هنا على الأعيان، ولا يتحقق للصفة حكم، لانتهاء الزيادة بسببها.

وفي الثاني يكون للبائع بقدر قيمة الثوب، والنقصان على المفلس، لأن الصبغ تفرق أجزاءه في الثوب وتهلك والثوب قائم بحاله، فكانت نسبة النقصان إلى الصبغ أولى. لكن يشترط في ذلك أن لا يعلم استناد النقصان أو بعضه إلى الثوب، وإلا لحقه بحسبه.

وفي الثالث، وهو زيادة قيمته مصبوغاً عن قيمة الثوب والصبغ، كما لو صار في المثال يساوي مائة وثلاثين، فلا شبهة في كون كل عينٍ محفوظةً بقيمتها، وإنما الكلام في الزائد عنها، فإنه صفة محضة فيجري فيها البحث في المسألة السابقة. فإن أحقنا بالأعيان فهي بأجمعها للمفلس، وهو الأقوى. وإن أحقنا الأثر بالعين فهي للبائع. ويحتمل بسطها على نسبة المالين، لعدم الأولوية، حيث إنها تابعة للمعنيين.

وإن لم تزد قيمة الثوب شيئاً بالصبغ أو نقصت لم يكن للمفلس شيء، لأن عين مال البائع قائمة وعين مال المفلس ذاهبة، كما مرّ، والصفة منتفية فتنتفي الشركة فيه قولاً واحداً. ويمكن شمول قول المصنّف: «إذا لم تنقص قيمة الثوب به» للقسمين، وإن كان في الثاني أوضح.

قوله: «وكذا لو عمل المفلس فيه عملاً بنفسه كان شريكاً بقدر

العمل».

هذا من أفراد الصفة المحضة. وقد كان يمكن الغنى عنه بالسابق، فإنه أعم من كونه بنفسه وبغيره. وإنما يكون شريكاً بقدر العمل مع زيادة العين بقدره خاصةً،

ولو أسلم في متاعٍ ثم أفلس المسلم إليه قيل: إن وجد رأس ماله أخذه، وإلا ضرب مع الغرماء بالقيمة. وقيل: له الخيار بين الضرب بالثمن أو بقيمة المتاع، وهو أقوى.

وإلا جاء فيه ما تقدّم من الأقسام.

قوله: «ولو أسلم في متاعٍ ثم أفلس المسلم إليه - إلى قوله - وهو أقوى».

القول الأوّل للشيخ رحمه الله^(١). ووجهه مع وجدان عين ماله دخوله في العموم^(٢)، ومع عدمه يضرب بدينه كما في كلّ غريمٍ. ودينه هو المسلم فيه فيضرب به. وإنما اعتبر القيمة لأنّ الضرب باعتبارها، وإلا فالمرجع إلى نفس الدّين. ووجه الثاني مع تلف عين ماله ما تقدّم^(٣) في السلف، من أنّه متى تعذّر المسلم فيه في وقته تحيّر المسلم بين الفسخ والصبر، فيكون هنا كذلك، إلاّ أنّه مع الفسخ يضرب بالثمن، ومع عدمه يضرب بقيمة المسلم فيه، إذ لا صبر هنا لأحدٍ من الغرماء. وهذا هو الأقوى. وهو اختيار الأكثر. ولكن يجب تقييده بما لو لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه، أو يشتمل عليه بحيث يمكن وفاؤه منه، فلو فرض ذلك لم يكن له الفسخ، إذ لا انقطاع للمسلم فيه ولا تعذّر. ومن الممكن أن يصل إلى جميع حقّه، بأن يفرض عدم قصور المال حين القسمة وإن كان قاصراً كما مرّ، فلا بدّ من ملاحظة مثل هذا القيد. وعلى تقدير وصول البعض فلا وجه للفسخ فيه أيضاً.

وفيما قرّر به المصنّف القول الثاني إجمالاً، وتلخيصه: أنّه مع وجود العين - وهو الثمن - يتخيّر المسلم بين الفسخ فيأخذه، وبين الضرب بدينه وهو المسلم فيه، وإن

(١) المبسوط ٢: ٢٦٦.

(٢) لاحظ ص ٩٨: الهامش رقم ٣.

(٣) في: ج ٣ ص ٤٣٠.

ولو أولد الجارية ثم فُلس جاز لصاحبها انتزاعها وبيعها. ولو طالب بثمانها جاز بيعها في ثمن رقبته، دون ولدها.
 وإذا جُني عليه خطأً تعلّق حقّ الغرماء بالدية، وإن كان عمداً كان بالخيار بين القصاص وأخذ الدية إن بذلت له. ولا يتعيّن عليه قبول الدية، لأنها اكتساب، وهو غير واجب.

وجده تالفاً تخيّر بين الفسخ فيضرب بالثمن، وبين الإمضاء فيضرب بالمسلم فيه.
 قوله: «ولو أولد الجارية وفُلس جاز لصاحبها انتزاعها - إلى قوله - دون ولدها».

وجه جواز انتزاعها ظاهر، فإنها عين ماله، والاستيلاء المتجدّد لها لا يمنع رجوعه، إذ يجوز بيعها في ثمنها حينئذٍ، وأخذها بمنزلته. ولو اختار الضرب بالثمن جاز بيعها فيه أيضاً، لما قلناه. وأمّا الولد فهو حرّ على كلّ حالٍ، لأنّه ولد من سيدها حالة ملكه لها، فلا سبيل^(١) لأحدٍ عليه.
 قوله: «وإذا جُني عليه خطأً تعلّق حقّ الغرماء بالدية».
 وفي حكمه الجناية على عبده ومورثه. ولا يصحّ منه العفو هنا، لأنّه تصرف في المال، وهو ممنوع منه.

قوله: «وإن كان عمداً كان بالخيار - إلى قوله - وهو غير واجب».
 لما كان الواجب في العمد بالأصالة هو القصاص، والمال إنّما يلزم بالتراضي، كان التخيير للمجنيّ عليه - مع بذل الجاني المال - بين القصاص لأنّه حقّه، وبين أخذ المال، وبين العفو. ولا يتعيّن عليه أخذ المال لو بذل له، عملاً بالأصل، ولأنّه اكتساب للمال وهو غير لازم له الآن، كما لا يلزمه قبول الهبة. فإن اقتصر فلا كلام. وإن رضي بالمال وبذله الجاني تعلّق به حقّ الغرماء. وإن عفا مطلقاً سقط حقّه منها.

(١) في «هـ»: ولا سبيل.

نعم، لو كان له دار أو دابّة وجب أن يؤجرها^(١). وكذا لو كانت له مملوكة، ولو كانت أمّ ولد.

وإذا شهد للمفلس شاهد بهال، فإن حلف استحقّق. وإن امتنع هل يحلف الغرماء؟ قيل: لا، وهو الوجه. وربما قيل بالجواز، لأنّ في اليمين إثبات حقّ للغرماء.

قوله: «نعم لو كان له دار أو دابّة وجب أن يؤجرها. وكذا لو كانت له مملوكة ولو كانت أمّ ولد».

تأمّن يستثنى للمديون مطلقاً داره ودابّته ومملوكه المحتاج إليه منها. وهذه الثلاثة لاتباع ولا تؤاجر. وما ذكره المصنّف يحمل على أحد أمرين: إمّا بأن تكون هذه الأشياء له على وجه لا يمكن بيعه، بأن تكون موقوفةً وهي زائدة على ما يستثنى، وإمّا على مؤاجرتها زمن الحجر إلى أوان البيع. وأمّا أمّ الولد فلا تباع مطلقاً، إذا لم تكن عين مال أحدٍ من الغرماء. فيمكن الحكم بمؤاجرتها إذا كانت فاضلةً عن خدمته. ولو كانت خدمته تحصل بها فالظاهر الاكتفاء بها عن مملوكةٍ أخرى، لصدق المملوكيّة عليها وإن تشبّث بالحرّيّة، فبياع ما سواها، مع احتمال عدمه. وضمير «يؤجرها» المسترّيعود إلى المالك بدلالة السياق. ولكن يجب تقييده بإذن الحاكم. ويمكن أن يعود إليه.

قوله: «وإذا شهد للمفلس شاهد بهالٍ - إلى قوله - إثبات حقّ الغرماء».

القول بالمنع للشيخ^(٢) والأكثر. وهو الأقوى، لأنّ المال للمفلس إلى أن يقتسمه الغرماء، وإن تعلّق حقّهم به. والحلف لإثبات مال الغير ممتنع. والقول بالجواز لابن الجنيد^(٣)، بناءً على عود النفع إليهم، ويستحقّقون المطالبة. وهو

(١) كذا في النسخ. والصحيح يؤجرها، ومصدرها الإجارة لا المؤجرة كما سيأتي في عبارة المصنّف والشارح.

(٢) المبسوط ٢: ٢٧٦.

(٣) نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٨.

وإذا مات المفلس حلّ ما عليه، ولا يحلّ ما له. وفيه رواية أخرى مهجورة. وينظر المعسر، ولا يجوز إلزامه ولا مؤاجرته. وفيه رواية أخرى مطروحة.

ضعيف، إذ لم يخرج بذلك عن كونه مال المفلس.

وفي حلفهم إشكال من وجهٍ آخر، وهو أنّ كلّ واحدٍ منهم إن حلف على مجموع المال كان حلفاً لإثبات مالٍ لغيره، وهو باقي الغرماء، وهو ممتنع أيضاً زيادةً على ما تقدّم. وإن حلف على بعضه، وهو القدر الذي يصيبه بالتقسيت، لم يثبت له أجمع بل بعضه، لأنّه مال المفلس، فلا يلتزم ثبوت جميع المال بهذا الحلف. والاعتذار عن حلفه على المجموع بأنّه إنّما يثبت به استحقاقه لا يدفع ما ذكرناه، لأنّه يتضمّن إثبات مال الغير أيضاً.

قوله: «وإذا مات المفلس حلّ ما عليه، ولا يحلّ ما له. وفيه رواية

أخرى مهجورة».

أمّا الأوّل فموضع وفاق. وأمّا الثاني فالمشهور بقاؤه بحاله، لأصالة البقاء، وانتفاء الدليل، وللفرق بتحقق الضرر في الأوّل على المالك إن تصرف الوارث، وعلى الوارث إن منع منه إلى أن يحلّ، بخلاف موت مَنْ له الدّين. والرواية المذكورة بخلافه رواها أبو بصير، عن الصادق عليه السلام: «قال: إذا مات الميت حلّ ما له وما عليه من الديون»^(١). وعمل بها الشيخ في النهاية^(٢)، وتبعه جماعة^(٣). والرواية مرسلة. والأصحّ الأوّل.

قوله: «وينظر المعسر. ولا يجوز إلزامه ولا مؤاجرته. وفيه رواية أخرى

مطروحة».

هذا هو المشهور، وعليه العمل. ويدلّ عليه ظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو

(١) الكافي ٥: ٩٩ ح ١، التهذيب ٦: ١٩٠ ح ٤٠٧. وفيهما «إذا مات الرجل . . .».

(٢) النهاية: ٣١٠.

(٣) في هامش (و) و «ن»: «أبو الصلاح وابن البرّاج والطبرسي رحمهم الله. منه رحمه الله» راجع

الكافي للحلي: ٣٣٣، والمختلف: ٤١٢.

القول

في قسمة ماله

يستحبّ إحضار كلّ متاعٍ في سوقه ليتوفّر الرغبة، وحضور الغرماء،
تعرّضاً للزيادة.

عُسْرَةٌ فَنظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ^(١)، وأطلق جماعة^(٢) من أصحابنا أنه لا يجب عليه الاكتساب أيضاً، ولا قبول الهبة ولا الصدقة ولا الوصية ونحوها. ولو قيل بوجوب ما يليق بحاله كان حسناً. والرواية بجواز مؤاجرتة رواها السكوني، عن الصادق عليه السلام عن أبيه: «أنّ عليّاً عليه السلام كان يجبس في الدّين، ثمّ ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء، فيقول لهم: إصنعوا به ما شئتم، إن شئتم فأجروه، وإن شئتم استعملوه»^(٣). وعمل بها ابن حمزة^(٤). ومال إليه في المختلف^(٥). واختاره الشهيد^(٦) رحمه الله.

قوله: «يستحبّ إحضار كلّ متاعٍ في سوقه ليتوفّر الرغبة».

إنّما يستحبّ الإحضار إذا وثق بانتفاء الزيادة لوبيع في غير سوقه، وإلّا فالأولى الوجوب، لأنّ بيعه فيه أكثر لطلّابه، وأضبط لقيّمته. ولكن أطلق الجماعة الاستحباب.

قوله: «وحضور الغرماء تعرّضاً للزيادة».

استحباب هذا القسم مناسب، إذ لا خصوصية لهم في الشراء. ويمكن وجوبه^(٧) مع رجاء الزيادة بحضورهم. وكذا يستحبّ حضور المفلس أو وكيله، فإنّه

(١) سورة البقرة: ٢٨٠.

(٢) راجع المبسوط ٢: ٢٧٤، التذكرة ٢: ٧٣، وجامع المقاصد ٥: ٢٩٧.

(٣) الاستبصار ٣: ٤٧ حديث ١٥٥، التهذيب ٦: ٣٠٠ حديث ٨٣٨.

(٤) الوسيلة: ٢٧٤.

(٥) المختلف: ٤١٤.

(٦) الدروس: ٣٧٣.

(٧) في «ه»: «ويمكن القول بوجوبه . . .».

وأن يبدأ ببيع ما يخشى تلفه، وبعده بالرهن، لانفراد المرتهن به .
وأن يعوّل على منادٍ يرتضي به الغرماء والمفلس، دفعاً للتهمة، فإن
تعاسروا عين الحاكم .

أخبر بقيمة متاعه، وأعرف بجيده من غيره، فيتكلم عليه ويخبر بقدره، ويعرف
المعيب من غيره، وربما كان أكثر للرغبة فيه، وأبعد عن التهمة، وأطيب لنفس
المفلس .

قوله: «وأن يبدأ ببيع ما يخشى تلفه» .

جعل هذا من المستحبّ ليس بواضحٍ ، بل الأجود وجوبه، لئلا يضيع على
المفلس وعلى الغرماء، ولوجوب الاحتياط على الأمناء والوكلاء في أموال مستأمنهم،
فهنا أولى، لأنّ ولاية الحاكم قهرية، فهي أبعد عن مسامحة المالك . وحينئذٍ فيبدأ بما
يخاف عليه الفساد عاجلاً كالفاكهة، ثم بالحيوان، ثم بسائر المنقولات، ثم
بالعقارات . هذا هو الغالب . وقد يعرض لبعض ما يستحقّ التأخر التقدّم بوجه .

قوله: «وبعده بالرهن لانفراد المرتهن به» .

ولأنه ربما زادت قيمته عن الدّين فيضمّ الباقي إلى مال المفلس، وربما نقصت
فيضرب المرتهن بباقي دينه مع الغرماء . وفي حكم الرهن العبد الجاني، لتعلّق حقّ
المجنيّ عليه برقبته واختصاصه، وربما فضل منه فضلة كالرهن . ويفارقه بأنّه لو قصر
عنها لم يستحقّ المجنيّ عليه الزائد، لأنّ حقّه لم يتعلّق بالذمّة بل بالعين، بخلاف
الرهن فإنّه متعلّق بهما . وهذا التقديم يناسب الاستحباب، لأنّ الغرض منه معرفة
الزائد والناقص، وهو يحصل قبل القسمة . وفي التذكرة^(١) قدّمه على بيع المخوف .
وما هنا أولى .

قوله: «وأن يعوّل على منادٍ يرتضي به الغرماء والمفلس دفعاً للتهمة،
فان تعاسروا عين الحاكم» .

هذا الحكم ينبغي أن يكون على سبيل الوجوب، لأنّ الحقّ في ذلك لهم،

وإذا لم يوجد مَنْ يتبرّع بالبيع، ولا بذلت الأجرة من بيت المال،
وجب أخذها من مال المفلس، لأنّ البيع واجب عليه. ولا يجوز تسليم
مال المفلس إلّا مع قبض الثمن، وإن تعاسرا تقابضاً معاً.

لكونه مال المفلس، ومصرفاً إلى الغرماء. ويمكن مع ذلك الاستحباب، لأنّ
الحاكم بحجره على المفلس أسقط اعتبره، وكان كوكيله، وحقّ الغرماء الاستيفاء من
القيمة، وهي حاصلة بنظر الحاكم. والحاصل: أنه يفوّض إليهم التعيين، فإن اتفقوا
عليه وإلا عين هو. هذا إذا كان معيناً كلّ واحدٍ متطوعاً أو بأجرة متّحدة، وإلا قدّم
المتبرّع وقليل الأجرة مع صلاحيته لذلك. وهذا في الحقيقة لا يخرج عن تعيين
الحاكم.

قوله: «وإذا لم يوجد مَنْ يتبرّع بالبيع، ولا بذلت الأجرة من بيت المال
وجب أخذها من مال المفلس».

مقتضى العبارة جواز بذلها من بيت المال - وبه صرح العلامة في التذكرة - لأنه
معدّ للمصالح وهذا من جملتها^(١). ومعنى قوله: «ولا بذلت من بيت المال» أنه إذا لم
يكن في بيت المال سعة، إمّا لعدمه، أو للاحتياج إلى صرفه إلى ما هو أهمّ من ذلك،
جاز أخذها من مال المفلس، لأنّ البيع حقّ عليه. وفي القواعد أطلق أنّ الأجرة على
المفلس^(٢). وما هنا أجود.

قوله: «ولا يجوز تسليم مال المفلس إلّا مع قبض الثمن. وإن تعاسرا
تقابضاً معاً».

هذا الحكم واضح، فإنّ مال الغير يجب الاحتياط فيه كذلك. وهل الحقّ في
ذلك منحصر في المفلس والغرماء، فيجوز مع رضاهم؟ يحتمله، لأنّ الحقّ الآن
منحصر فيهم، وعدمه، لجواز ظهور غريمٍ آخر يتعلّق دينه بالمال. وهو أجود.

(١) التذكرة ٢: ٥٦.

(٢) قواعد الأحكام ١: ١٧٣.

ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة، قيل: يجعل في ذمة مليّ إحتياطاً، وإلاّ جعل وديعةً، لأنّه موضع ضرورة. ولا يجبر المفلس على بيع داره التي يسكنها، ويبيع منها ما يفضل عن حاجته، وكذا أمته التي تخدمه.

قوله: «ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة - إلى قوله - لأنه موضع ضرورة».

إنّما كان ذلك احتياطاً لأن القرض مضمون على المقرض، بخلاف الوديعة، فإنّها أمانة لا يؤمن تلفها. واعتبر في التذكرة في المقرض مع الملاءة الأمانة^(١). وهو حسن. وقوله: «وإلاّ» أي وإن لم يوجد مقرض مليّ جعل وديعةً، وليكن المستودع عدلاً. وينبغي مراعاة مَنْ يرتضيه الغرماء والمفلس، ومع الاختلاف يعيّن الحاكم. ونسبة المصنّف الحكم إلى القيل يشعر بتوقّفه فيه. ووجه التوقّف من أنّ قرض الحاكم في الأموال التي يليها إنّما هو الاستيداع، كما هو في أموال اليتامى وغيرهم ممّن أمره أحوط من مال المفلس، فينبغي أن يجوز الاقتصار على الوديعة وإن أمكن القرض. وبه قطع في التذكرة^(٢). وهو حسن، وإن كان الأوّل أحوط.

قوله: «ولا يجبر المفلس على بيع داره - إلى قوله - وكذا أمته التي تخدمه».

يعتبر في الدار كونها لائقةً بحاله كماً وكيفاً، فلو زادت في أحدهما وجب الاستبدال بما يليق به، أو بيع الفاضل إن أمكن إفراده بالبيع، وفي الأمة الحاجة إلى خدمتها، أو الأهلية لها بحسب حاله. ومثلها العبد. وفي حكمها دابة ركوبه ولو احتاج إلى المتعدّد استثنى كالمّتحّد. وكذا يستثنى له دست ثوبٍ يليق بحاله شتاءً وصيفاً. قال في التذكرة: «والأولى إعتبار ما يليق بحاله في إفلاسه، لا في حال ثروته. ويترك لعياله من الثياب ما يترك له». قال: «ولا يترك له الفرش والبسط، بل يسامح

ولو باع الحاكم أو أمينه مال المفلس، ثم طلب بزيادة، لم يفسخ العقد. ولو التمس المشتري الفسخ، لم يجب عليه الإجابة، لكن تستحب.

ويجوز عليه نفقته ونفقة مَنْ يجب عليه نفقته وكسوته، ويتبع في ذلك عادة أمثاله، إلى يوم قسمة ماله، فيعطى هو وعياله نفقة ذلك اليوم. ولو مات قَدَّم كفنه على حقوق الغرماء، ويقتصر على الواجب منه.

باللبد والحصر القليل القيمة^(١). ولا فرق في المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغرماء وعدمه عندنا.

قوله: «ولو باع الحاكم أو أمينه مال المفلس - إلى قوله - لكن تستحب».

لا ريب في استحباب الإجابة إلى كلِّ إقالة، فهذا أولى، ولكن لا يجب، لأنَّه صار حقّه. هذا إذا لم يكن البيع بخيارٍ للبائع، وإلّا جاز الفسخ. وفي وجوبه نظر، أقربه ذلك، وإن كان قد بيع بثمن المثل، للقلادة على تحصيل الزيادة بالفسخ، فيكون كما لو طلب بزيادة عن ثمن المثل قبل البيع.

قوله: «ويجوز عليه نفقته - إلى قوله - نفقة ذلك اليوم».

الظاهر أنّ المراد بعادة أمثاله مَنْ هو في مثل شرفه وضعته وباقي أوصافه بحسب ما هو عليه الآن. ولو مات بعض مَنْ ينفق عليه في أثناء النهار ففي ارتجاع بقية نفقته نظر، من أنّ النفقة تمليك مطلق، أو بشرط استجماع شرائط الاستحقاق زمانها. وسيأتي - إن شاء الله تعالى - الكلام فيه.

قوله: «ولو مات قَدَّم كفنه على حقوق الغرماء ويقتصر على الواجب

منه».

وكذا يقدّم كفن مَنْ تجب نفقته عليه مَنْ يجب تكفينه عليه قبل الإفلاس.

مسائل ثلاث :

الأولى: إذا قسّم الحاكم مال المفلس، ثمّ ظهر غريم، نقضها وشاركهم الغريم.

ويقتصر على الواجب، وهو ثلاثة أثواب. ويعتبر فيها الوسط ممّا يليق به عادةً. ولا يقتصر على الأدون، مع احتماله. وبه قطع في البيان^(١). ولو اكتفينا بالثوب الواحد في تأدي الواجب لزم الاقتصار عليه هنا. وكذا يستثنى مؤنة التجهيز من سدر وكافور وماء وغيرها.

قوله: «إذا قسّم الحاكم مال المفلس ثم ظهر غريم نقضها وشاركهم الغريم».

إذا ظهر غريم بعد القسمة فلا يخلو: إمّا أن يطالب بعين من مال المفلس، بأن يكون بائعاً ومبيعه قائم، أو يطالب بدين. والأوّل إمّا أن يجدها مع بعض الغرماء، أو مع غيرهم، بأن يكون الحاكم قد باعها وجعل ثمنها في ماله، أو يجدها بأيدي الغرماء بالسّوية. وفيها عدا الصورة الأخيرة لا يتوجّه إلّا نقض القسمة، لأنّ العين إذا انتزعت من أحدهم بقي بغير حقّ. وفي الأخير والمطالب بدين قولان:

أحدهما - وهو الذي جزم به المصنّف - : أنّ القسمة تنقض، لتبين فساده من حيث إنّ جميع الغرماء مستوون في المال، وقد وقعت القسمة بغير رضا البعض، فيكون كما لو اقتسم الشركاء ثمّ ظهر لهم شريك آخر.

والثاني: أنّها لا تنقض، بل يرجع الغريم على كلّ واحدٍ بحصّة يقتضيها الحساب، لأنّ كلّ واحدٍ منهم قد ملك ما هو قدر نصيبه بالإقباض الصادر من أهله في محله، فلا يجوز النقض، لأنّه يقتضي إبطال الملك الثابت. أمّا الحصّة الزائدة على قدر نصيبه باعتبار الغريم الآخر فإنّها غير مملوكة له، فتستعاد.

ويضعّف بأنّ الملك كان مبنياً على الظاهر من انحصار الحقّ فيهم، وقد تبين

الثانية: إذا كان عليه ديون حالة ومؤجلة، قسّم أمواله على الحالة خاصةً.

خلافه. ولا فرق في نفس الأمر بين سائر غرمائه. فإن قيل: ذلك إنما يتم في الشركاء، وهنا لا شركة، إذ المال للمفلس. نعم، يستحقون الإيفاء، فلا يستحقّ الغريم الآخر سوى الحصّة، وما عداها لا حقّ له فيه، فيكون صرفه إلى الديون معتبراً.

قلنا: هذه وإن لم نجعلها شركة حقيقية، لكن الإيفاء أيضاً مشروط ببسط المال على نسبة جميع الغرماء، غابة ما فيه أنه لم يكن ظاهراً سواهم، فصحت ظاهراً، فلما تبين من يشاركهم في استيفاء المال لم تصحّ القسمة الأولى. والغريم المتجدّد وإن لم يستحقّ سوى الحصّة إلاّ أنّها مشاعة في جميع المال، فتميّزه بغير إذنه لا يصحّ، فكان القول بالنقض أجود. وحينئذٍ فلا فرق بين الأقسام السابقة كلّها. وليس هذا الفسخ الطارئ على هذه القسمة مثل فسخ البيع بأحد أسبابه، لأنّ ذلك الفسخ يبطله من حينه، وظهور هذا الغريم أبطلها من رأس.

وتظهر فائدة القولين في النماء المتجدّد بعد القسمة، فعلى النقض يشارك المتجدّد فيه دون الآخر. وفيما لو تصرف واحد في مقدار نصيبه، فعلى النقض تبين بطلانه دون الآخر. وفي وجوب الزكاة لو بلغ نصيبه نصاباً، واجتمعت الشروط، فعلى النقض تبين سقوطها، وعلى الآخر يجب. إلى غير ذلك من الفوائد.

قوله: «إذا كان عليه ديون حالة ومؤجلة، قسّمت أمواله على الحالة خاصةً».

أي مؤجلة عند القسمة، فإنّه لا يقسّم عليها. أمّا لو كانت مؤجلة عند الحجر وحلت عند القسمة شاركت، وإن كان الحجر في ابتدائه لأجل الحالة. ولو حلّ بعد قسمة البعض شارك في الباقي، وضرب بجميع المال، وضرب باقي الغرماء ببقية ديونهم.

الثالثة: إذا جنى عبد المفلس، كان المجني عليه أولى به، ولو أراد مولاه فكّه، كان للغرماء منعه .
ويلحق بذلك :

النظر في حبسه

لا يجوز حبس المعسر، مع ظهور إعساره .

قوله: «إذا جنى عبد المفلس . . . الخ» .

قد تقدّم^(١) أن المجني عليه أحقّ بالعبد الجاني من الغرماء ومن المرتهن، لانحصار حقّه في العين بخلافهم . وإنّما يكون أحقّ به مع استيعاب الجناية لقيّمته، وإلّا استرقّ منه بقدرها وصرف الباقي إلى الغرماء . وإنّما يمنع المولى من فكّه مع عدم المصلحة في فكّه، فلو فرضت بأن كان كسوباً يثمر مالاً إلى حين القسمة، وقيّمته باقية، فله فكّه لمصلحته .

ولو كان الجاني المفلس كان غريمه أسوة الغرماء . والفرق بين جنايته وجناية عبده واضح، فإنّ المجني عليه في صورة العبد تعلق حقّه بعين العبد، وهنا تعلق بذمة الجاني، فكان كغيره من الغرماء . وقد تقدّم^(٢) وجه مشاركته لهم مع تأخر سببه عن الحجر .

قوله: «لا يجوز حبس الغريم مع ظهور إعساره» .

عدل عن الضمير المذكور في العنوان، العائد إلى المفلس، إلى الإسم الظاهر - وهو الغريم - للتنبيه على أنّ هذا الحكم لا يختصّ بالمفلس، بل يأتي في المديون المعسر . وإنّما يحسن العدول لو اشترطنا في صدق التفليس الحجر، وإلّا فالمديون المعسر مفلس أيضاً .

(١) ص ٦٥ .

(٢) ص ٩٧ .

ويثبت ذلك بموافقة الغريم، أو قيام البيّنة .
فإن تناكرا وكان له مال ظاهر أمر بالتسليم . فإن امتنع فالحاكم
بالخيار بين حبسه حتى يوفي، وبيع أمواله وقسمتها بين غرمائه .

قوله : «ويثبت ذلك بموافقة الغريم» .

إنما يثبت بموافقة الغريم في حقّ الموافق خاصّةً . فلو تعدّد الغرماء ووافق بعضهم دون بعض فللمخالف البحث، إلّا أن يكون الموافق متعدّداً عدلاً، فيثبت مطلقاً .

قوله : «أو قيام البيّنة» .

نَبّه بذلك على خلاف بعض العامّة^(١)، حيث جعل قيام البيّنة بالإعسار غير مانعٍ من حبسه مدّةً يغلب على ظنّ الحاكم أنّه لو كان له مال لظَهَرَ . وسيأتي^(٢) الكلام على شرائط البيّنة وكيفية شهادتها .

قوله : «فإن تناكرا - إلى قوله - بين غرمائه» .

أي لو تناكر الغريم والمديون في الإعسار، بأن ادّعا المديون وأنكره الغريم . ومع ذلك فتفريع ظهور المال عليه منافر . والحاصل : أنّه مع عدم إيفاء المديون دينه، وظهور مالٍ له، يأمره الحاكم بالوفاء . فإن امتنع منه تخيّر بين حبسه وإهاتته إلى أن يوفي، وبين أن يوفي بنفسه . فإن كان ماله من جنس الحقّ صرفه فيه، وإن كان مخالفاً بأعه عنه وأوفى .

ويحلّ لصاحب الدّين الإغلاظ له في القول، بأن يقول له : يا ظالم، ونحوه . قال صلى الله عليه وآله وسلّم : «لِيُؤْجَدَ يَحْلَ عَقوبته وعرضه»^(٣) . والليُّ : المطل . والعقوبة : الحبس . والعرض : الإغلاظ له في القول . فإن أصرّ على ذلك جاز

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ٥٤٦ .

(٢) في ص : ١٢٩ - ١٣٤ .

(٣) أمالي الطوسي ٢ : ١٣٤ ، الوسائل ١٣ : ٩٠ ب «٨» من أبواب الدين والقرض ح ٤ . راجع سنن أبي داود ٣ : ٣١٣ ح ٣٦٢٨ .

وإن لم يكن له مال ظاهر، وادّعى الإعسار، فإن وجد البيّنة قضي بها. وإن عدمها، وكان له أصل مالٍ، أو كان أصل الدعوى مالاً، حسب حتى يثبت إعساره.

وإذا شهدت البيّنة بتلف أمواله قضي بها، ولم يكلف اليمين، ولو لم تكن البيّنة مطلّعة على باطن أمره. أمّا لو شهدت بالإعسار مطلقاً، لم يقبل حتى يكون مطلّعة على أمره بالصحبة المؤكّدة، وللغرماء إحلافه دفعاً للاحتيال الخفيّ.

للمحاكم ضربه.

قوله: «ولو لم يكن له مال ظاهر - إلى قوله - حتى يثبت إعساره».

المراد أنّه كان له قبل الآن مال وادّعى الآن تلفه. والمراد بكون أصل الدعوى مالاً أن غريمه الذي قد أثبت دينه دفع إليه في مقابلته مالاً، بأن باعه سلعةً وهو يطالب بثمنها، أو أقرضه مالاً، ونحو ذلك، والمديون يدّعي تلفه، أو ينكر وصوله إليه مع قيام البيّنة به، فإنّه حينئذٍ يحبس حتى يثبت^(١) إعساره، لأنّ الأصل بقاء ذلك المال في يده.

وظاهر العبارة - ككثيرٍ - أنّه مع ذلك يحبس بمجرد ثبوت الدّين وامتناعه من إيفائه. وفي التذكرة^(٢) أنّه إذا لم يكن له بيّنة بذلك يحلف الغرماء على عدم التلف، فإذا حلفوا حسب.

قوله: «وإذا شهدت بالبيّنة - إلى قوله - بالصحبة المؤكّدة».

إذا شهدت البيّنة للمديون بالإعسار، فإنّما أن يكون مستند شهادتها علمها بتلف ماله، أو اطلاعها على حاله. فإن كان الأوّل بأن شهد الشاهدان على تلف أمواله قبلت، وإن لم تكن مطلّعة على باطن أمره، لأنّ الشهادة بذلك على الإثبات

(١) في «ب» و«م»: يتبين.

(٢) التذكرة ٢ : ٥٨.

المحض، وبثبوت تلف ماله يحصل الغرض من فقره. وإن شهدت بإعساره مطلقاً، أي من غير تعرّضٍ لتلف أمواله، فلا بدّ في ذلك من كون الشاهدين لهما صحبة مؤكّدة مع المشهود له، ومعاشرة كثيرة بحيث يطلعان بها على باطن أمره غالباً، فإنّ الأموال قد تخفى، ولا يعرف تفصيلها إلّا بأمثال ذلك.

وإنّما اعتبر هنا ذلك دون ما لو شهدا بتلف ماله، لأنّ مرجع هذه الشهادة إلى الشهادة على النفي، فإنّ معنى إعساره أنّه لا مال له، ومن حقّ الشهادة على النفي أن لا تقبل، حتى ذهب بعض العامة^(١) إلى عدم قبولها هنا لذلك. وإنّما قبلت عندنا وعند أكثر من خالفنا بضبطها على وجه يلحقها بالإثبات، بأن يكون من أهل الخبرة بحاله، لكثرة خلطته وطول مجاورته حتى اطلعت على باطن أمره، وشهدت مع ذلك بإثبات يتضمّن النفي، لا على النفي الصرف، بأن تقول: إنّه معسر لا يملك إلّا قوت يومه وثياب بدنه، ونحو ذلك.

فإذا لم تكن مطلّعة على الوجه المذكور جاز أن تستند في إعساره إلى ظاهر حاله. ومع ذلك فللغرماء إحلافه، كما ذكره المصنّف والجماعة، لأنّ الاحتمال لا يزول معها رأساً، ولا صراحة فيها بتلف الأموال، فيجبر باليمين. بخلاف بيّنة الإثبات، فإنّه لا يكلف باليمين، كما قطع به المصنّف، وتبعه عليه العلامة في غير التذكرة^(٢)، أمّا فيها^(٣) فعكس الحكم، وأثبت عليه اليمين في بيّنة التلف دون بيّنة الإعسار، محتجّاً بأنّ البيّنة إذا شهدت بالتلف كان كمن ثبت له أصل مالٍ واعترف الغريم بتلفه وأدعى ما لا غيره، فإنّه يلزمه اليمين. وأفتى في موضعٍ آخر^(٤) منها بأنّه لا يمين في الموضوعين، محتجّاً بأن فيه تكديباً للشهود، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلّم «البيّنة

(١) المغني لابن قدامة ٤ : ٥٤٥.

(٢) تحرير الأحكام ١ : ٢١٦ - ٢١٧، قواعد الأحكام ١ : ١٧٦، الارشاد ١ : ٤٠٠.

(٣ و ٤) التذكرة ١ : ٥٩ و ٥٨.

على المدعي واليمين على مَنْ أنكر^(١) والتفصيل قاطع للشركة . هذا خلاصة ما ذكره من الحكم ، وغاية ما تقرّر من الفرق بين الموضوعين .

وأقول : إن تلخيص الحكم في ذلك لا يخلو من إشكالٍ ، والفرق لا يخلو من نظرٍ . وذلك لأنّ شهود تلف ماله إمّا أن تكون شهادتهم على تلف المال الظاهر لهم ، من غير معرفة لهم بحال باطن أمره ، بحيث يمتثل أن يكون له مال آخر لم يتلف ، كما هو الظاهر من قول الجماعة ، وتعليلهم المسألة ، وتصريحهم بعدم اعتبار كونهم من أهل الخبرة بحاله . ويشكل مع هذا ثبوت إعساره ، لأنّ حاله بالنسبة إلى المال باطناً مجهول مطلقاً ، حتى لو فرضنا أنّ هذا المال الظاهر لم يكن له لم يناف ثبوت مالٍ له باطناً ، والحال أنّه لم يختبر .

وإن أرادوا بعدم اعتبار اطلاعهم على باطن أمره أنّ الحاكم لا يعتبر اطلاعهم على ذلك - مع أنّ اطلاعهم معتبر في نفس الأمر - اتكالاً على عدالتهم ، وأنّ العدل لا يجازف في شهادته - كما صرح بهذا المعنى بعض الأصحاب^(٢) - أشكل الفرق بين الأمرين ، لأنّ ذلك آتٍ في الشهادة على مطلق الإعسار . وتحويلها نحو الإثبات - لئلاّ يتمحض للنفي - غير متوقّف على هذا الشرط ، فإنّ مرجعه إلى تحرير شهادتهم ، لا إلى علمنا بإخبارهم .

وحكم اليمين متفرّع على ما قرّرناه . فإن اكتفينا في بيّنة التلف بالاطلاع على ظاهر ماله فلا بدّ من القول باليمين ، لأنّه يصير هذه البيّنة كمن لم يعلم له أصل مالٍ مع احتمالها . ويتوجّه عدم الافتقار إلى اليمين في بيّنة الإعسار المطلعة على الحال ، لأنّ

(١) الوسائل ١٨ : ٢١٥ ب «٢٥» من أبواب كيفية الحكم ح ٣ . وفيه : « البيّنة على من ادعى . . . راجع أيضاً عوالي اللثالي ١ : ٢٤٤ ح ١٧٢ ، والمستدرک ١٧ : ٣٦٨ ب «٣» من أبواب كيفية الحكم ح ٤ و ٥ .

(٢) في هامش «و» و «ن» : « هو الشيخ علي في الشرح . منه رحمه الله » . راجع جامع المقاصد ٥ :

ذلك أقصى ما يمكن اعتباره شرعاً في التفحص، فلا يكلف مع البيّنة أمراً آخر، لأصالة البراءة، وظاهر الخبر^(١). وإن اعتبرنا اطلاع بيّنة التلف على باطن أمره - كما ذكره بعضهم - توجّه عدم اعتبار اليمين معها، لما ذكرناه.

ويمكن أن يوجّه كلام الجماعة الدالّ على عدم اعتبار الخبرة الباطنة في شهادة التلف، لا بالنظر إلى الحاكم ولا بالنظر إلى الشهود: بأنّ هذا المديون لما كان يعرف له أصل مالٍ ولو بكون الدعوى كذلك، فلا بدّ لهذا المال الثابت ظاهراً من أمرٍ يدفعه، فإذا شهدوا بتلف أمواله التي يتّلعون عليها فقد علم الانتقال عن ذلك الأصل الباقي في المال، وإن أمكن بقاء بعضه، إلّا أنّه غير معلوم، والتكليف إنّما هو بالظاهر، بخلاف ما إذا شهدوا بإعساره، فإنّ المراد أنّهم لم يتّلعوا على ماله، وهذا لا يدفع ذلك الأصل الذي هو بقاء المال السابق بوجهه. فلا بدّ مع ذلك من الخبرة الباطنة والعشرة المتأكّدة، ليحصل الظنّ بتلف ذلك المال، وإنّما يحصل بذلك. فظهر الفرق بين الحالين.

ويوجّه به أيضاً ما اختاره^(٢) من ثبوت اليمين في الأوّل دون الثاني، لأنّ الأوّل لا يدفع المال الباطني يقيناً ولا ظناً، لعدم الاطلاع عليه، بخلاف الثاني، لأنّ كثرة ملابسته ومجاورته والاطلاع على الصبر على ما لا يصبر عليه منّ يكون بيده مال عادة يفيد الظنّ الغالب بعدم المال، فلا يتّجه مع ذلك انضمام اليمين إلى البيّنة.

نعم، لو ادّعى الغريم وجود مالٍ مخصوصٍ للمديون، واعترف بعدم غيره، فشهد الشهود بتلفه، لم يجب اليمين في الأوّل أيضاً، ولم يعتبر اطلاع الشهود على باطن أمره، إلّا أنّ هذه مادة خاصّة، والمسألة أعمّ منها.

والظاهر من عبارة الأصحاب وغيرهم في هذه المسألة هو ما وجّهناه أخيراً من أنّ شهود التلف لا يعتبر اطلاعهم على حاله في أنفسهم ولا عند الحاكم، بخلاف

(١) الوسائل ١٨ : ١٧٠ ب «٣» من أبواب كيفيّة الحكم.

(٢) في «ب» و «هـ» و «ن»: ما اختاره.

شهود الإعسار. ووجهه ما بيّناه. لكن المحقق الشيخ علي - رحمه الله -^(١) قرّر كلامهم على ما نقلناه من الوجه، وهو أنّ المراد عدم علم الحاكم باطلاعهم مع اشتراطه في نفس الأمر، فحصل الالتباس في الفرق على تقريره، ونفي اليمين في الأوّل وإثباتها في الثاني على تقريرهم، فإنّ الاطلاع على باطن أمره إن كان معتبراً فيهما، فإنّما أن يقال باشتراط علم الحاكم به أيضاً فيهما، أو نفيه فيهما، إتكالاً على العدالة، فالفرق ليس بجيّد. وإذا لم يطلعوا على باطن أمره في التلف - على ما ذكروه - يكون إثبات اليمين فيه أوجه من الآخر - كما ذكره في التذكرة - دون العكس، لأنّ الخبرة الباطنة أفادت ظناً قوياً مضافاً إلى البيّنة بعدم المال. ومختار التذكرة في إثبات اليمين في الأوّل دون الثاني أجود.

واعلم أنّ الخبرة المعتبرة في شهود الإعسار إن أطلع الحاكم عليها فلا كلام، وإلا ففي الاكتفاء بقولهم له: إنهم بهذه الصفة، وجه قويّ. وقطع به في التذكرة^(٢). وقد عرفت أنّه يعتبر كونها على الإثبات المتضمّن للنفي، لأنّ الشهادة على النفي. الصرف غير مسموعة، لأنّه غير محصور، وهو آتٍ في جميع الشهادات التي على هذا النهج. وقد تقدّم منها الشهادة على عدم إخراج المالك الزكاة. ومنها الشهادة على نفي البيع أو القرض، ونحوهما من العقود، فإنّه لا يكفي قولهم ما باعه كذا، أو ما أقرضه، ونحو ذلك، بل لا بدّ من حصره على وجه مضبوط، بأن يدعي الخصم أنّه باعه يوم كذا عند الزوال في موضع كذا، فيشهد الشاهدان أنّه ما باعه في ذلك الوقت، لأنّه كان في ذلك الوقت في مكانٍ آخر، أو في كلامٍ آخر، ونحو ذلك. وكما لو ادّعى عليه قتلاً في وقتٍ معيّن، فشهد الشاهدان أنّه في ذلك الوقت كان ساكن الأعضاء، أو في مكانٍ آخر بعيدٍ عن المقتول، ونحو ذلك. وكما لو ادّعى المولى عليه بعد زوال الولاية أنّ الولي باع على غير المصلحة، فلا تكفي شهادة الشاهدين بذلك،

(١) جامع المقاصد ٥ : ٣٠٠.

(٢) التذكرة ٢ : ٥٩.

وإن لم يعلم له أصل مال، وأدعى الإعسار، قبلت دعواه، ولا يكلف البيّنة. وللغرماء مطالبته باليمين.
 وإذا قسم المال بين الغرماء وجب إطلاقه.
 وهل يزول الحجر عنه بمجرد الأداء، أم يفترق إلى حكم الحاكم؟
 الأولى أنه يزول بالأداء، لزوال سببه.

لعدم الحصر في هذا النفي، بل لا بدّ من بيانه على وجه محصور، بأن يدعي الوليّ حاجته إلى النفقة فيشهد الشاهدان بغناه بسبب كذا، أو يدعي الوليّ خوف التلف عليه من وجه، فيشهد الشاهدان بانتفاء ذلك الوجه الخاصّ بوجه مضبوط، ونحو ذلك ممّا لا ينحصر. والمرجع فيه إلى اعتبار انضباط النفي وحصره بالاعتبارات الثبوتية.

قوله: «وإن لم يعلم له أصل مالٍ - إلى قوله - باليمين».

المراد هنا بأصل المال ما يشمل كون الدعوى مالاً ليتّم الحكم بقبول قوله، فلا يكون بمعنى الأصل السابق في قسيمه، بل أعمّ منه. والحاصل أنه متى لم يعرف له مال قديم، ولا كان أصل الدعوى مالاً، بأن كان مالها أجرة عملٍ، أو عوض إتلافٍ، أو أرش جنائيةٍ، ونحو ذلك، قُبِل قول المديون في عدم المال بغير بيّنة، لأنّه منكر له، والأصل عدمه، خلافاً لبعض العامة^(١) حيث منع من قبول قوله إلا بالبيّنة كالسابق، بناءً على أنّ الظاهر من حال الحرّ أنّه يملك شيئاً قلّ أم كثر.

قوله: «وإذا قسم المال بين الغرماء وجب إطلاقه».

أي إطلاقه من الحبس إن كان محبوساً. ولا يختصّ ذلك بالفلس، كأكثر الأحكام السابقة. وأمّا إطلاق المحجور من الحجر بمعنى فكّ حجره فسيأتي الكلام فيه.

قوله: «وهل يزول الحجر عنه بمجرد الأداء . . . الخ».

ضمير «عنه» يعود إلى المفلس المحجور عليه. وفيه تشويش للضائر كما قد

عرفت . والأولى أن لا يعود الضمير إلى المحدث عنه سابقاً، بل إلى المفلس المدلول عليه بالمقام، المعقود له الباب، فإن دخول غيره بالعرض .

وما رجّحه المصنف هو الأقوى، لأن الحجر عليه إنما كان لحقّ الغرماء ليقتسموا أمواله الموجودة، وقد حصل . ووجه توقّفه على حكم الحاكم : أنه لم يثبت إلاّ بإثباته، فلا يرفع إلاّ برفعه كالسفيه، ولأنّه حجر يحتاج إلى نظرٍ واجتهاد كحجر السفيه . والملازمة ممنوعة لما بيّناه من زوال المعنى المقتضي له، بخلاف السفيه، فإنّه لا يعلم زواله إلاّ بالاختيار المستند إلى الحاكم .

هذا كلّه مع اعتراف الغرماء بأنّه لا مال له سواه، أو عدم تعرضهم أو بعضهم لغيره . فلو ادّعوا أو بعضهم عليه مالاً آخر ففيه التفصيل السابق . والله الموفق .

كتاب الحجر

كتاب الحجر

الحجر هو المنع . والمحجور شرعاً هو الممنوع من التصرف في ماله .
والنظر في هذا الباب يستدعي فصلين :

قوله : «الحجر هو المنع ، والمحجور شرعاً هو الممنوع من التصرف في ماله» .

ذكر المصنّف - رحمه الله - للحجر تعريفين ، لغويّ وشرعيّ . ففي اللغة^(١) هو المنع والتضييق ، ومنه سمّي الحرام حجراً لما فيه من المنع ، قال الله تعالى : ﴿ وَيَقُولُونَ حَجْرًا مَّحْجُورًا ﴾^(٢) أي حراماً محرّماً . وسمّي العقل حجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح وما تضرّ عاقبته ، قال الله تعالى : ﴿ هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ ﴾^(٣) .

وعرفه شرعاً بأنه الممنوع من التصرف في ماله . والمراد مطلق التصرف أعمّ من كونه في جميع المال أو بعضه ، فيشمل الحجر على الصبي ونحوه ممن يمنع من الجميع ، والحجر على المريض الذي يُمنع من التصرف في بعض المال . فلا يرد ما قيل : إنّه إن أراد التصرف في الجميع ورد كذا ، أو في البعض ورد كذا ، فإنّ «التصرف» في العبارة جنس يصلح للجميع والبعض . ومثله القول في «ماله» ، فإنّه مفرد مضاف لا يدلّ على العموم ، ولكن يصلح له لو أريد ، فيشمل مَنْ مُنِع من التصرف في جميعه كالصبي ، وفي بعضه كالمرضى . ومذهب المصنّف أنّ العبد يملك وإن كان محجوراً

(١) راجع الصحاح ٢ : ٦٢٣ ، لسان العرب ٤ : ١٦٧ .

(٢) سورة الفرقان : ٢٢ .

(٣) سورة الفجر : ٥ .

الأول

في موجباته

وهي ستة: الصغر، والجنون، والرق، والمرض، والفلس، والسفه.

أمّا الصغير فمحجور عليه، ما لم يحصل له وصفان: البلوغ والرشد.

عليه، كما سلف^(١) في البيع، وحينئذٍ فيدخل في التعريف. وإنّما يرد النقض به على مَنْ لا يقول بملكه.

وبما قرّناه سقط ما أورد عليه أيضاً من أنّه إن أراد جميع المال خرج المريض، وإن أراد بعضه خرج الصبي والمجنون، وأنّ العبد خارج، لأنّه لا يملك شيئاً. وكذلك ظهر جواب ما قيل من أنّ أحداً لا يُمنع من التصرف في ماله بالأكل والشرب ونحوهما من الأمور الضرورية، فإنّه ليس في التعريف ما يدلّ على التعميم أو التخصيص، بل من صدق عليه المنع من التصرف في ماله على أيّ وجه كان فهو محجور عليه.

نعم، ربّما ينتقض في طرده بالمنوع من التصرف فيه لغصب ونحوه، فإنّه لا يسمّى محجوراً عليه شرعاً، فلو أضاف إليه ما يدلّ على المنع الشرعي كان حسناً. واعلم أنّه عرف المفسّس بهذا التعريف مع أنّه أخصّ منه، فقد تجوّز في تشریکهما فيه.

قوله: «في موجباته وهي ستة».

حصر أسبابه في الستة المذكورة جعليًّا، لا استقرائيًّا ولا ما سواه. وقد جرت

(١) تقدّم من المصنّف في ج ٣: ٣٨٢ أنّه لو قيل كذلك كان حسناً. فراجع.

ويعلم بلوغه بإنبات الشعر الخشن على العانة .

عادةً الفقهاء بالبحث عن هذه السنّة، وعقد الباب لها . وبقي أقسام كثيرة سواها يتناولها التعريف ولا تذكر هنا، كالحجر على الراهن، وعلى المشتري فيما اشتره قبل دفع الثمن، وعلى البائع في الثمن المعين، وعلى المكاتب في كسبه لغير الأداء والنفقة، وعلى المرتد الذي يسوغ عوده، وغير ذلك مما هو مذكور في تضاعيف الفقه .

ومرجع الصور إلى قسمين: من يحجر عليه لحقّ نفسه، ومن يحجر عليه لحقّ غيره . فالأول الصبيّ والمجنون والسفيه، والثاني الباقي . ثمّ الحجر إمّا عامّ في سائر التصرفات، أو خاصّ ببعضها . والأول إمّا أن يكون ذا غاية يزول سببه فيها أو لا، والأول الصغر، والثاني الجنون . والخاصّ إمّا أن يكون الحجر فيه مقصوراً على مصلحة المحجور أو لا . والأول السفيه . والثاني إمّا أن يكون موقوفاً على حكم الحاكم، أو لا . والأول الفليس، والثاني المرض . وباقي الأسباب تعرف بالمقايسة .
قوله: «ويعلم بلوغه بإنبات الشعر الخشن على العانة» .

إحترز بالخشن عن الشعر الضعيف الذي ينبت قبل الخشن ثمّ يزول ويعبر عنه بالزغب، وبشعر العانة عن غيره، كشعر الإبط والشارب واللحية، فلا عبرة بها عندنا، وإن كان الأغلب تأخرها عن البلوغ، إذ لم يثبت كون ذلك دليلاً شرعاً، خلافاً لبعض العامة^(١) . واستقرب في التحرير^(٢) كون نبات اللحية دليلاً دون غيره من الشعور، والعادة قاضية به .

ولا شبهة في كون شعر العانة علامة على البلوغ . إنّما الكلام في كونه نفسه بلوغاً، أو دليلاً على سبق البلوغ . والمشهور الثاني، لتعليق الأحكام في الكتاب والسنّة على الحلم والاحتلام، فلو كان الإنبات بلوغاً بنفسه لم يخصّ غيره بذلك . ولأنّ البلوغ غير مكتسب، والإنبات قد يكتسب بالدواء . ولحصوله على التدرّج، والبلوغ لا يكون كذلك . ووجه الأول ترتّب أحكام البلوغ عليه، وهو أعمّ من

(١) المجموع ١٠ : ٢٨١ .

(٢) التحرير ١ : ٢١٨ .

سواء كان مسلماً أو مشركاً .
 وخروج المني الذي يكون منه الولد، من الموضع المعتاد، كيف
 كان .

المدعى .

قوله : «سواء كان مسلماً أو كافراً» .

نَبّه بذلك على خلاف بعض العامة^(١) حيث خصّه بالكافر، نظراً إلى أنه لا
 يمكن الرجوع إليهم في الإخبار بالسّن والاحتلام، بخلاف المسلم . وربّما نسب هذا
 القول إلى الشيخ رحمه الله^(٢) .

قوله : «أو خروج المني الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد كيف
 كان» .

اشتملت هذه الجملة على ثلاثة أحكام، تخصيص للمني الموجب للبلوغ
 وتعميم^(٣) :

أحدها : كونه ما يكون منه الولد . وظاهر العبارة أنّ المني ينقسم قسمين : ما
 يكون منه الولد، وما لا يكون، وأنّ البلوغ لا يتحقّق إلّا بالأوّل . وقد فهم هذا
 المعنى جماعة^(٤) . وفي حاشية الشهيد (رحمه الله) على القواعد نقلاً عن بعض العلماء :
 يعلم المني الذي منه الولد ممّا ليس منه بأن يوضع في الماء فإن طفا فليس منه الولد،
 وإن رسب فممنه الولد . والظاهر أنّ هذا المعنى فاسد، بل المعتبر في البلوغ خروج
 المني مطلقاً، سواء صلح لتخلّق الولد بحسب شخصه أم لا، لإطلاق النصوص^(٥)
 الدالة على ذلك، المتناولة لمحلّ النزاع . والوجه في هذه الصفة أنّها كاشفة لا مقيدة .

(١) المجموع ١٠ : ٢٧٩ .

(٢) لم نجده فيما لدينا من كتب الشيخ قدس سرّه .

(٣) كذا في النسخ المعتمدة ولعلّ الصحيح (تخصّص المني وتعمّم) .

(٤) منهم الشيخ في المبسوط ٢ : ٢٨٢ ، والعلامة في القواعد ١ : ١٦٨ ، والتحرير ١ : ٢١٨ .

(٥) الوسائل ١ : ٣٠ ب «٤» من أبواب مقدّمة العبادات .

ويشترك في هذين الذكور والإناث .

والمراد: أن المني هو الذي من شأنه أن يخلق منه الولد وإن تخلّف في بعض الأفراد لعارضٍ . وفي بعض العبارات - منها التذكرة^(١) - خروج الماء الذي منه الولد . وهو جيّد، والصفة فيه مقيّدة، فإن الماء شامل . فعُدل المصنّف - وتبعه العلامة - إلى المني، ووصفه بذلك . ولا بدّ فيها أيضاً من إرادة المعنى الذي ذكرناه من كون المراد ما من شأنه ذلك، لثلاً يفهم منه اشتراط كونه بالفعل .

وثانيها: كونه من الموضع المعتاد . وإنّما اعتبر ذلك مع إطلاق الأدلّة لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف، خصوصاً وفي بعضها بلوغ النكاح^(٢)، وإنّما يكون من المعتاد . فلو خرج من جرحٍ ونحوه لم يعتدّ به . ومنه ما لو خرج من أحد فرجي الخنثى .

وثالثها: أنّه لا يختصّ بحالةٍ، بل كيف خرج، ليلاً أو نهاراً، يقظةً ونوماً، بجماعٍ وغيره، حُكِمَ به لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ﴾^(٣) . والحلم هو خروج المني من الذكر، أو قبل المرأة مطلقاً، ولا يختصّ بالاحتلام . نعم، لا بدّ من كونه في وقتٍ يحتمل البلوغ فيه، فلا عبرة بما ينفصل بصفته قبل ذلك . وحدّه عندنا - في جانب القلّة - في الأنثى تسع سنين . وأمّا في جانب الذكر فما وقفت له على حدّ يعتدّ به . نعم، نقل في التذكرة^(٤) عن الشافعي أنّ حدّه تسع سنين في الذكر والأنثى . وله^(٥) فيه وجهان آخران، أحدهما: مضيّ ستّة أشهر من السنة العاشرة، والثاني: تمام العاشرة . ولا يبعد أن ما بعد العاشرة محتمل .

قوله: «ويشترك في هذين الذكور والاناث» .

هذا عندنا وعند الأكثر موضع وفاق، وإنّما نبّه به على خلاف الشافعي^(٦)، فإنّ

(١) التذكرة ٢ : ٧٤ .

(٢) النساء : ٦ .

(٣) النور : ٥٩ .

(٤) التذكرة ٢ : ٧٤ .

(٥) المجموع ١٠ : ٢٧٨ .

وبالسنن، وهو بلوغ خمس عشرة سنة للذكر. وفي أخرى إذا بلغ عشرًا وكان بصيرًا أو بلغ خمسة أشبار جازت وصيته، واقتصر منه، وأقيمت عليه الحدود الكاملة.

له قولاً بأن خروج المني من النساء لا يوجب بلوغهن، لأنه نادر فيهن، ساقط العبرة. وفساده واضح. وأما الخثني فتشاركهما في الأول إن نبت على فرجيهما معاً، وإلا فلا. وأما خروج المني منها فسيأتي حكمه^(١).

قوله: «وبالسنن وهو بلوغ خمس عشرة - إلى قوله - الحدود الكاملة».

المشهور بين أصحابنا بل كاد يكون إجماعاً هو الأول. والمعتبر من السنين القمرية دون الشمسية، لأن ذلك هو المعهود في شرعنا. ويعتبر إكمال السنة الخامسة عشرة والتاسعة في الأنثى، فلا يكفي الطعن فيها، عملاً بالاستصحاب وفتوى الأصحاب، ولأن الداخل في السنة الأخيرة لا يسمى ابن خمس عشرة [سنة]^(٢) لغةً ولا عرفاً. والاكْتفاء بالطعن فيها وجه للشافعية^(٣).

وأما رواية^(٤) بلوغ العشر في جواز الوصية فهي صحيحة، وفي معناها روايات إلا أنها لا تقتضي البلوغ، لجواز اختصاصه بهذا الحكم، ومن ثم لم تعمم. وأما بلوغ خمسة أشبار فهو في رواية أخرى^(٥)، وإن كان المفهوم من العبارة أنها في واحدة.

ومعنى قوله «أقيمت عليه الحدود الكاملة» أنه لا ينقص منها شيء، لأن الصبي إذا فعل ما يوجب الحد على غيره إنما يؤدّب بما لا يبلغ الحد.

ولنا رواية أخرى أن الأحكام تجري على الصبيان في ثلاث عشرة سنة وأربع

(١) في ص: ١٤٧.

(٢) من «س» فقط.

(٣) المجموع ١٠: ٢٧٨.

(٤) الكافي ٧: ٢٨ - ٢٩ ح ٣، ٤، الفقيه ٤: ١٤٥ ح ٥٠١، ٥٠٣، التهذيب ٩: ١٨١ ح

٧٢٦، الوسائل ١٣: ٤٢٨ ب «٤٤» من أبواب الوصايا ح ٢، ٣.

(٥) الكافي ٧: ٣٠٢ ح ١، التهذيب ١٠: ٢٣٣ ح ٩٢٢، الاستبصار ٤: ٢٨٧ ح ١٠٨٥،

الوسائل ١٩: ٦٦ ب «٣٦» من أبواب القصاص ح ١.

والأنثى بتسع. أما الحمل والحيض، فليسا بلوغاً في حق النساء، بل قد يكونان دليلاً على سبق البلوغ.

عشرة سنة وإن لم يحتلم^(١). وليس فيها تصريح بالبلوغ، مع عدم صحة سندها. وهذه الرواية قدمها المصنف في النافع، ثم عقبها بقوله: «وفي أخرى إذا بلغ عشرًا»^(٢). وهنا عبر بالأخرى من غير سبق رواية، وليس بجيد^(٣).

وأما الخنثى فلا نصّ فيها بالخصوص، ولكن أصالة عدم التكليف والبلوغ يقتضي استصحاب الحال السابق إلى أن يعلم المزيل، وهو بلوغ الخمس عشرة، إن لم يحصل قبله أمر آخر، كما سيأتي.

قوله: «والأنثى بتسع».

هذا هو المشهور وعليه العمل. وقد روي أنه يحصل بعشر سنين^(٤). وذهب ابن الجنيّد^(٥) - فيما يفهم من كلامه - إلى أنّ الحجر لا يرتفع عنها إلا بالتزويج. وهما نادران. وأطبق مخالفونا على خلاف ما ذهبنا إليه في المرأة، وعلى أنّ بلوغها بالسن لا يكون دون خمس عشرة سنة، وإنما اختلفوا فيما زاد.

قوله: «أما الحمل والحيض . . . الخ».

لا خلاف في كونها دليلين على سبق البلوغ، كما لا خلاف في كونها بلوغاً بأنفسهما. أما الحيض فقد علق الشارع أحكام المكلف عليه في عدّة أخبار، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا تقبل صلاة حائضٍ إلاّ بخمار»^(٦)، وقوله صلى الله

(١) التهذيب ٦: ٣١٠ ح ٨٥٦، الوسائل ١٣: ٤٣٢ ب «٤٥» من أحكام الوصايا ح ٣.

(٢) المختصر النافع: ١٤٠. وفيه «وفي رواية أخرى إذا بلغ عشرًا» كما أنه في نسخة «س» من الكتاب أيضا كذلك. والظاهر أنه تصحيح بمراجعة المصدر فإنّ ظاهر الشرح يدل على أنّ نسخة النافع عنده «وفي أخرى . . .».

(٣) في هامش «و» و«ن»: (ينبغي مراجعة نسخ الشرائع. منه رحمه الله).

(٤) الوسائل ١٣: ١٤٣ ب «٢» من أبواب أحكام الحجر ح ٢. لاحظ المبسوط ٢: ٢٨٣ - ٢٨٤.

(٥) حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٢٣.

(٦) مسند أحمد ٦: ٢٥٩، المستدرک على الصحيحين ١: ٢٥١، سنن البيهقي ٦: ٥٧.

عليه وآله وسلّم «إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا»^(١) وأشار إلى الوجه والكفّين . وأمّا الحمل فهو مسبوق بالإنزال، لأنّ الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل وماء المرأة، كما نبّه عليه تعالى بقوله : ﴿من نطفة أمشاج﴾^(٢) أي مختلطة ماء الرجل بماء المرأة، فهو دليل على سبق البلوغ، إلا أنّ الولد لا يتيقن إلا بالوضع، فإذا وضعت حكمنّا بالبلوغ قبل الوضع بستّة أشهر وشيء إن ولدته تاماً . لكن لا فرق بين كون ما ولدته تاماً وغير تامّ، إذا علم أنه آدمي أو مبدء نشوؤه كالعلاقة .
 إذا تقرّر ذلك، فقول المصنّف: «بل قد يكونان دليلاً» ليس لتردده في دلالتها، لأنّها إجماعية . وإنّما أتى بـ «قد» التقليلية لأنّها مسبوقة غالباً بغيرها من العلامات، خصوصاً السنّ، فدلالتهما على البلوغ بحيث يتوقّف علمه عليهما نادر، فناسبه التقليل .

ويمكن أن يكون التقليل في الحيض إشارة إلى فائدة أخرى، هي أنه وغيره من الأصحاب^(٣) حكموا في باب الحيض بأنّ الدم الحاصل قبل التسع لا يكون حيضاً وإن كان بصفته، وإنّما يعتبر في الحكم به ما كان بعدها . وإذا كان كذلك فنتفهي فائدة دلالاته، لأنّه قبلها لا اعتبار به، وبعدها لا يفتقر إليه .

ويمكن أن يقال: تظهر فائدته في المجهول سنّها، فإنّها إذا رأت ما هو بصفته جامعاً لشرائطه في القلّة والكثرة يحكم بكونه حيضاً، ويكون دليلاً على سبق البلوغ، لأنّ هذا لا يحكم بكونه قبل التسع مع اقترانه بدلالة الغالب على أنّ مثله لا يقع إلاّ بعد التسع سنين . ويتناول دلالة النصوص^(٤) على كون الحيض موجباً للأحكام، لأنّه حيض لغةً وعرفاً . وحينئذٍ فتظهر مناسبة «قد» التقليلية هنا .

(١) سنن أبي داود ٤ : ٦٢ ح ٤١٠٤ ، سنن البيهقي ٧ : ٨٦ .

(٢) سورة الانسان : ٢ .

(٣) كابين حمزة في الوسيلة : ٥٦ ، والعلامة في القواعد ١ : ١٤ .

(٤) الوسائل ٢ : ٥٥٩ ب «١٤» من أبواب الحيض وغيره .

تفريع

الخنثى المشكل، إن خرج منيّه من الفرجين، حكم ببلوغه. وإن خرج من أحدهما لم يحكم به. ولو حاض من فرج الإناث، وأمنى من فرج الذكور، حكم ببلوغه.

ومعنى دلالتها على سبقه أنّها إذا وقعا يحكم ببلوغ المرأة قبلها، فلو أوقعت عقداً قبلها بلا فصل يحكم بصحّته.

قوله: «الخنثى المشكل إن خرج منيّه من الفرجين . . . الخ».

لما كان الخنثى المشكل منحصراً في الذكورية أو الأنوثة، وإنما اشتبه حكمه في الإلحاق بأحدهما، فمتى حصل له وصف من أوصاف البلوغ يتحقّق فيها - إمّا لاشتراكه بينهما كالإناث، أو لإلحاق الآخر بطريق أولى كبلوغ خمس عشرة، أو لكونه جامعاً للوصفين على التقديرين كما لو أمنى من الفرجين - يحكم ببلوغه، لأنّه إن كان ذكراً فقد أمنى من فرجه المعتاد، وإن كان أنثى فكذلك. ومثله ما لو أمنى من فرج الذكر بعد مضيّ تسع، وإن كان الإماء من الذكر، لأنّه إن كان أنثى فقد بلغ بالسنّ، وإن كان ذكراً فقد أمنى في وقت إمكانه. أمّا لو أمنى من أحدهما خاصّة فإنّه لا يحكم ببلوغه، لجواز كون ذلك الفرج زائداً، فلا يكون معتاداً. ومثله ما لو حاض من فرج النساء خاصّة. هذا هو الذي اختاره أكثر العلماء.

ولبعض العامة قول بأنّ ذلك كافٍ في البلوغ، لأنّ بخروج^(١) المني من فرج الذكر يحكم بكونه ذكراً، كما يحكم به لو خرج البول منه خاصّة. وكذا القول في الحيض والمني من فرج الأنثى. ولأنّ خروج مني الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل، فكان دليلاً على التعيين. ومتى ثبت التعيين كان دليلاً على البلوغ. ولأنّ خروجها معاً دليل على البلوغ فخرج أحدهما أولى، لأنّ خروجها يفضي إلى

(١) في ما لدينا من النسخ الخطيّة: خروج. وفي إحدى الحجريتين بخروج. ولعلّ الصحيح: لأنّه بخروج.

الوصف الثاني: الرشد، وهو أن يكون مصلحاً لماله.

تعارضهما وإسقاط دلالتها، إذ لا يتصور أن يجتمع حيض صحيح ومني رجل .
ونفى في التذكرة^(١) البأس عن هذا القول . وهو في محله . نعم ، لو صار ذلك معتاداً
قويت الدلالة .

وأما حيضه من فرج الإنث وإمناؤه من فرج الذكور فدلالته على البلوغ
واضحة ، لأنه إما ذكر فقد أمنى وإما أنثى فقد حاضت . وللعامة^(٢) قول بعدم ثبوت
البلوغ بذلك ، لتعارض الخارجين وإسقاط كل واحدٍ منها الآخر ، ولهذا لا يحكم
والحال هذه بالذكورة ولا بالأنوثة ، فتبطل دلالتها كالبينتين إذا تعارستا . وهو وجه في
المسألة . وفي التذكرة^(٣) : الأقرب دلالتها على البلوغ . وهو كذلك .

قوله : « الرشد ، وهو أن يكون مصلحاً لماله » .

ليس مطلق الإصلاح موجباً للرشد ، بل الحق أن الرشد^(٤) ملكة نفسانية
تقتضي إصلاح المال ، وتمنع من إفساده وصرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء .
واحترزنا بـ « الملكة » عن مطلق الكيفية ، فإنها ليست كافية ، بل لابدٌ فيها من أن تصير
ملكة يعسر زوالها . وبـ « اقتضاءها إصلاح المال » عما لو كان غير مفسدٍ له ، لكن لا
رغبة له في إصلاحه على الوجه المعتبر عند العقلاء ، فإن ذلك غير كافٍ في تحقق
الرشد ، ومن ثمَّ يختبر باعتناؤه بالأعمال اللائقة بحاله ، كما سيأتي . وبـ « منعه من
إفساده » عما لو كان له ملكة الإصلاح والعمل وجمع المال ، ولكن ينفقه بعد ذلك في
غير الوجه اللائق بحاله ، فإنه لا يكون رشيداً أيضاً .

(١) و (٣) التذكرة ٢ : ٧٤ .

(٢) المجموع ١٠ : ٢٨٢ .

(٤) في هامش «و» و «ن» : « عرفه في القواعد بأنه كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال وصرفه في غير
الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء . وبها قرّرناه يظهر ما فيه من الخلل . منه رحمه الله » . راجع القواعد

وهل يعتبر العدالة؟ فيه تردد.

قوله: «وهل تعتبر العدالة؟ فيه تردد».

اعتبر الشيخ - رحمه الله -^(١) في تحقق الرشد إصلاح المال والعدالة، فلو كان مصلحاً ماله غير عدلٍ في دينه، أو بالعكس، لم يرتفع عنه الحجر. وهو مذهب جماعة من العامة^(٢) منهم الشافعي^(٣). واحتجوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(٤). وقد روي^(٥) أن شارب الخمر سفيه، فيثبت في غيره، إذا لا قائل بالفصل. وروي عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾^(٦): «هو أن يبلغ ذا وقارٍ وحلمٍ وعقلٍ»^(٧).

وأكثر أهل العلم على عدم اعتبارها، والاكتفاء بإصلاح المال على الوجه الذي ذكرناه، لأن المفهوم من الرشد عرفاً ذلك، وهو المعتبر حيث لم يحدّ شرعاً. ولأن الرشد نكرة مثبتة، فلا تفيد العموم في كلّ ما يصلح له، بل يصدق في صورة ما، ولا ريب في ثبوته لمصلح ماله وإن كان فاسقاً. ولأن الكافر لا يحجر عليه بكفره، فالفاسق أولى.

وإنما يعتبر - على القول بها - في الابتداء لا في الاستدامة. فلو عرض الفسق بعد العدالة، قال الشيخ (رحمه الله): «الأحوط أن يحجر عليه»^(٨)، ولم يجعله لازماً. وعلى هذا يتوجّه أنها لو كانت شرطاً في الابتداء لا اعتبرت بعد ذلك، لوجود المقتضي. واعلم أنه لو اعتبرت العدالة في الرشد لم يقم للمسلمين سوق، ولم ينتظم

(١) المبسوط ٢: ٢٨٤.

(٢) المبسوط للسرخسي ٢٤: ١٥٧، بدائع الصنائع ٧: ١٧٠، المغني لابن قدامة ٤: ٥٦٦.

(٣) الأم ٣: ٢١٥. راجع أيضاً المجموع ١٠: ٢٨٣.

(٤) سورة النساء: ٥.

(٥) تفسير العياشي ١: ٢٢٠ الوسائل ١٣: ٤٣٤ ب (٤٥) من أبواب أحكام الوصايا ٨.

(٦) سورة النساء: ٦.

(٧) الخلاف ٣: ٢٨٤.

(٨) الخلاف ٣: ٢٨٩ مسألة ٨. وفي المبسوط ٢: ٢٨٥ «الظاهر أنه يحجر عليه».

وإذا لم يجتمع الوصفان كان الحجر باقياً .
 وكذا لو لم يحصل الرشد، ولو طعن في السن .
 ويعلم رشده باختباره بما يلائمه من التصرفات، ليعلم قوته على
 المكايسة في المبيعات، وتحفظه من الانخداع .
 وكذا تختبر الصبيّة، ورشدها أن تتحقّق من التذير، وأن تعتنى
 بالاستغزال مثلاً والاستساج، إن كانت من أهل ذلك، أو بما يضاهيه من
 الحركات المناسبة لها .

للعالم حال، لأنّ الناس - إلاّ النادر منهم - إمّا فاسق أو مجهول الحال . والجهل بالشرط
 يقتضي الجهل بالمشروط .

قوله: «وكذا لو لم يحصل الرشد ولو طعن في السن» .

هذا عندنا موضع وفاق . ونبّه بذلك على خلاف بعض العاقر^(١)، حيث زعم
 أنّه متى بلغ خساً وعشرين سنة فكّ عنه الحجر، ودفع إليه ماله، وإن كان سفيهاً .

قوله: «ويعلم رشده باختباره بما يلائمه من التصرفات . . الخ» .

لما كان الرشد ملكةً تقتضي إصلاح المال على الوجه المتقدّم فلا بدّ من اختبار
 البالغ قبل فكّ الحجر عنه، ذكراً كان أو أنثى، ليعلم اتّصافه بالملكة المذكورة . وإنّما
 يتحقّق ذلك بتكرّر الفعل منه على وجهٍ يصير ملكةً له .

وكيفيّة الاختبار أن ينظر فيما يلائمه من التصرفات والأعمال . فإن كان من
 أولاد^(٢) التجار فوّض إليه البيع والشراء، لا بمعنى أن يبيع ويشترى بل يياكس في
 الأموال على هذا الوجه، أو يدفع إليه المتاع ليبيعه، ويراعى إلى أن يتمّ المساومة ثمّ
 يتولّاه الولي، ونحو ذلك . وسيأتي الكلام فيه . فإذا تكرّر منه ذلك وسلم من الغبن
 والتضييع وإتلاف شيءٍ من المال وصرفه في غير وجهه فهو رشيد . وإن كان من أولاد

(١) اللباب في شرح الكتاب ٢ : ٦٨ ، الفتاوى الهندية ٥ : ٥٦ ، المحلّ لابن حزم ٨ : ٢٨٠ .

(٢) في «س» : من أبناء التجارة .

ويثبت الرشد بشهادة الرجال في الرجال، وبشهادة الرجال والنساء في النساء، دفعاً لمشقة الاقتصار.
وأما السفية فهو الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة.

الأكابر الذين يصابون^(١) عن مباشرة البيع والشراء فاختراره بما يناسب حال أهله، إما بأن يسلم إليه نفقة مدّة معينة لينفقها في مصالحه أو في مواضعها، أو بأن يستوفي الحساب على معاملتهم، ونحو ذلك.

وإن كان أنثى لم تختبر بهذه الأمور، لأنّ وضعها لم يكن لذلك. وإنما تختبر بما يلائم عادة أمثالها من الأعمال، كالغزل والخياطة وشراء آلاتها المعتادة لأمثالها بغير غبن، وحفظ مالٍ يتحصّل في يدها من ذلك، وحفظ ما تليه من آلات البيت وأسبابه، ووضعه على وجهه، وصون أطعمة البيت التي تحت يدها عن مثل الهرّة والفأرة، ونحو ذلك. فإذا تكرّرت هذه الأفعال من المختبر على وجه أفاد الملكة ثبت الرشد، وإلا فلا.

قوله: «ويثبت الرشد - إلى قوله - لمشقة الاقتصار».

المراد أنه يثبت بشهادة رجلين فيهما، وبشهادة أربع نساء في النساء، لأنّ رشد المرأة ممّا لا يطلع عليه الرجال غالباً، فلو اقتصرنا في ثبوت رشدن على شهادة الرجال لزم الحرج والضيق. وإليه أشار بقوله: «دفعاً لمشقة الاقتصار». وكذا يثبت رشدها بشهادة رجلٍ وامرأتين بطريقٍ أولى، وبشهادة أربع خنثى.

قوله: «وأما السفية فهو الذي يصرف أمواله في غير الأغراض

الصحيحة».

السفية يقابل الرشيد، فلما عرّف المصنّف الرشيد بأنّه المصلح لماله، عرّف السفية بأنّه الذي يصرف ماله في غير الأغراض الصحيحة. وقد عرفت أنّ الرشد لا يكفي فيه ذلك، بل لا بدّ من ملاحظة إصلاح الموجود وتحصيل المعدوم بالوجوه

(١) في «س»: يتحاشون.

فلو باع والحال هذه، لم يمض بيعه. وكذا لو وهب أو أقرّ بهال.

السابقة، فيكون السفه ترك ذلك، فيتحقّق بترك الاشتغال بالأعمال التي ينبغي وقوعها من أمثاله. ولا بدّ من تقييد صرف المال في غير الغرض الصحيح بكون ذلك ملكةً له، بأن يكون ذلك من شأنه. فلا يقدر الغلط والانخداع نادراً، لوقوعه من كثيرٍ من المتّصفين بالرشد.

والمراد بغير الأغراض الصحيحة ما لا يلائم تصرّفات العقلاء غالباً، كتضييع المال، واحتمال الغبن الفاحش في المعاملات، والإنفاق في المحرّمات، وصرف المال في الأطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله، بحسب وقته وبلده وشرفه وضعته. ومثله شراء الأمتعة الفاخرة، واللباس كذلك، ونحوه.

وأما صرفه في وجوه الخير، كالصدقات، وبناء المساجد، والمدارس، وإقراء الضيف، فإن كان لايقأ به عادةً لم يكن سفياً قطعاً، وإن زاد على ذلك فالمشهور أنّه كذلك، إذ لا سرف في الخير، كما لا خير في السرف.

وفي التذكرة أنّ ما زاد منه على ما يليق به تبذير، لأنّه إتلاف في المال، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ﴾^(١). وهو مطلق فيتناول محلّ النزاع. لكنّه لا يدلّ على مطلوبه، لأنّ الحكم بكونه تبذيراً يقتضي فساد التصرف، والنهي هنا لا يقتضيه. ومن المستفيض خروج جماعةٍ من أكابر الصحابة وبعض الأئمّة كالحسن عليه السلام من أموالهم في الخير. اللهمّ إلّا أن يُمنع من كون ذلك لا يليق بهم، والكلام إنّما هو في ذلك، كما لو صرف التاجر أمواله كلّها في عمارة المساجد، وفكّ الرقاب، ونحو ذلك، كما مثّل به المانع منه.

قوله: «فلو باع والحال هذه لم يمض بيعه، وكذا لو وهب أو أقرّ

بهمال».

الضابط: أنّه يمنع من جميع التصرفات الماليّة، سواء في ذلك ما ذكر وغيره.

ولا فرق في ذلك بين ما ناسب أفعال العقلاء وغيره، ولا بين الذكر والأنثى.

نعم، يصحّ طلاقه، وظهاره، وخلعه، وإقراره بالنسب وبما يوجب القصاص، إذ المقتضي للحجر صيانة المال عن الإتلاف. ولا يجوز تسليم عوض الخلع إليه.

قوله: «نعم، يصحّ طلاقه وظهاره - إلى قوله - صيانة المال». وهذه الأمور لا مال يضيع عليه فيها، أمّا الطلاق والظهار فظاهر، إذ ليس فيها إلّا فوات الاستمتاع. ولو فاء المظاهر كَفَر بالصوم. وأمّا الخلع ففيه كسب للمال، فأولى بعدم المنع. ولا فرق بين كونه بمهر المثل ودونه، لجواز طلاقه بغير شيء، فمهما كان من العوض أولى. ويحتمل المنع بدونه، إجراءً له مجرى المعاوضة، كالبيع بدون ثمن المثل. والفرق واضح. وأمّا الإقرار بالنسب فإن لم يوجب النفقة فقبوله واضح. وإن أوجبها أشكل، من حيث استلزامه لوجوبها، فينبغي أن لا ينفذ، لأنّه تصرف في المال. ويندفع بأنّ الإقرار حينئذ يتضمّن شيئين: أحدهما إلحاق النسب، وهو ليس بهالٍ، فيجب أن يثبت. والثاني: الإنفاق عليه، وهو تصرف ماليّ، فلا يثبت، وإن كان أحدهما لا ينفك عن الآخر غالباً، إلّا أنّ تلازمهما غير معلوم. ومثله - في الإقرار بمتلازمين غالباً، وثبت أحدهما دون الآخر - الإقرار بالسرقة مرّة واحدة من الحرز، فإنّه يثبت به المال دون القطع. وبالعكس لو أقرّ هذا السفية بالسرقة، فإنّه يقبل في القطع دون المال.

وحينئذٍ فينفق على من استلحقه من بيت المال، لأنّه معدّ لمصالح المسلمين، وهذا منها. وللشهيد^(١) - رحمه الله - قول بأنّه ينفق عليه من ماله، لأنّه فرع على ثبوت النسب. ولأنّ في الإنفاق عليه من بيت المال إضراراً بالمسلمين، فكما يمنع من الإضرار بهاله كذلك يمنع من الإضرار بغيره.

ويضعف بأنّ الإقرار إنّما نفذ فيما لا يتعلّق بالمال كما قدّمناه، وبيت المال معدّ لمصالح المسلمين فكيف يقال إنّ مثل ذلك يضرّهم؟ إذ ذلك آتٍ في كلّ من يأخذ

(١) نقله في جامع المقاصد ٥: ٢٠١ عن حواشي الشهيد.

ولو وكله أجنبي في بيع أو هبة، جاز، لأن السفه لم يسلبه أهلية التصرف .
ولو أذن له الولي في النكاح، جاز.

منه جزءاً، ولأنه لو قبل في النفقة لأمكن جعله له وسيلةً إلى تضييع المال، لأن ذلك من مقتضيات السفه .

وأما إقراره بما يوجب القصاص فإن لم يستلزم فوات النفس ألزم به، لأنه مكلف عاقل، ولا خلاف فيه . وكذا إن كان في نفسٍ وطلب المقر له القصاص . أما لو طلب المال ففي إجابته إليه نظر، من وجوب حفظ النفس التي هي أولى من حفظ المال، ومن أنه مفوت للغرض من الحجر، لإمكان أن يتواطأ مع المقر له على ذلك ليفوت المال . والأقوى وجوب المال .

قوله: «ولو وكله أجنبي في بيعٍ أو هبة جاز، لأن السفه لم يسلبه أهلية التصرف» .

أي لم يسلبه أهلية التصرف مطلقاً، وإنما سلبه أهليته في المال خاصةً، وإيقاع صيغة العقد ليس منه . فاللام في «التصرف» إما للعموم، بناءً على أن المفرد المحلى به يفيد العموم، أو أراد العموم بضربٍ من المجاز . وتبًه بذلك على خلاف بعض العامة^(١)، حيث منع من تصرفه بذلك .

قوله: «ولو أذن له الولي في النكاح جاز» .

إنها يجوز الإذن له فيه إذا عينه على وجه يؤمن معه من إتلاف المال، بأن يعين الزوجة والمهر، مع احتمال الاكتفاء بتعيين الزوجة، وانصراف إطلاق الإذن إلى كونه بمهر المثل، إلا أن الأول أنسب بالغرض من الحجر .

ولا يخفى أن جواز ذلك من الولي مشروط بالمصلحة، كما لو باشر بنفسه، بل هنا أولى . وكذا القول فيما لو أذن له في غيره من التصرفات المضبوطة، كبيع الشيء الفلاني بكذا . فلو أطلق له الإذن كان لغواً، لاستلزامه فوات الغرض من الحجر

ولو باع فأجاز الولي، فالوجه الجواز، للأمن من الانخداع.

والمملوك ممنوع من التصرفات إلا بإذن المولى.

والمريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث إجماعاً، ما لم يُجز

الورثة.

عليه.

قوله: «ولو تصرف فأجاز الولي فالوجه الجواز للأمن من الانخداع».

الوجه هو الوجه، لما ذكره من الوجه. وخالف في ذلك الشيخ - رحمه الله -^(١) وجماعة^(٢)، فحكموا بعدم صحة تصرفه وإن أذن له الولي، فضلاً عن إجازته له.

قوله: «والمملوك ممنوع من التصرف إلا بإذن المولى».

لا فرق في المنع من تصرفه بدون إذنه بين أن نقول بملكه وعدمه. ويستثنى من المنع من تصرفه طلاقه، فيجوز بدون إذن مولاه، بل وإن كره، لأنّ الطلاق بيد من أخذ بالساق. واستثنى في التذكرة^(٣) أيضاً ضمّانه، لأنّه تصرف في الذمة لا في العين. ثم إن علم المضمون له بعبوديته قبل الضمان فلا رجوع له، وإلاّ فله الرجوع، لإعساره. وسيأتي^(٤) الكلام فيه.

قوله: «والمريض ممنوع من الوصية بما زاد عن الثلث إجماعاً ما لم تجز

الورثة».

أي ممنوع من إيقاعها على وجه النفوذ بدون إجازة الورثة، لا أنّها تقع باطلّة في نفسها. والحاصل: أنّ وصيته بما زاد تكون موقوفة على إجازتهم، فإن أجازوها صحّت وإلاّ بطلت. وهذا هو المشهور، بل المذهب، خلافاً لعلي بن بابويه^(٥)، فإنّه

(١) المبسوط ٢: ٢٨٦.

(٢) منهم ابن البرّاج، حكاه عنه العلامة في المختلف: ٤٢٣.

(٣) التذكرة ٢: ٨٧.

(٤) في ص: ١٧٤.

(٥) راجع المختلف: ٥١٠.

وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا .
والوجه المنع .

أجاز وصيته بجميع ماله، إستناداً إلى رواية^(١) قاصرة . وحملت على مَنْ لا وارث له ،
وعلى ما إذا أجاز الورثة .

قوله : «وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف
بيننا . والوجه المنع» .

إحترز بالتبرعات عن المعاوضات في مرض الموت كالبيع ، فإنه يصحّ إذا وقع
بثمن المثل . ولو اشتمل على محاباة فهي من جملة التبرعات . والمنجزة المعجلة في حال
الحياة كالهبة ، والعتق ، والمحاباة في الثمن ، وتزويج المرأة نفسها بدون مهر المثل ،
وإجارة نفسه كذلك .

وفي وقوع هذه وشبهها من أصل المال ، أو من الثلث ، قولان :

أحدهما : أنها من الأصل . ذهب إليه جماعة من المتقدمين ، منهم المفيد^(٢) ،
والشيخ في أحد قوليه^(٣) ، وابن إدريس^(٤) ، لأنه مالك تصرف في ملكه ، فكان
ماضياً ، كما لو تصرف صحيحاً . وعليه شواهد من الأخبار ، إلا أن في طريقها عمّاراً^(٥)
أو سماعاً^(٦) ، وهما فاسدا الرأي ، لكنها ثقتان .

والثاني : أنها من الثلث . ذهب إليه جماعة من المتقدمين ، منهم الصدوق^(٧) ،
والشيخ^(٨) في أحد قوليه . واختاره عامة المتأخرين ، ومنهم المصنّف (رحمه الله) . وهو

(١) الفقيه ٤ : ١٥٠ ح ٥٢٠ ، التهذيب ٩ : ١٨٧ ح ٧٥٣ ، الوسائل ١٣ : ٣٦٩ ب «١١» من
أبواب أحكام الوصايا ح ١٦ و ١٩ .

(٢) المقنعة : ٦٧١ .

(٣) النهاية : ٦٢٠ .

(٤) السرائر ٣ : ٢٠٠ .

(٥) و (٦) الوسائل ١٣ : ٣٨١ ب «١٧» من أبواب أحكام الوصايا ح ٤ ، ١ .

(٧) المقنع : ١٦٦ .

(٨) المبسوط ٤ : ٤٤ .

الأقوى، للنصوص الكثيرة^(١) الدالة عليه، بعضها بالمفهوم وبعضها بالمنطوق. واستثني منه مواضع تأتي إن شاء الله تعالى. واعلم أنّ المصنف بعد حصره أسباب الحجر في الستة ذكر منها أربعة، وقد تقدّم ذكر المفلس، وترك البحث عن المجنون. ولقد كان الأولى ذكره كغيره. ولعلّه تركه لقلّة مباحثه، إلّا أنّه غير كافٍ. وسيأتي له ذكر يسير لا يغني.

(١) الوسائل ١٣ : ٣٦٢ ب «١٠» من أبواب أحكام الوصايا ح ٢، ٧، ٨، وب «١١» ح ٤، ٦، ١١، وب «١٦» ح ٢، وب «١٧» ح ١٣، ١٤، ١٦ وغير ذلك.

الفصل الثاني

في أحكام الحجر

وفيه مسائل :

الأولى: لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم. وهل يثبت في السفية بظهور سفهه؟ فيه تردد. والوجه أنه لا يثبت. وكذا لا يزول إلا بحكمه.

قوله: «لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم . . . الخ».
لا خلاف في توقّف الحجر على المفلس على حكم الحاكم. وفي توقّف رفعه على حكمه خلاف سبق^(١). وأمّا السفية ففي توقّف الحجر عليه على حكمه، أو الاكتفاء بظهور سفهه، قولان. وكذا اختلف في ارتفاعه بزوال سفهه، أو توقّفه على الحكم.

ووجه التوقّف عليهما - وهو الذي اختاره المصنّف - أنّ الحجر حكم شرعي لا يثبت ولا يزول إلاّ بدليل شرعي، وأنّ السفه أمر خفيّ، والأنظار فيه تختلف، فناسب كونه منوطاً بنظر الحاكم.

ووجه عدم التوقّف فيهما: أنّ المقتضي للحجر هو السفه، فيجب تحقّقه، وإذا ارتفع زال المقتضي، فيجب أن يزول. ولظاهر قوله تعالى ﴿فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾^(٢) حيث علّق الأمر بالدفع على إيناس الرشده، فلو توقّف معه

(١) في ص: ١٣٥.

(٢) سورة النساء: ٦.

الثانية: إذا حجر عليه، فبايعه إنسان، كان البيع باطلاً. فإن كان المبيع موجوداً، إستعادته البائع. وإن تلف، وقبضه بإذن صاحبه، كان تالفاً، وإن فكَّ حجره.

على أمرٍ آخر لم يكن الشرط صحيحاً، ومفهوم الشرط حجة عند المحققين، والمفهوم هنا أنه مع عدم إيناس الرشد لا يدفع إليهم، فدلَّ على أنَّ وجود السفه وزواله كافيان في إثبات الحجر ورفع، لأنَّ السفه والرشد متقابلان. ولظاهر قوله تعالى ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً...﴾ الآية^(١) أثبت عليه الولاية بمجرد السفه، فتوقفها على أمرٍ آخر يحتاج إلى دليلٍ، والآية الأخرى تساق لرفعه، كما مرَّ. وهذا هو الأقوى. وفي المسألة قولان آخران، أحدهما: عدم توقُّف ثبوته على حكمه، وتوقف رفعه عليه. وهو اختيار الشهيد في اللمعة^(٢). والثاني: عكسه. قيل: إنَّ به قائلًا، ولا نعلمه. نعم، في التحرير^(٣) جزم بتوقف الثبوت على حكمه، وتوقف في الزوال. قوله: «إذا حجر عليه فبايعه إنسان - إلى قوله - وإن فكَّ حجره». لا فرق في جواز استعادته مع وجوده بين مَنْ بايعه عالماً بحاله وجاهلاً، لأنَّ البيع في نفسه باطل، فله الرجوع في ماله متى وجد. وأمَّا إذا تلف فلا يخلو إمَّا أن يكون قد قبضه بإذن صاحبه، أو بغير إذنه. وعلى التقديرين إمَّا أن يكون البائع عالماً أو جاهلاً.

فإن كان قبضه بإذن صاحبه كان تالفاً عليه، لأنَّه سلَّطه على إتلافه مع كونه سفيهاً، ووجود السفه مانع من ثبوت العوض. وقوله: «وإن فكَّ حجره» وصلِّي لما قبله، لأنَّه إذا لم يلزم حال الإتلاف لا يلزم بعد الفكِّ. وهذا كلُّه في العالم ظاهر. أمَّا الجاهل بحاله فإطلاق المصنَّف يشمل. ووجهه: أنَّ البائع قصر في معاملته قبل اختبار حاله وعلمه بأنَّ العوض المبذول منه ثابت أم لا، فهو مضيعٌ لماله. ونقل في

(١) سورة البقرة: ٢٨٢.

(٢) اللمعة دمشقيَّة: ٨٢.

(٣) تحرير الأحكام ١: ٢١٩.

ولو أودعه وديعةً فأتلفها، ففيه تردّد. والوجه أنه لا يضمن.

التذكرة^(١) عن بعض الشافعية أنّ السفية إذا أتلف المال بنفسه ضمن بعد رفع الحجر. قال: ولا بأس به.

وإن كان السفية قبض المبيع بغير إذن صاحبه وأتلفه ضمنه مطلقاً، لأنّ البيع الفاسد لا يقتضي الإذن في القبض، فيكون متصرفاً في مال الغير بغير إذنه، فيضمنه، كما لو أتلف مالاً أو غصبه بغير إذن مالكه.

قوله: «ولو أودعه وديعةً فأتلفها ففيه تردّد. والوجه: أنه لا يضمن».

وجه عدم الضمان: تفريط المودع بإعطائه. وقد نهى الله تعالى عنه بقوله:

﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾^(٢) فيكون بمنزلة من ألقى ماله في البحر. وقيل:

يضمن إن أتلفها أو تلفت بتفريطه، لأنّ المالك لم يسأله على الإلتلاف، وإنّما أمره بالحفظ، فقد حصل منه الإلتلاف بغير اختيار صاحبها كما لو غصب، والحال أنّ

السفية بالغ عاقل، والأصل عصمة مال الغير إلّا بسبب، مع أنّ وضع اليد حال الإلتلاف غصب. وهذا هو الأقوى. واختاره في التذكرة^(٣). وهو ظاهر القواعد^(٤).

وفي حكم الوديعة العارية.

والصبيّ والمجنون حكمهما فيما يقبض مضموناً - كالبيع والقرض والغصب

وإتلاف المال بغير اختيار المالك كأكله - حكم السفية. وأمّا الوديعة والعارية إذا تلفت

بتفريطها أو أتلفها، ففي ضمانها قولان، أجودهما ذلك في الثاني دون الأوّل.

أمّا الأوّل: فإنّ الضمان باعتبار الإهمال إنّما يثبت حيث يجب الحفظ،

والوجوب من باب خطاب الشرع المتعلّق بأفعال المكلفين، فلا يتعلّق بالصبيّ والمجنون. ولا ترد المعارضة بقوله صلى الله عليه وآله وسلّم: «على اليد ما أخذت

(١) التذكرة ٢: ٧٨.

(٢) سورة النساء: ٥.

(٣) التذكرة ٢: ٧٨.

(٤) القواعد ١: ١٦٩ - ١٧٠.

الثالثة: لو فكّ حجره، ثمّ عاد مبدّراً، حُجر عليه. ولو زال، فكّ حجره. ولو عاد، عاد الحجر. وهكذا دائماً.

الرابعة: الولاية في مال الطفل والمجنون، للأب والجدّ للأب. فان لم يكونا فللوصي. فان لم يكن فللحاكم.

حتى تؤدّي»^(١) فإنّ مفهومه على الوجوب والتكليف بالردّ، وهو منفيّ عنها. وأمّا الثاني: فإنّ إتلاف مال الغير مع عدم الإذن فيه سبب في ضمانه، والأسباب من باب خطاب الوضع لا تتوقّف على التكليف. ومنه يعلم وجه ضمان ما يتلفانه من مال الغير بغير إذنه.

قوله: «لو فكّ حجره ثم عاد مبدّراً حجر عليه. . . الخ». لما كان السفه علّة الحكم بالحجر، إمّا بنفسه أو بحكم الحاكم على ما مرّ^(٢)، كان وجود العلّة يقتضي وجود المعلول، ورفعها رفعه، من غير فرق بين المرّة والمرّات. وهذا ممّا لا خلاف فيه. نعم، في خصوصيّة ذكره فائدة أخرى، وهي أنّ علّة الحجر أولاً لما قيل إنّها مركّبة من السفه والفسق، فلا يزول الحجر إلّا برفعها معاً بالرشد والعدالة على ذلك القول، وأمّا بعد ارتفاعها فلا تبقى العلّة للحجر إلّا التبذير خاصّةً، فعوده يعيد الحجر، وارتفاعه يرفعه، من غير اعتبار العدالة هنا على القولين كما حقّقناه سابقاً. فلذلك أطلق المصنّف أنّ مجرد عود التبذير يوجب الحجر، ومجرّد رفعه يرفعه، وهكذا.

قوله: «الولاية في مال الطفل والمجنون للأب - إلى قوله - فان لم يكن فللحاكم».

لا خلاف في كون الولاية عليهما للأب والجدّ له وإن علا. وإنّما الكلام في أنّهما إذا تعارضا وأوقعا العقد دفعةً فهل يقع باطلاً، لاستحالة الترجيح، أو يقدم عقد

(١) مسند أحمد ٥: ١٢ و ١٣، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠، سنن أبي داود ٣: ٢٩٦

ح ٣٥٦١.

(٢) في ص ١٥٨.

أما السفية والمفلس ، فالولاية في مالهما للحاكم لا غير.

الجدّ أو عقد الأب؟ الذي اختاره في التذكرة^(١) في هذا الباب هو الثاني . والكلام في المال ، أمّا في التزويج فسيأتي . وفي كتاب الوصايا من التذكرة^(٢) قال : إنّ ولاية الأب مقدّمة على ولاية الجدّ . وولاية الجدّ مقدّمة على ولاية الوصيّ للأب . والوصيّ للأب والجدّ أولى من الحاكم .

ومقتضى قول المصنّف أنّها إن لم يكونا للوصيّ أنّ وصيّ الأب لاحكم له مع الجدّ كما في التذكرة . وهو كذلك وإن علا الجدّ . ويأتي في ترتّب الأجداد للأب أو اشتراكهم مع وجود الأعلى والأدنى ما مرّ في الأب والجدّ من الخلاف .

ولو جعل الأب أو الجدّ للوصيّ أن يوصي ، أو جوزنا للوصيّ ذلك وإن لم ينصّ له ، فحكم وصيّه حكمه ، فيقدّم وصيّ الوصيّ - وإن تعدّد - على الحاكم . والمراد بالحاكم حيث يطلق في أبواب الفقه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى إجماعاً .

قوله : «أمّا السفية والمفلس فالولاية في مالهما للحاكم لا غير» .

أمّا المفلس فظاهر ، وأمّا السفية فإطلاق المصنّف يشمل من تجدد سفهه بعد الرشد ، ومن بلغ سفهها ، وهو أشهر القولين في المسألة . ووجهه - على ما اختاره سابقاً^(٣) من توقف الحجر بالسفه على حكم الحاكم ، ورفع عليه - ظاهراً ، لكون النظر حينئذٍ إليه .

وقيل : إن بلغ سفهها فالولاية للأب والجدّ ثم وصيّ أحدهما ثم الحاكم كالصبيّ ، وإن بلغ رشيداً ثم تجدد سفهه فأمره إلى الحاكم دونها . وهو أجدد ، إستصحاباً لحكم ولايتهما في الأول ، وارتفاعها في الثاني ، فيحتاج عودها إلى دليل ، والحاكم وليّ عام لا يحتاج إلى دليل . نعم ، يتخلف إذا قدّم عليه غيره ، وقد انتفى هنا .

(١) التذكرة ٢ : ٨٠ .

(٢) التذكرة ٢ : ٥١٠ .

(٣) في ص : ١٥٨ .

الخامسة: إذا أحرم بحجّةٍ واجبة، لم يمنع مما يحتاج إليه في الإتيان بالفرض. وإن أحرم تطوعاً، فإن استوت نفقته سفراً وحضراً، لم يمنع. وكذا إن أمكنه تكسّب ما يحتاج إليه. ولو لم يكن كذلك، حلّله الولي.

قوله: «إذا أحرم بحجّةٍ واجبة لم يمنع مما يحتاج إليه في الإتيان بالفرض... الخ».

السفيه حكمه في العبادات البدنيّة والماليّة الواجبة حكم الرشيد، إلا أنه لا يمكن من صرف المال ولا تفريق الحقوق. فإذا كان الحجّ واجباً فلا اعتراض للوليّ عليه، سواء زادت نفقته سفراً عن الحضرة أم لا، لتعيّنه عليه، ولكن يتولّى النفقة عليه الوليّ أو وكيله [الثقة]^(١). ولا فرق في ذلك بين الواجب بالأصل وبالنذر، كما إذا تقدّم سببه على الحجر.

وأما إذا كان الحجّ مندوباً فكذلك، مع عدم زيادة نفقته على الحضرة، لعدم الضرر. وأما إذا احتاج إلى زيادة فإن كان يكتسبها في السفر فكذلك، لانقضاء الضرر عن ماله المحجور عليه فيه.

وربما أشكل بأنّه يصير باكتسابه من جملة ماله، فيجب الحجر عليه فيه، فيكون كالسابق.

وأجيب بأنّه قبله لم يكن مالاً، وبعده صار محتاجاً للنفقة. وبأنّ الاكتساب غير واجبٍ على السفيه، وليس للوليّ قهره عليه، فلا يلزم من صرف ما يحصل به إتلاف شيءٍ من المال الذي تعلّق به الحجر.

والجواب الأوّل إنّها يتمّ لو لم يمكنه العود، أو أمكنه بنفقةٍ مساويةٍ لنفقة الإكمال، وإلا لم ينفعه إحتياجه إلى النفقة.

وفي الثاني أنّ الاكتساب عليه وإن كان غير واجبٍ إلاّ أنّه إذا اكتسب باختياره تحقّق المال ولزم الحجر فيه، فعاد المحذور. نعم، لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضرة، وكان بعد التلبّس بالحجّ أو قبله، ولم يمكن العود إلاّ

السادسة: إذا حلف، إنعقدت يمينه. ولو حنث كفر بالصوم. وفيه تردّد.

بصرفه، زال الإشكال.

وفيه من قوله: «ولو لم يكن كذلك حلّله الولي» أن إحرامه ينعقد على كلّ حال. ويشكل مع الإخلال بالشرائط، للنهي عنه حينئذٍ المقضي للفساد في العبادة. ويمكن دفعه بأن النهي هنا ليس عن ذات العبادة، ولا عن شرطها، لأنّ المنسوب لا يشترط فيه المال فينعقد، وإنما النهي عن إتلاف المال الزائد، فطريق استدراكه تحليل الولي له بالصوم، لأنّه حينئذٍ كالمحصّر، حيث يجرم عليه الذهاب للإكمال، وإن كان لأمر خارج كعجزه عن النفقة.

هذا إن جعلنا لدم الإحصار بدلاً، وإلا بقي على إحرامه إلى زمان الفك. وعلى القول بالبدل فهو عشرة أيام كما مر في الحج^(١)، وروي ثمانية عشر يوماً. وأما بخصوص هذه المسألة فلا نصّ فيها عندنا.

قوله: «إذا حلف انعقدت يمينه. ولو حنث كفر بالصوم. وفيه تردّد».

لما كان السفیه إنّها يمنع من التصرفات الماليّة، فإذا حلف على فعل شيءٍ أو تركه - حيث تكون اليمين منعقدةً في غيره - تنعقد يمينه، لأنّه لا يتعلّق بالمال. ومثله نذر ذلك وعهده. أما لو كان متعلّق النذر نفس المال، بأن نذر أن يتصدّق بهالٍ مثلاً، فإن كان معيّنًا بطل النذر، وإن كان في الذمّة صحّ، وروعي في إنفاذه الرشد. إذا تقرّر ذلك فإذا حلف مثلاً على شيءٍ وحنث وجبت عليه الكفارة قطعاً، لأنّه بالغ عاقل. وهل يكفر بالصوم أم بالمال؟ تردّد المصنّف رحمه الله. ووجه التردّد: من أنّه ممنوع من التصرف الماليّ فيكفر بالصوم، كالعبد والفقير، ومن أنّ الكفارة تصير حينئذٍ واجبةً عليه، وهو مالك للمال، فتخرج من المال كما تخرج الواجبات، من الزكاة والخمس ومؤنة الحجّ الواجب والكفارة التي قد سبق وجوبها الحجر.

السابعة: لو وجب له القصاص، جاز أن يعفو. ولو وجب له دية، لم يجز.

الثامنة: يختبر الصبي قبل بلوغه. وهل يصح بيعه؟ الأشبه أنه لا يصح.

ويضعف بأن هذه الواجبات تثبت عليه بغير اختياره، فلا تصرف له في المال، وإنما الحاكم به الله تعالى، بخلاف الكفارة في المتنازع، فإن سببها مستند إلى اختياره في مخالفة مقتضى اليمين، فلو أخرجها من المال أمكن جعل ذلك وسيلة له إلى ذهابه، لأن مقتضى السفه توجيه^(١) صرفه على ما لا ينبغي.

والأقوى أنه يكفر بالصوم. وبه قطع العلامة في كتبه^(٢)، حتى في التذكرة^(٣)، من غير نقلٍ لترددٍ ولا لخلافٍ. وقريب من هذا البحث الكلام في الإنفاق على من استلحقه من الأنساب بإقراره.

قوله: «لو وجب له القصاص جاز أن يعفو. ولو وجب له دية لم يجز». هذا عندنا واضح، لأن موجب العمد القصاص خاصة، وهو ليس بمال، وإنما يثبت المال بالصلح والتراضي، بخلاف ما يوجب الدية، لأنه تصرف مالي، فيمنع منه. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة^(٤)، حيث جعل الواجب في العمد أحد الأمرين القصاص أو المال، فلا يصح عفو. ولو طلب في العمد القصاص فله ذلك، لأنه موضوع للتشقي والانتقام، وهو صالح له. وإذا جاز له العفو عنه مطلقاً فعفو عنه على مالٍ أولى. فحيث يثبت بصلحه لا يسلم إليه بل إلى الولي.

قوله: «يختبر الصبي قبل بلوغه. وهل يصح بيعه؟ الأشبه أنه لا يصح».

(١) في «هـ» و«م»: يوجه. وفي «ب»: توجه وفي «س»: توجه.

(٢) راجع الإرشاد ١: ٣٩٧، والتحرير ١: ٢١٩، والقواعد ١: ١٧٠.

(٣) التذكرة ٢: ٨٠.

(٤) راجع المغني والشرح الكبير لابن قدامة ٤: ٥٧٣.

قد تقدّم^(١) أنّ الرشد لا يتحقّق إلّا باختباره بما يلائمه من التصرفات والأعمال. وبينّ هنا أنّ محلّ هذا الاختبار قبل البلوغ، لقوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾^(٢). ووجه دلالة الآية على ذلك من وجهين: أحدهما: جعل متعلّق الابتلاء اليتامى. والمراد باليتيم لغة^(٣) وشرعاً مَنْ لا أب له وهو دون البلوغ، فالبالغ ليس بيتيمٍ بطريق الحقيقة، وإطلاق اللفظ محمول على الحقيقة إذا لم يمنع منها مانع. وهو منتفٍ هنا. والثاني قوله تعالى ﴿حتى إذا بلغوا النكاح﴾ جعل غاية اختبارهم البلوغ، فدلّ على أنّ الاختبار قبله. ولأنّ تأخير الاختبار إلى البلوغ يؤدّي إلى الإضرار به، بسبب الحجر عليه ومنعه ماله، مع جواز كونه بالغاً رشيداً، لأنّ المنع يمتدّ إلى أن يختبر ويعلم رشده، وربما طال زمانه بسبب العلم بالملكة السابقة، فإذا أمكن دفع هذا الضرر بتقديم الاختبار كان أولى.

وهذا ممّا لا خلاف فيه عندنا، وإنّما خالف فيه بعض العامّة^(٤)، وجعله بعده. نعم، شارح القواعد^(٥) حملا عبارتها على أنّ الاختبار بعد البلوغ، وجعلا الخلاف في صحّة البيع الواقع بالاختبار متفرعاً على ذلك. ولا ضرورة داعية إليه. إذا تقرّر ذلك فنقول: إذا كان الاختبار بمثل البيع لمن هو من أهله، فهالك الصبيّ فيه وظهر رشده وأوقعه، هل يكون صحيحاً أم لا؟ وجهان:

أحدهما: الوقوع، لأمره تعالى بالابتلاء، وهو يقتضي كون الفعل الصادر من الصبيّ معتبراً، خصوصاً على القول بأنّ أفعاله شرعية، ومع ذلك قد انضمّ إلى إذن

(١) في ص: ١٥٠.

(٢) سورة النساء: ٦.

(٣) راجع الصحاح ٥: ٢٠٦٤، معجم مقاييس اللغة ٦: ١٥٤.

(٤) المجموع ١٠: ٢٨٤.

(٥) إيضاح الفوائد ٢: ٥٢. والظاهر أن المراد بالشارح الآخر السيد عميد الدين، راجع مفتاح

الكرامة ٥: ٢٥٠.

الوليّ له، لأنّ إعطاء المال وأمره به إذن، فيجب أن يكون صحيحاً. والشاى: عدمه، لمنع دلالة الأمر بالابتلاء على الصّحة، بل غايته استفادة الرشد بما به الابتلاء، أمّا كونه صحيحاً أم لا فهو خارج عن مقتضاه. وهذا هو الأقوى.

وعلى هذا فكيفيّة اختباره أن يأمره الوليّ بالمساومة في السلع، ويمتحنه بالممارسة والمساومة وتقرير الثمن، فإذا آل الأمر إلى العقد عقده الوليّ، فإذا رآه قد استقرّ رأيه على الشراء بثمان المثل وإرادة البيع به مرّة بعد أخرى علم رشده. وقريب من ذلك أن يشتري الوليّ سلعةً ويتركها في يد البائع، أو يعطيه متاعاً من أمتعته ويواطئه على بيعه من الصبي، فإن اشتراه منه وفعل ما فيه الصلاح كذلك دلّ على الرشد. واعلم أنّ العلامة في التحرير^(١) رجّح صحّة البيع مع إذن الوليّ، كما هو المفروض. وفي التذكرة^(٢) والإرشاد^(٣) قطع بعدمه. وفي القواعد تردّد^(٤).

(١) تحرير الأحكام ١ : ٢١٨ .

(٢) التذكرة ٢ : ٧٨ .

(٣) إرشاد الأذهان ١ : ٣٩٧ .

(٤) قواعد الأحكام ١ : ١٦٨ .

كتاب الضمان

كتاب الضمان

وهو عقد شرع للتعهد بهالٍ أو نفسٍ .

قوله: «وهو عقدٌ شرعٌ للتعهد بهالٍ أو نفسٍ» .
إعلم أنّ للضمان معنيين أحدهما أعمّ من الآخر. وهذا التعريف للضمان بالمعنى الأعمّ، المتناول للضمان بالمعنى الأخصّ، وللحوالة والكفالة، فتكون هذه الثلاثة أقسامه، والضمان بالمعنى الأخصّ قسماً للآخرين .
والكلام في كون الضمان هو العقد الدالّ على التعهد، أو نفس التعهد، قد تقدّم^(١) البحث على نظيره في البيع، وأنّ التحقيق أنّه الثاني، وإطلاقه على العقد بطريق المجاز، إقامةً للسبب لمقام المسبّب .
وشرعيّة العقد المذكور للتعهد أعمّ من كون أثره يحصل معه وعدمه، فيشمل الصحيح والفساد. ولو ادّعي أنّ المقصود حصول التعهد، وأنّ اللفظ دالّ عليه، كان تعريفاً للصحيح . وهو أيضاً صحيح .
واعلم أنّ الضمان عندنا مشتقّ من الضمن، لأنّه يجعل ما كان في ذمّته من المال في ضمن ذمّة أخرى، أو لأنّ ذمّة الضامن تتضمّن الحقّ، فالنون فيه أصلية، بناءً على أنّه ينقل المال من الذمّة إلى الذمّة . وعند أكثر العامة^(٢) أنّه غير ناقلٍ، وإنّما يفيد اشتراك الذمّتين، فاشتقاقه من الضمّ، والنون فيه زائدة، لأنّه ضمّ ذمّة إلى ذمّة، فيتخيّر المضمون له في المطالبة .

(١) راجع ج ٣ : ١٤٤ .

(٢) راجع التنبية في الفقه الشافعي : ١٠٦ ، وتحفة الفقهاء ٣ : ٢٣٨ ، والمغني لابن قدامة ٥ : ٧٠ و

والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال، وقد لا يكون. فهنا ثلاثة أقسام:

قوله: «والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال . . .

الخ».

أحد الأقسام التعهد بالنفس وهو الكفالة، والتعهد بالمال ممن ليس له عليه مال هو الضمان بالمعنى الأخص، وممن عليه هو الحوالة.

وفيه: أنه سيأتي من مذهبه أن الحوالة لا يعتبر فيها شغل ذمة المحال عليه للمحيل، فيدخل هذا القسم في الضمان الأخص، ويختل التقسيم بالتداخل، ولا يدفعه ما يقوله: «ثم إن هذا القسم بالضمان أشبه^(١)» لأن الأشبهية لم يخرجها عن معنى الحوالة أيضاً.

ويمكن دفع الإشكال بأن التقسيم جارٍ على محل الوفاق، أو باعتبار القسم الآخر للحوالة، وهو تعهد مشغول الذمة للمحيل، ليكون هو أحد الأقسام الثلاثة خاصةً. وكون القسم المشترك ذا جهتين، بحيث يصح تسميته ضماناً خاصاً وحوالةً يسهل معه الخطب.

القسم الأوّل

في ضمان المال مَن ليس عليه للمضمون عنه مال . وهو المسمّى بالضمان بقولٍ مطلق . وفيه بحوث ثلاثة :

قوله : «ضمان المال مَن ليس عليه للمضمون عنه مال . وهو المسمّى بالضمان بقولٍ مطلق» .

لما كان الضمان بالمعنى الأعمّ منقسماً إلى الأقسام الثلاثة، إنقسام الكليّ إلى جزئياته، وإطلاقه على كلّ واحدٍ منها بطريق الحقيقة، فيصحّ إطلاق الضمان على الحوالة والكفالة حقيقةً، إلاّ أن المعنى المتبادر من الضمان شرعاً، عند إطلاق لفظه من غير قيد، هو الضمان مَن ليس عليه مال للمضمون، وهو المعنى الأخصّ له . وأمّا الأخران، وهما الحوالة والكفالة، فانما يفهم منهما معنى الضمان مع انضمام لفظٍ آخرٍ إليه، وهو ضمان النفس، أو ضمان مشغول الذمّة للمضمون، ونحو ذلك .

ولكن يبقى فيه إشكال، وهو أنّ ذلك يقتضي كون إطلاق الضمان عليهما ليس على وجه الحقيقة، لأنّ من علاماتها صحّة الإطلاق من غير قيد، كما أنّ توقّف فهم المعنى المراد من اللفظ على قيد ينضمّ إليه دليل المجاز، فكيف يجتمع كونها من أفراد الكليّ بطريق الحقيقة، وافتقارهما مع ذلك في صحّة الإطلاق إلى التقييد؟

وجوابه : أنّ المنقسم إليهما - بحيث صارا فردين له بطريق الحقيقة - هو مطلق الضمان، وذلك لا ينافي كونها مجازين بالنظر إلى الضمان المطلق الذي هو قسيمهما . والحاصل : أنّه فرق بين الشيء المطلق ومطلق الشيء . ومثل هذا البحث يأتي في الماء، فإنهم قسموا مطلق الماء إلى الماء المطلق والمضاف، مع أنّ إطلاق الماء على المضاف بطريق المجاز، لافتقاره إلى القيد، إلاّ أنّه فرد حقيقةً من مطلق الماء . ومنشأ

الأول: في الضامن .

ولا بدّ أن يكون مكلفاً، جائز التصرف . فلا يصحّ ضمان الصبي ،
ولا المجنون .

ولو ضمن المملوك ، لم يصحّ ، إلاّ بإذن مولاه . ويثبت ما ضمنه في
ذمّته لا في كسبه ، إلاّ أن يشترطه في الضمان بإذن مولاه .

الاختلاف باختلاف الوجهين . ولكن لما اشتهر المعنى المطلق وخفي مطلق المعنى ،
لوحظت الحقيقة والمجاز باعتبار المشتبه خاصّةً . وفيه بحث .

قوله : «ولو ضمن المملوك لم يصحّ إلاّ بإذن مولاه . . . الخ» .

الكلام هنا يقع في مواضع :

أحدها : ضمان العبد بغير إذن سيّده ، وفي صحته قولان :

أحدهما - وبه قطع المصنف من غير نقل خلافٍ - : عدم الصحّة ، لأنّ العبد
لا يقدر على شيءٍ كما وصفه الله تعالى^(١) به ، وذمّته مملوكة للمولى ، فلا يملك إثبات
شيءٍ فيها إلاّ بأذنه ، ولأنّ الضمان يستلزم إثبات مالٍ في الذمّة ، فيمنع منه بدون إذن
المولى ، كما يمنع من النكاح لذلك^(٢) .

ويرد على الأول : ضمانه لما أتلفه أو غصبه أو جناه في ذمّته بغير إذن المولى ، فلو
توقّف شغل ذمّته مطلقاً على إذن المولى لم يلزمه هنا شيء . إلاّ أن يقال : إنّ ذلك لا
يُعدّ التزاماً ، بل هو حكم شرعيّ مبنيّ على القهر ، بسبب وقوعه بغير اختيار
مستحقّه ، ومن ثمّ لزم ذلك الصبيّ والمجنون أيضاً ، مع عدم صحّة ضمانها إجماعاً .

وعلى الثاني : منع كون مطلق إثبات المال في ذمّته ممتنعاً^(٣) ، وهل هو إلاّ محلّ
النزاع؟ والتمثيل بالنكاح لا يتمّ ، لبطلان القياس ، ومنع كون المانع فيه استلزامه
لإثبات المال في الذمّة . ومن ثمّ امتنع وإن عرى العقد عن المهر ، بل وإن بذله

(١) سورة النحل : ٧٥ .

(٢) كذا في «س» و«و» . وفي غيرها : (كذلك) .

(٣) في ما لدينا من النسخ الخطيّة : (ممتنع) . ولعلّه سهو من النسخ .

أجنبي، وإنما المانع الحجر، واستلزام صحته وترتب أثره قدرة العبد الممتنعة، أو الإجماع عليه.

وثانيهما: الصحة، لانتهاء الضرر على المولى، لأن استحقاق المطالبة له بما يستقر في ذمته بعد العتق لا ضرر فيه عليه، كما لو استدان بغير إذن سيده، وإن افترقا بكون صاحب الدين لو وجد عين ماله كان له انتزاعها منه، ولا يتصور ذلك في الضامن، لتعلق حقه بالذمة.

لا يقال: إن السيد يستحق إرثه بعد العتق بالولاء، وثبوت الضمان يمنع الارث.

لأننا نقول: حكم الإرث المذكور لا يمنع الضمان، فإن الإرث متأخر عن الدين، فمهما قيل إن دين يقدم عليه. ولهذا لا يمنع الارث إقراره بهال، مع أن الملك يمنع منها، فدل على أن الإرث ليس في حكم الملك مطلقاً، كما أن الحر^(١) لا يمنع الضمان لحق ورثته، ويمنع مما هو ملكهم. فعلى هذا يتبع به بعد العتق، لأن كسبه مملوك للمولى، ولا يملك التصرف في مال مولاه. وهذا القول قرّبه العلامة في التذكرة^(٢). والأقوى الأول.

الثاني: على تقدير ضمانه بإذن المولى وإطلاقه، فلم يشترط له الأداء من الكسب، ولا الصبر إلى أن يعتق، فهل يتعلق بذمته أم بكسبه؟ قولان:

أحدهما - وهو الذي اختاره المصنف - : تعلقه بذمته، فيتبع به بعد العتق، لأن إطلاق الضمان أعم من كل منها، والعام لا يدل على الخاص، فلم يقع من المولى ما يدل على التزامه في ملكه، وكسبه ملكه. ولأن الإذن في الكلي ليس إذناً في الجزئي المعين، وإن كان لا يوجد إلا في ضمنه، كما حقق في الأصول.

والثاني: أنه يتعلق بكسبه، لأن إطلاق الضمان إنما يحمل على الضمان الذي

(١) في «هـ»: الحجر.

(٢) التذكرة ٢: ٨٧.

يستعقب الأداء، فإنه المعهود، والأداء من غير مال السيد يمتنع، وكذا من ماله غير الكسب، وإلا لكان هو الضامن لا العبد، وهو خلاف التقدير، فيكون في كسبه . والبحث في ذلك قريب مما لو أذن له في الاستدانة . فينبغي ترتب قول ثالث، وهو أن الضمان يتعلّق بالمولى، ولا يختصّ بكسب العبد . ولعلّه أقوى .

الثالث: على تقدير ثبوته في ذمته، لو أذن له مولاه في الضمان في كسبه، فقد قطع المصنّف بصحّته، ووجهه: أن كسبه مال مخصوص من أموال السيد، فيكون بمنزلة ما لو ضمن في مالٍ بعينه . وحينئذٍ فإن وفي كسبه بهال الضمان فقد تمّ للمضمون له حقّه، وإلّضاع عليه ما قصر . فلو أعتق العبد قبل تجدد^(١) شيء من الكسب فهل يبقى التعلّق به أم يبطل الضمان، لفوات المحلّ المعين لأداء المال، لانصراف الإطلاق إلى الكسب الذي هو ملك المولى وقد فات؟ الظاهر من كلامهم الأوّل، فإن ذلك هو معنى الكسب، فإذا أعتق صار كسبه وما في يده سواءً، ومع ذلك لا يسمّى في اصطلاح الشرع كسباً، وإن أطلق عليه لغةً .

لكن يشكّل على هذا صحّة اشتراطه في كسبه حال عبوديّته، لأنّ السيد لاحق له فيه، فلا مدخل لإذنه فيه، والعبد لم يكن حين الضمان يقدر على شيءٍ . إلا أن يقال بصحّة ضمانه بغير إذن سيده كما مرّ، فهنا أولى .

ويتفرّع على ذلك ما لو مات العبد قبل إمكان الأداء، فهل يلزم المولى الأداء لما بقي؟ يحتمله، لأنّ إذنه له في الضمان في كسبه كإذنه في الضمان في مالٍ بعينه من أمواله، فإذا تلف المال يعود الضمان إلى ذمّة صاحب المال، على الخلاف . ولو قلنا بعدم عوده إليه فلا إشكال .

ويحتمل عدم لزومه للمولى وإن قلنا به ثمّ، لأنّ الكسب ليس كمحض مال السيد، بل حقّ له، ولهذا قيل لو أعتق بقي متعلّقاً بكسب المعتق، فدلّ على أنه لم يتعلّق بالمولى محضاً . وليس في كلام الأصحاب هنا ما يدلّ على شيء، وإن كان

(١) فيها عدا «ن» و «هـ»: قبل إمكان تجدد . . . وفي «هـ»: شطب على (إمكان) .

وكذا لو شرط أن يكون الضمان من مال معين.

الأوجه إبتناؤه على مسألة تعيين الأداء من مال بعينه.

قوله: «وكذا لو شرط أن يكون الضمان من مال معين».

أي شرط الضامن كون ضمانه من مال معين من أمواله، فإنه يصح الضمان وينحصر وجوب الأداء فيه، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «المؤمنون عند شروطهم»^(١). وحينئذ فيتعلق به حق المضمون له.

وهل هو متعلق به كتعلق الدَّين بالرهن، أو كتعلق الأرش بالجاني؟ وجهان، مأخذهما: أن الضمان ناقل للدَّين إلى ذمة الضامن، لأن موضعه إنها هو الذمة، وتخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبة الآن فيه، ولم يخرج الذمة عن العهدة، لأن مقتضى الضمان ابتداءً التعلق بها. وهذا وجه تعلق الرهن. ومن أن الضامن لم يدخل ذمته مطلقاً، وإنما حصر الاستحقاق في المال المعين، وجعله متعلق حق المضمون له، فينحصر حقه فيه ابتداءً من غير تعلق بالذمة. وأقواهما الأول.

وتظهر الفائدة فيما لو تلف بغير تفريط، فعلى الأول ينتقل إلى ذمة الضامن، وعلى الثاني إلى ذمة المضمون عنه. أما الأول فظاهر، لأن تلف الرهن لا يسقط الحق. وأما الثاني فلأن فوات العبد الجاني إنما يسقط الحق عن مالكة، ومالك المال هنا هو الضامن فيسقط عنه. وأما المضمون عنه فانتقال المال عن ذمته ليس انتقالاً تاماً، لأنه لم يتعلق بذمته، وإنما تعلق بهال تعلقاً ضعيفاً، فإذا فات عاد إلى ما كان.

مع احتمال السقوط عنهما في الموضوعين على التقديرين. أما عن الضامن فلأنه لم يُقَدِّم على الضمان إلا في ذلك المال، ولم يلتزم الأداء إلا منه عملاً بالشرط، وقد فات، فيبطل الضمان ويعود إلى ذمة المضمون عنه. وأما احتمال سقوطه عن المضمون عنه على تقدير تعلقه كالجاني، فلأن الضمان لما كان ناقلاً برئت ذمة المضمون عنه بالضمان كيف كان، فلم يبق للمضمون له عليه حق ولا الضامن إلا بما أدى، ولم

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠»

يحصل .

إلا أنّ المبنى عليه ضعيف ، لأنّ الضمان إمّا ناقل^(١) من ذمّة إلى ذمّة عندنا ، أو ضامّ ذمّة إلى أخرى عند غيرنا ، فعدم تعلّقه بدمّة أصلاً خارج عن القولين ، فيكون المبنى عليه أولى بالسقوط .

واختار في التذكرة^(٢) الرجوع على الضامن مع التلف مطلقاً ، بناءً على الوجه الأوّل . والشهيد (رحمه الله) في بعض فتاويه إختار بطلان الضمان مع تلف المال من غير بناءٍ له على وجهه . وهو متّجه .

ويمكن دفع المنافاة بين التعلّق بالذمّة والمال المعين مع الحكم بالبطلان على تقدير تلفه ، بأن يجعل التعلّق بالذمّة مشروطاً بالأداء من المال عملاً بمقتضى الشرط ، أو يجعل هذا تعلّقاً برأسه خارجاً عن التعلّقين ، إذ لا دليل على الانحصار فيهما ، وإنّما هو من مناسبات الشافعية . وحينئذٍ فيجعل التعلّق مخصوصاً بالعين وفاءً بالشرط ، فإنّ التزام المال من غير المعين لم يتعلّق به قصد الضامن ، ولا دلّ عليه لفظه .

ومّا يبنى على الوجهين ما لو كان المال المعين أقلّ من الدين ، فعلى الأوّل يلزم الضامن الإكمال ، كما لو نقص الرهن عنه ، بناءً على تعلّق الدين بدمّته ، ولم يحصل فيها^(٣) عينه وفاء . وهو الذي قرّبه في التذكرة .^(٤)

ويشكل بما مرّ ، فإنّه لم يلتزم في ذمّته شيئاً . وغاية التنزّل أن يكون التزم بقدر المال المعين ، فثبوت الزائد في ذمّته بعيد . وعلى الوجه الثاني لا إشكال في عدم ضمانه . ومّا يبنى على الوجهين أيضاً منّ يطالب ببيع المال وتحويله إلى جنس الحقّ

(١) في مالدينا من النسخ : (ناقلُ إمّا . . .) والصحيح ما أثبتناه .

(٢) (٤) التذكرة ٢ : ٩٩ .

(٣) في «هـ» : بما .

ولا يشترط علمه بالمضمون له، ولا المضمون عنه. وقيل: يشترط والأول أشبه. لكن لا بد أن يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصحّ معه القصد إلى الضمان عنه.

المضمون، فعلى الأول يطالب الضامن قطعاً كالرهن، وعلى الثاني يحتمل جواز استبداد المضمون له به كالجاني، خصوصاً إن لم يفكّه الضامن. ويحتمل عليه توقّف التصرف على الضامن أيضاً، لأنّ هذا التعلّق لا يساوي تعلّق الجناية بالجاني بكل وجه، لأنّ الجناية تعلّقت بالعبد ابتداءً، ولم يتعلّق بدمّة أصلاً، بخلاف دين المضمون له هنا، فإنّه كان متعلّقاً بدمّة وفي تعلّقه بدمّة الضامن ثانياً ما مرّ من البحث. فلم يفد هذا التعلّق انحصار الحقّ فيه بكل وجه.

قوله: «ولا يشترط علمه بالمضمون له - إلى قوله - إلى الضمان عنه».

القول باشتراط علم الضامن لهما معاً للشيخ (رحمه الله) في المبسوط. (١) وفي المختلف (٢) اعتبر العلم بالمضمون عنه لا المضمون له. ونفى الاشتراط فيهما في غيره (٣). وهو الأقوى. أمّا عدم اعتبار العلم بالمضمون عنه فلأنّ الضمان وفاء دين عنه، وهو جائز عن كلّ مديون. وأمّا المضمون له، فإن اعتبرنا قبوله لفظاً - كما هو مقتضى العقد اللازم - إقتضى ذلك تميّزه (٤)، ولا يعتبر أزيد من ذلك، وإن لم نعتبره - كما يدلّ عليه واقعة الميت المديون الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله وسلم من الصلاة عليه حتى ضمنه عليّ عليه السلام (٥) - لم يعتبر علمه بوجه. وهذا هو الظاهر

(١) المبسوط ٢: ٣٢٣.

(٢) المختلف: ٤٢٨.

(٣) تحرير الأحكام ١: ٢٢٢، قواعد الأحكام ١: ١٧٧ - ١٧٨.

(٤) في هامش «و» و«ن»: «يمكن القول بعدم اعتبار تميّزه، وإن اشترطنا قبوله، لا مكان أن يضمن الضامن المال الذي في دمة المضمون عنه لمن كان له الحقّ، والمستحقّ حاضرٌ ليقبل، ولا يعلم به الضامن. وبالجملة: فاعتبار قبوله يوجب تمييزه في الغالب لا في جميع الصور، كما لا يخفى. منه رحمه الله».

(٥) راجع السنن الكبرى ٦: ٧٣، سنن الدارقطني ٣: ٧٨ ح ٢٩١ و ٢٩٢.

ويشترط رضا المضمون له .

من عبارة المصنّف حيث اعتبر رضاه، ولم يعتبر فيه عقداً، ولا قبولاً مخصوصاً، ولا امتيازاً هنا مع اعتباره امتياز المضمون عنه .

وبقي الكلام في اعتبار تميّز المضمون عنه كما ذكره المصنّف . ووجهه : أنّ الضمان يتوقّف على القصد، وهو متعلّق بالمضمون عنه والحقّ، فلا بدّ من تميّزه بوجهٍ تزول معه الجهالة، ليتمكن القصد إليه . وأمّا الحقّ فسيأتي الكلام فيه .

ويشكل بمنع توقّف القصد على ذلك، فإنّ الاعتبار القصد إلى الضمان، وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له مثلاً في الدّمة، وذلك غير متوقّف على معرفة مَنْ عليه الدّين . والدليل إنّها دلّ على اعتبار القصد في العقد، لا فيمن كان عليه الدّين، فلو قال شخص مثلاً: «إني أستحقّ في دّمة شخص مائة درهم»، فقال له آخر: «ضممتها لك»، كان قاصداً إلى عقد الضمان عن أيّ مَنْ كان الدّين عليه، ولا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك .

وإلى ذلك مال في التذكرة حيث قال : وهل يشترط معرفة ما يميّزه عن غيره؟ الأقرب العدم، بل لو قال : «ضممت لك الدّين الذي لك على مَنْ كان من الناس جاز . نعم، لا بدّ من معرفة المضمون عنه بوصفٍ يميّزه عند الضامن بما يمكن القصد معه إلى الضمان عنه لو لم يقصد الضمان عن أيّ مَنْ كان^(١) .

قوله : «ويشترط رضا المضمون له» .

المشهور اشتراط رضا المضمون له في صحّة الضمان، لأنّ حقّه يتحوّل من دّمة غريمه إلى دّمة الضامن، والناس تختلف في حسن المعاملة وسهولة القضاء، فربّما كان المضمون له^(٢) لا يرضى بإبداله بغريمه، ليقضيه^(٣) عنه، فلو لم يعتبر رضاه لزم الضرر والغرر .

(١) التذكرة ٢ : ٨٨ . وفيه بعد قوله «جاز» : على إشكالٍ .

(٢) كذا في «م»، وهو الصحيح . وفي سائر النسخ (الضامن) .

(٣) في «ب» و«س» و«ن» : (لنقصه) . وفي هامش «و» : أنه كذا في سائر النسخ .

ولا عبرة برضا المضمون عنه، لأن الضمان كالقضاء.

وللشيخ^(١) (رحمه الله) قول بعدم اشتراطه، محتجاً بأنّ علياً عليه السلام وأبا قتادة ضمنا الدّين عن الميت ولم يسأل النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن رضا المضمون له^(٢).

وأجيب بأنّها واقعة لا عموم لها، ويان ذلك إنّما يدلّ على عدم بطلان الضمان قبل علمه وردّه، ونحن نقول بموجبه، لأنّه صحيح، ولكن لا يلزم إلّا برضا المضمون له. والأقوى اشتراط رضاه لصحيحة^(٣) عبد الله بن سنان، عن الصادق عليه السلام.

وعلى هذا القول فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتّفق ولو مع التراخي، أم لا بد من كونه بصيغة القبول اللفظي؟ قولان، أجودهما الثاني، لأنّه عقد فلا بد فيه من القبول، ولأصالة بقاء ما كان من شغل ذمّة المضمون عنه، وسلامة ذمّة الضامن، وعدم انتقال حقّ المضمون له إلى أن يتحقّق المزيل. وحينئذٍ فيعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود من التواصل المعهود بين الإيجاب والقبول، وكونه بلفظ الماضي، واللفظ العربي، لأنّه من العقود اللازمة.

وجه العدم قضية علي عليه السلام، وأصالة عدم الاشتراط، ومخالفته لغيره من العقود المملّكة، لأنّ الضمان لا يثبت ملكاً جديداً، وإنّما يتوثّق به الدّين الذي كان مملوكاً.

وفيه: أنّ استحقاق المضمون له عند الضامن حقّاً ضرب من التملك. ثمّ ينتقض بالرهن فإنّ فائدته التوثّق مع اشتراطه فيه.

قوله: «ولا عبرة برضا المضمون عنه لأنّ الضمان كالقضاء».

هذا موضع وفاقٍ، ولأنّ أداء الدّين كما يجوز بغير إذنه فالتزامه في الذمّة أولى،

(١) الخلاف ٣: ٣١٣ - ٣١٤ مسألة ٢.

(٢) راجع سنن الدارقطني ٣: ٧٨ - ٧٩ ح ٢٩١ و ٢٩٢ و ٣٩٣، والسنن الكبرى للبيهقي ٦:

٧٢ - ٧٣.

(٣) الكافي ٧: ٢٥ ح ٥، الفقيه ٤: ١٦٧ ح ٥٨٢، التهذيب ٦: ١٨٧ ح ٣٩٢، الوسائل ١٣:

١٤٩ ب «٢» من أبواب الضمان ح ١.

ولو أنكروا بعد الضمان لم يبطل على الأصح .
ومع تحقق الضمان، ينتقل المال إلى ذمة الضامن، ويبرأ المضمون
عنه، وتسقط المطالبة عنه .

ولصحة الضمان عن الميت، كما مرَّ^(١) في واقعة المصلّي عليه، ولا يتصور رضاه .

قوله: «ولو أنكروا بعد الضمان لم يبطل على الأصح» .

أي أنكروا المضمون عنه الضمان، فإنه لا أثر له، لأنه إذا لم يعتبر رضاه ابتداءً
فلا عبرة بإنكاره بعده . وربما فسّر الإنكار بعدم رضاه بالضمان . وعلى التقديرين لا
عبرة به . ونبه بالأصح على خلاف الشيخ^(٢) (رحمه الله) وجماعة^(٣) حيث حكموا
ببطلانه بإنكاره، وهو ضعيف جداً .

قوله: «ومع تحقق الضمان ينتقل المال إلى ذمة الضامن ويبرأ المضمون
عنه وتسقط المطالبة عنه» .

هذا عندنا موضع وفاقٍ . وقد تقدّمت^(٤) الإشارة إليه في التعريف . وخالف فيه
كافة الجمهور^(٥) . وتظهر الفائدة في مواضع يأتي بعضها . ومعنى براءة المضمون عنه
براءته من حقّ المضمون له لا مطلق البراءة، فإنّ الضامن يرجع عليه بما أدّاه إذا
ضمن بإذنه، كما سيأتي^(٦) . ولقد كان الحكم ببراءته مغنياً عن قوله «وتسقط المطالبة
عنه» لأنه لازم للبراءة .

(١) في ص: ١٧٩ .

(٢) النهاية: ٣١٤ .

(٣) منهم الفيد في المقنعة: ٨١٤، وابن البرّاج نقله عنه العلامة في المختلف: ٤٢٩، وابن حمزة
في الوسيلة: ٢٨٠ .

(٤) في ص: ١٧١ .

(٥) الذي اتفقوا عليه ظاهراً ما مرّ في ص ١٧١ من أنّ الضمان ضم ذمة إلى ذمة ولكنهم اختلفوا
في هذه المسألة . راجع الاشراف على مذاهب اهل العلم ١: ١١٨ والمغني لابن قدامة ٥:

٨١ .

(٦) في ص: ١٨٩ .

ولو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن، على قولٍ مشهورٍ لنا. ويشترط فيه الملاءة، أو العلم بالإعسار.

قوله: «ولو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن على قولٍ مشهورٍ لنا».

هذا من فروع المسألة السابقة، فإن الضمان إذا كان ناقلاً موجباً لبراءة المضمون عنه من حق المضمون له فبرأته لا تفيد شيئاً، لعدم اشتغال ذمته حينئذٍ عندنا. نعم، لو أبرأ الضامن برئاً معاً، أما الضامن فلأن الحق عليه، وأما المضمون عنه فلأن الضامن لا يرجع عليه إلا بما أداه، ولا أداء هنا. وعند الجمهور أن كل واحدٍ منهما ذمته مشغولة، فإذا أبرأ المضمون عنه برئ الضامن، لسقوط الحق، كما لو أدى المال، ولو أبرأ الضامن لم يبرأ المضمون عنه، لأن الضامن عندهم كالوثيقة، ولا يلزم^(١) من سقوطها سقوط الدين، كفك الرهن.

إذا تقرّر ذلك، فقول المصنّف: «على قولٍ مشهورٍ لنا» يشعر بثبوت مخالفٍ منّا، لكن لم نفق عليه. وفي التذكرة^(٢) ادّعى إجماع علمائنا على ذلك. ولعلّه أراد بذلك أنه لم يتحقّق الإجماع وإن لم يجد مخالفاً، فإن عدم الاطلاع على المخالف لا يوجب الإجماع وإن كان المتفقون [عليه]^(٣) مائة، كما نبّه عليه المصنّف في المعتر^(٤). وسيأتي^(٥) في آخر الكتاب ما يشعر بخلاف الشيخ - رحمه الله - في ذلك.

قوله: «ويشترط فيه الملاءة أو العلم بالإعسار».

إنما يشترط ذلك في لزوم الضمان لا في صحته، كما نبّه عليه بعد بقوله: «كان للمضمون له فسخه». والمراد بملاءة الضامن التي هي شرط للزوم أن يكون مالكاً لما يوفي به الدين فاضلاً عن المستثنيات في البيع للدين، ومن جملتها قوت يومٍ وليلة. وإنما تعتبر الملاءة ابتداءً لا استدامةً، فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن له

(١) كذا في الحجرية. وفي ما لدينا من النسخ الخطية: (فلا). والأولى ما أثبتناه.

(٢) التذكرة ٢: ٩٣.

(٣) من «هـ» فقط.

(٤) المعتر ١: ٣١.

(٥) راجع ص: ٢٠٩ و ٢٣٠.

أمّا لو ضمن، ثمّ بان إعساره، كان للمضمون له فسخ الضمان، والعود على المضمون عنه.

والضمان المؤجّل جائز إجماعاً، وفي الحال تردّد، أظهره الجواز.

الفسخ، لتحقق الشرط حين الضمان، فلا يقدح تخلفه بعد ذلك، كغيره من الشروط. وكما لا يقدح تجدد إعساره المانع من الاستيفاء كذا لا يقدح تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر، فلا يرجع على المضمون عنه متى لزم الضمان.

قوله: «أمّا لو ضمن ثمّ بان إعساره كان للمضمون له فسخ

الضمان».

لما كان عقد الضمان مبنياً على الارتفاق، والقصد منه استيفاء الدّين من الضامن، وإنما يكون ذلك إذا أمكن الأداء منه بإيساره، فإذا فات هذا المقصود ثبت للمضمون له الخيار بين الصبر على الضامن، وبين فسخ العقد والرجوع على المضمون عنه. وهل الخيار على الفور؟ لم أقف فيه على شيء. والأصل يقتضي امتداده إلى أن يثبت المزيل.

قوله: «والضمان المؤجّل جائز إجماعاً وفي الحال تردّد اظهره الجواز».

لما كان مبني عقد الضمان على الارتفاق وتسهيل الأمر على المضمون عنه، كان الضمان المؤجّل للدّين الحالّ جائزاً، لتحقق الغرض المطلوب منه. وهو موضع وفاق. وليس هذا تعليقاً للضمان على الأجل، بل تأجيل للدّين الحالّ في عقد لازم فيلزم.

وأما عكسه بأن يضمن المؤجّل حالاً فهو منافٍ للغرض منه كما ذكرناه. ومن ثمّ منعه الشيخ^(١) وجماعة^(٢). لذلك. ولأنّ ثبوت المال في ذمّة الضامن فرعُ ثبوته في

(١) نسبة العلامة في المختلف: ٤٣٢ إلى مبسوط الشيخ، وتبعه في النسبة ولده في الايضاح: ٢:

٨١، والمحقق الكركي في جامع المقاصد: ٥: ٣١٠. ولم نجده في المبسوط كما نفى الوجدان

ايضا في مفتاح الكرامة: ٥: ٣٥٣. إلا أنّ الشيخ قدس سره ذكر هذا الاستدلال في مسألة

أخرى. راجع المبسوط: ٢: ٣٢٥. فلعل العلامة نظر الى تعميم مناط الاستدلال أو أن هناك

اختلافاً في نسخ المبسوط أو ذكره في موضع آخر.

(٢) منهم فخر الدين في ايضاح الفوائد: ٢: ٨١ - ٨٢، والمحقق الكركي في جامع المقاصد: ٥:

ذمة المضمون عنه، والفرع لا يكون أقوى من الأصل.

ويضعف بأن المنتقل هو الدين، وأما الأجل فإذا أسقطه المديون وأدى المال حالاً جاز، فكذا إذا سأل الضمان كذلك، لأنه في معنى الإسقاط له. ولو كان الضامن متبرعاً بالضمان فأولى بعدم الاشتراط، إذ لا رجوع له على المضمون عنه، فيكون في معنى ما لو أدى عنه دينه المؤجل قبل الأجل، وهو جائز.

وربما قيل بالمنع^(١) مطلقاً، لأن شرط صحة الضمان وجوب الحق على المضمون عنه، والأجل حق من حقوق الدين، وتعجيله غير واجب عليه، فيكون ضمانه كذلك ضمان ما لم يجب، وهو غير صحيح.

وفيه نظر، لأن الممنوع منه الذي لم يجب هو المال لا الأجل، لأن مدلول «ما» الذي هو متعلق الضمان هو المال، لأنه المضمون، وأما الأجل فلا يتعلق به الضمان، وإن كان من توابع الحق وأوصافه، إلا أن دخوله حيث يدخل ليس بالذات بل بالتبعية، وهو حق للمديون، فإذا رضي الضامن بإسقاطه وتعجيل الإيفاء فقد ضمن ما يجب وهو المال، ورضي بإسقاط الوصف، ولا يرد أنه غير واجب الأداء بسبب الأجل، لأنه واجب في الجملة غايته أنه موسّع، وذلك لا يخرج من أصل الوجوب، خصوصاً إذا انضم إلى رضا الضامن بذلك رضا المضمون عنه. والأقوى الجواز مطلقاً.

إذا تقرّر ذلك فنقول: الحق المضمون لا يخلو إما أن يكون حالاً أو مؤجلاً. ثم إما أن يضمه الضامن حالاً أو مؤجلاً. وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلاً إما أن يكون الأجل الثاني مساوياً للأول، أو أنقص، أو أزيد. وعلى التقادير إما أن يكون الضمان تبرعاً أو بسؤال المضمون عنه. فالصور اثنتا عشرة، وكلها جائزة على الأقوى. إلا أن موضع الخلاف فيها غير محرر، فإن إطلاق عبارة المصنف أن الضمان متى كان

(١) في هامش «و» و«ن»: «القول للشيخ فخر الدين في الشرح، وتبعه المحقق الشيخ علي رحمه الله. منه رحمه الله» راجع الهامش السابق.

مؤجلاً فالإجماع منعقد على جوازه، وهو شامل لما لو كان الحق مؤجلاً مع قصور أجل الضمان ومساواته. وتعليل المانع من الحلول يقتضي المنع من هاتين الصورتين، لأنهم علّلوا المنع من الحال - على ما نقله في المختلف^(١) وغيره - أنّ الضمان إرفاق، فالإخلال به يقتضي تسويغ المطالبة للضامن، فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال، فتنتفي فائدة الضمان. وهذا التعليل بعينه آتٍ في الأجل المساوي والقاصر، ويقتضي أن الضامن لو كان متبرعاً لم يضر، لانتفاء المانع من التسلط على المضمون عنه. والشيخ فخر الدين^(٢) - رحمه الله - منع من ضمان الحال لا لهذه العلة، بل لأنه ضمان ما لم يجب، وهو شامل للأجل القاصر عن أجل الدّين، كما هو شامل للحال، ومخرج للمساوي.

وبالجملة: بإطلاق كلام الشيخ وأتباعه يقتضي ما أفاده المصنّف. وتعليلهم يدلّ على اختصاصه بغير الصورتين المذكورتين.

وأما الضمان حالاً فإن كان الدّين مؤجلاً فقد اتفق المانعون على منعه نصاً وتعليلاً. وإن كان حالاً فالشيخ فخر الدين وأتباعه جوزوه لوجوب الحق، والشيخ وأتباعه منعه لعدم الارتفاق. والمتبرّع عند المعلل بوجوب الحق كغيره، وعند المعلل بالارتفاق متخلف. وقد ظهر بذلك أنّ محلّ النزاع غير محرّر. والحق أنّ الخلاف واقع فيما عدا المؤجل للحال، أو الزائد أجله عن أجل الأصل.

بقي في المسألة بحث آخر، وهو أنّه على القول بجواز ضمان المؤجل حالاً أو بأجل دون الأجل الأوّل، لو أذن المضمون عنه للضامن في ضمانه كذلك أو مطلقاً، فهل يحلّ عليه الدّين، أو ينقص الأجل على تقدير ضمان الضامن له كذلك، أم يبقى عليه الأجل كما كان، فلا يرجع عليه الضامن إلى حلوله وإن أدى قبله؟ أوجه:

أحدها: الرجوع عليه كما أدى في الحالين. أما مع التصريح بالإذن حالاً فلا ن

(١) المختلف: ٤٢٩.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٨١ - ٨٢.

الضمان في حكم الأداء، ومتى أذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلاً فقضاه استحقّ مطالبته. ولأنّ الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الإذن. وأمّا مع الإطلاق فلتناوله التعجيل، فيكون مأذوناً فيه ضمناً، لأنّه بعض ما يدلّ عليه اللفظ. وثانيها: التفصيل، فيرجع عليه حالاً مع التصريح، لا مع الإطلاق. أمّا الأوّل فلما مرّ. وأمّا الثاني فلأنّ الإطلاق إنّما اقتضى الإذن في الضمان، وذلك لا يقتضي حلول الحقّ على المضمون عنه، لأنّه لا يحلّ عليه إلّا بإسقاطه، أو اشتراطه في عقدٍ لازم، وهو منتفٍ. ولا دليل في الإذن المذكور على حلول الأصل بإحدى الدلالات. ولأصالة بقاء الأجل. وهذه الوجوه^(١) آتية مع التصريح له في الضمان حالاً إن لم يصرّح له بالرجوع عليه حالاً أيضاً.

وثالثها: عدم الرجوع عليه إلّا بعد الأجل مطلقاً، لما ذكر، ولأنّ الإذن في الضمان وإن كان حالاً إنّما يقتضي حلول ما في ذمّة الضامن، ولا يدلّ على حلول ما في ذمّة المضمون عنه بإحدى الدلالات. وهذا هو الأقوى.

واعلم أنّ العلامة قطع في المختلف^(٢) بالأخير، ولم يذكر غيره. وفي القواعد^(٣) استشكل في الحلول بالسؤال، فقطع ولده^(٤) بأنّ الإشكال إنّما هو مع الإطلاق لا مع التصريح بالسؤال حالاً، فإنّه يقتضي الحلول على المضمون عنه. وقطع المحقّق الشيخ^(٥) علي بضدّه، وهو أنّ الإشكال إنّما هو مع التصريح بالحلول، أمّا مع الإطلاق فلا إشكال في عدم الحلول. وهو موافق لما في التذكرة^(٦)، فإنّه قطع بعدم الحلول مع الإطلاق، واستشكل مع تصريحه بالتعجيل، ثمّ استقرب عدم الحلول.

(١) في هامش «و»: (أي الأدلّة المقرّرة للوجه الثاني. بخطه رحمه الله).

(٢) المختلف: ٤٣٢.

(٣) القواعد ١: ١٧٧.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٨٢.

(٥) جامع المقاصد ٥: ٣١١.

(٦) التذكرة ٢: ٨٦.

ولو كان المال حالاً، فضمنه مؤجلاً، جاز وسقطت مطالبة المضمون عنه، ولم يطالب الضامن إلا بعد الأجل. ولو مات الضامن، حل وأخذ من تركته.

والحق أن الإشكال واقع على التقديرين، كما بيّناه.

قوله: «ولو كان المال حالاً - إلى قوله - إلا بعد الأجل».

هذا هو الموضوع المتفق على جوازه، وأعادته لينبّه على حكم المطالبة. وحاصله^(١): أن المضمون عنه لا يطالب قبل الأجل مطلقاً، أما من المضمون له فلانتقال دينه عنه إلى ذمة الضامن، وأما من الضامن فلأنه ليس له المطالبة إلى أن يؤدي وإن كان حالاً، فهنا أولى. وأما الضامن فلا يستحق عليه المطالبة قبل الأجل أيضاً، عملاً بمقتضى الشرط.

وهذه المسألة من فروع القول بانتقال الحق إلى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه. والقائل بالانضمام يجوز هنا مطالبة المضمون عنه حالاً، لبقائه على أصله، ولم يجوز مطالبة الضامن إلا بعد الأجل.

قوله: «ولو مات الضامن حل وأخذ من تركته».

لما كان الميت محل ما عليه من الديون المؤجلة بموته كان هذا من جملة أفرادها. فإذا ضمن الحال مؤجلاً ثم مات قبل الأجل حل ما عليه من مال الضمان وأخذ من تركته، وجاز حينئذٍ للورثة مطالبة المضمون عنه، لأن الدّين عليه حال، لعدم حصول ما يقتضي تأجيله عليه، لأن المؤجل هو الدّين الذي في ذمة الضامن، لا الذي في ذمته، إلا أن الضامن لما لم يستحق الرجوع إلا بالأداء، وكان موته مقتضياً لحلول دينه، فإذا أخذ من تركته زال المانع من مطالبة المضمون عنه. ومثله ما لو دفع الضامن إلى المضمون له الحق قبل الأجل باختياره، فإن له مطالبة المضمون عنه، لما ذكر.

وهذا بخلاف ما لو كان الدّين مؤجلاً على المضمون عنه، فضمنه الضامن

(١) كذا في نسخة بدل «ه». وفي غيرها: (وحاصلها).

ولو كان الدَّين مؤجَّلاً إلى أجلٍ ، فضمَّنه إلى أزيد من ذلك الأجل ، جاز .

ويرجع الضامن على المضمون عنه ، بما آداه إن ضمن بإذنه ، ولو أدَّى بغير إذنه . ولا يرجع إذا ضمن بغير إذنه ، ولو أدَّى بإذنه .

كذلك ، فإنَّه بحلوله عليه بموته لا يحلَّ على المضمون عنه ، لأنَّ الحلول عليه لا يستدعي الحلول على الآخر ، كما لا يحلَّ عليه المؤجَّل لو ضمَّنه الضامن حالاً بإذنه ، على ما سبق .

قوله : «ولو كان الدَّين مؤجَّلاً - إلى قوله - جاز» .

هذا من جملة فروع المسألة السابقة الإجماعية ، لأنَّ الأجل الزائد يحصل فيه الارتفاق المطلوب من الضمان . والكلام فيه لو أدَّى قبل الأجل أو مات كما مرَّ . وتحريره : أنَّه إن أدَّى قبل حلول أجل الأصل لم يكن له مطالبة إلاَّ بعده ، وإن أدَّى بعد حلوله عليه وقبل حلول أجل نفسه فله مطالبة ، لأنَّه قد صار على الأصل حالاً ، والضامن قد أدَّى ، وأسقط حقَّ نفسه من الأجل الزائد . وكذا القول لو مات فأدَّى وارثه .

قوله : «ويرجع الضامن على المضمون عنه - إلى قوله - ولو أدَّى بأذنه» .

أحكام رجوع الضامن وعدمه بالنسبة إلى كون الضمان والأداء معاً بإذن المديون ، أو أحدهما ، أو عدمهما ، أربعة . أشار المصنَّف إليها^(١) ، إثنين بالمنطوق ، واثنين بالمفهوم ، لاقتضاء «لو» الوصلية ثبوت الحكم في المسكوت عنه بطريق أولى . وحكم الأربعة كما ذكر ، عند علمائنا أجمع . وإنَّما نبه بها على خلاف بعض العامة^(٢) في بعض أقسامها ، بناءً على ما سبق^(٣) من أنَّه غير ناقلٍ ، فلاذن المديون أثرٌ على بعض الوجوه .

(١) في «و» أشار المصنَّف إلى اثنين .

(٢) المجموع ١٠ : ٣٨٩ - ٣٩٠ .

(٣) سبق نظيره في تعريف الضمان في ص : ١٧١ .

وينعقد الضمان بكتابة الضامن، منضمةً إلى القرينة الدالة، لا مجردةً.

الثاني: في الحق المضمون.

وهو كل مالٍ ثابتٍ في الذمة، سواء كان مستقرّاً كالبيع بعد القبض وانقضاء الخيار، أو معرضاً للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن. ولو كان قبله لم يصحّ ضمانه عن البائع.

قوله: «وينعقد بكتابة الضامن منضمةً إلى القرينة الدالة لا مجردةً». إنَّما ينعقد بالكتابة مع تعدّد النطق لا مطلقاً، كما صرّح به غيره^(١). ولا بدّ مع ذلك من انضمام ما يدلّ على قصده، من إشارةٍ ونحوها، لإمكان كونه عابثاً. ولا فرق في ذلك بين الضامن والمضمون له، بناءً على اعتبار قبوله لفظاً. وإنَّما خصّ المصنّف الضامن لعدم اعتباره القبول اللفظي في الآخر، كما سبق^(٢). ولو عجز عن النطق والكتابة وأشار بما يدلّ عليه صحّ أيضاً، كالأخرس. والظاهر الاكتفاء بها وإن قدر على الكتابة، لأنّ المعبر تبيّن رضاه بالقرائن، والكتابة منها.

قوله: «وهو كل مالٍ ثابتٍ في الذمة - إلى قوله - لم يصحّ ضمانه عن البائع».

قد تقدّم أنّ عقد البيع يفيد تملك البائع للثمن والمشتري للمبيع وإن كان هناك خيار، فالبيع موجب للملك وإن لم يكن مستقرّاً، فيصحّ ضمان الثمن للبائع عن المشتري وللمشتري عن البائع إذا قبضه، لجواز ظهور المبيع مستحقّاً، وهو المعبر عنه بضمان العهدة. فقول المصنّف: «كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن» مراده أنّه يصحّ ضمان الثمن في مدة الخيار بعد قبضه.

وهذا الضمان قد يكون للبائع القابض له، بأن يضمن له عهده على تقدير ظهوره مستحقّاً على وجه لا يستلزم بطلان البيع، كما لو كان غير معيّن في العقد، أو

(١) القواعد ١: ١٧٧، جامع المقاصد ٥: ٣٠٩.

(٢) في ص: ١٧٩.

على تقدير ظهور عيبٍ فيه ليرجع بأرشه . وقد يكون ضمانه للمشتري على تقدير ظهور المبيع مستحقاً ليرجع به .

وعلى التقديرين فالضمان إنّما هو لعهدته ، لا له نفسه . فقوله : «كالثمن» تشبيهه للحقّ الثابت المتزلزل ، لا للمضمون ، إذ المضمون عهدته لا هو نفسه . والفرق يظهر في اللفظ والمعنى . أمّا اللفظ ، فالعبارة عن ضمان الثمن : ضمنت لك الثمن الذي في ذمّة زيدٍ مثلاً ، ونحوه . وضمان العهدة : ضمنت لك عهدته أو دركه ، ونحو ذلك . وأمّا المعنى فظاهراً ، إذ ضمانه نفسه يفيد انتقاله إلى ذمّة الضامن وبراءة المضمون عنه منه ، وضمان العهدة ليس كذلك ، إنّما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات .

وقوله : «ولو كان قبله لم يصحّ ضمانه عن البائع» أي لا يصحّ ضمان الثمن عن البائع قبل قبضه له ، على تقدير ظهور المبيع مستحقاً وقد قبض البائع الثمن ، فإنّه ضمان ما لم يجب ، لأنّه لم يدخل تحت يد البائع حال الضمان ليضمن عهدته ، فيكون كما لو ضمن ما يستدينه ونحوه ، وهو أيضاً ضمان عهدة .

واحتراز بقوله : «عن البائع» عن ضمانه عن المشتري للبائع ، فإنّه جائز ، سواء كان الضمان لنفسه بحيث ينتقل إلى ذمّة الضامن ، كما لو لم يكن معيناً في العقد ، أم لعهدته ، كأن يضمن للبائع عن المشتري عهدة الثمن لو ظهر مستحقاً . وهذا إنّما يتمّ إذا كان الثمن غير معينٍ ، إذ لا يبطل البيع باستحقاقه ، بل يرجع إلى ثمنٍ آخر . وأمّا إذا كان معيناً فظهر مستحقاً فإنّه يبطل البيع ، ولا معنى حينئذٍ لضمان عهدته للبائع ، إنّما يحتاج البائع إلى ضمان عهدة المبيع . نعم ، لو كان الضمان حينئذٍ لتجوز كونه معيناً صحّ على التقديرين .

وقد ظهر لك أنّ المراد في العبارة بـ «ضمان الثمن» ضمان عهدته في أكثر الصور . وربّما أراد ضمانه نفسه في بعض مفهوماتها ، ف وقعت مجمّلة تحتاج إلى التفصيل . وسيأتي^(١) فائدة ضمان العهدة .

وكذا ما ليس بلازم، لكن يؤول إلى اللزوم، كمال الجعالة قبل فعل ما شرط، وكمال السبق والرماية، على تردّد.

قوله: «وكذا ما ليس بلازم - إلى قوله - على تردّد».

المشبه به المشار إليه بـ «ذا» يمكن كونه الحكم بالصحة في السابق، وهو ضمان الثمن في مدة الخيار، لمناسبة مال الجعالة والسبق له في التزلزل، وكون مآلهما إلى اللزوم، ولأن المقصود بالذات في السابق هو ذلك. وأمّا قوله: «ولو كان قبله لم يصح» فإنه كالتمّة والرديف للسابق. ويمكن كونه هو هذا القريب، وهو عدم الصحة، لقربه. وكلاهما جائز، للخلاف في المسألتين المشبّهتين. وكذا قوله «على تردّد». ويمكن تعلّقه بالمسألتين معاً، وبالأخيرة وهي حكم مال السبق والرماية. والأوّل فيهما أوضح.

وتلخيص الحكم: أنّ عقد الجعالة من العقود الجائزة، يصحّ لكلّ من الجاعل والعاقل فسخه قبل العمل وبعده. ومن أحكامه: أنّ العاقل لا يستحقّ المال المجهول إلّا بتسام العمل، فلو بقي منه شيء وإن قلّ فليس له شيء، بخلاف الإجارة، حيث إنّ أجرها موزّعة على العمل بالنسبة. ف ضمان ماله إن كان بعد تمام العمل فلا ريب في صحّته، للزومه حينئذٍ للجاعل. وإن كان قبله فقد أطلق المصنّف الحكم بالصحة على الأوّل، والبطلان على الثاني.

ووجه الصحة أنّه وإن كان عقداً جائزاً، والمال فيه ليس بلازم حينئذٍ، إلّا أنّه يؤول إلى اللزوم بتام العمل، وقد وجد سبب اللزوم وهو العقد، فيكون كالثمن في مدة الخيار.

وفيه نظر، لمنع وجود السبب، فإنه العقد والعمل معاً، لا العقد وحده، وإنّما العقد جزء السبب، ولم يحصل به ثبوت ولا لزوم، فإن ما بقي من العمل أو مجموعته على تقدير عدم الشروع فيه لم يستحقّ بسببه شيء، وما مضى منه كذلك، لأنّه لو ترك الباقي لم يستحقّ شيئاً، فيكون الباقي بمنزلة الشرط في استحقاق الجميع.

والفرق بينه وبين الثمن في مدة الخيار واضح، لأنّ الثمن حينئذٍ ثابت في ذمّة المشتري، مملوك للبائع، غاية ما في الباب أنّه متزلزل، ومآله - لو أبقى على حاله من

وهل يصحّ ضمان مال الكتابة، قيل: لا، لأنّه ليس بلازم، ولا يؤوّل إلى اللزوم، ولو قيل بالجواز كان حسناً، لتحققه في ذمّة العبد، كما لو ضمن عنه مالاً غير مال الكتابة.

غير فعلٍ أصلاً - إلى اللزوم، بخلاف مال الجعالة، فإنّه لا ثبوت له أصلاً إلى أن يكمل الفعل. فالمتجه عدم الجواز.

نعم، في قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بِعِيرٍ وَأُنَابَهُ زَعِيمٌ﴾^(١) دلالة على جواز ضمان مال الجعالة قبل العمل، لأنّه ضمنه قبله. وقد استدلّ الفقهاء بهذه الآية على مسائل من الجعالة والضمان، فليكن هذا منها، إلّا أنّ للبحث في ذلك مجالاً. وفي التذكرة قطع بعدم الجواز قبل الشروع في العمل، لأنّه ضمان ما لم يجب، واستقرب الجواز لو كان بعد الشروع^(٢).

وأما مال السبق والرماية فلا شبهة في جواز ضمانه بعد العمل، كما مرّ. وأما قبله فيبني على أنّه هل هو جعالة أو إجارة؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى. والأقوى أنّه عقد لازم كيف كان، فيلزم المال فيه بالعقد، ويصحّ ضمانه. وقول المصنّف: «وكمالِ السبق والرماية» أراد به قبل كمال العمل، لأنّه من أمثلة ما يؤوّل إلى اللزوم.

وقد ظهر أنّ التردّد يجوز كونه في الأمرين معاً، وأنّ عطفها على الحكم بالصحة أولى، نظراً إلى قوله: «لكن يؤوّل إلى اللزوم» فإنّ فيه إيحاءً إلى وجه الصحة. قوله: «وهل يصحّ ضمان مال الكتابة - إلى قوله - غير مال الكتابة». القول بعدم الصحة للشيخ^(٣) (رحمه الله) بناءً على أنّ الكتابة المشروطة غير لازمة من قبل العبد، فلا يكون لازماً لذمّته، ولا يؤوّل إلى اللزوم، لأنّه لو عبّر نفسه رجوعاً وبطلت الكتابة، والضامن فرع المضمون عنه.

(١) سورة يوسف: ٧٢.

(٢) التذكرة ٢: ٩٠.

(٣) المبسوط ٢: ٣٣٦.

ويصحّ ضمان النفقة الماضية والحاضرة للزوجة، لاستقرارها في ذمة الزوج دون المستقبلية.

والأصحّ أنها لازمة مطلقاً، فيصحّ ضمان مالها. ولو تنزّلنا إلى الجواز فالصحة متجهة أيضاً، لأنّ المال ثابت في ذمة المكاتب بالعقد، غاية أنه غير مستقرّ، كالثمن في مدّة الخيار.

فعلى هذا متى ضمنه ضامن انتعتق، لأنّه في حكم الأداء، بناءً على أنّه ناقل، وامتنع التعجيز، كما لو أدّى المال بنفسه. وبهذا يحصل الفرق بينه وبين الثمن في زمن الخيار، فإنّ أداء الثمن لا يمنع الخيار، وغاية الضمان أنّه قبض، فلا يمنع بطريق أولى. ومن هنا أشكل^(١) الجواز على تقدير الجواز، لأنّه يؤدي إلى اللزوم قهراً على المكاتب، بناءً على عدم اشتراط رضا المضمون عنه في صحة الضمان، فينافي الغرض من بناء الكتابة على الجواز من طرف المكاتب.

واعلم أنّ موضع الخلاف الكتابة المشروطة كما بيّناه، إذ لا خلاف في لزوم المطلقة، فإطلاقها من المصنّف غير جيّد.

قوله: «ويصحّ ضمان النفقة - إلى قوله - دون المستقبلية».

لما كانت نفقة الزوجة تستقرّ في الذمة بفواتها، لأنّها عوضٌ عن التمكين، وتجب في كلّ يومٍ حاضرٍ بطلوع فجره، صحّ ضمانها في الحالين، بخلاف المستقبلية، كنفقة الشهر المستقبل، فإنّها غير واجبة، لاشتراطه بالتمكين، وهو ليس بحاصلٍ في زمنٍ لم يقع بعدُ، فلا يصحّ ضمانها.

وقوله: «لاستقرارها في ذمة الزوج» يتمّ في الماضية قطعاً. وأمّا الحاضرة فلا إشكال في وجودها، وثبوتها في الذمة مع التمكين، أمّا استقرارها ففيه نظرٌ مبنيٌّ على أنّها لو نشزت في أثناء النهار هل يستردّ نفقة ذلك اليوم أم لا؟ وفيه خلاف يأتي - إن شاء الله - الكلام فيه. أمّا لو ماتت أو طلقها إستقرت.

واحترز بنفقة الزوجة عن نفقة الأقارب، فإنّ الفائت منها لا يثبت في الذمة،

(١) في هامش «و» و«ن»: «أي أشكل جواز الضمان على تقدير جواز الكتابة. منه رحمه الله».

وفي ضمان الأعيان المضمونة، كالغصب، والمقبوضة بالبيع الفاسد، تردّد. والأشبه الجواز.
ولو ضمن ما هو أمانة، كالمضاربة والوديعة، لم يصحّ، لأنها ليست مضمونةً في الأصل.

فلا يصحّ ضمانه. والفرق بينها وبين نفقة الزوجة أنّ الغرض منها البرّ والصلة والمواساة، فتفوت بفوات الوقت، بخلاف نفقة الزوجة، فإنّها معاوضة، فسيبيلها سبيل الدّين. وضمن المستقبل منها أولى بعدم الصّحة. أمّا الحاضرة فالأقوى صحّة ضمانها، لوجوبها بطلوع الفجر، كالزوجة، وإن عرض لها بعد ذلك الزوال، لو تركت التمكين.

قوله: «وفي ضمان الأعيان المضمونة - إلى قوله - والأشبه الجواز».

ضمان هذه الأعيان إمّا أن يكون على معنى تكليف الضامن بردّ أعيانها إلى مالكها، أو بمعنى ضمان قيمتها لو تلفت عند الغاصب والمستام ونحوهما، أو الأعم منها. وفي صحّة الكلّ تردّد، منشؤه وجود سبب الضمان للعين والقيمة، وهو القبض المخصوص، فيصحّ. أمّا الأوّل فلائنه ضمان مالٍ مضمونٍ على المضمون عنه، وأمّا الثاني فلبثت القيمة في ذمّة الغاصب ونحوه لو تلفت. ومن أنّ الثابت في الأوّل هو وجوب الردّ، وهو ليس بهالٍ، والثاني ليس بواقعٍ، فهو ضمان ما لم يجب وإن وجد سببه، لأنّ القيمة لا تجب إلّا بالتلف، ولم يحصل. والأقوى عدم الجواز.

وفي ضمان القسم الأوّل فسادٌ من وجهٍ آخر، وهو أنّ من خواصّ الضمان - كما قد عرفت - إنتقال الحقّ إلى ذمّة الضامن وبراءة المضمون عنه، وهنا ليس كذلك، لأنّ الغاصب مخاطب بالردّ ومكلف به إجماعاً، وإنّما يفيد هذا الضمان ضمّ ذمّة إلى ذمّة، وليس من أصولنا.

قوله: «ولو ضمن ما هو أمانة - إلى قوله - في الأصل».

أشار بالتعليل إلى الفرق بينها وبين ما سبق، حيث جوّز ضمانه على تقدير تلفه، مع أنّه ليس بواقعٍ. ووجه الفرق: أنّ سبب الضمان حاصل في تلك باليد العادية، بخلاف هذه، لأنها ليست مضمونة، وإن فرض ضمانه لها على تقدير

ولو ضمن ضامن، ثم ضمن عنه آخر، هكذا إلى عدة ضماناء،
كان جائزاً.

التعدي، لأن السبب الآن ليس بواقع.

نعم، لو كان قد تعدى فيها فحكمها حكم السابقة، بل هي من جملة أفرادها، لأن البحث فيها عن ضمان الأعيان المضمونة أعم من كونها مضمونة بالأصل والعارض.

نعم، في قول المصنف: «ليست مضمونة في الأصل» إشعار بعدم دخول التعدي في السابق، لأنه ليس بمضمون في الأصل، لكنه لا يخلو من تجوز. ويمكن أن يريد بالأصل ما يعم حالة الضمان، بمعنى أن ما ليس مضموناً في أصل عقد الضمان، أي في وقته، لا يصح ضمانه. ولا بد من التكلف.

قوله: «ولو ضمن ضامن - إلى قوله - كان جائزاً».

لاشبهة في جواز ترامي الضمان متعدداً ما أمكن، لتحقق الشرط، وهو ثبوت المال في ذمة المضمون، وهو هنا كذلك. ويبقى حكم رجوع كل ضامن بما آذاه على مضمونه، لا على الأصل، إذا ضمن بإذنه إلى آخر ما يعتبر، ثم يرجع الضامن الأول على الأصل بالشرط، وهكذا. ولا عبرة بإذن الأصل للثاني وما بعده في الضمان، فلا يرجع عليه به، إذ لا حق عليه، إلا أن يقول له: إضمن عنه ولك الرجوع عليّ. وهذه المسألة من فروع القول بالانتقال أو الضم. ويتفرع على القولين فروع جليلة.

وكما يصح ترامي الضمان يصح دوره، بأن يضمن الأصل ضامنه، أو ضامن ضامنه وإن تعدد، لعدم المانع، فيسقط بذلك الضمان ويرجع الحق كما كان. نعم، يترتب عليه أحكامه، كما لو وجد المضمون له الأصل - الذي صار ضامناً معسراً، ونحو ذلك، فإن له الفسخ والرجوع إلى الضامن السابق. وقد يختلفان بأن يضمن الحال مؤجلاً، وبالعكس.

وخالف في ذلك الشيخ^(١) «رحمه الله» محتجاً باستلزامه صيرورة الفرع أصلاً والأصل فرعاً، وبعدم الفائدة. وضعفه ظاهر، فإن الاختلاف في الأصلية والفرعية لا يصلح للمانعة. والفائدة موجودة، كما ذكرناه.

ولا يشترط العلم بكميّة المال، فلو ضمن ما في ذمّته صحّ، على الأشبه.

ويلزمه ما تقوم البيّنة به أنّه كان ثابتاً في ذمّته وقت الضمان، لا ما يوجد في كتاب، ولا يقرب به^(١) المضمون عنه، ولا ما يحلف عليه المضمون له بردّ اليمين.

قوله: «ولا يشترط العلم - إلى قوله - على الأشبه».

للأصحاب في ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه بعد ذلك قولان، أشهرهما الجواز، للأصل، ولإطلاق قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الزعيم غارم»^(٢) ولظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(٣) مع اختلاف كمّيّة الحمل، ولأنّ الضمان عقد لا ينافيه الغرر، لأنّه ليس معاوضة، لجوازه من المتبرّع، وضمان العهدة. والقول الآخر المنع، لأنّه إثبات مالٍ في الذمّة لأدمي، فلا يصحّ في المجهول، كالبيع. ويتنقض بالإقرار.

وموضع الخلاف في صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك، كما لو ضمن الدّين الذي عليه، أو ثمن ما باع من فلان. وإليه أشار المصنّف بقوله: «فلو ضمن ما في ذمّته صحّ». أمّا لو لم يمكن الاستعلام لم يصحّ الضمان قولاً واحداً، كما لو قال: ضمانت لك شيئاً ممّا لك على فلان، لصدق الشيء على القليل والكثير. واحتمال لزوم أقلّ ما يتناول الشيء كالإقرار يندفع بأنّه ليس هو المضمون، وإن كان بعض أفراده. قوله: «ويلزمه ما تقوم به البيّنة - إلى قوله - بردّ اليمين».

(١) كذا في الشرائع المطبوع حديثاً وفي الحجرية، وأما في نسخ المسالك ففي «هـ» و«س» و«م» و«ن» (ولا ما يقرب به) وعليه بيتي الشرح أيضاً. وفي الجواهر المطبوع حديثاً (ولا ما يقرب به) إلا أنّ محقّق الكتاب أخرج «ما» من المتن وجعله من الشرح. وهو بعيد لاختلاف المعنى جداً على الفرضين فلا يكون شرحاً لعبارة الكتاب. والله العالم.

(٢) مستدرک الوسائل ١٣ : ٤٣٥ ب «١» من أبواب الضمان ح ٢، سنن الترمذي ٣ : ٥٦٥ ح

١٢٦٥، مسند أحمد بن حنبل ٥ : ٢٦٧ و ٢٩٣.

(٣) سورة يوسف : ٧٢.

هذا تفرّيع على صحّة ضمان المجهول، فإنّه حينئذٍ يلزمه ما يثبت بالبينة أنّه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان، لا ما يتجدّد، لأنّه لم يتعلّق به الضمان، ولا ما يوجد في كتابٍ ودفتر، لعدم ثبوته في ذمّته، وإنّما يلزم الثابت، ولا ما يقرّ به المضمون عنه، لأنّ إقراره إنّما ينفذ على نفسه، لا على غيره، ولا ما يحلف عليه المضمون له بردّ اليمين من المضمون عنه، لأن الخصومة حينئذٍ مع الضامن والمضمون عنه، فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة غيره، كما لا يثبت ما يقرّ به. نعم، لو كان الحلف بردّ الضامن ثبت عليه ما حلف عليه. وإطلاق المصنّف عدم الثبوت بما يحلف عليه بردّ اليمين منزّلاً على الأوّل.

وهذا محصّل الحكم. وفي المسألة أقوال أخرى:

منها: لزوم ما أقرّ به الغريم أيضاً. ذهب إليه أبو الصلاح^(١)، وابن زهرة^(٢).

ومنها: لزوم ما يحلف عليه المضمون له من غير تقييد. وهو قول المفيد^(٣).

ومنها: تقييده برضا الضامن. وهو قول الشيخ^(٤). ويمكن ردّه إلى الأوّل

بحمل الرضا على الردّ، وإن كان أعمّ منه.

وفي المختلف بنى ذلك على أنّ يمين المدّعي هل هي كالبينة أو كإقرار المنكر؟

فيثبت على الضامن ما حلف عليه على الأوّل، دون الثاني، إلّا أن يرضى الضامن بها^(٥).

وردّ بأنّ كونها كالبينة إنّما هو في حق رادّ اليمين، كما أنّها إذا كانت كالإقرار

تكون كإقراره، فلا يلزم الضامن على التقديرين إذا لم يردّ أيضاً، وقد مضى ما في

(١) الكافي: ٣٤٠.

(٢) الغنية (الجوامع الفقهية): ٥٣٣، وفي «هـ» و«ن» ابن حمزة. ولم نجد ذلك في الوسيلة.

(٣) المتنعة: ٨١٥.

(٤) النهاية: ٣١٥ - ٣١٦.

(٥) المختلف: ٤٣٠.

أما لو ضمن ما يشهد به عليه، لم يصحّ، لأنّه لا يعلم ثبوته في الذمّة وقت الضمان.

الرضا^(١).

ويمكن دفعه بأنّ البيّنة لا فرق فيها بين أن يكون المنازع المضمون عنه أو الضامن، لأنّ الحقّ يثبت بها مطلقاً، بخلاف الإقرار، فإنّه لا يثبت إلّا على المقرّ، فالبناء عليها متجه.

قوله: «أما لو ضمن ما يشهد - إلى قوله - وقت الضمان».

قد علم أنّ شرط صحّة الضمان تعلّقه بالذّين الثابت في الذمّة وقت الضمان، على ما فيه من الخلاف. فلو ضمن ما يتجدّد في ذمّته لم يصحّ، لأنّه ضمان ما لم يجب. وحينئذٍ فضمانه لما يشهد به عليه يشمل ما كان ثابتاً في ذمّته وقت الضمان وما يتجدّد، فلا يصحّ، إذ لا يدلّ على ضمان المتقدّم، لأنّ العامّ لا يدلّ على الخاصّ. فعلى هذا لو صرح بقوله: ما يشهد عليه أنّه كان ثابتاً في ذمّته وقت الضمان، فلا مانع من الصحّة، كما لو ضمن ما في ذمّته. ولزمه ما تقوم به البيّنة أنّه كان ثابتاً.

وحينئذٍ فتعليقه بقوله: «لأنّه لا يعلم ثبوته في الذمّة وقت الضمان» لا يخلو من قصور، لأنّه يقتضي أنّه لو ضمن بهذه الصورة وثبت كون المشهود به كان في الذمّة وقت الضمان صحّ، والحال أنّ مثل ذلك لا يصحّ، لعدم وقوع صيغة الضمان موقعها، كما عرفت. والتعليل منزّل على ذلك، لأنّ المضمون لما كان للأعمّ من الثابت وقت الضمان وعدمه لم يدلّ على أحد الأمرين بخصوصه، فلا يعلم ثبوته في الذمّة وقت الضمان، أي لم يعلم إرادة الثابت من الصيغة. هكذا علّل في القواعد^(٢) والمختلف^(٣) وغيرهما.

وتبّه بالمتع من هذه الصيغة على خلاف الشيخ - رحمه الله - حيث ذكر في المبسوط^(٤) ما يدلّ على جواز ذلك. ويمكن أن لا يكون حكاية لقول آخر، بل يريد

(١) جامع المقاصد ٥ : ٣٢٧.

(٢) قواعد الأحكام ١ : ١٧٨.

(٣) المختلف : ٤٣٠.

(٤) المبسوط ٢ : ٣٣٥.

الثالث: في اللواحق. وهي مسائل:

الأولى: إذا ضمن عهدة الثمن، لزمه دركه، في كل موضع يثبت بطلان البيع من رأسٍ.

به ما ذكرناه سابقاً من جواز ضمان ما تقوم به البيّنة أنّه كان ثابتاً وقت الضمان في ذمّة المديون.

قوله: «إذا ضمن - إلى قوله - من رأسٍ».

لا فرق بين ضمان العهدة وغيره في اشتراط ثبوت الحق في ذمّة المضمون عنه وقت الضمان. فإذا ضمن عهدة الثمن للمشتري عن البائع إذا كان قد قبضه البائع اعتبر كونه ثابتاً في ذمته ولو في نفس الأمر، وذلك على تقدير فساد البيع، ليكون حال الضمان مضموناً عليه، لقبضه له بغير استحقاق، وردّه على المشتري حق ثابت، فيصحّ ضمانه، وذلك على تقدير ظهور المبيع مستحقاً لغيره، ولم يجز المالك البيع، أو أجازة ولم يرض بقبض البائع الثمن.

ومثله ما لو تبين خلل في البيع اقتضى فساده، كتخلف شرط فيه، أو اقران شرط فاسد به، فإنّ ضمان الثمن للمشتري يصح في جميع ذلك، لما تقدّم من العلة. وفي الحقيقة هذا فرد من أفراد ضمان الأعيان المضمونة على تقدير كونه موجوداً حالة الضمان، وقد تقدّم^(١) ما في ضمان الأعيان. والمصنّف هنا إما ربّ الحكم على مذهبه هناك، أو أنّ هذا الفرد خارج من البين لمكان الضرورة، فإنّ ظاهرهم الإطباق على جوازه.

واعلم أنّ العهدة في الأصل اسم للوثيقة، أو للكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع، ويذكر فيه مقدار الثمن وأحواله من وصفٍ وحلولٍ وتأجيلٍ، ثمّ نقل إلى نفس الثمن وغلب فيه. كذا في التحرير^(٢) وغيره.

وفي التذكرة: «سمّي ضمان العهدة للالتزام الضامن ما في عهدة البائع ردّه. أو

(١) في ص: ١٩٥.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٢.

أما لو تجدد الفسخ بالتقاييل، أو تلف المبيع قبل القبض، لم يلزم الضامن ورجع على البائع.

لما ذكره في الصحاح فقال: يقال: في الأمر عهدة بالضم أي لم يحكم بعد، وفي عقله عهدة أي ضعف^(١). فكأن الضامن ضمن ضعف العقد، والتزم ما يحتاج إليه فيه من غرم. أو أن الضامن التزم رجعة المشتري عليه عند الحاجة. ويسمى أيضاً ضمان الدرك. قال في الصحاح: الدرك: التبعة^(٢). وقيل: سُمي ضمان الدرك لالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق عين ماله^(٣).

قوله: «أما لو تجدد الفسخ - إلى قوله - ورجع على البائع».

لما كان شرط الضمان اشتغال الذمة بالمضمون على أحد الوجوه السابقة، كان المعتبر في ضمان العهدة وجود الضمان للعين حالته، فلا عبرة بالمتجدد بعد ذلك، كالفسخ بالتقاييل، وتلف المبيع قبل القبض، والفسخ بخيار المجلس والحيوان والشرط ونحوها، فإنه حالة الضمان لم يكن فاسداً فلم يكن مضموناً، فضمانه على هذا الوجه ضمان لما لم يجب، فلا يدخل في مطلق ضمان العهدة، ولا يصح على تقدير التصريح به. والمراد من العبارة الأول.

واعلم أنه في التذكرة^(٤) بنى حكم تلف المبيع قبل القبض على أن التلف هل يُبطل العقد من حينه أو من أصله؟ فعلى الأول لا يتناوله الضمان، وعلى الثاني يتناوله، فيطالب الضامن.

وفيه نظر، لأننا وإن حكمنا بكونه مبطلاً من أصله، لكن هذا حكم لاحق للضمان، فإن المبيع حالته كان ملكاً للمشتري ظاهراً وفي نفس الأمر، فلا يتناول الضمان الثمن، لأنه لم يكن لازماً للبائع مطلقاً، وإنما التلف الطارئ كان سبباً في حكم الله تعالى بعود الملك إلى صاحبه من أصله.

(١) الصحاح ٢: ٥١٥.

(٢) الصحاح ٤: ١٥٨٢.

(٣) التذكرة ٢: ٩١.

(٤) التذكرة ٢: ٩٢.

وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق .
 أمّا لو طالب بالأرش، رجع على الضامن، لأنّ استحقاقه ثابت
 عند العقد . وفيه تردّد .

قوله: «وكذا لو فسخ المشتري بعيب سابق» .
 أي لا يدخل ذلك في ضمان العهدة . فلا يلزم الضامن الثمن على تقدير
 الفسخ بالعيب، بل يطالب البائع، لأنّ فسخ العيب إنّما يبطل العقد من حينه لا من
 أصله، فلم يكن حالة الضمان مضموناً كالسابق حتى لو صرح بضمانه فسد، لأنّه
 ضمان ما لم يجب .

وربّما قيل بدخول هذا الفرد في الإطلاق وصحة ضمانه، لتقدّم سبب الفسخ
 وهو العيب الموجود حال البيع، ودعاء الحاجة إليه . وهذا على تقدير صحّته يجب
 تقيده بعيب سابق، وإلاّ فقد يصحّ الفسخ بعيب لاحق، كما لو وقع قبل القبض أو
 في الثلاثة كما سبق . وهذا لا يكون موجوداً حالة الضمان الواقع عند البيع، فيكون
 كالمتجدّد من الأسباب لا يصحّ ضمانه قولاً واحداً . والأصحّ عدم دخوله في الضمان
 مطلقاً كما اختاره المصنّف رحمه الله .

قوله: «أمّا لو طالب بالأرش - إلى قوله - وفيه تردّد» .

أشار بالتعليل إلى الفرق بين الأرش والثمن، حيث يدخل الأرش في ضمان
 العهدة دون الثمن على تقدير الفسخ بالعيب، فإنّ الثمن إنّما يجب بالفسخ اللاحق
 للضمان كما تقدّم، أمّا الأرش فإنّه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان، فيندرج في
 ضمان العهدة، لكنّه مجهول القدر حنيئذٍ، فينبغي بناؤه على صحة ضمان المجهول
 الذي يمكن استعلامه، إلاّ أن يختصّ ضمان العهدة بحكم زائد، كما خرج من
 حكم ضمان الأعيان المضمونة .

ومثله ما لو ظهر نقصان الصنجة التي وزن بها الثمن أو المثمن، حيث يضمن
 عهده أو يصرح بدخوله، لوجود ذلك حالة الضمان في نفس الأمر .

ومنشأ التردّد في الأرش ممّا ذكر، ومن أنّ الاستحقاق له إنّما حصل بعد العلم
 بالعيب واختيار أخذ الأرش، والموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين

الثانية: إذا خرج المبيع مستحقاً، رجع على الضامن. أما لو خرج بعضه رجع على الضامن بما قابل المستحق، وكان في الباقي بالخيار، فإن فسخ رجع على البائع بما قابله خاصةً.

الأرض، بل التخيير بينه وبين الرد، فلم يتعين الأرض إلا باختياره. ولو قيل: إنه أحد الفردين الثابتين على وجه التخيير، فيكون كأفراد الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره، فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره، لزم مثله في الثمن، لأنه قسيمه في ذلك.

والحق: ثبوت الفرق بينهما، فإن الثمن ما وجب إلا بالفسخ، وأما الأرض فإنه كان واجباً بالأصل، لأنه عوض جزء فائت من مال المعاوضة. ويكفي في ثبوته بقاء المشتري على الشراء، وإنما ينتقل إلى الثمن بارتفاقٍ آخر، حيث لم يسلم له المبيع تاماً.

ومحصّل الإشكال يرجع إلى أن الأرض هل هو ثابت بالعقد، وإنما يزول بالفسخ والرجوع إلى الثمن، أو أن سببه وإن كان حاصلًا لا يثبت إلا باختياره؟ وتظهر الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب، أو علم ولم يطالب، فهل تبقى ذمة من انتقل عنه المعيب مشغولة له بالأرض أم لا؟ وقد تقدّم^(١) في باب السلم لهذه المسألة مزيد بحثٍ.

قوله: «أما لو خرج بعضه رجع - إلى قوله - على البائع بما قابله خاصةً».

إذا ظهر بعض المبيع مستحقاً فذلك البعض كان ثمنه ثابتاً في ذمة البائع حالة الضمان، فصح ضمانه، فيطالب الضامن بحصته من الثمن إن لم يميز مالكة. ثم إن فسخ المشتري في الباقي - لتبعض الصفقة - طالب بثمنه البائع، لعدم تناول الضمان له. وخالف في ذلك الشيخ^(٢) (رحمه الله) فجوّز الرجوع على الضامن بالجميع،

(١) في ج ٣: ٤٢٧.

(٢) المبسوط ٢: ٣٢٨.

الثالثة: إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث من بناءٍ أو غرسٍ ، لم يصحّ ، لأنّه ضمان ما لم يجب . وقيل : كذا لو ضمنه البائع . والوجه الجواز ، لأنّه لازم بنفس العقد .

لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب . ونحن لما أبطلنا الحكم في العيب فهنا أولى . نعم ، من قال به فعليه بيان الفرق بين الأمرين ، فإنّ تبعض الصفقة الذي هو سبب الفسخ كان متحققاً وقت البيع . والعلامة^(١) ردّه بأن سبب الاستحقاق هو الفسخ لا الاستحقاق الذي كان في بعضه . وفيه نظر .

قوله : «إذا ضمن ضامن للمشتري - إلى قوله - ما لم يجب» .

المراد أنّه ضمن للمشتري ضامن عن البائع درك ما يحدثه في الأرض التي اشتراها من بناءٍ أو غرسٍ ، لو ظهرت الأرض مستحقةً وقلع المالك بناءه وغرسه . والمراد بدرك ذلك تفاوت ما بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً ، فإنّ هذا الضمان لا يصحّ ، فلا يستحقّ الرجوع عليه لو ظهر الاستحقاق وقلع ، لأنّه ضمان ما لم يجب ، لأنّه حين الضمان لم يكن مستحقاً للأرض على البائع ، إنّما استحقّه بعد القلع ، ولكن سببه كان موجوداً وقت الضمان ، وهو كون الأرض مستحقةً للغير ، فينبغي جريان الاحتمال السابق فيها ، ومن ثمّ ذهب بعض العامة^(٢) إلى جواز الضمان هنا بناءً على أصله السابق .

قوله : «وقيل : كذا لو ضمنه البائع . والوجه الجواز ، لأنّه لازم بنفس

العقد» .

إذا قلع المستحقّ غرس المشتري وبنائه في الصورة المذكورة فله الرجوع على البائع بالأرض ، ضمن أم لم يضمن . فعلى هذا لو ضمن البائع ذلك فهل يصحّ الضمان؟ قال المصنّف : «الوجه الجواز ، لأنّه لازم بنفس العقد» وكأنّه أراد أنّه إذا كان لازماً له - وإن لم يضمن - كان ضمانه تأكيداً .

(١) المختلف : ٤٣١ .

(٢) في هامش «و» و«ن» (هو أبو حنيفة . منه) راجع المغني لابن قدامة ٥ : ٧٨ .

الرابعة: إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل واحدٍ منهما ما على صاحبه تحوّل ما كان على كل واحدٍ منهما إلى صاحبه. ولو قضى أحدهما ما ضمنه برئ، وبقي على الآخر ما ضمنه عنه. ولو أبرأ الغريم أحدهما، برئ مما ضمنه دون شريكه.

وفيه نظر، لأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعاً مسلطاً له على الانتفاع مجاناً ضمانه بعقد الضمان، مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان. فعدم الصحة أقوى. وحينئذٍ فالخلاف ليس في ثبوت ذلك على البائع أم لا، فإنه ثابت بغير إشكال، بل في ثبوته بسبب الضمان.

وتظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع، فيبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان لو قلنا بصحته، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما، فإنه يفسخ بالآخر إن شاء. وفيما لو كان قد شرط على البائع في عقد البيع ضماناً بوجه صحيح، فإن صححنا هذا كفى في الوفاء بالشرط، وإن لم يحصل للمشتري نفع جديد.

فقد ظهر أنّ هذا الضمان قد يفيد فائدةً أخرى غير التأكيد لو قلنا بصحته. وبه يظهر ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتاً ضمن أم لم يضمن، لأنّ هذه الفوائد الأخرى لم تكن ثابتة لو لم يضمن.

قوله: «إذا كان له على رجلين . . . الخ».

لا إشكال في صحة هذا الضمان، لأنّ كل واحدٍ جامع لشرائط الصحة. ثم إن تساوى المالان، وكان ضمان كل واحدٍ بسؤال الآخر، ولم يتغيّر وصف الدين بالحلول والتأجيل، ففائدة هذا الضمان تعاكسهما في الأصالة والفرعية. ويرتّب عليه ما لو أبرأ المضمون له أحدهما فإنه يبرأ الآخر.

وقول المصنّف: «ولو أبرأ الغريم أحدهما برئ مما ضمنه دون شريكه» يريد أنّ شريكه لا يبرأ مما ضمنه، لكنّه يبرأ مما كان عليه، لاقتضاء الضمان ذلك.

وتظهر الفائدة أيضاً في انفكاك الرهن الذي كان على الدينين أو على أحدهما، لأنّ الضمان بمنزلة الأداء. وإن اختلفا بأحد الوجوه المذكورة ظهرت فوائد أخرى، إذ

الخامسة: إذا رضي المضمون له، من الضامن ببعض المال، أو أبرأه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه إلا بما آذاه. ولو دفع عوضاً عن مال الضمان رجع بأقلّ الأمرين.

قد يضمن المؤجل حالاً، وبالعكس، أو يكون أحدهما أيسر ويضمن الأكثر، أو يكون أحدهما متبرعاً، ونحو ذلك.

وإنما يتحوّل ما كان على كلّ واحدٍ إلى صاحبه مع ضمانهما دفعةً ورضا المضمون له بهما، فلو ردّ أحدهما بطل، واجتمع على الآخر الحَقَّان. وكذا لو ضمنا على التعاقب إجتماعاً على الأخير. وعلى قول مَنْ جعله ضمّ ذمّةٍ إلى ذمّةٍ يشتركان في المطالبة لكلّ واحدٍ منهما.

قوله: «إذا رضي المضمون له - إلى قوله - إلا بما آذاه».

قد تقدّم^(١) أنّ الضامن إنَّما يرجع على المديون مع ضمانه بإذنه. وعلى تقديره فإنَّما يرجع بما آذاه إن لم يزد عن الحقّ، وإلّا رجع بالحقّ. والضابط أنّه يرجع بأقلّ الأمرين ممّا آذاه ومن الحقّ في كلّ موضعٍ له الرجوع.

ولا فرق عندنا في رجوعه ببعض الذي آذاه بين كون الزائد سقط عنه بإبراء المضمون له وغيره، خلافاً لبعض العامة^(٢) حيث جوّز له الرجوع بالجميع لو أبرأ منه أو من بعضه، لأنّه هبة ومساخحة من ربّ الدّين للضامن خاصّة.

نعم، لو قبض منه الجميع ثمّ وهبه بعضه جاز رجوعه به، لصدق أداء الجميع. وكذا لو وهبه الجميع.

قوله: «ولو دفع عرضاً عن مال الضمان رجع بأقلّ الأمرين».

من قيمته ومن الدّين. ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد رضي المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقدٍ، وبين أن يصلحه الضامن به عن دينه. فلو كان ثوباً يساوي مائة وصلحه به عن^(٣) الدّين وهو مائتان لم يرجع إلا بقيمة الثوب. هذا إذا

(١) في ص: ١٨٩.

(٢) المجموع ١٠: ٣٩١ - ٣٩٢.

(٣) في «هـ» و «ن» ونسخة بدل «س» (على).

السادسة: إذا ضمن عنه ديناراً بإذنه، فدفعه إلى الضامن، فقد قضى ما عليه. ولو قال: إدفعه إلى المضمون له فدفعه، فقد برئ. ولو دفع المضمون عنه إلى المضمون له، بغير إذن الضامن، برئ الضامن والمضمون عنه.

جرى البيع على العرض بنفس المال المضمون، أما لو صالحه عليه في المثال بهاتين مطلقاً ثم تقاصاً فالتجّه رجوعه بالمائتين، لأنها تثبت له في ذمته بغير استيفاء، وإنما وقع الأداء بالجميع. ويحتمل الرجوع بقيمته خاصّة، لأنّ الضمان وضع للارتفاق. وتوقّف في التذكرة^(١) في ذلك.

قوله: «إذا ضمن عنه ديناراً . . . الخ».

قد عرفت أنّ الضامن لا يستحقّ عند المضمون عنه شيئاً إلى أن يؤدي مال الضمان. فإذا ابتدأ المديون ودفع الدّين إلى الضامن فقد تبرّع بالأداء قبل وجوبه، فلا يستحقّه الضامن، وليس له التصرف فيه. نعم، له دفعه في الدّين تبعاً للإذن. وقول المصنّف: «فقد قضى ما عليه» قد يوهم خلاف ذلك، وأنّه يكون بمنزلة أداء الدّين. وليس كذلك. وإنما المراد أنّه تخلّص من الحقّ، لأنّ الضامن إن دفعه فقد برئ، وإن لم يدفعه كان في يده مساوياً للحقّ إلى أن يؤدي، فيأخذه من دينه، وإن أبرأ من الدّين أو بعضه وجب عليه ردّ ما قابله إلى المديون. فالمديون قد قضى ما عليه على كلّ حال.

ولكن هذا إنّما يتمّ مطلقاً على تقدير أن يكون المقبوض في يد الضامن مضموناً عليه، وإلاّ لا يمكن أن يتلف في يده بغير تفریط، فلا يكون المديون في هذه الصورة قد قضى ما عليه. وليس ببعيد كونه مضموناً كالمقبوض بالسوم، ولعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(٢) واستشكل في التذكرة^(٣) كونه مضموناً بعد أن حكم به.

(١) التذكرة ٢: ٩٥.

(٢) مسند أحمد ٥: ٨ و ١٢، ١٣، سنن ابن ماجه ٢: ٨٠٢ ح ٢٤٠٠.

(٣) التذكرة ٢: ٩٤.

السابعة: إذا ضمن بإذن المضمون عنه، ثم دفع ما ضمن، وأنكر المضمون له القبض، كان القول قوله مع يمينه، فإن شهد المضمون عنه للضامن، قبلت شهادته مع انتفاء التهمة، على القول بانتقال المال.

نعم، لو قال المديون للضامن: إقض به ما ضمنت عني، فهو وكيل والمال في يده أمانة. والفرق بينه وبين ما سبق واضح، لأنه دفعه في السابق إليه إماماً مطلقاً أو أنه الحق المضمون، وعلى التقديرين ليس بمستحق عليه للضامن، بخلاف قوله: إقض به ما ضمنت، لأنه وكالة في قبضه ودفعه.

وضمير قوله: «ولو قال» يعود إلى الضامن، أي قال الضامن للمضمون عنه: إدفعه أنت إلى المضمون له، فدفعه، فقد برئ، أما الضامن فلوفاء دينه، وأما المضمون عنه فلأن الضامن لم يغرم، فلا يرجع عليه.

ويمكن اعتبار التقاصّ القهري، لثبوت ما دفعه المديون في ذمة الضامن، لأنه المديون وقد أذن في وفائه، وثبوت مثله في ذمة المضمون عنه لأدائه، فيتقاصان.

وأما لو دفع المضمون عنه إلى المضمون له بغير سؤال الضامن فإنه يكون قد تبرع عليه بوفاء دينه، فيبرأ الضامن، ولا يرجع عليه الدافع لتبرعه، فلا يرجع هو لعدم غرامته، فيبرأان معاً أيضاً كالسابق، لكن الاعتبار مختلف.

قوله: «إذا ضمن بإذن المضمون عنه - إلى قوله - مع يمينه».

لأصالة عدم القبض، وحينئذٍ فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء، لعدم تحقق غرمه. واستحقاقه الرجوع مشروط به. ولا فرق في ذلك بين ضمانه بالإذن وعدمه. وإنما قيد بالإذن ليرتب عليه الأحكام الآتية، إذ لا تهمة مع عدمها مطلقاً ولا رجوع.

قوله: «فإن شهد المضمون عنه - إلى قوله - بانتقال المال».

لما كان المضمون عنه مع إذنه في الضمان يثبت عليه ما يغرمه الضامن، فشهادته له بالأداء شهادة على نفسه وشهادة لغيره فتسمع، إلا أن تفرض عليه تهمة في الشهادة بحيث تفيده فائدة زائدة على ما يغرمه فترد. وقد فرضوا التهمة في صور:

ولو لم يكن مقبولاً، فحلف المضمون له، كان له مطالبة الضامن مرةً ثانية، ويرجع الضامن على المضمون عنه بما آذاه أولاً.

منها: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق، فيكون رجوعه إنَّما هو بذلك، فشهادة المضمون عنه له به تجرُّ إلى نفسه نفعاً، فإنَّ ذلك إذا لم يثبت يبقى مجموع الحق في ذمَّة الضامن.

وفيه نظر، لأنَّه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك، ولا حاجة إلى الثبوت بالبينة كما سيأتي، فنندفع التهمة، فتقبل الشهادة. ومنها: أن يكون الضامن معسراً، ولم يعلم المضمون له بإعساره، فإنَّ له الفسخ حيث لا يثبت الأداء، ويرجع على المضمون عنه، فيندفع بشهادته عود الحق إلى ذمته.

ومنها: أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس، وللمضمون عنه عليه دين، فإنَّه يوفَّر بشهادته مال الضامن، فيزداد ما يضرب به. ولا فرق في هاتين الصورتين بين كون الضامن متبرِّعاً وبسؤالٍ، لأنَّ فسخ الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين. أمَّا الأولى فهي مخصوصة بالضامن بسؤالٍ، ليرجع بما غرم.

وإنَّما تسمع الشهادة بوجهٍ على القول بكون الضمان ناقلاً، كما هو المذهب. فلو قلنا بأنَّه يفيد الضمَّ خاصَّةً لم تسمع مطلقاً. وقول المصنِّف: «على القول بانتقال المال» يشعر بأنَّ لأصحابنا قولاً بغيره. وفيما تقدَّم أشار^(١) إليه أيضاً. وهو نادر. قوله: «ولو لم يكن مقبولاً - إلى قوله - بما آذاه أولاً».

عدم قبول شهادة المضمون عنه إمَّا لعدم عدالته أو للتهمة، وحينئذٍ فالقول قول المضمون له، لما تقدَّم. والمراد أنَّه لم تكن بيِّنة غيره. وحينئذٍ فيرجع على الضامن بالحق. وكونه مرةً ثانيةً بالنسبة إلى زعم الضامن، وإلَّا فهي أولى عند المضمون له وفي ظاهر الحال.

ولو لم يشهد المضمون عنه، رجع الضامن بما آداه أخيراً.
 الثامنة: إذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه، خرج ما ضمنه من
 ثلث تركته، على الأصح.

وإنما يرجع الضامن على المضمون عنه بما آداه أولاً لاعترافه بأنه لا يستحق
 سواه، ودعواه أن الأداء الثاني ظلم وموافقة المضمون عنه له على ذلك. ولا يخفى أنه
 مشروط بمساواة الأول للحق أو قصوره، وإلا رجع بأقل الأمرين، لأنه لا يستحق
 الرجوع بالزائد على الحق.

قوله: «ولو لم يشهد . . . الخ».

لأنه لم يثبت ظاهراً أداء سواه. هذا إذا لم يزد على ما ادعى دفعه أولاً ولا على
 الحق، وإلا رجع بالأقل من الثلاثة، لأن الأقل إن كان هو ما غرمه أولاً فلزعمه أنه
 لا يستحق سواه وأن الثاني ظلم، وإن كان الأقل ما غرمه ثانياً فلأنه لم يثبت ظاهراً
 سواه، وإن كان الأقل هو الحق فلأنه إنما يرجع بالأقل من المدفوع والحق.

وفي حكم شهادة المضمون عنه اعترافه بالدفع الأول وإن لم يشهد، لما ذكر من
 الوجه. فتقوله: «ولو لم يشهد» متيّد بعدم اعترافه أيضاً. ولو جعل مناط الحكم عدم
 تصديقه كان أجود، لتناوله عدم الشهادة وغيره.

قوله: «إذا ضمن المريض . . . الخ».

يمكن أن يكون الأصح تنبيهاً على الخلاف في أن منجزات المريض هل هي
 من الأصل أو من الثلث؟ واختياره للثاني، كما سبق^(١) من مذهبه. ويمكن كونه
 إشارة إلى أن الضمان هل يعدّ من التبرعات المنجزة أم لا؟ ووجه اختيار كونه تبرعاً أنه
 التزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً، فأشبهه الهبة. وعلى التقديرين إنما يتم الحكم
 مع تبرعه بالضمان، أما لو ضمن بسؤال فهو كما لو باع بثمن المثل نسيئته، فالوجه
 حينئذ أنه متى أمكن الرجوع على المضمون عنه فهو من الأصل، وإن لم يمكن
 لإعساره ونحوه فهو من الثلث. ولو أمكن الرجوع ببعض فهو كبيع المحاباة يتوقف

التاسعة: إذا كان الدَّين مؤجَّلاً، فضمنه حالاً، لم يصحَّ. وكذا لو كان إلى شهرين، فضمنه إلى شهرٍ، لأنَّ الفرع لا يُرجَّح على الأصل. وفيه تردّد.

ما يفوت على الثلث.

واحترز بقوله: «ومات فيه» عمّا لو برئ منه، فإنه يخرج من الأصل كالتبّرع ولو مات بعد ذلك. هذا كلّه مع عدم إجازة الورثة، وإلّا نفذ من الأصل. قوله: «إذا كان الدَّين مؤجَّلاً . . . الخ». قد تقدّم^(١) الكلام في ذلك وأنَّ الأقوى صحّته فيهما. وهو مختار المصنّف ثمّ، ولكنّه رجع من الجزم إلى التردّد، أو إلى الحكم بخلافه.

القسم الثاني

في الحوالة

والكلام في العقد وفي شروطه، وأحكامه .
 أمّا الأوّل فالحوالة عقد شرّع لتحويل المال، من ذمّة إلى ذمّة
 مشغولةٍ بمثله .

قوله: «الحوالة عقد شرّع لتحويل المال من ذمّة إلى ذمّة مشغولة
 بمثله» .

الكلام في كون الحوالة عقداً أو ثمرة العقد كما سبق^(١) . ونبّه بقوله: «تحويل»
 على أنها ناقلة للمال من ذمّة المحيل إلى ذمّة المُحال عليه . ومنه سمّيت حوالة . وقوله:
 «مشغولة بمثله» صفة للذمّة المتحوّل إليها، وهي ذمّة المُحال عليه . وخرج به الحوالة
 على البريء من حقّ المحيل، مع أنه سيأتي^(٢) عن قريب القطع بجوازها على
 البريء . ولا ينفعه حكمه بكونها بالضمان أشبهه، فإن رجحان الشبه لا يخرجها عن
 كونها حوالةً في الجملة . ولعلّه عرّف الحوالة المتفق على صحتها، إذ الحوالة على
 البريء مختلف فيها .

والعلامة^(٣) أسقط في تعريفها القيد محاولةً لإدخال ذلك الفرد، لئلا ينتقض
 التعريف في عكسه، فوقع فيما هو أصعب منه، لشموله حينئذ الضمان بالمعنى
 الأخصّ، لأنّ المال يتحوّل فيه من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، فانتقض في

(١) سبق نظيره في تعريف الضمان في ص: ١٧١ .

(٢) في ص: ٢١٥ .

(٣) التذكرة ٢: ١٠٤ .

ويشترط فيها رضا المحيل، والمحال عليه، والمحتال.

طرده .

قوله: «ويشترط فيها رضا المحيل والمحال عليه والمحتال».

أما اعتبار رضا المحيل والمحتال فموضع وفاق، لأن^(١) مَنْ عَلَيْهِ الْحَقَّ مَخِيرٌ فِي جِهَاتِ الْقَضَاءِ، فَلَا يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ بَعْضُ الْجِهَاتِ قَهْرًا. وَالْمَحْتَالُ حَقُّهُ ثَابِتٌ فِي ذِمَّةِ الْمَحِيلِ، فَلَا يَلْزِمُهُ نَقْلُهُ إِلَى ذِمَّةٍ أُخْرَى إِلَّا بِرِضَاهُ.

وأما المُحَالُ عَلَيْهِ فَاشْتِرَاطُ رِضَاهُ هُوَ الْمَشْهُورُ بَيْنَ أَصْحَابِنَا، بَلْ أَدْعَى عَلَيْهِ الشَّيْخُ الْإِجْمَاعُ^(٢). وَلَأَنَّهُ أَحَدٌ مِنْ تَتَمُّ بِهِ الْحَوَالَةِ، فَكَانَ كَالْآخَرِينَ. وَلا خْتِلافَ النَّاسِ فِي الْاِقْتِضَاءِ وَالاسْتِيفَاءِ، سَهولَةً وَصَعوبَةً. وَلَأَنَّ نَقْلَ الْمَالِ مِنْ ذِمَّةِ الْمَحِيلِ إِلَى ذِمَّتِهِ يَتَوَقَّفُ عَلَى رِضَاهُ. وَأَصَالَةُ بَقَاءِ الْحَقِّ فِي ذِمَّةِ الْمَحَالِ عَلَيْهِ لِلْمَحِيلِ فَيَسْتَصْحَبُ.

وفيه نظرٌ، لأنَّ المحيل قد أقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة، فلا وجه للافتقار إلى رضا مَنْ عَلَيْهِ الْحَقَّ، كما لو وكله في القبض منه، بخلاف الآخرين، لما ذكرناه. واختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحقِّ ومَنْ يَنْصِبُهُ. وَالتَّوَقُّفُ عَلَى رِضَاهُ مَحَلِّ النِّزَاعِ، فَلَا يَجْعَلُ دَلِيلًا، مَعَ أَنَّا نَمْنَعُ مِنَ اقْتِضَاءِ الْحَوَالَةِ النِّقْلِ، بَلْ هِيَ إِيفَاءٌ لِمَا فِي ذِمَّةِ الْغَيْرِ، فَلَا يَقْصُرُ عَنْ بَيْعِهِ، وَلَا يَشْتَرِطُ فِيهِ رِضَاهُ. وَالْأَصْلُ الْمَذْكُورُ مَعَارِضُ بِأَصَالَةِ عَدَمِ الْاِشْتِرَاطِ. وَالاسْتِصْحَابُ انْقِطَاعُ بِهَا ذِكْرَانِ، خُصُوصًا مَعَ اتِّفَاقِ الْحَقَّيْنِ جِنْسًا وَوَصْفًا.

نعم، لو كانا مختلفين وكان الغرض استيفاء مثل حق المحتال توجَّه اعتبار رضا المُحَالِ عَلَيْهِ، لأنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْمَعَاوِضَةِ الْجَدِيدَةِ، فَلَا بَدَّ مِنْ رِضَا الْمَتَعَاوِضِينَ. وَمَعَ ذَلِكَ لَوْ رِضِيَ الْمَحْتَالُ بِأَخْذِ جِنْسٍ مَا عَلَى الْمَحَالِ عَلَيْهِ زَالِ الْمَحْذُورِ. وَحَيْثُ نَدِّ الْقَوْلِ بِعَدَمِ اشْتِرَاطِ رِضَاهُ مَعَ الْمَوَافَقَةِ قَوِيًّا. وَالْإِجْمَاعُ عَلَى خِلَافِهِ مَمْنُوعٌ.

(١) كذا في أكثر النسخ وفي «هـ»: وَأَنَّ. وَالظَّاهِرُ أَنَّ الصَّحِيحَ: وَلِأَنَّ.

(٢) الخلاف ٣: ٣٠٥ مسألة ٢.

ومع تحققها، يتحوّل المال إلى ذمّة المحال عليه، ويبرأ المحيل وإن لم يبرأه المحتال، على الأظهر.

ثمّ على تقدير اعتبار رضا المحال عليه ليس هو على حدّ رضا الآخرين، لأنّ الحوالة عقد لازم من جملة العقود اللازمة، فلا يتمّ إلّا بإيجاب وقبول، فالإيجاب من المحيل والقبول من المحتال، ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما من اللفظ والمقارنة وغيرهما. وأمّا رضا المحال عليه فيكفي كيف اتّفق، مقارناً أم مترخياً. وربّما اكتفي به متقدماً أيضاً، لحصول الغرض المطلوب منه بذلك كلّه.

واعلم أنّه يستثنى من القول بعدم اعتبار رضاه ما لو كان بريئاً من حقّ المحيل، فإنّ رضاه معتبر إجماعاً. ويستثنى من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرّع المحال عليه بالوفاء، فإنّه لا يعتبر رضا المحيل قطعاً، لأنّه وفاء دينه، وضمانه بغير إذنه. والعبارة عنه حينئذٍ أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلت^(١) بالدين الذي لك على فلان على نفسي، فيقبل فيشترط هنا رضا المحتال والمحال عليه، ويقومان بركن العقد، بخلاف رضا المحال عليه فيما تقدّم، لقيام العقد بغيره. تأمل.

قوله: «ومع تحققها - إلى قوله - على الأظهر».

هنا حكمان:

أحدهما: أنّ الحوالة تفيد نقل المال وتحوّله من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه. وهو موضع وفاقٍ منّا ومن العامّة إلّا من شدّد^(٢) منهم، فإنّه جعلها كالضمان. وفساده ظاهر، لأنّ الحوالة مشتقة من التحوّل، بخلاف الضمان، فإنّه قد يشتقّ من الضمّ كما ادّعوه، فيلزم كلّ واحدٍ ما يقتضيه لفظه.

وثانيهما: أنّ المحيل يبرأ من حقّ المحتال بمجرد الحوالة، سواء أبرأه المحتال

(١) في «س»: «أحلتك».

(٢) في هامش «هـ، و، ن»: «هو زفر، فأنه قال: إنّه لا تنقل الحق، بل تجري مجرى الضمان عندهم. منه رحمه الله» راجع المعنى لابن قدامة ٥: ٥٨ - ٥٩.

ويصحّ أن يحيل على مَنْ ليس عليه دَيْنٌ، لكن يكون ذلك بالضمان أشبهه .

أم لا، لدلالة التحوّل عليه . وهو المشهور . وخالف فيه الشيخ^(١) وجماعة^(٢)، إستناداً إلى حسنة زرارة عن الباقرين عليهما السلام في الرجل يحيل الرجل بهال كان له على رجلٍ، فيقول له الذي احتال: برئت ممّا لي عليك قال: «إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرأه فله أن يرجع على الذي أحاله^(٣)» .

وحملت الرواية على ما إذا ظهر إعسار المحال عليه حال الحوالة مع جهل المحتال بحاله، فإنّ له الرجوع على المحيل إذا لم يبرأ . وعلى ما إذا شرط المحيل البراءة، فإنّه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر إفلاس المحال عليه . وهو حمل بعيد . وعلى أنّ الإبراء كناية عن قبول المحتال الحوالة، فمعنى قوله: «برئت ممّا لي عليك» أي رضيت بالحوالة الموجبة للتحويل فبرئت أنت، فكنتى عن الملزوم باللائم . وهكذا القول في قوله: «ولو لم يبرأه فله أن يرجع» لأنّ العقد بدون رضاه غير لازم، فله أن يرجع فيه .

قوله: «ويصحّ أن يحيل - إلى قوله - بالضمان أشبهه» .

هذا هو الأقوى، لأصالة الصّحة، وعدم الاشتراط . وللشيخ (رحمه الله) قول بالمنع^(٤)، وآخر بالصّحة^(٥) . ومبنى القولين على أنّ الحوالة هل هي استيفاء أو اعتياض؟ فعلى الأوّل يصحّ دون الثاني، لأنّه ليس على المحال عليه شيء يجعل عوضاً عن حقّ المحتال . وإنّما كان أشبه بالضمان لاقتضائه نقل المال من ذمّة مشغولة إلى ذمّة بريّة، فكأنّ المحال عليه بقبوله ضامن لدين المحتال على المحيل . ولكنّه بهذا

(١) النهاية: ٣١٦ .

(٢) منهم أبو الصلاح في الكافي: ٣٤٠، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٨٢ .

(٣) الكافي ٥: ١٠٤ ح ٢، التهذيب ٦: ٢١١ ح ٤٩٦، الوسائل ١٣: ١٥٨ ب «١١» من أبواب الضمان ح ٢ .

(٤) المبسوط ٢: ٣٢١ .

(٥) المبسوط ٢: ٣١٣، ٣١٨ .

وإذا أحاله على المَلِيّ، لم يجب القبول.

لكن لو قبل لزم، وليس له الرجوع ولو افتقر. أمّا لو قبل الحوالة جاهلاً بحاله، ثمّ بان فقره وقت الحوالة، كان له الفسخ والعود على المحيل.

الشبه لا يخرج عن الحوالة قطعاً، فيلحقه أحكامها.

قوله: «وإذا أحاله على المَلِيّ لم يجب القبول».

لأنّ الواجب أداء الدّين، والحوالة ليست أداءً، وإنّما هي نقل الدّين من ذمّة إلى أخرى، فلا يجب قبولها. ونبّه بذلك على خلاف بعض العامة^(١) حيث أوجب القبول، لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إذا أُحِيلَ بِحَقِّ عَلَى مَلِيٍّ فليحتل^(٢)». والخبر - على تقدير صحّته - محمول على الاستحباب أو الارشاد.

قوله: «لكن لو قبل لزم، وليس له الرجوع ولو افتقر».

لأنّ الحوالة توجب البراءة من الحقّ، فلا يعود إلّا بسبب يوجبه، ولرواية عقبة بن جعفر عن الكاظم عليه السلام^(٣). وخالف في ذلك جماعة من العامة^(٤). وكما لا رجوع لو افتقر، كذا لو تعذّر الاستيفاء منه بوجهٍ آخر.

قوله: «أمّا لو قبل الحوالة - إلى قوله - والعود على المحيل».

لا فرق في ذلك بين اشتراطه في متن العقد يسارَه وعدمه، لرواية منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام^(٥)، ولما فيه من الضرر والتغيير به. والمراد بالفقر هنا الإعسار وإن كان أعمّ منه، وإلّا فيجوز كونه فقيراً بالمعنى المتعارف وموسراً بالمعنى المعتبر في الدّين.

(١) أنظر المغني لابن قدامة ٥ : ٦٠ .

(٢) السنن الكبرى ٦ : ٧٠، والمجموع ١٣ : ٤٢٤ .

(٣) التهذيب ٦ : ٢١٢ ح ٥٠١، الوسائل ١٣ : ١٥٩ ب «١١» من أبواب الضمان ح ٤ .

(٤) أنظر المغني لابن قدامة ٥ : ٦٠ .

(٥) الكافي ٥ : ١٠٤ ح ٤، الفقيه ٣ : ٥٥ ح ١٩٢، التهذيب ٦ : ٢١٢ ح ٤٩٨، الوسائل ١٣ :

١٥٨ ب «١١» من أبواب الضمان ح ٣ .

وإذا أحال بما عليه، ثم أحال المحال عليه بذلك الدّين صحّ، وكذا لو ترامت الحوالة. وإذا قضى المحيل الدّين بعد الحوالة، فإن كان بمسألة المحال عليه، رجع عليه. وإن تبرّع، لم يرجع، وبرا المحال عليه. ويشترط في المال أن يكون معلوماً ثابتاً في الدّمة،

والمعتبر بيساره وإعساره وقت الحوالة، فلو كان حينئذٍ ملياً ثمّ تجدد له الإعسار فلا خيار. ولو انعكس بأن كان معسراً ثمّ تجدد له اليسار قبل أن يفسخ المحتال فهل يزول الخيار؟ وجهان، من زوال الضرر، وثبوت الخيار قبله فيستصحب. وهو أقوى، لأنّ الموجب للخيار ليس هو الإعسار مطلقاً ليزول بزواله، بل الإعسار وقت الضمان، وهو متحقق، فيثبت حكمه.

قوله: «وإذا أحال - إلى قوله - ترامت الحوالة».

كما تصحّ الحوالة الأولى لاجتماع شرائط الصّحة تصحّ الثانية كذلك، لتحقق الشرط وهو اشتغال دّمة المحال عليه بدين المحتال، وغيره من الشروط. ومتى أحال المحال عليه برئ كالأوّل وهكذا لو تعدّد. وهو المراد بالترامي، بأن أحال المديون زيداً على عمرو، ثمّ أحال عمرو زيداً على بكر، ثمّ أحال بكر زيداً على خالد، وهكذا. وهنا قد تعدّد المحال عليهم والمحتال واحد.

وكما يصحّ تراميها يصحّ دورها كالضمان، بأن تعود إلى المحيل الأوّل، بأن تكون دّمته مشغولة بدين لمن أحال عليه، أو مطلقاً على المختار.

قوله: «وإذا قضى المحيل - إلى قوله - وبرئ المحال عليه».

لما كانت الحوالة ناقلةً للمال من دّمة المحيل إلى دّمة المحال عليه صار المحيل بالنسبة إلى دّين المحتال بمنزلة الأجنبي، لبراءته منه، فإذا آذاه بعدها كان كمن أذى دين غيره بغير إذنه، فيشترط في جواز رجوعه عليه مسألته، وإلا كان متبرعاً وبرئ المحال عليه من الدّين.

قوله: «ويشترط في المال أن يكون معلوماً ثابتاً في الدّمة».

إحترز بـ «المعلوم» عن المجهول عند المحيل، كما لو أحاله بهاله من الدّين ولا

سواء كان له مثل كالطعام، أو لا مثل له كالعبد والثوب .
ويشترط تساوي المالين، جنساً ووصفاً، تفصيلاً من التسلّط على
المحال عليه، إذ لا يجب أن يدفع إلاّ مثل ما عليه . وفيه تردّد.

يعرف قدره، فإنّه لا يصحّ، للغرر، ولأنّ الحوالة إن كانت اعتياضاً فلا يصحّ على
المجهول، كما لا يصحّ بيعه، وإن كانت استيفاءً فإنّها يمكن استيفاء المعلوم . ويحتمل
على الثاني الصّحة، ويلزم ما تقوم به البيّنة كالضمان . وبـ «الثابت في الذمة» عمّا ليس
بشابتٍ وإن وجد سببه، كمال الجعالة قبل العمل، فإنّه لا يصحّ إحالة الجاعل به
للمجعول له، لعدم ثبوته . أمّا إحالة المعجول له به على الجاعل لمن له عليه دين ثابت
فإنّه جائز، بناءً على جوازها على البريء . فالحاصل: أنّ المعتبر ثبوته للمحتال في ذمة
المحيل، لا في ذمة المحال عليه .

ولا فرق في الثابت بين كونه مستقراً وغيره، كالثمن في مدّة الخيار، وتكون
الحوالة مراعاةً بالبقاء على البيع، فلو فسخ بالخيار ففي بطلان الحوالة وجهان يأتي^(١)
الكلام عليهما في نظيره .

قوله: «سواء كان له مثل كالطعام أو لا مثل له كالعبد» .

نّبّه بذلك على خلاف الشيخ في أحد قوليه^(٢) وجماعة^(٣) من عدم جواز الحوالة
بالقيميّ لكونه مجهولاً . وضعفه واضح، فإنّه مضبوط بالوصف، والواجب فيه
القيمة، وهي مضبوطة أيضاً تبعاً لضبطه، فللمانع مفقود، وعموم الأدلّة يشملها .

قوله: «ويشترط تساوي المالين - إلى قوله - وفيه تردّد» .

ذهب الشيخ^(٤) وجماعة^(٥) إلى اشتراط تساوي المالين - وهما المحال به والمحال

(١) في ص: ٢٣١ .

(٢) المبسوط ٢: ٣١٢ .

(٣) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٨٢ .

(٤) المبسوط ٢: ٣١٣ و ٣١٦ - ٣١٧ .

(٥) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٨٢، والعلامة في التذكرة ٢: ١٠٨ .

عليه - جنساً ووصفاً، لأن حقيقة الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم وله على المحال عليه دنانير كيف يصير حق المحال على المحال عليه دراهم ولم يقع عقد يوجب ذلك؟! فإن الحوالة إن كانت استيفاءً كان بمنزلة مَنْ استوفى دينه وأقرضه المحال عليه، وحقه الدراهم لا الدنانير، وإن كانت معاوضةً فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصلٍ من جنس مالٍ أو زيادةً قدرًا وصفةً، وإنما هي معاوضة إرفاقٍ ومسامحةٍ للحاجة، فاشتراط فيها التجانس والتساوي في القدر والصفة، لئلا يتسلط على المحال عليه بما ليس في ذمته.

والتحقيق في ذلك: أنا إن اشترطنا رضا المحال عليه، وجوّزنا الحوالة على البريء - كما اختاره المصنّف فيها - فلا وجه للمنع أصلاً، لأنه لو لم يكن على المحال عليه ذلك الجنس يصحّ، فإذا كان ورضيّ تعيّن الجواز. بل يتعيّن القول به متى اعتبرنا رضاه خاصّةً، لأن الحوالة إن كانت استيفاءً - كما هو الظاهر - فلاستيفاء جائز بالجنس وغيره مع التراضي، وإن كانت اعتياضاً فكذلك، لجواز المعاوضة على المختلفين، وليست معاوضة بيعٍ حتى يعتبر التقابض ونحوه حيث يعتبر في البيع.

نعم، قد يقول مجوّز الحوالة على البريء هنا: إن الحقّ لم يتحوّل إلى الدنانير، وإنما لزم المحال عليه للمحتال دنانير، وبقيت الدراهم في ذمته للمحيل، فيعتبر في التقابض تراضٍ جديد. وهذا حسن إلا أن الأول أجود، لحصول التراضي سابقاً على تحوّل الحقّ إلى ما في ذمة المحيل. وحيثئذٍ فالتسلط الذي هربوا منه انتفى منعه بالتراضي.

وقد تحرّر من ذلك:

أن القائل بعدم صحّة ذلك لا يتمّ له مطلقاً إلا أن يقول بعدم جواز الحوالة على البريء، وإلا صحّت الحوالة هنا، إلا أنها تكون كالحوالة على مَنْ لا دين عليه، لا أنها تقع باطلّة مطلقاً، إذ لا يقصر عن تلك.

ولو أحال عليه، فقبل وأدى، ثم طالب بما آداه فادعى المحيل أنه كان له عليه مال، وأنكر المحال عليه، فالقول قوله مع يمينه، ويرجع على المحيل.

وأن القائل بعدم اعتبار رضا المحال عليه لا يتوجه له القول هنا بالصحة، سواء تحوّل الحقّ إلى جنس المحال به أم بقي كلّ واحدٍ بحاله، لتوقف كلّ واحدٍ من القسمين على التراضي، لأنّ الأوّل استيفاءً من غير الجنس أو معاوضةً عليه، والثاني حوالة على البريء، وكلاهما مشروط بالرضا. نعم، لو قصد بالحوالة تحوّل حقّ المحتال إلى ما في ذمّة المحال عليه إنجّه الجواز من دون رضا المحال عليه، وسقط معه محذور التسلّط الذي جعلوه مانعاً.

وأنّ الأقوى الصحة مع التراضي، وتحوّل الحقّ الذي على المحال عليه إلى جنس المحال به ووصفه.

قوله: «ولو أحال عليه - إلى قوله - ويرجع على المحيل».

لما ثبت أنّ الحوالة جائزة على البريء من ذنن المحيل على المحال عليه لم يقتض بإطلاقها ثبوت ذنن كذلك، فإذا أدى المحال عليه وطالب بما أدى منكرًا لثبوت ذنن عليه للمحيل فالقول قوله مع يمينه، لأصالة البراءة، فيرجع على المحيل بما أدى.

ولو اعتبرنا في الحوالة شغل ذمّة المحال عليه لم يقبل قوله في نفيه، لاقتضاءها ثبوته، فالمنكر وإن كان معه أصالة براءة ذمّته من الذنن إلّا أنّ ذلك يقتضي بطلان الحوالة على هذا التقدير. ومدعى الذنن يدعي صحتها، ومدعى الصحة مقدّم.

ويمكن على هذا أن يقال: تساقط الأصلان، وبقي مع المحال عليه أنه أدى ذنن المحيل بإذنه، فيرجع عليه على التقديرين. وهو حسن.

فإن قيل: الإذن في الأداء إنّها وقع في ضمن الحوالة، فإذا لم يحكم بصحتها لا يبقى الإذن مجرداً، لأنّه تابع فيستحيل بقاؤه بدون متبوعه.

قلنا: الإذن وإن كان واقعاً في ضمن الحوالة إلّا أنّه أمر يتفان على وقوعه، وإنّما يختلفان في أمرٍ آخر، فإذا لم يثبت لا ينتفي ما قد وقع الاتفاق منها عليه، على

وتصحّ الحوالة بهال الكتابة، بعد حلول النجم . وهل تصحّ قبله؟
 قيل : لا . ولو باعه السيّد سلعةً، فأحاله بثمنها، جاز .

أنّ في زوال الإذن الضمني بزوال ما ثبت في ضمنه بحث يأتي تحقيقه - إن شاء الله تعالى - في الوكالة المعلقة على شرط .

وفي قوله : «أدى ثمّ طالب» إشارة إلى أنّ المحال عليه مع براءة ذمّته لا يرجع على المحيل إلّا مع الأداء كالضامن، لما تقدّم^(١) من أنّ هذا القسم بالضمان أشبه .
 قوله : «وتصحّ الحوالة - إلى قوله - قيل : لا» .

لا إشكال في جواز الحوالة بهال الكتابة بعد حلول النجوم، لثبوته في ذمّة المكاتب . أمّا قبل الحلول فمنعه الشيخ^(٢) (رحمه الله) بناءً على جواز تعجيز نفسه، فله أن يمتنع من أدائه . والأقوى الجواز، لمنع جواز التعجيز . وعلى هذا فلا يعتق العبد بالحوالة، لأنها ليست في حكم الأداء، بل في حكم التوكيل عليه بقبضها، وإن افترقا بكون الحوالة لازمةً . وحينئذٍ فلو أعتق السيّد المكاتب بطلت الكتابة، ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة، لأنّ المال صار لازماً له للمحتال، والبطلان طارٍ، ولا يضمن السيّد ما يغرمه من مال الحوالة .

قوله : «ولو باعه السيّد سلعةً فأحاله بثمنها جاز» .

لأنّ حكم المكاتب حكم الأحرار في المدائيات، فيثبت في ذمّته للسيّد ثمن ما اشتراه منه، وتصحّ له الحوالة للسيّد بالثمن . وإنّما خصّ البيع ولم يذكر حكم مطلق الدّين مع اشتراكهما في المعنى للتنبية على خلاف الشيخ^(٣) - رحمه الله - في مسألة البيع، حيث إنّه يمكن فسخ الكتابة بناءً على أصله من جوازها من جهته، فيوجب استحقاق السيّد شيئاً على عبده، بخلاف ما لو باعه أجنبيّاً وأحاله على المكاتب بثمنه، فإنّه لا سبيل له إلى إسقاطه ولو فسخت الكتابة، فإنّه يثبت في ذمّته .

(١) في ص : ٢١٥ .

(٢) في هامش «و» و «ن» : «في الفرق بين الكتابة قبل حلول النجم وبعده نظرٌ، فإنّ ذلك إنّما يمتنع جوازها على ظاهر كلام الشيخ رحمه الله . منه رحمه الله . لاحظ المبسوط ٢ : ٣٢٠ .

(٣) المبسوط ٢ : ٣٢١ .

ولو كان له على أجنبيّ دَينٌ، فأحال عليه بهال الكتابة صحّ، لأنّه يجب تسليمه.

وأما أحكامه فمسائل:

الأولى: إذا قال أحلتك عليه فقبض، فقال المحيل: قصدت الوكالة، وقال المحتال: إنّها أحلتني بما عليك، فالقول قول المحيل، لأنّه أعرف بلفظه. وفيه تردّد.

قوله: «ولو كان له على أجنبيّ . . . الخ».

ضمير «له» يعود إلى المكاتب، والمحال هو السيّد. والمراد أنّه إذا كان للمكاتب دَينٌ على أجنبيّ غير السيّد، فأحال سيّده بهال الكتابة على ذلك الأجنبيّ الذي للمكاتب عليه دَينٌ، صحّت الحوالة، لأنّه يجب على المديون تسليم ما للمكاتب عليه إليه أو إلى مَنْ يرتضيه. وحينئذٍ فتبرأ ذمّة المكاتب من مال الكتابة ويتحرّر، لأنّ^(١) الحوالة بمنزلة الأداء، سواء أدى المحال عليه المال إلى السيّد أم لا، حتى لو أفلس به لم يتغيّر الحكم، لأنّ ما أحاله به دَينٌ ثابت. ولو كانت الحوالة ببعض مال الكتابة كان بمنزلة قبض البعض، حتى لو أعتقه سقط عن المكاتب الباقي ولم تبطل الحوالة^(٢).

قوله: «إذا قال . . . الخ».

مرجع هذا الاختلاف إلى أنّ لفظة الحوالة التي اتّفقوا على استعمالها بينهما هل قُصد معناها المتعارف هنا أو معنى الوكالة؟ حيث إنّ الوكالة من العقود الجائزة التي لا تنحصر في لفظٍ، بل يكفي فيها ما دلّ على الإذن فيما وكلّ فيه، ولفظ الحوالة صالح له.

وجه تقديم قول المحيل ما ذكره المصنّف من أنّه أعرف بلفظه، أي بالمقصود

(١) في «ه»: «و» ولأنّ.

(٢) في «ب» و«س»: «الكتابة». وفي «و» أنّ في نسخة (الكفالة): وهو تصحيف.

من لفظه، إذ لا نزاع بينها في اللفظ، إنّما النزاع في مدلول اللفظ والمقصود منه، واللافت أعرف بقصده من غيره، بل عند خفاء دلالة اللفظ لا تعرف إلاّ من قبله، فيكون قوله مقدّماً فيه بيمينه. ويعضده أيضاً أصالة بقاء حقّ المحيل في المال المحال به، وأصالة بقاء حقّ المحتال على المحيل.

ووجه التردّد كما ذكر، ومن دلالة اللفظ ظاهراً على الحوالة، واحتياج دلالته على الوكالة إلى القرائن، والأصل عدمها.

وربّما قيل بأنّ لفظ الحوالة حقيقة في العقد المخصوص ومجاز في الوكالة، واللفظ إذا تجرد عن القرائن إنّما يحمل على حقيقته دون مجازه، حذراً من الإغراء بالجهل لو أريد غير الحقيقة، مع عدم نصب قرينة عليه. وإذا كان كذلك فدعوى المحيل مخالفة للأصل فلا تسمع. وحينئذٍ فما معه من الأصلين الآخرين قد زال بالحوالة الصادرة بينهما، التي الأصل فيها الحقيقة والصحة.

وهذا التوجيه حسن لو سلمنا كون الحوالة مجازاً في الوكالة. لكنّه محلّ نظر، لأنّ الوكالة لما كانت تتحقّق في ضمن كلّ لفظٍ يدلّ على الإذن بطريق الحقيقة، وكانت الحوالة مؤدّية لذلك، لأنّ معنى أحلتك كما يحتمل تحويل المال من ذمّة إلى ذمّة يحتمل إرادة تحويل المطالبة من المحيل إلى المحتال، ففائدتها تسليطه على المحال عليه. أو نقول: إنّ دلالتها على الإذن للمحتال حاصلة على التقديرين، وإنّما الكلام في المعنى الزائد على الإذن، وهو تحويل الحقّ. وكون المراد منها هو الحوالة بالمعنى المتعارف أظهر لا شبهة فيه، لكنّه لا يدلّ على مجازيّة الآخر، لجواز كونه من باب المشترك الذي يراد منه أحد معانيه بقرينة. فمرجع الأمر إلى أنّه هل هو من باب الحقيقة والمجاز، أو من باب المشترك الذي دلّت القرائن على إرادة أحد معنييه؟ وتظهر الفائدة في كون الفرد الآخر حقيقة أو مجازاً. وبواسطة ذلك يختلف الحكم كما سبق تقريره.

فإن قيل: المتبادر من معنى لفظ الحوالة عند إطلاقه هو المعنى المتعارف لها،

ولا يفهم منه إرادة الوكالة إلا بانضمام قرائن خارجية، فبدل على كونها حقيقة في معناها المذكور دون الوكالة، لما تقرّر في الأصول من أنّ ذلك من علامة الحقيقة والمجاز.

قلنا: هذه العلامة لاتتمّ في المشترك، لأنّه مع وجود قرينة تعين أحد معانيه يتبادر الذهن إلى إرادته، مع عدم كون الآخر مجازاً إجماعاً، ومع عدم قرينة معيّنة لا يتبادر أحدها، فيلزم على هذا أن يكون إطلاقه عليها بطريق المجاز، كما أن إطلاقه على غير المتبادر إليه بطريق المجاز أيضاً. وهو باطل قطعاً، ألا ترى أنّ من قال لغيره: إشر الشيء الفلاني بالعين، يتبادر إلى الذهن قطعاً أنّه لا يريد به عين الركبة ولا الباصرة، مع أنّ إطلاق العين عليهما بطريق الحقيقة. ثمّ يحتمل أن يريد به ما قابل الدّين فيصلح لسائر أعيان الأموال، ويحتمل أن يريد به الذهب فيخرج غيره من الأعيان، ويدخل الدّين إذا كان ذهباً، فلا يدلّ عدم المبادرة إلى أحدهما على أنّها مجازان فيه. ثمّ لو ضمّ إلى لفظ الأمر السابق قوله: «لا بالدّين» تبادر إلى الذهن إرادة المعنى الأوّل من المعنيين، ومع ذلك لا يدلّ على أنّ إطلاقه على الباقي بطريق المجاز. وحيث إنّ إطلاق الأصوليين كون ذلك من علامات الحقيقة والمجاز يحتاج إلى التنقيح. وقد تنبّه له بعض الأصوليين.

فإن قيل: الحوالة حقيقة شرعية في العقد المخصوص، وإطلاقها على الوكالة إنّما هو بطريق اللغة، وإذا تعارضت الحقيقتان فالشرعية مقدّمة. ويعضدها أيضاً دلالة العرف على إرادة المعنى الشرعي، والعرفية مقدّمة على اللغوية.

قلنا: دلالتها على الوكالة أيضاً بطريق الشرع، لأنّ الوكالة لما كانت شرعاً حقيقة في الإذن في التصرف كيف اتفق وبأيّ لفظ دلّ عليه، كما هو شأن العقود الجائزة، وكانت الحوالة دالة عليه أيضاً، فإطلاقها عليها إذا أرادها اللفظ يكون بطريق الحقيقة الشرعية وإن وافقها مع ذلك اللغة. وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح أحد معنيي المشترك، وهو لا يخرج الفرد الآخر

عن الحقيقة .

فإن قيل : سلّمنا صلاحيتها لذلك ، لكنّه يستلزم كون لفظ الحوالة مشتركاً بين المعنيين . ولو حملناها على الوكالة بطريق المجاز يندفع الاشتراك ، وقد تقرّر في الأصول أنّ المجاز أولى من الاشتراك عند التعارض .

قلنا : لا نسلم أولويته أولاً ، بل قد قال جمع من المحقّقين بأولويّة الاشتراك . سلّمنا ، لكن ذلك إذا لم يثبت الاشتراك ، وقد أثبتناه ، فلا يتم الترجيح .

وإذا ثبت ذلك فدعوى المحيل إرادة الوكالة تكون دعوى لإرادة بعض أفراد الحقيقة ، إلّا أنّه خلاف الظاهر . ودعوى المحتال الحوالة توافقه . ولكن بهذا لا يندفع الأصولان المتقدّمان ، وهما أصالة بقاء حقّ المحيل وحقّ المحتال . إنّما ينتفيان لو كانت الحوالة مجازاً في الوكالة كما سلف ، أمّا إذا كانت حقيقةً فيها فلم يقع ما يرفع ذنبك الأصليين . لكن يرجع الأمر إلى تعارض الأصل والظاهر . فإن قدّمنا الأوّل - كما هو الراجح في استعماهم - فالقول قول المحيل كما اختاره المصنّف وجماعة^(١) . وإن قدّمنا الظاهر فالقول قول المحتال ، كما لو جعلناها مجازاً في الوكالة . ويتفق التوجيهان .

وبعد ذلك كلّه ، فالقول بتقديم قول المحتال قويّ ، إمّا مراعاةً للحقيقة ، أو لقوة هذا الظاهر حتى كاد يلحق بها ، وقد رجّحوا الظاهر في موارد لا يقصر هذا عنها ، أو لتساقط الأمرين فيحكم له بملك ما تحت يده ، لأنّ الأصل في اليد الملك .

وبهذا ظهر فائدة تقييد التنازع المذكور بكونه بعد القبض . فقول بعضهم^(٢) : إنّ الاختلاف قبل القبض وبعده لانجد فيه فرقاً ليس بجيّد . وإنّما يتّجه عدم الفرق لو سلّم أنّ الحوالة مجاز في الوكالة ، فإذا أطلقت وحملت على الحقيقة تعيّن فيه الأداء

(١) منهم الشيخ في المبسوط ٢ : ٣١٤ - ٣١٥ ، والعلامة في القواعد ١ : ١٨٢ ، والصيمري في تلخيص الخلاف ٢ : ١٢٨ .

(٢) في هامش «هـ» ، و«ن» : هو المحقّق الشيخ علي رحمه الله في شرح القواعد . منه رحمه الله . لاحظ جامع المقاصد ٥ : ٣٧٨ .

أمّا لو لم يقبض واختلفا، فقال: وكلتكَ، فقال: بل أحلّنتي [بما عليك]، فالقول قول المحيل قطعاً،

إلى المحتال، لأنّه صار ملكه، سواء قبض أم لم يقبض .
قوله: «أمّا لو لم يقبض ثم اختلفا فقال: وكلتكَ، فقال: بل أحلّنتي، فالقول قول المحيل قطعاً».

الكلام هنا متفرّع على ما سبق، فإن قلنا: إنّ لفظ الحوالة مجاز في الوكالة فعدم الفرق واضح، والقطع ممنوع، بل الوجهان آتيان فيه . وتقديم قول المحتال أوضح، لاتفاقهما على وقوع اللفظ الناقل للملك، فلا تقدح دعوى المجاز، وإلاّ لتوجّه في كلّ عقد يدعى في لفظه إرادة غير معناه الحقيقي، وهو باطل . وإن جعلناها حقيقةً في الوكالة أيضاً تعارض الأصل والظاهر، ولا ترجيح من جهة القبض كما تقدّم . فيمكن أن يكون قطع المصنّف من جهة ترجيح الأصل، لأنّه الغالب، معتضداً ما سبق بأصالة عدم ملك المحتال له، بخلاف ما في يده .

وأما توجيه^(١) الفرق بأن الحوالة استيفاء، والاستيفاء إنّما يثمر الملك بالقبض، فقبله لا يتحقّق الملك، فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف (فليس) بسديد، لأنّ الحوالة وإن جعلناها استيفاءً نقول: إنّها بمنزلة واقعاً، لا بمنزلة التوكيل فيه، لأنّ الحوالة تفيد النقل والملك - وإن لم يحصل القبض - إجماعاً، حتى لو أراد المحيل بعد الحوالة وقبل القبض دفع البدل لم يملك ذلك بدون رضا المحتال .

إذا تقرّر ذلك فنقول: إن قدّمنا قول المحتال فالحكم واضح، فإن كان قبض برئت ذمّة المديون من مقدار المال، لأخذه بزعمه منه قهراً فيقاصّه في مقداره، وذمّة المحال عليه إن كانت مشغولة، لثبوت الحوالة ظاهراً، وإن لم يقبض فله المطالبة . هذا إذا حلف، وإن نكل حلف المديون وبطلت الحوالة .

(١) في هامش «و»: «الموجّه المحقّق الشيخ علي أيضاً في الشرح». راجع جامع المقاصد ٥: ٣٧٨ .
ويلاحظ أنّ الجواب المذكور هنا ورد فيه أيضاً .

ولو انعكس الفرض، فالقول قول المحتال.

وإن قدّمنا قول المحيل ولم يكن المحتال قد قبض، بطلت وكالته بإنكاره وحوالته بحلف المديون، وله أن يطالب المديون بحقه، لبقائه بزعم المديون في ذمته، مع احتمال عدمه، لزعمه أن لا حق له على المديون بالحوالة، وأن حقه على المحال عليه.

وإن كان قد قبض وكان المقبوض باقياً فعليه تسليمه للمحيل، وله مطالبة المحيل بحقه، لأنه إن كان وكيلاً فحقه باقٍ على المديون، وإن كان محتالاً فقد استرجع المحيل ماله منه ظلماً، فله الرجوع عليه ببدله. وهذا بخلاف ما لو لم يقبض، حيث توجه احتمال عدم مطالبة المديون، لاعترافه ببراءته ثم، وأما هنا وإن كان قد برئ بالحوالة بزعمه إلا أن ذمته اشتغلت بظلمه ثانياً.

ولو كان المقبوض تالفاً، فإن كان تلفه بتفريطٍ فعليه بدله للمحيل، ويرجع عليه كما مر. وإن كان بغير تفريطٍ ففي ضمانه له وجهان: أحدهما عدم الضمان، لأنه إما وكيل بزعم المحيل فلا يضمن المال، إذا لم يفرط، أو محتال فهو ماله. والثاني الضمان، لأنه وإن كان وكيلاً ظاهراً إلا أنه قبض المال لنفسه، والوكيل يضمن بذلك، لأنه خيانة. وعلى الأول ليس له مطالبة المحيل بحقه وإن كان المحيل يزعم بقاءه، لاعتراف المحتال باستيفاء حقه بزعمه.

قوله: «ولو انعكس الفرض فالقول قول المحتال».

بأن قال المديون بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة: قصدت الحوالة، وقال المحتال: بل وكلتني، فيقدّم هنا قول مدعي الوكالة - وهو المحتال - بيمينه، لأصالة بقاء الحقيين السابقين، والمحيل يدعي خلافهما وانتقالهما، فكان عليه البيّنة. وتظهر فائدة هذا الاختلاف عند إفلاس المحال عليه، ونحوه. وتوجيه هذا الحكم كما سبق اعتراضاً وجواباً، فيأتي فيه الوجهان، لرجوع الأمر إلى دعوى خلاف الظاهر أو خلاف الحقيقة.

ونقول هنا: إن قدّمنا قول المحتال وحلف، فإن لم يكن قبض المال فليس له قبضه، لأن إنكار المحيل الوكالة يقتضي عزله لو كان وكيلاً، وله مطالبة المحيل

الثانية: إذا كان له دين على اثنين، وكلّ منهما كفيل لصاحبه، وعليه لآخر مثل ذلك، فأحاله عليهما صحّ، وإن حصل الفرق في المطالبة.

بحقه. وهل للمحيل الرجوع على المحال عليه؟ وجهان، من اعترافه بتحوّل ما كان عليه إلى المحتال، ومن أنّ المحتال إن كان وكيلاً فإذا لم يقبض بقي حقّ المحيل، وإن كان محتالاً فقد ظلم المحيل بأخذ المال منه، وما على المحال عليه حقّه، فللمحيل أن يأخذه عوضاً عمّا ظلم به. وإن كان قد قبض المال فقد برئت ذمّة المحال عليه على التقديرين.

ثمّ إن كان المقبوض باقياً ففي جواز تمّلكه له، أو وجوب ردّه على المحيل، وجهان، مأخذهما أنّه جنس حقّه، وصاحبه يزعم أنّه ملكه، واعترافه بأنّه ملك المحيل، وأنّه المخير في جهة الأداء. والأول أجود.

وإن كان تالفاً فإن كان بتفريطٍ ضمنه للمحيل وطالبه بحقه. وقد يمكن التناص. وإن لم يكن بتفريطٍ ففي ضمانه وجهان، مأخذهما ثبوت كونه وكيلاً ظاهراً، فيده يد أمانة، وأنّه لا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في إثبات الوكالة، ليسقط عنه الضمان، لأنّ يمينه إنّما كانت على نفي ما يدّعيه المحيل، لا على إثبات ما يدّعيه.

وإن قدّمنا قول مدّعي الحوالة فحلف برئ من ذنّب المحتال، وكان للمحتال مطالبة المحال عليه، إمّا بالحوالة أو بالوكالة. ويتملّك ما يأخذه إمّا قصاصاً على زعمه، أو لأنّه عين حقّه، كما اقتضاه الظاهر.

واعلم أنّ هذا البحث كلّه إذا لم ينضمّ إلى لفظ الحوالة ما لا يحتمل الوكالة، كما لو قال: أحلتك بالمائة التي لك عليّ على المائة التي لي على زيد، فإن هذا لا يحتمل إلا حقيقة الحوالة، فالقول قول مدّعيها قطعاً، لامتناع إرادة المجاز أو الفرد المرجوح. ولو لم يتفق على جريان لفظ الحوالة، بل قال: أحلتك فقال: بل وكّلتني، أو بالعكس، فالقول قول منكر الحوالة قطعاً، لأصالة عدمها من غير معارضٍ.

قوله: «إذا كان له دين على اثنين . . . الخ».

لابدّ قبل تحقيق الحكم في هذه المسألة من تقرير مقدّمة تبنى عليها، وهي أنّ

الضمان عندنا ناقل للمال من ذمّة المضمون إلى ذمّة الضامن، لا ضامٌ لذمّته إلى ذمّته .
ومخالفونا جعلوه بمعنى الضمّ، كما قد سمعته غير مرّة .

وحينئذٍ فنقول: إذا كان لشخصٍ على اثنين ذنّين، ولنفرضه كما فرضه الشيخ^(١) (رحمه الله) ألفاً، على كلّ واحدٍ خمسمائة، فإذا كفل كلّ واحدٍ منها صاحبه، أي ضمن ما عليه، فلا يخلو: إمّا أن يقرّنا أو يتلاحقا. وعلى التقديرين: إمّا أن يميز المضمون له الضمانين أو أحدهما، أو لا يميزهما. ثمّ إمّا أن نقول بكون الضمان ناقلاً أو ضامّاً.

فإن أجاز الضمانين وكانا متلاحقين إجتمع الجميع في ذمّة الأخير. وإن كانا مقترنين إنتقل ما في ذمّة كلّ واحدٍ منها إلى ذمّة الآخر، وبقي الأمر كما لو لم يميزهما، في استحقاقه في ذمّة كلّ واحدٍ خمسمائة. وإن أجاز أحدهما خاصّة صار الجميع في ذمّة مَنْ أجاز ضمانه، النصف بالأصالة والآخر بالضمان. وعلى مذهب مخالفينا لو أجاز ضمانها صار مخيّراً في مطالبة كلٍّ منها بالألف.

ثمّ لو أحال صاحب الحقّ عليهما ثالثاً بالألف، وقد ضمنا وأجاز ضمانهما، فعندنا يأخذ من كلّ واحدٍ خمسمائة، لعدم تأثير الضمان من هذه الحيثيّة. وأمّا مَنْ جعله ضامّاً فاختلفوا هنا، فبعضهم^(٢) منع من هذه الحوالة، لأنّه لم يكن له إلّا مطالبة واحدٍ منها، فلا يستفيد بالحوالة زيادةً، كما لا يستفيد زيادة قدرٍ وصفة. وبعضهم^(٣) جوّز ذلك للأصل، ولعدم اعتبار هذا الارتفاق في المنع، كما لو أحاله على مَنْ هو

(١) في هامش «هـ، و، ن»: «قال الشيخ في المبسوط: لو كان له على رجلين ألف، ولرجلٍ عليه ألف، فأحاله بها على الرجلين، وقبل الحوالة، كان جائزاً، فإن كان كلّ واحدٍ منها ضامّاً عن صاحبه فأحاله عليهما لم تصحّ الحوالة، لأنّه يستفيد بها مطالبة الاثنين كلّ واحدٍ منها بالألف، وهذا زيادة في حقّ المطالبة بالحوالة، وذلك لا يجوز. ثمّ قال: وقيل: إنه يجوز له أن يطالب كلّ واحدٍ منها بألف، فاذا أحذه برئ الآخر. وهذا قريب. هذا لفظه. منه رحمه الله». راجع المبسوط ٢: ٣١٧-٣١٨.

(٢) و (٣) المهذب للشيرازي راجع المجموع ١٣: ٤٢٩.

الثالثة: إذا أحال المشتري البائع بالثمن، ثم ردّ المبيع بالعيب السابق بطلت الحوالة، لأنها تتبع البيع. وفيه تردّد.

أملى منه وأحسن وفاةً.

إذا تقرّر ذلك، فالشيخ (رحمه الله) ذكر هذه المسألة في المبسوط، وحكم فيها بعدم الصّحة، معللاً بما ذكرناه من زيادة الارتفاق. وهذا لا يتمّ إلّا على القول بأنّ الضمان بمعنى الضمّ - كما قد بيّناه - إذ على تقدير النقل لم يستفد زيادة ارتفاق، بل بقي الحكم كما كان. ومع ذلك فهو موضع نظر، لأنّ هذا الارتفاق لا يصلح للمانعية، والمعروف من مذهبنا هو النقل، فالبحت كلّه ساقط.

والمصنّف (رحمه الله) وافق الشيخ على تصوير المسألة الذي^(١) لا يتمّ إلّا على القول بالضمّ، وهو لا يقول به، وخالفه في الحكم، وحكم بالصّحة منبهاً على أنّ الرفق المذكور غير مانع بقوله: «وإن حصل الرفق في المطالبة».

والظاهر أنّ المصنّف - رحمه الله - لم يذكر المسألة إلّا على وجه التفريع والتنبية على أنّ ما حكم به الشيخ لا يتمّ وإن بني على ذلك الأصل، نظراً إلى أنّ زيادة الرفق لا تمنع، كما لو أحال على من هو أكثر ملاءة. وأمّا ذكر^(٢) الشيخ لها فيشعر بذهابه إلى كونه بمعنى الضمّ، إذ لا يتمّ إلّا عليه. والمصنّف (رحمه الله) قد لوّح في المسألة بالخلاف فيما سبق في موضعين، أحدهما قوله: «على قول مشهور لنا»^(٣)، والآخر قوله: «على القول بانتقال المال»^(٤)، كما نبهنا عليه في الموضعين. ويمكن أن يكون الشيخ (رحمه الله) فرّع على مذهب المخالفين وإن لم يشر إليه، فقد اتفق له ذلك في المبسوط في مواضع.

قوله: «إذا أحال المشتري - إلى قوله - وفيه تردّد».

منشأ التردّد: من أنّ الحوالة تابعة للبيع، فإذا بطل البيع بطلت، لاستحالة

(١) في «م، و» التي.

(٢) كذا في «س، و». وفي غيرهما: وأمّا ما ذكر الشيخ لها

(٣) تقدّم في ص: ١٨٣.

(٤) تقدّم في ص: ٢٠٨.

وجود التابع من حيث هو تابع بدون متبوعه . وهو مذهب الشيخ^(١) (رحمه الله) . ومن أن الحوالة ناقلة للمال إلى ذمة المحال عليه في حال كون المحتال مستحقاً للدين في ذمة المشتري ، فلا يزيله الفسخ المتعقب ، لأنه أبطل العقد من حينه لا من أصله . وتردّد العلامة^(٢) في ذلك كالمصنّف .

وربما بُني الوجهان على أن الحوالة هل هي استيفاء ما على المحيل؟ نظراً إلى عدم اشتراط القبض فيها ولو كان الحَقَّان من الأثان ، ولتحقق براءة ذمة الأمر^(٣) بمجردَها ، ولأنها لو كانت اعتياضاً كانت بيع دَيْنٍ بمثله . أو اعتياضٌ إلتفاتاً إلى أنه لم يقبض نفس حقه ، بل أخذ بدله عوضاً عنه ، وهو معنى الاعتياض؟ فعلى الأول تبطل ، لأنها نوع إرفاقٍ ، وإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق ، كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحاً ثم فسخ ، فإنه يرجع بالصحاح . وعلى الثاني لا يبطل ، كما لو اعتاض البائع عن الثمن ثوباً ثم فسخ ، فإنه يرجع بالثمن لا بالثوب . ولا فرق في ذلك بين كون الرد^(٤) بالعيب بعد قبض المبيع وقبله ، ولا بين أن يتفق الردّ بعد قبض المحتال مال الحوالة وقبله ، ولا بين الفسخ بخيار العيب وغيره من أنواع الخيار والإقالة والفسخ بالتحالف ونحوهما مما لا يبطل البيع من أصله . ولكن المصنّف والجماعة^(٥) مثّلوا بالعيب تبعاً لمن فرض المسألة . وكذا لا فرق بين العيب السابق على البيع واللاحق على وجه يجوز الفسخ ، كالعيب قبل القبض وقبل انقضاء الثلاثة في الحيوان .

(١) المبسوط ٢ : ٣١٦ .

(٢) ارشاد الأذهان ١ : ٤٠٢ .

(٣) في «س ، م» ذمة الآخر .

(٤) في هاش «و» و «ن» : «نبه بالتسوية في الأمرين على الردّ على بعض العامة حيث فرّق بينها ، فأبطلها لو كان الفسخ قبل القبض لابعده ، وعلى آخر حيث حكم بأنّ الفسخ إذا وقع بعد قبض المحتال لا يبطل وقبله يبطل . وكلاهما باطلان . منه رحمه الله» .

(٥) منهم يحيى بن سعيد في الجامع : ٣٠٤ ، والعلامة في القواعد ١ : ١٨١ .

فإن لم يكن البائع قبض المال، فهو باقٍ في ذمّة المحال عليه للمشتري .
وإن كان البائع قبضه، فقد برئ المحال عليه، ويستعيده المشتري من
البائع .

قوله: «فإن لم يكن البائع قبض المال - إلى قوله - ويستعيده المشتري
من البائع» .

هذا تفريع على القول بطلان الحوالة . وتحريره: أن البائع المحتال إن لم يكن
قد قبض المال لم يكن له قبضه، لبطلان الحوالة، فيبقى في ذمّة المحال عليه للمشتري
كما كان، فلو خالف البائع وقبض بعد ذلك لم يقع عنه، لبطلان حقّه . وهل يقع
للمشتري؟ وجهان، مأخذهما بطلان الحوالة فيتبعها الإذن في القبض، لأنّه كان من
لوازمها، فيستحيل تخلفه عن ملزومه، وأنّ الإذن الضمني لا يبطل ببطلان ما كان
في ضمنه، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في الشركة والوكالة . والأوّل أقوى . والفرق
أنّ الحوالة تنقل الحقّ إلى المحتال، فإذا صار الحقّ له ملك قبضه لنفسه بالاستحقاق،
لا للمحيل بالإذن، بخلاف الوكالة والشركة، فإن القبض فيها للمالك، فإذا بطل
خصوص الإذن جاز أن يبقى عمومه، مع أنّ في بقاء الإذن الضمني فيها أيضاً نظراً،
لامتناع بقاء المعنى الضمني بعد ارتفاع المطابقي . وسيأتي - إن شاء الله تعالى -
تحقيقه .

وإن كان قد قبض المال من المحال عليه تعيّن للمشتري، لقبضه بإذنه، فلا
يقصر عن الوكيل، فليس له ردّه على المحال عليه، فلورده عليه فللمشتري مطالبته .
ثمّ إن كان موجوداً فظاهر، وإن كان تالفاً لزمه بدله وإن تلف بغير تفريط، لأنّه قبضه
عن الثمن، فيكون مضموناً عليه .

ولو قلنا بعدم بطلان الحوالة وكان قد قبض برئ المحال عليه، ورجع المشتري
على البائع، ولا يتعيّن حقّه فيما قبضه . وإن لم يكن البائع قد قبض فله القبض .
وللمشتري الرجوع عليه قبل القبض، لأنّ الحوالة كالمقبوض، ومن ثمّ يسقط حقّ
حسب المبيع لو أحال المشتري البائع بالثمن . ويحتمل عدم جواز رجوعه عليه إلى أن
يقبض، لعدم وجود حقيقة القبض، وإن وجد ما هو بمعناه في بعض الأحكام .

أما لو أحال البائع أجنبياً بالثمن على المشتري، ثم فسخ المشتري بالعيب، أو بأمرٍ حادثٍ، لم تبطل الحوالة، لأنها تعلقت بغير المتبايعين، ولو ثبت بطلان البيع بطلت الحوالة في الموضوعين.

قوله: «أما لو أحال البائع - إلى قوله - بغير المتبايعين».

أشار بالتعليل إلى الفرق بين حوالة المشتري البائع وحوالة البائع الأجنبي على المشتري، فإنَّ الحقَّ في الأوَّل كان مختصاً بالمتبايعين بسبب المبيع، فإذا بطل السبب بطلت التوابع، بخلاف حوالة الأجنبي، فإنها لا تبطل وإن حكم بالبطلان ثم، لتعلّق الحوالة بغير المتعاقدين، حيث إنَّ الثمن صار مملوكاً للمحتال الأجنبي قبل فسخ العقد. ونقل الشيخ هنا الإجماع على عدم البطلان^(١). ولا فرق بين أن يكون المحتال قد قبض وعدمه، لأنَّ الناقل للملك هو الحوالة لا القبض.

ويحتمل ضعيفاً البطلان هنا أيضاً، لأنَّ استحقاق المحتال استحقاق المحيل، فإذا بطل حقَّ المحيل بطل تابعه. ووجه ضعفه: أنه تابعه حين الحوالة لا بعد ذلك، لإفادتها الملك حين وقعت بغير معارضٍ.

قوله: «ولو ثبت . . . الخ».

أي في موضع إحالة المشتري البائع وإحالة البائع الأجنبي على المشتري. ووجهه: أن صحّة الحوالة فرع ثبوت الثمن للبائع على التقديرين، فإذا تبين بطلان البيع من أصله ظهر عدم استحقاق البائع الثمن في نفس الأمر في ذمّة المشتري. وفي الحقيقة الحوالة وقعت في نفسها باطلّة، لا أنّها بطلت بظهور بطلان البيع، وإنما كشف ظهور بطلانه عن بطلانها من رأسٍ.

وحينئذٍ فإن كان البائع أو المحتال لم يقبض فليس له القبض. وإن كان قد قبض رجع المشتري عليه، وله الرجوع على البائع لو كان القابض محتاله، لأنّه قد أوفاه للمحتال عمّا في ذمّته، فقبضه منسوب إليه. وليس للمشتري الرجوع على المحال عليه بعد القبض حينئذٍ، لصدوره بإذنه.

القسم الثالث

في الكفالة

ويعتبر رضا الكفيل والمكفول له، دون المكفول عنه.

قوله: «ويعتبر رضا الكفيل والمكفول له دون المكفول عنه».

لَمَّا كانت الكفالة من جملة العقود اللازمة فلا بد من وقوعها بين اثنين، ولو حكماً، ورضاهما بذلك.

ومدار الكفالة على ثلاثة:

كفيل، وهو هنا بمعنى الفاعل، وإن كان يصلح للمفعول أيضاً، لكنهم اصطلاحاً على وضعه للفاعل، وتخصيص المكفول باسم المفعول.

ومكفول له، وهو صاحب الحق ولو بالدعوى.

ومكفول، وهو من عليه الحق أو الدعوى.

فلا بد من رضا اثنين منهم ليتّم العقد، فالكفيل والمكفول له يتعين رضاهما.

أما الأول فواضح، لأنّ الإنسان لا يصحّ أن يلزمه الحقّ إلاّ برضاه. وأما الثاني فلاّنه صاحب الحقّ، فلا يجوز إلزامه شيئاً بغير رضاه، وبها يتّم العقد.

وأما المكفول فلا يعتبر رضاه، لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحقّ بنفسه أو وكيله، والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يأمره بإحضاره، وغاية الكفالة هي حضور المكفول حيث يطلب. وهذا هو المشهور بين علمائنا وغيرهم.

وللشيخ (رحمه الله) قول باسّراط رضاه^(١)، لأنّه إذا لم يأذن فيها أو يرضى به

وتصحّ حالةٌ ومؤجّلةٌ، على الأظهر. ومع الإطلاق تكون معجّلة. وإذا اشترط الأجل، فلا بدّ أن يكون معلوماً.

لم يلزمه الحضور مع الكفيل، فلم يتمكّن من إحضاره، فلا تصحّ كفالته، لأنّها كفالة بغير المقدور عليه. وهذا بخلاف الضمان، لإمكان وفاء دينه من مال غيره بغير إذنه، ولا يمكن أن ينوب عنه في الحضور. وتبعه ابن إدريس^(١)، وقوّاه في التحرير^(٢). وهو ضعيف، لأنّ مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه. وهو ممنوع، لأنّ المستحقّ متى طلبه وجب عليه الحضور وإن لم يكن مكفولاً إجماعاً. وفائدة الكفالة راجعة إلى إلزام الكفيل بالإحضار حيث يطلبه المكفول له، فإن طلبه منه لم يقصر عن وكيله، وإن لم يطلبه منه لا يجب عليه الحضور معه وإن كان برضاه. إذا تقرّر ذلك: فعلى القول باعتبار رضاه ليس هو على حدّ رضا الآخرين، لأنّ رضاهما لا بدّ معه من اقترانه بالإيجاب والقبول الصادرين على وجههما، أمّا المكفول فيكفي رضاه بذلك كيف اتفق، متقدّماً أو متأخراً أو مقارناً، كما في رضا المضمون.

قوله: «وتصحّ حالةٌ ومؤجّلةٌ على الأظهر».

هذا هو الأصحّ، للأصل، ولأنّ الحضور حقّ شرعي، فلا يمنعه الحلول. واشترط الشيخ^(٣) وجماعة^(٤) فيها الأجل كالضمان. وهو ضعيف.

قوله: «وإذا اشترط الأجل فلا بدّ أن يكون معلوماً».

هذا موضع وفاق، ولأنّ الأجل المجهول يوجب الغرر، إذ ليس له وقت يستحقّ مطالبته فيه كغيره من الآجال. ونبّه بذلك على خلاف بعض العامة^(٥)، حيث اكتفى فيها بالأجل المجهول، لاشتغالها على التبرّع، فيتسامح فيها كالعارية.

(١) السرائر ٣: ٧٧.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٤.

(٣) النهاية: ٣١٥.

(٤) منهم المفيد في المنفعة: ٨١٥ وأبو الصلاح في الكافي: ٣٣٩، وابن حمزة في الوسيلة ٢٨١.

(٥) المهذب للشيرازي راجع المجموع ١٤: ٤٧ - ٤٨.

وللمكفول له، مطالبة الكفيل بالمكفول عنه عاجلاً، إن كانت مطلقةً أو معجّلةً وبعد الأجل إن كانت مؤجّلة. فإن سلّمه تسليماً تاماً فقد برئ. وإن امتنع، كان له حبسه حتى يحضره، أو يؤدّي ما عليه.

وفساده ظاهر، لأنّ العارية غير لازمة، فلا يقدر فيها الأجل المجهول، لجواز المطالبة بالمستعار في الأجل وإن كان معلوماً.

قوله: «فإن سلّمه تسليماً تاماً . . . الخ».

المراد بالتسليم التام أن يكون في الوقت والمكان المعين إن عيناهما في العقد، وفي بلد العقد مع الإطلاق، ولا يكون للمكفول له مانع من تسلمه، بأن لا يكون في يد ظالمٍ، ولا متغلّبٍ يمنعه منه، ولا في حبسه، ولا في موضع لا يتمكّن من وضع يده عليه، لقوّة المكفول وضعف المكفول له، ونحو ذلك، فإذا سلّمه كذلك فقد برئ من عهده. فإن لم يتسلّمه منه وأمكن تسليمه إلى الحاكم سلّمه إليه وبرئ أيضاً. ولو لم يمكن أشهد عدلين بإحضاره إلى المكفول له وامتناعه من قبضه. والأقوى الاكتفاء بالإشهاد وإن قدر على الحاكم، لأنّ مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى من ينوب عنه من حاكمٍ وغيره. وهذا ما يتعلّق بالكفيل إذا بذل.

أمّا إذا امتنع من التسليم التام ألزمه الحاكم به، فإن أبى حبسه حتى يحضره، وله عقوبته عليه كما في كلّ ممتنعٍ من أداء الحقّ. ثمّ إن سلّمه بعد ذلك فلا كلام، وإن أبى وبذل ما عليه فظاهر المصنّف الاكتفاء به في براءته. وعليه الشيخ^(١) - رحمه الله - وجماعة^(٢)، لحصول الغرض من الكفالة. وهذا على تقدير تمامه إنّما يصحّ فيما يمكن أخذه من الكفيل كالمال، فلو لم يمكن كالقصاص، وزوجيّة المرأة، والدعوى بعقوبةٍ توجب حدّاً أو تعزيراً، فلا بدّ من إلزامه بإحضاره مع الإمكان إن لم يكن له بدل، أمّا ما له بدل كالدية في القتل وإن كان عمداً، ومهر مثل الزوجة، وجب عليه البذل.

(١) النهاية: ٣١٥.

(٢) منهم سلّار في المراسم: ٢٠٠ وابن إدريس في السرائر ٢: ٧٨، والعلامة في الإرشاد: ١.

ولو قال: إن لم أحضره، كان عليّ كذا، لم يلزمه إلا إحضاره دون المال. ولو قال: عليّ كذا إلى كذا إن لم أحضره، وجب عليه ما شرط من المال.

وذهب جماعة من الأصحاب منهم العلامة في التذكرة^(١) إلى أنه لا يتعين على المكفول له قبول الحقّ، بل له إلزامه بالإحضار مطلقاً، لعدم انحصار الأغراض في أداء الحقّ، فقد يكون له غرض لا يتعلّق بالأداء، أو بالأداء من الغريم لا من غيره وخصوصاً فيما له بدل، فإنّه بدل اضطراري لا عين الحقّ الذي يتعلّق الغرض غالباً بحصوله. وهذا هو الأقوى.

إذا تقرّر ذلك: فإن رضي المكفول له بالمال وأداه الكفيل، فإن كان قد كفل بإذن الغريم، أو أدى بإذنه وإن كان كفل بغير إذنه، فله الرجوع عليه. وإن انتفى الأمران فإن أمكنه إحضاره فلم يحضره لم يرجع عليه. وكذا إن كفل بإذنه وأدى بغير إذنه مع تمكّنه من مراجعته، لأنّ الكفالة لم تتناول المال اختياراً، فيكون كالمترجّع. وإن تعذّر عليه إحضاره رجع عليه مع إذنه في الكفالة. وفي رجوعه مع عدمها نظر. وظاهرهم أنه يرجع أيضاً.

والفرق بين الكفالة والضمان - في رجوع من أدى بالإذن هنا وإن كفل بغير الإذن، بخلاف الضمان - أنّ الكفالة لم تتعلّق بالمال بالذات، فيكون حكم الكفيل بالنسبة إليه حكم الأجنبيّ، فإذا أداه بإذن من عليه فله الرجوع، بخلاف الضامن، لانتقال المال إلى ذمّته بمجرد الضمان، فلا ينفعه بعد ذلك الإذن في الأداء، لأنّه كإذن الأجنبي للمدبون في أداء دينه. وأمّا إذا أذن له في الكفالة ولم يأذن له في الأداء مع تعذّر الإحضار فإنّ ذلك من لوازم الكفالة، فالإذن في الكفالة إذن في لوازمها.

قوله: «ولو قال إن لم أحضره كان . . . الخ».

هذه المسألة ذكرها الشيخ (رحمه الله) في النهاية^(٢)، وتبعه عليها المصنّف

(١) التذكرة ٢: ١٠٢. راجع أيضاً جامع المقاصد ٥: ٣٩٢ - ٣٩٣.

(٢) النهاية: ٣١٥.

وجماعة^(١) من الأصحاب. ومستندهم في ذلك رواية داود بن الحصين، عن أبي العباس، عن الصادق - عليه السلام - قال: «سألته عن الرجل يكفل بنفس الرجل إلى أجلٍ فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهماً. قال: إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال، وهو كفيل بنفسه أبداً، إلا أن يبدأ بالدراهم، فإن بدأ بالدراهم فهو له ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله^(٢)». وفي روايةٍ أخرى في طريقها أبان بن عثمان، عن أبي العباس قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل كفل لرجلٍ بنفس رجلٍ فقال: إن جئت به وإلا فعليّ خمسمائة درهم. قال: عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم. فإن قال: عليّ خمسمائة درهم إن لم أدفعه إليه، قال: تلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه^(٣).

وإنما ذكرنا الروایتين ليرتّب عليهما الكلام في حكم المسألتين، والفرق بينهما. وقد عرفت منها أنّ قول المصنّف في الثانية: «لزمه المال» ليس بجيدٍ، بل يجب تقييده بما قيّد في الرواية بقوله: «إن لم يحضره» ونحوه. لكن الشيخ (رحمه الله) مع ذكره للروایتين في التهذيب ذكر المسألتين كما ذكره المصنّف من لزوم المال في الثانية من غير قيّد^(٤). وتبعه المصنّف هنا والعلامة في القواعد^(٥) والإرشاد^(٦). وقد تنبّه المصنّف

(١) منهم العلامة في التذكرة ٢: ١٠٢، والشهيد في اللمعة: ٨٥، وابن فهد في المهذب البارع ٢: ٥٣٢ - ٥٣١.

(٢) الفقيه ٣: ٥٤ ح ١٨٧، التهذيب ٦: ٢٠٩ ح ٤٨٨، الوسائل ١٣: ١٥٧ ب «١٠» من أبواب أحكام الضمان ح ٢.

(٣) الكافي ٥: ١٠٤ ح ٣، التهذيب ٦: ٢١٠ ح ٤٩٣، الوسائل ١٣: ١٥٧ ب «١٠» من أبواب أحكام الضمان ح ١.

(٤) ولكن عبارة الشيخ في النهاية: ٣١٥ هكذا: «فإن قال: عليّ كذا إلى كذا إن لم أحضر فلاناً ثم لم يحضره وجب عليه ما ذكره من المال».

(٥) قواعد الأحكام ١: ١٨٣.

(٦) إرشاد الأذهان ١: ٤٠٣.

لذلك في النافع فقال: كان ضامناً للمال إن لم يحضره في الأجل^(١). وكذلك العلامة في التحرير^(٢) والتذكرة^(٣). فهذا ما يتعلّق بحكم المسألة والتقصير في تأديتها. ثمّ يبقى الإشكال في الفرق بين المسألتين بمجرد تقديم الجزاء على الشرط وتأخيره، فإنّ ذلك لا مدخل له في اختلاف الحكم، لأنّ الشرط وإن تأخّر فهو في حكم المتقدّم، إلّا أنّ الجماعة جمدوا على النصّ، ومع ذلك لم يوفوا بقيوده كما عرفت. ويبقى الكلام في المستند، فان في سند الروایتين ضعفاً وجهالة في بعض رجالهما، فالاستناد إليهما في هذا الحكم المخالف للقواعد الشرعيّة والعربيّة لا يخلو من إشكالٍ.

ثمّ إنّ جماعة من الأصحاب لهم في الاعتذار عن ذلك وجوه:

(منها): الجمود على النصّ من غير تعبٍ على تعليلٍ ولا التفاتٍ إلى مخالفٍ. وهو طريقة الشيخ ومتابعيه. ومع ذلك لا يتحاشون من عدم صحّة المستند، كما قد علم ذلك من طريقة الشيخ «رحمه الله»، سيّما في النهاية التي قد ذكر فيها هذه المسألة، فإنّه يذكر فيها ما وردت به النصوص مع ضعف كثيرٍ منها. ولا يخفى ما في هذه الطريقة من الخطر، خصوصاً في مثل هذا الحكم المخالف للأصول، مع ضعف المستند.

(ومنها): أنّ الحكم في المسألتين إجماعيّ، ومع ذلك منصوص، فلا يمكن العدول عنه بمجرد التباس الفرق بين الصيغتين. وهذا ذكره ابن فهد في المهذب^(٤)، وتبعه المحقّق الشيخ علي - رحمه الله -^(٥) في الشرح.

(١) المختصر النافع: ١٤٣.

(٢) تحرير الأحكام ١: ٢٢٥.

(٣) التذكرة ٢: ١٠٢.

(٤) المهذب البارع ٢: ٥٣٢.

(٥) جامع المقاصد ٥: ٣٩٣.

وفيه نظر، لمنع الإجماع في موضع النزاع، فإنَّ أحداً من الأصحاب لم يدَّعه، والموجود كلامهم في المسألة جماعة بسيرة، والباقون لا نعرف حكمهم فيها. ومع ذلك فقد ذكرها العلامة في المختلف^(١)، وحكى فيها كلام الشيخ ومن تبعه، ثم قال: «وعندي في هذه المسألة نظر»، ثم نقل فيها عن ابن الجنيد حكماً يخالف ما ذكره الشيخ والجماعة، وقال: «إنَّ كلام ابن الجنيد أنسب». وقد عرفت أنَّ للمصنّف وحده فيها قولين هنا وفي النافع، وللعلامة وحده فيها أربعة مذاهب كما سنبينه، فدعوى الإجماع بمثل ذلك عجيب.

(ومنها): ما فرّق به ابن إدريس فقال: إنّه يلزمه ضمان النفس حيث بدأ بضمانها، ويلزمه ضمان المال حيث بدأ بضمانه^(٢). وهو فرق بنفس الدعوى لا يتحصّل له فائدة. قال المصنّف - رحمه الله - في نكت النهاية في ردّه: إنَّ الشرط متقدّم على المشروط طبعاً، فلا عبرة بتأخره وضعاً^(٣).

(ومنها): ما ذكره الشيخ علي (رحمه الله) من أنّ السرّ في لزوم المال إذا قدّمه براءة ذمّة المضمون عنه، فتمتنع الكفالة، وإذا قدّم الكفالة كان الضمان المتعقّب لها - لكونه معلقاً على شرط - باطلاً، ولمنافاة الضمان صحّة الكفالة^(٤).

وهذا السرّ الذي أظهره ناشٍ من ظاهر كلام القواعد^(٥) وما أشبهها - كعبارة المصنّف في الكتاب - حيث أطلقوا لزوم المال في المسألة الثانية. وقد عرفت أنّه في الرواية مشروط بعدم إحضاره، فتكون الكفالة أيضاً صحيحة وإن تأخّرت عن ذكر المال. هذا مع أنّه مع تقديم المال قد جعل ضمانه مشروطاً بعدم إحضاره، فكيف

(١) المختلف: ٤٣٥.

(٢) السرائر ٢: ٧٥.

(٣) لم نجده فيه.

(٤) جامع المقاصد ٥: ٣٩٣.

(٥) قواعد الأحكام ١: ١٨٣.

يقال ببراءة ذمة المضمون عنه حتى يمتنع كفالته؟ وما هذا إلا رجوع إلى فرق ابن إدريس الذي لم يُجد نفعاً.

ومع تقديم الكفالة قد ذكر في الرواية أنه إن جاء به في الأجل فليس عليه مال، ومفهوم الشرط أنه إن لم يجئ به لزمه المال، فدلّ بمفهومه على خلاف ما ذكره الجماعة وأبداه من الفرق، إلا أن لا يقولوا بمفهوم الشرط.

وأيضاً فإنّ المسألة أعمّ من كون المكفول على مالٍ وغيره، من قتلٍ وزوجيةٍ وغيرهما مما لا يقبل الضمان. وعلى تقدير المال فما جعله الضامن عليه من كذا في الأولى، وخمسائة في الثانية، ومطلقاً في كلام الجماعة، أعمّ من كونه مساوياً للحقّ الذي على المكفول وزائداً وناقصاً، ومائلاً له في الجنس ومخالفاً. والضمان الذي ادّعوه في بيان الفرق لا يتم إلا في قليلٍ من هذه الأقسام كما لا يخفى.

وأيضاً ليس في العبارة التي ذكروها في المسألتين لفظ يدلّ على كفالة صحيحة شرعاً، وإنما الموجود فيها ضمان معلق على شرطٍ تقدّم أو تأخّر. وأمّا الكفالة فهي مجعولة شرطاً، ومجرد ذلك لا يكفي في عقد الكفالة. ولو قيل: إنه أتى قبل ذلك بلفظٍ يدلّ عليها، فتقدير مثل ذلك خارج عن مدلول المسألتين، ومبطل للسّر الذي ادّعوه في الفرق بينها.

وأما لفظ الرواية فيمكن أن يستفاد منه كونه كفلاً كفالة صحيحة قبل ذكر الشرط وجزائه، كما يستفاد من قوله: «يكفل بنفس الرجل إلى أجلٍ فإن لم يأت به» إلى آخره، فإنه جعل الشرط متعقباً لكفالة فرضها، فلا بدّ من سبق كفالة على ما ذكر في المسألتين. وهذا تقصير آخر في عبارة الجماعة.

ثمّ يقال^(١) في دعوى الإجماع على هذا الحكم مع تعليله بالسّر المذكور: إنّ الإجماع إن كان على الحكم الذي أظهر سرّه، ومن جملته لزوم المال خاصّة في الثانية،

(١) في «هـ»: تقول. ولعل الصحيح: نقول.

فقد عرفت أنّ القائل به قد خالف نفسه، وأثبت في غير الكتاب حكماً مخالفاً لهذا الحكم، وهو أنّ اللازم هو الكفالة، وأنّ المال لا يضمن إلا إذا لم يحضره، وهو في الحقيقة من لوازم الكفالة - كما تقدّم^(١) على بعض الوجوه - لا دليل على صحّة الضمان، فكيف يتحقّق الإجماع على مسألة قد خالف فيها مثل العلامة والمحقق وابن الجنيد، والشهيد - رحمه الله - أيضاً، فإنّه قيّد لزوم المال بعدم إحضاره في اللمعة^(٢)، وبعض ما حقّقه على المسألة!؟.

وإن كان الإجماع وقع على الحكم مع القيد بطل السرّ المذكور، ومع ذلك يصير ما خلا عنه من العبارات مخالفاً له في الحكم. وهو قول آخر في المسألة.

(ومنها): ما نقله فخر الدين^(٣) - رحمه الله - عن والده أنّه حمل الرواية على أنّه التزم في الصورة الأولى بما ليس عليه، كما لو كان عليه دينار فقال: إن لم أحضره فعليّ عشرة دنائير مثلاً، فهنا لا يلزمه المال إجماعاً، لأنّه التزم بما ليس عليه. أمّا الثانية فإنّه التزم بما هو عليه وهو الدينار مثلاً، فكأنّه قال: عليّ الدينار الذي عليه إن لم أحضره. ولا يخفى بعد هذا الحمل عن إطلاق المال في الصورتين المتقاربتين. بل نقول: مقتضى القواعد العربيّة أنّ المالين في الصورتين واحد، لأنّه قال في الرواية: «فعلية كذا وكذا درهماً» ثمّ قال: «إلا أن يبدأ بالدرهم» فأتى بها معرفة، ومن القواعد المقرّرة أنّ اللفظ إذا تكرر وكان الثاني معرفاً يكون هو الأوّل حملاً للآم على العهديّة، سواء كان الأوّل منكرًا كقوله تعالى: ﴿فأرسلنا إلى فرعون رسولاً فعصى فرعون الرسول﴾^(٤)، أم معرفاً كقوله تعالى: ﴿فإنّ مع العسر يسراً، إنّ مع العسر يسراً﴾^(٥). ومن هنا قيل: لن يغلب عسر يسرين. وأمّا الرواية الثانية فالمال فيها في

(١) في ص: ٢٤٠.

(٢) اللمعة الدمشقية: ٨٥.

(٣) لم نجدّه في الإيضاح.

(٤) الزمّل: ١٥ - ١٦. والآيتان هكذا. ﴿كما أرسلنا إلى فرعون رسولاً فعصى فرعون الرسول﴾.

(٥) الانشراح: ٥ - ٦.

الصورتين متحد القدر، وهو خمسمائة، فلا يصحّ هذا الحمل على الروائتين .
ومع ذلك فيرد على المجيب السابق في دعواه الاجماع على أنّ المراد هو ما أطلقوه، والحال أنّ هذا قول آخر في المسألة غير ما سبق .

وقد صار للعلامة وحده في هذه المسألة أربعة أقوال، هذا أحدها . والثاني: قوله في القواعد^(١) بلزوم المال في الثانية مطلقاً . والثالث في التحرير^(٢) والتذكرة^(٣) بلزوم المال إن لم يحضره . والرابع في المختلف^(٤) بمذهب ابن الجنيد . وهو قول يحتاج تقريره إلى تطويلٍ فأعرضنا عنه هنا .

(ومنها): ما ذكره المقداد (رحمه الله) وقال: إنه حسن^(٥) لم يذكره أحد من الأصحاب . وملخصه: أنّ المراد من الأولى الإتيان بصيغة الكفالة وتعقبها بالتزامه بالمال إن لم يأت به، وذلك يقتضي صحّة الكفالة، لتصريحه بها، وما بعدها من المال أمر لازم للكفالة، لما تقدّم من أنّ مقتضاها لزوم المال للكفيل إن لم يأت به . وأمّا الثانية فإنها تشتمل على ضمانٍ معلقٍ على شرط، والشرط متأخر، فهي إمّا مبنية على جواز الضمان المعلق على شرطٍ، أو أنّ الضمان تمّ بقوله: «عليّ كذا» والشرط بعده منافع له فلا يلتفت إليه، لأنّه كتعقيب الإقرار بالمنافي .

ولا يخفى ما في هذا الفرق من الفساد، خصوصاً الكلام في الثانية . وتحريره: أنّ المال المذكور في الشرط اعمّ من كونه هو المقصود من الكفالة وغيره، كما سبق تقريره، فكونه قد ذكر لازم الكفالة مطلقاً ممنوع . وأمّا الحكم بصحّة الضمان وإلغاء الشرط مع اتصاله به، وكون الكلام جملةً واحدة لا يتمّ إلاّ بآخره، فعجيبٌ، وقياسه

(١) قواعد الأحكام ١ : ١٨٣ .

(٢) تحرير الأحكام ١ : ٢٢٥ .

(٣) التذكرة ٢ : ١٠٢ .

(٤) المختلف : ٤٣٥ .

(٥) التنقيح الرائع ٢ : ١٩٧ - ١٩٨ .

على الإقرار أعجب، فان صيغ العقود كلّها إذا علّقت على الشروط المفسدة يحكم بفسادها وإن تأخر الشرط إجماعاً، والإقرار خارج من البين من جهة أنه إخبار لا إنشاء، وللإجماع عليه .

إذا تقرّر ذلك فنقول: الذي يقتضيه ظاهر الرواية أن الكفالة وقعت بصيغة تامّة في الموضوعين، وتعبّها ما ذكر من الاشتراط، بدليل قوله: «رجل تكفل بنفس رجل» ثمّ قسّمها إلى القسمين، فإنّ التكفل إذا أطلق يحمل على معناه الشرعي، وإنّما يتمّ بذكر لفظٍ يوجبه . وقوله بعده: «فإن لم يأت به فعلية كذا وكذا» إمّا أن يحمل على كون المكفّي عنه هو الحقّ المكفول لأجله، عملاً بقرينة مقتضيات الكفالة . وحينئذٍ فلا إشكال في الأولى، لأنّه يصير كفيلاً أبداً، وما ذكر بعد الكفالة غير منافٍ . ثمّ إن عملنا بمفهوم الشرط فهو ضامن للمال إن لم يأت به إلى الأجل، لأنّ مفهوم «إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال» أنّه إذا لم يجئ به إليه فعلية المال . وحينئذٍ فلا فرق بين الصيغتين، لأنّه حكم في الثانية بهذا الحكم أيضاً، لأنّه قال: «إلا أن يبدأ بالدرهم، فإن بدأ بالدرهم فهو لها ضامن إن لم يأت به إلى الأجل»، ويكون الاستثناء منقطعاً، إذ لم يحصل به إخراج، لاتحاد الحكم في المسألتين، فكأنه بين أنّ الحكم هكذا، إن قدّم الدرهم أو أخرها . وبقي قوله في الرواية الثانية: «عليه نفسه ولا شيء عليه من الدرهم» ناظراً إلى نفس حكم الكفالة، لا إلى ما يترتب عليها عند الإخلال بالإحضار . وإن لم يعمل بمفهوم الشرط أشكل الفرق بين المقامين بما تقدّم .

وإمّا أن يحمل المال الملتزم على ما هو أعمّ من الحقّ، فيكون على سبيل الجعالة، فيلزمه ما التزمه إن لم يأت به في الموضوعين، بإعمال مفهوم الشرط في الأولى، وللتصریح في الثانية . ويناسب هذا الحمل كون الكفالة قد لا تكون غايتها المال، كالقصاص والزوجيّة .

ثمّ على تقدير كون المال مجانساً للمكفول لأجله ينبغي الحكم باحتسابه منه،

ومن أطلق غريباً من يد صاحب الحقّ قهراً، ضمن إحضاره أو أداء ما عليه. ولو كان قاتلاً، لزمه إحضاره، أو دفع الدية.

نظراً إلى اقتضاء الكفالة ذلك. ولو كان مخالفاً احتمل ردّه إليه بالقيمة أيضاً. وإن لم تكن الكفالة لأجل مالٍ فهو التزام وتبرّع محض، وإطلاق الرواية يقتضي صحّته. وعلى ما قرّرناه فمخالفة الرواية للأصول ليس كثيرةً عند إطلاقها، ولو خصّصناها بالمال المقصود حصل المقصود، وإن بقي في عبارة الرواية قصور في البلاغة، حيث اتّحد الحكم في المسألتين، مع كونه قد ردّد بينهما، إلاّ أنّه أسهل من مخالفة الأصول بغير موجب. ومع هذا فإثبات الأحكام الخارجة على تقدير العمل بإطلاقها لا يخلو من بعدٍ، لقصور الرواية عن إثبات مثل هذه الأحكام. ولقد كنّا في سعةٍ من هذا الاختلاف لو اطرحنا أمثال هذه الروايات التي هي من شواذّ الآحاد. وبالله التوفيق.

قوله: «ومن أطلق غريباً من يد صاحب الحقّ قهراً ضمن إحضاره أو أداء ما عليه».

لأنّه غصب اليد المستولية المستحقّة من صاحبها، فكان عليه إعادتها أو أداء الحقّ الذي بسببه ثبتت اليد عليه. وينبغي أن يكون الحكم هنا كما سلف^(١) في الكفيل المتمتع من تسليم المكفول، فيطالب بالتسليم مع الإمكان، لا أن يفوّض التخيير إليه. وحيث يؤخذ منه المال لا رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه، إذ لم يحصل من الإطلاق ما يقتضي الرجوع.

قوله: «ولو كان قاتلاً لزمه إحضاره أو دفع الدية».

لا فرق في ذلك بين كون القتل عمداً وغيره، إذ القصاص لا يجب إلّا على المباشر، فإذا تعدّر استيفاؤه وجبت الدية، كما لو هرب القاتل عمداً، أو مات. ثمّ إن استمرّ القاتل هارباً ذهب المال على المخلص، وإن تمكّن الوليّ منه وجب عليه ردّ

ولابدّ من كون المكفول معيناً، فلو قال: كفلت أحد هذين، لم يصحّ .
وكذا لو قال: كفلت بزبيدٍ أو عمرو. وكذا لو قال: كفلت بزبيدٍ، فإن لم
أت به فبعمره.

ويلحق بهذا الباب مسائل:

الأولى: إذا حضر الغريم قبل الأجل، وجب تسلمه، إذا كان لا
ضرر عليه. ولو قيل: لا يجب، كان أشبه.

الدية إلى الغارم وإن لم يقتص من القاتل، لأنها إنما وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت،
وعدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق. ولو كان تخليص الغريم من يد كفيله،
وتعدّر استيفاء الحق من قصاصٍ أو مالٍ، وأخذ المال أو الدية من الكفيل، كان له
الرجوع على الذي خلّصه لعين ما ذكر في تخليصه من يد المستحق.
قوله: «ولابدّ من كون المكفول معيناً . . . الخ».

وهذه الثلاثة تشترك في إبهام المكفول، فتبطل الكفالة، لأنه لا يعلم المكفول
بعينه ليستحقّ المطالبة بإحضاره. ويزيد الثالث أنّ كفالة عمرو معلقة على شرط،
وهو عدم الإتيان بزبيدٍ، فيبطل من هذا الوجه أيضاً، وكفالة زيد ليست متعيّنة، لأنّ
الكفيل جعل نفسه فيه في فسحةٍ بإحضار عمرو إن اختار، فيرجع إلى الإبهام
كالسابق. وهذا مما لاخلاف فيه.

قوله: «إذا حضر الغريم - إلى قوله - كان أشبه».

القول بوجوب تسلمه قبل الأجل للشيخ^(١) - رحمه الله - بشرط انتفاء الضرر.
والأقوى ما اختاره المصنّف من عدم الوجوب، لأنه غير التسليم الواجب، إذ لم يجب
بعد، فلا يعتد به. ومثله ما لو سلّمه في غير المكان المشروط، أو الذي يحمل الإطلاق
عليه، وإن انتفى الضرر، أو كان أسهل، لما ذكر.

ولو سلّمه، وكان ممنوعاً من تسلّمه بيدٍ قاهرة، لم يبرأ الكفيل. ولو كان محبوساً في حبس الحاكم وجب تسلّمه، لأنّه متمكّن من استيفاء حقّه. وليس كذلك لو كان في حبس ظالم.

الثانية: إذا كان المكفول عنه غائباً، وكانت الكفالة حالّةً، أنظر بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه والعود به. وكذا إن كانت مؤجّلةً، أخر بعد حلولها بمقدار ذلك.

قوله: «ولو سلّمه - إلى قوله - لم يبرأ الكفيل». اعتبر في التسليم التأم الذي لا مانع منه بوجه، كما مرّ^(١)، فلا يعتدّ بالتسليم الممنوع معه من استيفاء الغرض، بقاهر وغيره. وهو واضح.

قوله: «ولو كان محبوساً . . . الخ». الفرق بين الحسين واضح، فإنّ الحاكم لا يمنعه من إحضاره ومطالبته بحقه، بخلاف الظالم، فقد يفرض فيه المنع. ولا بدّ من تقييده بكونه ممنوعاً منه، فلو كان المكفول له قادراً على تسلّمه تاماً في حبس الظالم، بواسطة صحبته للظالم أو قوّته ونحو ذلك، فهو كما لو لم يكن محبوساً. وإنّما أطلق المصنّف والجماعة^(٢) ذلك بناءً على الغالب من تعذّر تسلّمه تاماً كذلك.

وحيث يكون في حبس الحاكم وطالب الحاكم بإحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما، فإذا فرغت الحكومة رده إلى الحبس بالحقّ الأوّل. ولو توجّه عليه حقّ للمكفول له يوجب الحبس، حبسه بهما، وتوقّف فكّه على تخلّصه منهما.

قوله: «إذا كان المكفول . . . الخ». محلّ الإِنظار ذلك المقدار بعد مطالبة المكفول له بإحضاره، لا بمجرد الحلول. والمراد من الغائب هنا مَنْ يعرف موضعه ولم ينقطع خبره، فلو لم يعرف لانقطاع خبره

(١) في ص: ٢٣٦.

(٢) كالشيخ في المبسوط ٢: ٣٣٨، والعلامة في التحرير ١: ٢٢٥، والكركي في جامع المقاصد

الثالثة: إذا تكفل بتسليمه مطلقاً، إنصرف إلى بلد العقد. وإن عين موضعاً لزم. ولو دفعه في غيره لم يبرأ. وقيل: إذا لم يكن في نقله كلفة، ولا في تسلّمه ضرر، وجب تسلّمه، وفيه تردد.

الرابعة: لو اتفقا على الكفالة، وقال الكفيل: لاحق لك عليه، كان القول قول المكفول له، لأن الكفالة تستدعي ثبوت حق.

لم يكلف الكفيل إحضاره، لعدم الإمكان ولا شيء عليه، لأنه لم يكفل المال، ولم يقصر في الإحضار. ولا فرق في الغائب المعلوم محلّه بين المتجاوز لمسافة القصر وغيره، خلافاً لبعض العامة^(١).

قوله: «إذا تكفل بتسليمه . . . الخ».

أطلق المصنّف - رحمه الله - وجماعة^(٢) إنصراف إطلاق الكفالة إلى بلد العقد، لأنه المفهوم عند الإطلاق. وهذا التعليل يتم لو كان محلّ العقد بلد المكفول له، أو بلد قرار لا ينافي الإرادة عرفاً. فلو كان بريّة، أو بلد غريبة، قصدهما مفارقتة سريعاً، بحيث تدلّ القرائن على عدم إرادته، أشكل انصراف الإطلاق إليه. وقد تقدّم^(٣) الكلام على نظيره في السّلم، إلا أنهم لم ينقلوا هنا خلافاً. وعلى كلّ حالٍ فالتعيين أولى. وحيث يعين أو يطلق، ويحضره في غير بلد عينه هو أو الشارع، لا يجب تسلّمه وإن انتفى الضرر، عملاً بالشرط. والمخالف الشيخ^(٤) (رحمه الله) كما مرّ في الزمان^(٥).

قوله: «لو اتفقا على الكفالة . . . الخ».

إنكار الكفيل الحقّ على المكفول إمّا أن يريد به نفيه ابتداءً، بحيث لم يكن

(١) المنهاج راجع السراج الوهاج: ٢٤٢.

(٢) راجع المبسوط ٢: ٣٣٨ والتحرير ١: ٢٢٥ وجامع المقاصد ٥: ٣٨٩ - ٣٩٠.

(٣) في ج ٣: ٤٢٣.

(٤) كما في المبسوط ٢: ٣٣٨.

(٥) في ص: ٢٤٦.

الخامسة: إذا تكفل رجلان برجلٍ، فسلمه أحدهما، لم يبرأ الآخر. ولو قيل بالبراءة، كان حسناً.

وقت الكفالة، أو يريد به نفيه الآن، بأن يكون قد أوفى أو أبرأه المستحق. فإن كان الأول - وهو المراد هنا - فالدعوى راجعة إلى صحة الكفالة وفسادها، فإن شرط صحتها ثبوت حق للمكفول له عند المكفول، والكفيل يدعي فسادها، فلا يلتفت إلى قوله، لأن القاعدة تقديم مدعي الصحة لكن مع يمينه.

لا يقال: يكفي في صحتها مجرد الدعوى وإن لم يكن الحق ثابتاً، وإنكار الكفيل الحق لا يرفع الدعوى، فلا يقتضي بطلان الكفالة.

لأننا نقول: إنكاره لنفس الدّين مع اعترافه بالدعوى لا يؤثر في سقوط حق الإحضار عنه، فلا معنى لإنكاره، لأن غرضه إبطال الكفالة ليسقط عن نفسه وجوب الإحضار، واعترافه بمجرد الدعوى كافٍ في وجوبه. والغرض من المسألة إنكاره حقاً يجوز الكفالة، فيكفي فيه أحد الأمرين: الدعوى وما تضمنته. والحق المنفي في العبارة نكرة تفيد عموم الحق، فيشمل الدعوى.

وعلى هذا فإذا حلف المكفول له، وتعدّر على الكفيل إحضار الغريم، فهل يجب عليه أداء المال من غير بيّنة؟ إحتيالاً، والأقرب عدم الوجوب، لأن الكفالة إنما تستدعي ثبوت الحق لا المال. نعم، لو أقام المدعي البيّنة بالحق وأغرم الكفيل لم يرجع به على المكفول، لاعترافه ببراءة ذمته وأنه مظلوم.

وإن كان المراد الثاني، وهو نفي الحق عن المكفول الآن، فإن مرجع قوله إلى سقوط الكفالة عنه الآن وإن كانت قد لزمّت ابتداءً، فالقول قول المكفول له أيضاً، لأصالة بقاء الحق. وسيأتي - إن شاء الله - بقیة حكمه.

قوله: «إذا تكفل رجلان برجلٍ - إلى قوله - كان حسناً».

ما حسنه المصنّف حسن، لأن المقصود تسلمه له وقد حصل، حتى لو سلم نفسه أو سلمه أجنبي برئ الكفيل، لحصول الغرض، فإذا سلمه أحد الكفيلين أولى. وهل يشترط مع ذلك تسليمه عنه وعن شريكه، أم يكفي الإطلاق، بل

ولو تكفل لرجلين برجلٍ ، ثم سلّمه إلى أحدهما، لم يبرأ من الآخر.
السادسة: إذا مات المكفول، برئ الكفيل.

تسليمه عن نفسه؟ وجهان يأتي مثلها فيما لو سلّم نفسه أو سلّمه أجنبي . ومثله يأتي في وجوب قبول المكفول له قبضه عمّن لم يسلم ، إذ لا يجب عليه قبول الحقّ ممّن ليس عليه لو بذله ، ومن حصول الغرض وهو التسليم . وظاهر إطلاق المصنّف وجماعة^(١) الاجتزاء به مطلقاً . وهو متّجه .

والقول بعدم البراءة للشيخ^(٢) (رحمه الله) محتجاً بتغاير الحقيّن ، ولأنّه لا دليل عليه وهو ضعيف . وتظهر الفائدة لو هرب بعد تسليم الأول .
قوله: «ولو تكفّل . . . الخ» .

الفرق بينه وبين السابق واضح ، فان العقد هنا مع الاثني بمنزلة عقدين ، فهو كما لو تكفّل لكل واحدٍ منها على انفراده ، وكما لو ضمن دينين لشخصين فأدّى ذين أحدهما ، فإنّه لا يبرأ من ذين الآخر، بخلاف السابق ، فإن الغرض من كفالتهما معاً إحضاره وقد حصل .

قوله: «إذا مات المكفول برئ الكفيل» .

أمّا براءته بموته فلا أنّ متعلّق الكفالة النفس وقد فاتت بالموت ، ولأنّ المتبادر من الكفالة إنّما هو الإحضار في حال الحياة ، فيحمل الإطلاق عليه .

ويمكن الفرق بين أن يكون قد قال في عقد الكفالة : كفلت لك حضور بدنه ، أو حضور نفسه ، أو حضوره ، فيجب في الأوّل إحضاره ميّتاً إن طلبه منه ، وإلّا فلا . ويبنى الثاني على أنّ الإنسان ما هو؟ فإن كان الهيكل المحسوس فكذلك ، وإلّا فلا ، إلّا أنّ هذا يضعف بانتفاء الفائدة في إحضار الميت . هذا كلّّه إذا لم يكن الغرض الشهادة على صورته ، وإلّا وجب إحضاره ميّتاً مطلقاً حيث تمكن الشهادة عليه ، بأن لا يكون قد تغيّر بحيث لا يعرف . ولا فرق في ذلك بين كونه قد دفن وعدمه ، لأنّ

(١) منهم العلامة في التذكرة ٢ : ١٠١ ، والفخر في الايضاح ٢ : ١٠١ ، والشهيد في اللمعة : ٨٥ .

(٢) المبسوط ٢ : ٣٣٩ .

وكذا لو جاء المكفول وسلّم نفسه .

فرع

لو قال الكفيل: أبرأت المكفول، فأنكر المكفول له، كان القول قوله، فلورّد اليمين إلى الكفيل فحلف، برئ من الكفالة، ولم يبرأ المكفول من المال .

ذلك مستثنى من تحريم نبشه .

قوله: «وكذا لو جاء المكفول وسلّم نفسه» .

أي سلّم نفسه للمكفول له تسليماً تاماً، فإن الكفيل يبرأ بذلك، لحصول الغرض وهورّده إلى المكفول له . ولا فرق بين وصوله إلى يده بالكفيل وغيره . وقيده في التذكرة بما إذا سلّم نفسه عن جهة الكفيل، فلو لم يسلم نفسه عن جهته لم يبرأ، لأنه لم يسلمه إليه ولا أخذ^(١) من جهته^(٢) . وأطلق في موضع آخر منها البراءة كما هنا^(٣) . وهو أجد .

ولو سلّمه أجنبي عن الكفيل فكذلك . ولو لم يكن عنه فالوجهان، إلا أنه في التذكرة جزم هنا بالتفصيل، وزاد أنه لا يجب على المكفول له قبوله إلا أن يكون التسليم صادراً عن إذن الكفيل، محتجاً بعدم وجوب قبض الحق إلاّ بمن عليه، لكن لو قبل برئ الكفيل^(٤) .

وفي كلّ من هذه الفروع نظر . وإطلاق المصنّف وجماعة يقتضي عدم الفرق . ولعلّه أوجه . وكلام التذكرة مختلف، وسياقه يقتضي التفرّيع عند الشافعية، وأنه لا يرتضيه، إلاّ أن عبارته وقعت مختلفة .

قوله: «لو قال الكفيل . . . الخ» .

إنما كان القول قول المكفول له لأصالة بقاء الحق مع اعتراف الكفيل بثبوتها ابتداءً، لاقتضاء دعوى الإبراء ذلك . هذا مع عدم البيّنة للكفيل على الإبراء .

(١) في المصدر: «ولا أحد . . .» .

(٢، ٣، ٤) التذكرة ٢ : ١٠١ .

السابعة: لو كفل الكفيل آخر، وترامت الكفلاء، جاز.

ثم إما أن يحلف المكفول له على بقاء الحق، أو يرّد اليمين على الكفيل. فإن حلف برئ من دعوى الكفيل وثبتت الكفالة. ثم إذا جاء بالمكفول فادّعى البراءة أيضاً لم يكتف باليمين التي حلفها المكفول له للكفيل، بل عليه له يمينٌ أخرى، لأن هذه الدعوى مستقلة مغايرة لذلك، فإن دعوى الكفيل إنما كانت لبراءة نفسه، وإن لزمها بالعرض دعوى براءة المكفول.

وإن لم يحلف ورّد اليمين على الكفيل - وهو القسم الذي ذكره المصنّف - فحلف الكفيل برئ من الكفالة، ولا يبرأ المكفول من المال، لما ذكرناه من اختلاف الدعويين، ولأنّ الإنسان لا يبرأ من الحقّ بيمين غيره.

نعم، إذا حلف المكفول اليمين المردودة برثاً معاً، وإن كان قد حلف المستحقّ أولاً للكفيل على عدم الإبراء، لسقوط الحقّ بيمين المكفول، فتسقط الكفالة، كما لو أدى الحقّ. وكذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف هو برثاً معاً. قوله: «لو كفل الكفيل آخر وترامت الكفلاء جاز».

لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حقّ على المكفول وإن لم يكن مالاً، صحّ كفالة الكفيل من كفيلٍ ثانٍ، لأنّ الكفيل الأوّل عليه حقّ للمكفول له، وهو إحضار المكفول الأوّل، وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل، وهكذا، وهو معنى التّرامي. ثمّ يختلف حكم الإحضار فيهم، فإنّه متى أحضر الكفيل الأخير مكفوله برئ من الكفالة خاصّة، وبقي على مكفوله إحضار من كفله، وهكذا. ولو أحضر الكفيل الأوّل مكفوله برئ الجميع، لأنهم فرع. وإن أحضر الكفيل الثاني الكفيل الأوّل برئ هو وبرئ من بعده من الكفلاء، وهكذا.

ولو أبرأ المكفول له الأوّل غريمه المكفول الأوّل - وهو الأصيل - برؤوا أجمع، لزوال الكفالة بسقوط الحقّ. ولو أبرأ غيره من كفالته - أي أسقط عنه حقّ الكفالة - برئ من بعده دون من قبله.

ومتى مات واحد منهم برئ من كان فرعاً له، فبموت من عليه الحقّ يبرؤون جميعاً، وبموت الكفيل الأوّل يبرأ من بعده، وبموت الثاني يبرأ الثالث ومن بعده دون

الثامنة: لا تصحّ كفالة المكاتب، على تردّد.

التاسعة: لو كفل برأسه، أو بدنه، أو بوجهه، صحّ، لأنّه قد يعبر بذلك عن الجملة عرفاً. ولو تكفل بيده أو رجله واقتصر، لم يصحّ، إذ لا يمكن إحضار ما شرط مجرداً، ولا يسري إلى الجملة.

من قبله، وهكذا بموت الثالث يبرأ من بعده ولا يبرأ الأولان.

وقد تقدّم في الضمان والحوالة ورود الترامي والدور فيهما. أمّا الكفالة فلا يصحّ دورها وإن صحّ تراميها، لأنّ حضور المكفول الأوّل يوجب براءة من كفله وإن تعدّد، فلا معنى لمطالبته بإحضار من كفله.

قوله: «لا تصحّ كفالة المكاتب على تردّد».

القائل بعدم صحّة كفالة أحدٍ للمكاتب الشيخ^(١) (رحمه الله)، بناءً على أصله المتكرّر من جواز الكتابة المشروطة من قبله، فلا يتعيّن عليه أداء مال الكتابة، فلا تصحّ كفالته، لأنّ الغرض منها حضوره لأداء ما عليه. وقد تقدّم^(٢) ما يدلّ على الصحّة. ويزيد هنا أنّه إمّا عبد أو مديون، وكلاهما مجوّز للكفالة وموجب للإحضار. وقد عرفت أنّ الخلاف في المشروطة خاصّةً وإن أطلق في جميع المواضع.

قوله: «لو كفل برأسه أو بدنه . . . الخ».

الأصل في الكفالة أن تتعلّق بذات المكفول، بأن يقول: كفلت لك فلاناً، أو أنا كفيل به، أو بإحضاره، لأنّ الغرض الذاتي منها إحضاره حيث يطلبه المكفول له. وفي حكم ذاته نفسه وبدنه، لأنّها بمعنى واحد في العرف العام، وإن اختلفت في الحقيقة تحقيقاً.

وأما الوجه والرأس فالمراد منها بحسب الوضع الجزء المخصوص منه، إلّا أنّها قد يطلقان عرفاً على الجملة، فيقال: يبقى رأسه ووجهه ونحو ذلك، ويراد ذاته

(١) المبسوط ٢: ٣٤٠.

(٢) في ص: ١٩٤.

وجملته . وقد أطلق المصنّف - رحمه الله - الحكم بصحّة الكفالة حيث تعلّق بهما، حملاً على المتعارف . وألحق بهما العلامة^(١) الكبد والقلب، وكلّ عضو لا تبقى الحياة بدونه، والجزء الشائع فيه كثلثه وربعه، لأنّه لا يمكن إحضار المكفول إلّا بإحضاره كلّه .
وفي الكلّ نظر:

أما الأوّل فلأنّ العضوين المذكورين وإن كانا قد يطلقان على الجملة، إلّا أنّ إطلاقهما على أنفسهما خاصّة أيضاً شائع متعارف إن لم يكن أشهر . وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين على الوجه المصحّح - مع الشكّ في حصول الشرط، وأصالة البراءة من لوازم العقد - غير واضح .

نعم، لو صرّح بإرادة الجملة من الجزئين إتجهت الصحّة، كإرادة أحد معنيي المشترك . كما أنّه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجمله قطعاً، بل كالجزء الذي لا يمكن الحياة بدونه .

وبالجملة: فالكلام عند الإطلاق وعدم قرينة تدلّ على أحدهما، فعند ذلك لا يصحّ تعليل الصحّة بأنّه قد يعبرّ بذلك عن الجملة .

وأما الثاني وهو الأجزاء التي لا يعيش بدونها وما في حكمها، فلأنّ إحضاره وإن كان غير ممكن بدونها إلّا أنّ ذلك لا يقتضي صحّة العقد، لأنّ المطلوب من الكفالة هو المجموع، أو ما يطلق عليه، كما في السابق على تقدير ثبوته، أمّا إذا تعلّق ببعضه فلا دليل على صحّته، وإن توقّف إحضار الجزء المكفول على الباقي، لأنّ الكلام ليس في مجرد إحضاره، بل في إحضاره على وجه الكفالة الصحيحة، فوجوب إحضار ما لا يتعلّق به الكفالة مترتب على صحّة كفالة الجزء الذي تعلّقت به، وذلك الجزء ليس هو المطلوب شرعاً، بل الجملة^(٢)، فلا يتمّ التعليل، ولا إثبات الأحكام الشرعيّة المتلقّاة من الشرع بمثل هذه المناسبات . ولو جاز إطلاق هذه الأجزاء على

(١) تحرير الأحكام ١: ٢٢٤ .

(٢) كذا في «ب، م» . وفي غيرهما: بل في الجملة .

الجملة مجازاً لم يكن ذلك كافياً، لكونه غير متعارفٍ، مع أنّ في المتعارف ما قد سمعت. وحيثُذِّ القول بعدم الصّحة أوضح.

وأما الجزء الذي تبقى الحياة بعد زواله، ولا يطلق عليه إسم الجملة كاليد والرجل، فعدم الصّحة فيه أشدّ وضوحاً، كما جزم به المصنّف. واستشكل فيه في القواعد^(١) ممّا ذكر، ومن عدم إمكان إحصاره على حالته بدون الجملة، فكان كالرأس والقلب. ولا يبعد القول بالصّحة فيه لمن يقول بها فيما سبق، وإن كان الحكم فيه أضعف.

كتاب الصلح

كتاب الصلح

وهو عقد شرع لقطع التجاذب،

قوله: «وهو عقد شرع لقطع التجاذب».

الأصل في عقد الصلح أنه موضوع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين. قال الله تعالى: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً﴾^(١). وقال الله تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾^(٢).

لكنه عندنا قد صار عقداً مستقلاً بنفسه، لا يتوقف على سبق خصومة. بل لو وقع ابتداءً على عينٍ بعوضٍ معلومٍ كان كالبيع في إفادة نقل الملك، وعلى منفعة كان كالإجارة، إلى غير ذلك من أحكامه، لإطلاق النصوص بجوازه من غير تقييد بالخصومة، كقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «الصلح جائز بين المسلمين إلاً صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(٣)، وقول الصادق عليه السلام: «الصلح جائز بين الناس»^(٤). والأصل في العقود الصحة، وللأمر بالفداء بها^(٥)، وهذا من الجملة. فإن قيل: مقتضى قول المصنف - كغيره - أنه «شرع لقطع التجاذب» إشرطه

(١) النساء: ١٢٨. وورد في «س» باقي الآية الكريمة: «والصلح خير».

(٢) الحجرات: ٩.

(٣) الفقيه ٣: ٢٠ ح ٥٢، التهذيب ٦: ٢٢٦ ح ٥٤١. الوسائل ١٣: ١٦٤ ب «٣» من أبواب

أحكام الصلح ح ٢، سنن أبي داود ٣: ٣٠٤ ح ٣٥٩٤، سنن الترمذي ٣: ٦٣٤ ح ١٣٥٢.

(٤) الكافي ٥: ٢٥٩ ح ٥، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٧٩، الوسائل الباب المذكور آنفاً ح ١.

(٥) المائة: ١.

وليس فرعاً على غيره، ولو أفاد فائدته.

بسبق خصوصية، كما يقوله بعض العامة^(١)، لأن القاطع للتجاذب مسبوق به.

قلنا: لا يلزم من كون أصل شرعيته لذلك ثبوته في كل فرد من أفرادها، كما أشرنا إليه سابقاً من أن القواعد الحكمية لا يجب إطرادها في كل فرد، كالقصر في السفر، فإن الأصل فيه وجود المشقة بدونه، وقد ثبت مع عدمها في كثير من أفرادها، خصوصاً مع وجود النصوص المتناولة بإطلاقها أو عمومها لما لا نزاع فيه.

فان قيل: السفر إلى المسافة مظنة المشقة، والقصر تابع له، بخلاف الصلح، فإنه لم يعلّق بها هو مظنة التجاذب، بل أجريتموه فيما لا تعلق له بالمنازعة أصلاً.

قلنا: الموجب لإثبات الصلح وشرعيته أمران - كما قد عرفت سابقاً - أحدهما يدلّ على أنه موضوع لقطع التنازع من غير أن يدلّ على انحصاره فيه، والآخر يدلّ بإطلاقه على جوازه مطلقاً، فيجوز حينئذ أن يكون أصل شرعيته لقطع التنازع مع عدم انحصاره فيه، لما دلّ عليه باقي الأدلة. فمرجع الأمر إلى أن الأصل فيه ذلك الحكم لكنّه تعدّي إلى غيره بالدليل، كما أن الأصل في القصر كان السفر والخوف معاً، تخفيفاً على المكلف، كما دلّت عليه الآية^(٢)، ثمّ تعدّي إلى ما لا خوف فيه ولا مشقة، بل إلى ما لا سفر فيه أيضاً على بعض الوجوه، كالموتجل والغريق ونحوهما، وكالفسخ بالعيب الذي هو نقصان في الخلقة، لأنه مظنة نقصان القيمة، ثمّ عدّي إلى ما لا نقصان معه، بل إلى ما فيه زيادة كالخصي، إلى غير ذلك من الأحكام.

وبالجملة فالمرجع في إثبات الحكم الشرعي إلى الدليل الدالّ عليه، لا إلى الحكمة التي شرّع لأجلها، وهو أعمّ من موضع النزاع.

قوله: «وليس فرعاً على غيره ولو أفاد فائدته».

نبّه بذلك على خلاف الشيخ - رحمه الله - في المبسوط حيث قال: إنه فرع على

(١) راجع الوجيز ١: ١٧٧ وفتح العزيز ١٠: ٢٩٦.

(٢) النساء: ١٠١.

ويصحّ مع الإقرار والإنكار،

عقودٍ خمسة^(١). وهو مذهب الشافعي^(٢)، فجعله فرعَ البيع إذا أفاد نقل الملك بعوضٍ معلوم، وفرعَ الإجارة إذا وقع على منفعةٍ مقدّرةٍ بمدّةٍ معلومةٍ بعوضٍ معلوم، وفرعَ الهبة إذا تضمّن ملك العين بغير عوضٍ، وفرعَ العارية إذا تضمّن إباحتها لمنفعةٍ بغير عوضٍ، وفرعَ الإبراء إذا تضمّن إسقاطَ دينٍ أو بعضه.

ونبه بقوله: «وإن أفاد فائدته» على أنّ إفادة عقدٍ فائدةً عقدياً آخر لا تقتضي كونه من أفرادها، مع دلالة الدليل على استقلاله بنفسه، كغيره من العقود. فعلى المختار هو عقد لازم، لدخوله في عموم الأمر، وعلى قول الشيخ يلحقه حكم ما ألحق به من العقود في ذلك الفرد الذي ألحق به فيه.

قوله: «ويصحّ مع الإقرار والإنكار».

هذا عندنا موضع وفاق، ولإطلاق النصوص الدالّة عليه^(٣). ونبه بذلك على خلاف الشافعي حيث منعه مع الإنكار^(٤)، نظراً إلى أنّه عاوض على ما لم يثبت له، فلم تصحّ المعاوضة، كما لو باع مال غيره. ونحن نمنع بطلان المعاوضة على ما لم يثبت بالصلح، فإنّه عين المتنازع، والفرق بينه وبين البيع ظاهر، فإن ذلك تصرف في مال الغير بغير إذنه، بخلافه هنا، ولأنّ مبنى شرعيته عندنا وعنده على قطع المتنازع، وهو شامل للحالين.

وصورة الصلح مع الإقرار ظاهرة، وأمّا مع الإنكار فبأن يدعي شخص على غيره ديناً أو عيناً، فينكر المدعى عليه، فيصالحه على مالٍ آخر، أو على بعض المدعى به، أو على غير ذلك من منفعةٍ وغيرها.

والمراد بصحة الصلح مع الإنكار صحّته بحسب الظاهر، وأمّا بحسب نفس الأمر فلا يستبيح كلّ منهما ما وصل إليه بالصلح، وهو غير محقّ. فإذا أنكر المدعى

(١) المبسوط ٢: ٢٨٨.

(٢) المجموع ١٣: ٣٨٥ - ٣٨٧.

(٣) راجع الوسائل ١٣: ١٦٤ ب «٣» من أبواب أحكام الصلح.

(٤) الأمّ ٣: ٢٢١ و ٧: ١١٢، مختصر المزنيّ ١٠٥ - ١٠٦.

إلا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً .

عليه المدعى به ظاهراً، وصولح على قدر بعض ما عليه في الواقع، أو ببعض العين، أو بهالٍ آخر، لم يستبح المنكر ما بقي له من مال المدعي عيناً وديناً، حتى لو كان قد صالح عن العين بهالٍ آخر فهي بأجمعها في يده مغصوبة، ولا يستثنى له منها مقدار ما دفع، لعدم صحّة المعاوضة في نفس الأمر. وكذا لو انعكس، وكان المدعي مبطلاً في نفس الأمر، لم يستبح ما وصولح به من عين ودين. وإنما حكمهم بالصحة بحسب ظاهر الشرع، لاشتباه المحقّ من المبطّل، لأنّ هذا كلّه أكل مالٍ بالباطل. وإنما صالح المحقّ المبطّل دفعاً لدعواه الكاذبة، وقد يكون استدفع بالصلح ضرراً عن نفسه أو ماله، ومثل هذا لا يعدّ تراضياً يبيح أكل مال الغير.

نعم، لو كانت الدعوى مستندةً إلى قرينةٍ تجوّزها، كما لو وجد المدعي بخطّ مورثه أن له حقاً على أحدٍ، أو شهد له من لا يثبت بشهادته الحقّ، ولم يكن المدعي عالماً بالحال، وتوجّهت له اليمين على المنكر، فصالحه على إسقاطها بهالٍ، أو على قطع المنازعة، فالتجّه صحّة الصلح في نفس الأمر، لأنّ اليمين حقّ يصحّ الصلح على إسقاطها. ومثله ما لو توجّهت الدعوى بالتهمة حيث يتوجّه اليمين على المنكر ولا يمكن ردّها.

قوله: «إلا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً».

هذا لفظ الحديث النبوي^(١) وفسّر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حرٍّ أو استباحة بضعٍ لا سبب لإباحته غيره، أو ليشربا أو أحدهما الخمر، ونحو ذلك، وتحريم الحلال بأن لا يطأ أحدهما حليلته، أو لا ينتفع بهاله، ونحو ذلك. والاستثناء على هذا متصل، لأنّ الصلح على مثل هذه باطل ظاهراً وباطناً.

وفسّر بصلح المنكر على بعض المدعى أو منفعتة أو بدله، مع كون أحدهما عالماً ببطلان الدعوى، كما سبق تحريره. والاستثناء عليه يكون منقطعاً، للحكم بصحّته ظاهراً، وإنما هو فاسد في نفس الأمر، والحكم بالصحة والبطلان إنّما يطلق على ما

(١) المتقدم في ص: ٢٥٩ الهامش رقم (٣).

وكذا يصحّ مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه، ومع جهالتهما به، ديناً كان أو عيناً.

هو الظاهر. ويمكن كونه متصلاً، نظراً إلى بطلانه في نفس الأمر. وهذا المثال يصلح للأمرين معاً، فإنه محلّل للحرام بالنسبة إلى الكاذب، ومحرمّ للحلال بالنسبة إلى المحقّ.

قوله: «وكذا يصحّ - إلى قوله - أو عيناً».

الحكم مع علمهما به واضح من حيث صحّة العقد، لارتفاع الجهالة، ويبقى في المبطل بمنازعته ما سلف. وأما مع جهلها بمقداره بحيث تعذّر عليهما علمه فعندنا أنه جائز أيضاً. وهو مروى في الصحيح عن الباقر والصادق عليهما السلام: «أنهما قالا في رجلين كان لكل واحدٍ منها طعام عند صاحبه لا يدري كل واحدٍ منهما كم له عند صاحبه، فقال كل واحدٍ منها لصاحبه: لك ما عندك ولي ما عندي، فقال: لا بأس بذلك»^(١). ولأن الحاجة تمسّ إلى تحصيل البراءة مع الجهل، ولا وجه لإلا الصلح.

ولو كان أحدهما عالماً به دون الآخر، فإن كان الجاهل المستحقّ لم يصحّ الصلح في نفس الأمر إلا أن يعلمه بالقدر، أو يكون المصالح به قدر حقّه مع كونه غير متعيّن، ومع ذلك فالعبرة بوصول الحقّ لا بالصلح. وقد روى أبو حمزة عن أبي الحسن عليه السلام: «في يهوديّ أو نصرانيّ كان له عند السائل أربعة آلاف درهم ومات، أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان؟ قال: لا يجوز حتى تخبرهم»^(٢). نعم، لو رضي صاحب الحقّ باطناً بالصلح بذلك القدر ولو علم قدر حقّه فحينئذٍ يصحّ

(١) الكافي ٥: ٢٥٨ ح ٢، الفقيه ٣: ٢١ ح ٥٣، التهذيب ٦: ٢٠٦ ح ٤٧٠، الوسائل ١٣: ١٦٥ ب ٥٥ من أبواب أحكام الصلح ح ١. وفي المصادر: لا بأس بذلك إذا تراضيا وطابت أنفسهما.

(٢) الكافي ٥: ٢٥٩ ح ٦، الفقيه ٣: ٢١ ح ٥٤، التهذيب ٦: ٢٠٦ ح ٤٧٢، الوسائل ١٣: ١٦٦ ب ٥٥ من أبواب أحكام الصلح ح ٢. وفي المصادر: عليّ بن أبي حمزة.

وهو لازم من الطرفين، مع استكمال شرائطه، إلا أن يتفقا على فسخه .

الصلح، لحصول الرضا الباطني . قطع به في التذكرة^(١) .
ولو انعكس الفرض بأن كان المستحق عالماً بالقدر والغريم جاهلاً ويريد التخلص منه، لم يصح الصلح بزيادة عن الحق، بل بقدره فما دون، عكس الأول .
واعلم أن تقييد الأقسام بكون المصالح عليه متنازعاً فيه غير لازم، بل الحكم آتٍ في مطلق التصالح وإن لم يكن منازعة، مع علمهما بما يتصلحان عليه وجهلها به، كوارثٍ تعدّر علمه بمقدار حصّته، وشريك امتزج ماله بهال الآخر بحيث لا يتميز ولا يعلنان قدر ما لكلٍ منهما، ونحو ذلك . ولو علم أحدهما وجب إعلام الآخر، أو إيصال حقه إليه، كما قرّره . ولو كان جهلها بقدره لتعدّر المكيال والميزان ومسّت الحاجة إلى نقل الملك فالأقرب جوازه . وهو خيرة الدروس^(٢) .

قوله: «وهو لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه» .

هذا مبني على ما سلف^(٣) من كونه أصلاً بنفسه، فيكون لازماً، لعموم الأمر بالإيفاء بالعقود^(٤) المقتضي لذلك إلا ما أخرجه دليل خارجي . ويجيء على قول الشيخ^(٥) أنه جائز في بعض موارد، كما إذا كان فرع العارية، أو الهبة على بعض الوجوه، أو السكنى كذلك، كما إذا لم يقيد بوقتٍ . وبالجملة: فإنه عنده^(٦) يلحقه حكم ما أفاد فائدته من تلك العقود .

قوله: «إلا أن يتفقا على فسخه» .

بمعنى دخول الإقالة فيه كما تدخل في البيع . فإذا اتفقا على التقابل وأوقعا

(١) التذكرة ٢ : ١٧٨ .

(٢) الدروس : ٣٧٨ .

(٣) في ص : ٢٦٠ .

(٤) المائة : ١ .

(٥) المبسوط ٢ : ٢٨٨ .

(٦) في «و» : عقد خ ل .

وإذا اصططح الشريكان، على أن يكون الربح والخسران على أحدهما، وللآخر رأس ماله، صحّ. ولو كان معهما درهمان، فأدّعهما أحدهما، وأدّعى الآخر أحدهما، كان لمُدّعيهما درهم ونصف، وللآخر ما بقي.

صيغته إنفسخ. فإطلاق استثناء «إتفاقهما على فسخه» من «لزومه» محمول على ماذكرناه، لا أنها إذا اتفقا عليه صار العقد جائزاً، بل في قوته، حيث إن أمره بيدهما، كما أنّ البيع اللازم لا يطلق عليه اسم الجواز باتفاقهما على التقايل.

قوله: «وإذا اصططح الشريكان - إلى قوله - صحّ».

هذا إذا كان عند انتهاء الشركة وإرادة فسخها، لتكون الزيادة مع مَنْ هي معه بمنزلة الهبة، والخسران على مَنْ هو عليه بمنزلة الإبراء، أمّا قبله فلا، لمنافاته وضع الشركة شرعاً. والمستند صحيحة أبي الصباح، عن الصادق عليه السلام: «في رجلين اشتركا في مالٍ فربحا فيه ربحاً، وكان من المال ذَيْن وعين، وقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال والربح لك وما توي^(١) عليك. فقال: لا بأس إذا شرط^(٢)». وهذا الخبر مشعر بما شرطناه من كون الشرط عند الانتهاء لا كما أطلق المصنّف.

قوله: «ولو كان معهما درهمان - إلى قوله - وللآخر ما بقي».

المراد بكونهما معهما كونها تحت يدهما ليتساويا في الدعوى، إذ لو كانا في يد مدّعي الدرهمين لقدّم قوله فيهما بيمينه، ولو كانا في يد مدّعي الدرهم لقدّم فيه بيمينه. وأمّا إذا كانا تحت أيديهما فإنه يقضى لمُدّعيهما بدرهم، لعدم منازعة الآخر فيه، ويتساويان في الدرهم الآخر، لأنّ كلّ واحدٍ منهما صاحب يدٍ ودعوىٍ لجميعه، فيقسّم بينهما. والمستند مع ذلك رواية عبدالله بن المغيرة، عن غير واحدٍ، عن

(١) توي المال: هلك.

(٢) الكافي ٥: ٢٥٨ ح ١، التهذيب ٦: ٢٠٧ ح ٤٧٦، الوسائل ١٣: ١٤٥ ب «٤» من أبواب

أحكام الصلح ح ١.

وكذا لو أودعه إنسان درهمين، وآخر درهماً، وامتزج الجميع، ثم تلف درهم.

الصادق عليه السلام^(١).

قال في الدروس: ويشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعاً، فإنه يقوى القسمة نصفين، ويحلف الثاني للأول، وكذا في كل مشاع. قال: ولم يذكر الأصحاب هنا يميناً، وذكروها - أي المسألة - في باب الصلح، فجاز أن يكون ذلك الصلح قهرياً وجزاً أن يكون اختيارياً، فإن امتنعاً فاليمين^(٢). مع أن العلامة قال في التذكرة: «والأقرب أنه لا بد من اليمين، فيحلف كل منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه وهو ما في يده، فمن نكل منها قضي به للآخر، ولو نكلاً معاً أو حلفاً معاً قسّم بينهما نصفين»^(٣). وما قرّبه حسن، لعموم «واليمين على من أنكر»^(٤).

قوله: «وكذا لو أودعه - إلى قوله - ثم تلف درهم».

أي تلف بغير تفریطٍ لينحصر حقهما في الدرهمين الباقيين. وإلحاق هذه بالسابقة هو المشهور بين الأصحاب. ومستنده رواية السكوني، عن الصادق عليه السلام^(٥).

ويشكل الحكم - مع ضعف المستند - بأن التالف لا يحتل كونه منها، بل من أحدهما خاصّةً، لامتناع الإشاعة هنا. والموافق للقواعد الشرعيّة هنا القول بالقرعة، ومال إليه في الدروس^(٦)، إلا أنه تحاشى عن مخالفة الأصحاب.

(١) الفقيه ٣: ٢٢ ح ٥٩، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٨١، الوسائل ١٣: ١٦٩ ب «٩» من أبواب

أحكام الصلح ح ١.

(٢) الدروس: ٣٧٩ - ٣٨٠.

(٣) التذكرة ٢: ١٩٥.

(٤) الوسائل ١٨: ٢١٥ ب «٢٥» من أبواب كيفية الحكم ح ٣.

(٥) الفقيه ٣: ٢٣ ح ٦٣، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٨٣، الوسائل ١٣: ١٧١ ب «١٢» من أبواب

أحكام الصلح ح ١.

(٦) الدروس: ٣٨٠.

ولو كان لواحدٍ ثوب بعشرين درهماً؛ ولآخر ثوب بثلاثين درهماً، ثم اشتبها، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه، وإن تعاسرا بيعا، وقسم ثمنها بينهما؛ فأعطي صاحب العشرين سهمين من خمسة، وللآخر ثلاثة.

ومقتضى الرواية أنه يقسم كذلك وإن لم تتصادم دعواهما في الدينار، وأنه لا يمين. وكذا لم يذكر الأصحاب هنا يميناً، بناءً على كون الحكم المذكور قهرياً، كما ذكر في الدروس في المسألة السابقة. وربما امتنعت اليمين هنا إذا لم يعلم كلٌّ منها بعين حقه.

ولو كان بدل الدراهم مال تمتزج أجزاؤه بحيث لا تتميز، وهو متساويها، كالخنطة والشعر، وكان لأحدهما قفيزان مثلاً وللآخر قفيز، وتلف قفيز بعد امتزاجهما بغير اختياره، فالتالف على نسبة المالين، وكذا الباقي، فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث، وللآخر ثلثا قفيز. والفرق: أن الذهاب هنا عليهما معاً، بخلاف الدرهم، لأنه حق لأحدهما خاصةً قطعاً.

قوله: «ولو كان لواحدٍ - إلى قوله - وللآخر ثلاثة».

هذا الحكم كالسابق مشهور بين الأصحاب، ومستنده رواية إسحاق بن عمار، عن الصادق عليه السلام، أنه قال في ثوبين أحدهما بعشرين والآخر بثلاثين فاشتبها: «يباعان، فيعطي صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن، والآخر خمسي الثمن، وإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه^(١)». والمصنف - رحمه الله - عمل بمقتضى الرواية من غير تصرف، وقبله الشيخ^(٢) وجماعة^(٣).

(١) الفقيه ٣: ٢٣ ح ٦٢، التهذيب ٦: ٢٠٨ ح ٤٨٢، الوسائل ١٣: ١٧٠ ب «١١» من أبواب أحكام الصلح ح ١.

(٢) النهاية: ٣١٤.

(٣) راجع اصباح الشيعة ضمن سلسلة الينابيع الفقهية ١٥: ٣٢٢، تحرير الأحكام ١: ٢٣١، والدروس: ٣٧٩.

وإذا بان أحد العوضين مستحقاً، بطل الصلح .

وفصل العلامة^(١) فقال: إن أمكن بيعهما منفردين وجب، ثم إن تساويا فلكل واحدٍ ثمن ثوبٍ ولا إشكال، وإن اختلفا فالأكثر لصاحبه . وكذا الأقل، بناءً على الغالب وإن أمكن خلافه إلا أنه نادر لا أثر له شرعاً . وإن لم يمكن صارا كالمال المشترك شركة إجبارية، كما لو امتزج الطعامان، فيقسم الثمن على رأس المال . وعليه تنزل الرواية .

وأنكر ابن إدريس ذلك كله وحكم بالقرعة^(٢)، لأنها لكل أمر ملتبس، وهو هنا حاصل . وهو أوجه من الجميع لولا مخالفة المشهور وظاهر النص، مع أنه قضية في واقعة يمكن قصره عليها والرجوع إلى الأصول الشرعية . وما ذكره المصنف من البناء على الغالب^(٣) ليس أولى من القرعة، لأنها دليل شرعي على هذه الموارد، ومن الجائز اختلاف الأثمان والقيم بالزيادة والنقصان، لاختلاف الناس في المساهلة والمهاكسة .

وعلى تقدير العمل بالرواية يقصر حكمها على موردها، فلا يتعدى إلى الثياب المتعددة، ولا إلى غيرها من الأمتعة والأثمان، مع احتمالها، لتساوي الطريق . واستقرب في الدروس القرعة في غير مورد النص^(٤)، وهو حسن . ولو قيل به فيه - كما اختاره ابن إدريس - كان حسناً أيضاً .

قوله: «وإذا بان أحد العوضين مستحقاً بطل الصلح» .

المراد به المعين في العقد، لأنه المتبادر من العوض في المعاوضة، ولو كان مطلقاً رجع ببدله كالبيع . ولو ظهر فيه عيب فله الفسخ، وفي تحييره بينه وبين الأرش وجه . ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار وجهان أجودهما ذلك، دفعاً

(١) المختلف: ٤٧٥ - ٤٧٦، والقواعد ١: ١٨٦ .

(٢) السرائر ٢: ٦٩ .

(٣) هذا سهو من قلمه الشريف، فالبناء على الغالب لم يرد في عبارة المصنف، بل في عبارة العلامة المنقولة آنفاً .

(٤) الدروس: ٣٧٩ .

ويصحّ الصلح على عينٍ بعينٍ أو منفعة، وعلى منفعةٍ بعينٍ أو منفعة. ولو صالحه على دراهمٍ بدنانيرٍ أو بدراهمٍ صحّ، ولم يكن فرعاً للبيع. ولا يعتبر فيه ما يعتبر في الصرف، على الأشبه.

ولو أتلّف على رجلٍ ثوباً قيمته درهم، فصالحه عنه على درهمن صحّ، على الأشبه، لأنّ الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم.

للإضرار، وإن لم يحكم بالفرعية. وهو خيرة الدروس^(١). وقد تقدّم في خيار الغبن من البيع أنّه لا نصّ عليه بالخصوص، فيمكن استفادته هنا كما استفيد هناك من الأدلة العامة.

قوله: «ويصحّ الصلح على عينٍ بعينٍ أو منفعة، وعلى منفعةٍ بعينٍ أو منفعة».

حيث كان الصلح مفيداً لفائدة العقود المتقدّمة، ومتعلّق بعضها العين وبعضها المنفعة، لم يمنع من صحّة ما ذكر هنا. ولا يختصّ جوازه بما ذكر، بل لو صالح على مثل إسقاط خيارٍ، أو على حقّ أولويّةٍ في تحجيرٍ وسوقٍ ومسجدٍ، صحّ أيضاً، للعموم.

قوله: «ولو صالحه - إلى قوله - على الأشبه».

الخلاف في ذلك مع الشيخ^(٢) حيث جعله فرعاً على البيع في نقل الأعيان بعوضٍ، فيلحقه حكمه، فلو كان العوضان من الأثمان لحقه حكم الصرف من اشتراط التقابض في المجلس، ولما كان الأصحّ استقلاله بنفسه لم يترتب عليه حكم البيع هنا، لاختصاص حكم الصرف به. هذا من حيث الصرف، أمّا من حيث الربا فإنّ الأقوى ثبوته في كلّ معاوضةٍ، والصلح أحدها، فلا بدّ من استثنائه من قوله: «على دراهمٍ بدراهمٍ صحّ».

قوله: «ولو أتلّف على رجلٍ - إلى قوله - لا عن الدرهم».

(١) الدروس: ٣٧٩.

(٢) المبسوط ٢: ٢٨٨.

ولو ادّعى داراً، فأنكر مَنْ هي في يده، ثمّ صالحه المنكر على سكنى سنة صحّ، ولم يكن لأحدهما الرجوع. وكذا لو أقر له بالدار، ثمّ صالح. وقيل: له الرجوع، لأنه هنا فرع العارية. والأول أشبه.

ولو ادّعى اثنان، داراً في يد ثالث، بسبب موجب للشركة كالميراث، فصدّق المدّعى عليه أحدهما، وصالحه على ذلك النصف بعوض، فإن كان بإذن صاحبه، صحّ الصلح في النصف أجمع، وكان العوض بينهما، وإن كان بغير إذنه صحّ في حقه وهو الربع، وبطل في حصّة الشريك، وهو الربع الآخر.

هذا إنما يتمّ على القول بضمّان القيمي بمثله، ليكون الثابت في الذمّة ثوباً، ويكون هو متعلّق الصلح. أمّا على القول الأصحّ من ضمّانه بقيمته فاللازم للذمّة المتلف إنما هو الدرهم، فيستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا فيبطل. وهو الأقوى. قوله: «ولو ادّعى داراً - إلى قوله - والأول أشبه».

الخلافاً هنا مع الشيخ كما تقدّم^(١) حيث جعله - مع كون متعلّقه المنفعة بغير عوض - فرع العارية، فيلزّمه حكمها من جواز الرجوع فيه. والأقوى عدمه، للزومه وأصالته.

وإنما قيّد المصنّف بإنكار مَنْ هي في يده، مع جواز الصلح مع الإقرار والإنكار، ليتصوّر كون الصلح المذكور عاريةً عند الشيخ، لأنه إباحة منفعة بغير عوض. أمّا لو أقر له بها فإن الصلح وإن جاز إلّا أنّ المنفعة يقابلها عوض وهو العين، فلا تتحقّق العارية. مع أنّ الشافعي^(٢) لما شرط في صحّة الصلح الإقرار، وجعله فرعاً على العقود الخمسة، مثل للعارية بما ذكر هنا، مع كون المدّعى عليه مقرراً بها. ووجهه: أنّ العوضين من واحد فكان الحكم راجعاً إلى العارية. قوله: «ولو ادّعى اثنان داراً . . . الخ».

(١) في ص: ٢٦٩.

(٢) راجع المذهب (ضمن المجموع ١٣: ٣٨٣) وفتح العزيز ١٠: ٣٠١.

أما لو ادعى كل واحدٍ منهما النصف، من غير سببٍ موجبٍ للشركة، لم يشتركا فيما يقرُّ به لأحدهما.

إذا اتفق المدعيان على كون سبب ملكهما مقتضياً للشركة بإقرار المتشبه لأحدهما مقتضى لتشاركهما فيما أقر به، وإن لم يصدّقهما على السبب الذي ادّعى به، لأن مقتضى السبب - كالميراث - ذلك، لاتفاقهما على أنّ البعض كالكلّ يستوي ملكهما فيه، فيمتنع استحقاق المقرّ له النصف دون الآخر، كما أنّ الفائت يكون ذاهباً عليهما بمقتضى إقرارهما.

والحاصل: أنّ اشتراكهما في المقرّ به يثبت من جهة اعترافهما بما يوجب الشركة لا من جهة الإقرار، فلا يؤثر فيه تخصيص المقرّ لأحدهما بالملك. وحينئذٍ إذا صالح المقرّ له المتشبه على النصف المقرّ به، فإن كان الصلح بإذن شريكه صحّ في جميعه بجميع العوض، وإلا ففي حصّة المصالح خاصّة بنسبتها من العوض، وبقي باقي النصف ملكاً للشريك الآخر.

قوله: «أما لو ادعى كل واحدٍ منهما . . . الخ».

كما لو ادعى أحدهما النصف بسبب الإرث مثلاً والآخر بالشراء، فإن ملك أحدهما لا يستلزم ملك الآخر، فلا يقتضي الإقرار لأحدهما بما يدّعيه مشاركة الآخر إيّاه. ومثله ما لو ادعى كل منهما أنّه اشترى النصف من غير تقييد بالمعّية.

نعم، لو قالوا: إشتريناها معاً، أو اتّهبناها وقبضنا معاً، ونحو ذلك، فقد قرّب في التذكرة^(١) أنّ الحكم فيه كالأول، لاعتراف المقرّ له^(٢) بأنّ السبب المقتضى لتملكه قد اقتضى تملك الآخر. ويحتمل العدم، لأنّ نقل الملك لاثنتين بهذا الوجه بمنزلة الصفقتين. هذا تقرير ما ذكره المصنّف وجماعة في القسمين.

وفيه بحث، لأنّ هذا لا يتمّ إلا على القول بتنزيل البيع والصلح على الإشاعة كالإقرار، وهم لا يقولون به، بل يحملون إطلاقه على ملك البائع والمصالح، حتى

(١) التذكرة ٢: ١٨٩.

(٢) في ما لدينا من النسخ: لاعتراف المقرّ. وفي هامش «و» المقرّ له (ظاهراً). وهو الصحيح.

لرباع ابتداءً مالك النصف نصف العين مطلقاً إنصرف إلى نصيبه . ووجهه : بأن اللفظ من حيث هو وإن تساوت نسبته إلى النصفين إلا أنه من خارج قد ترجح انصرافه إلى النصف المملوك للبائع ، نظراً إلى أن إطلاق البيع إنما يحمل على المتعارف في الاستعمال ، وهو البيع الذي يترتب عليه انتقال الملك بفعل المتعاقدين ، ولا يجري ذلك إلا في المملوك ، بخلاف الإقرار فإنه إخبار عن ملك الغير بشيء ، فيستوي فيه ما هو ملكه ومملك غيره ، وحينئذٍ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح إلى نصيب المقر له خاصةً ، فيصح في جميع الحصّة بجميع العوض ، وتبقى المنازعة بين الآخر والمتشبّث .

هذا إن وقع الصلح على النصف مطلقاً ، أو النصف الذي هو ملك المقر له ، أما لو وقع على النصف الذي أقرّ به المتشبّث توجه قول الجماعة ، لأن الإقرار منزل على الإشاعة ، والصلح وقع على المقر به ، فيكون تابعاً له فيها ، وعلى هذا ينبغي حمل كلامهم ، لئلا ينافي ما ذكره من القاعدة التي ذكرناها .
وهذا توجيه حسن لم ينهوا عليه ، وإنما ذكر الشهيد - رحمه الله - في بعض تحقیقاته احتمال انصراف الصلح إلى حصّة المقر له من غير مشاركة الآخر مطلقاً ، وتبعه عليه الشيخ علي^(١) (رحمه الله) .

وربما فرّق في مسألة الإرث بين كون الصلح قبل قبض التركة وبعده ، لأنّ الحاصل منها قبل القبض هو المحسوب تركةً بالنسبة إلى الورثة ، والتالف لا يحسب عليهم ، وكأنه لم يكن ، وامتناع الوصول إليه كتلفه في هذا الحكم . وهذا الفرق إنما يتم فيما لو قبض أحد الوارثين شيئاً من أعيان التركة أو باعه . أما الصلح فينبى على ما لو صالح أحد الشريكين في الدّين على حقّه فيه هل يختصّ بالعوض أم لا؟ والظاهر الاختصاص ، لأنّ الذاهب لا يخرج عن كونه حقاً له ، والصلح لم يقع على عينٍ خاصة حتى يشتركا في عوضها ، وإنما وقع على حقّه ، وهو أمر يمكن نقله

ولو ادّعى عليه فأنكر، فصالحه المدّعى عليه على سقي زرعه أو شجره بهائه، قيل: لا يجوز، لأنّ العوض هو الماء وهو مجهول، وفيه وجه آخر، مأخذه جواز بيع ماء الشرب. أما لو صالحه، على إجراء الماء إلى سطحه أو ساحته، صحّ، بعد العلم بالموضع الذي يجري الماء منه.

بعوضٍ وغيرِ عوض، فالبحت السابق آتٍ في مسألة الإِثْر قبل القبض وبعده. ومّا ذكرناه يعلم حكم المدّعى المذكور الذي قد صولح على بعضه لو كان ديناً، فإنّ قبض عوض الصلح فيه يكون قبض أحد الشريكين في الدّين حصّته بالصلح. وقد تقدّم^(١) الكلام فيه في باب القرض، ويأتي فيه في كتاب الشركة^(٢) مزيد بحثٍ. قوله: «ولو ادّعى عليه فأنكر - إلى قوله - ماء الشرب».

القول بالمنع للشيخ - رحمه الله - محتجاً بجهالة الماء^(٣). والجواز أقوى مع ضبطه بمدة معلومة، ومثله ما لو كان الماء معوضاً. مع أنّ الشيخ جوز بيع ماء العين والبئر، وبيع جزءٍ مشاعٍ منه، وجوز جعله عوضاً للصلح^(٤). ويمكن أن يكون منعه من الصلح على السقي المذكور مطلقاً، كما يدلّ عليه الإطلاق، والماء فيه مجهول لا يدخل في أحد الأقسام، لأنّه لم يستحقّ جميع الماء ولا بعضاً منه معيّنًا، إنّما استحقّ سقياً لا يعرف قدره ولا مدة انتهائه، ومن ثمّ شرطنا في الجواز ضبط المدة، وهو لم يصرّح بالمنع حينئذٍ. ولو تعلّق الصلح بسقيه دائماً لم تبعد الصّحة، لأنّ جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في باب الصلح.

قوله: «أما لو صالحه - إلى قوله - يجري الماء منه». المراد بعلم الموضع الذي يجري منه أن يقدر مجراه طولاً وعرضاً، لترفع الجهالة عن المحلّ المصالح عليه. ولا يعتبر تعيين العمق، لأنّ من ملك شيئاً ملك قراره إلى

(١) في ج ٣: ٤٦٠ - ٤٦١.

(٢) في ص: ٣٣٥.

(٣) (٤) البسوط ٢: ٣١٠ - ٣١١. إلّا أنّه فرض المسألة مع إقرار المدّعي عليه.

وإذا قال المدعى عليه: صالحني عليه، لم يكن إقراراً، لأنه قد يصح مع الإنكار. أمّا لو قال: بعني أو ملكني، كان إقراراً.

تقوم الأرض. ولا فرق في صحّة ذلك بين جعله عوضاً بعد المنازعة وبين إيقاعه ابتداءً.

وقد أطلق المصنّف وغيره حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته ليرتفع الغرر. ولا بأس باعتباره، لاختلاف الأغراض بقلّته وكثرتة. ولو كان ماء مطر اختلف بكمّ محله وصغره، فمعرفة تكون بمعرفة محله. وحيث يقع السطح أو يحتاج الساقية إلى إصلاحٍ وجب على المالك الإصلاح، لتوقّف الحقّ عليه، وليس على المصالح مساعدته.

قوله: «وإذا قال المدعى عليه - إلى قوله - مع الإنكار».

أشار بالتعليل إلى الردّ على بعض العامّة^(١)، حيث زعم أنّ الصلح لا يصحّ إلاّ مع الإقرار، وفرّع عليه أنّ المدعى عليه قبل الإقرار لو قال: صالحني على العين التي ادّعيها يكون ذلك منه إقراراً، لأنّه طلب منه التملك، وذلك يتضمّن الاعتراف بالملك، فصار كما لو قال: ملكني. ولما كان عندنا الأصل ممنوعاً، لجواز الصلح مع الإقرار والإنكار، لم يكن طلبه إقراراً. قوله: «أمّا لو قال: بعني أو ملكني كان إقراراً».

لأنّه صريح في التماس التملك، وهو ينافي كونه ملكاً له، لاستحالة تحصيل الحاصل. ولا شبهة في كونه إقراراً بعدم ملك المقرّ، وكونه ملكاً لغيره في الجملة، أمّا كونه ملكاً لمن طلب منه البيع والتمليك ففيه نظرٌ، من كونه أعمّ من ملكه، إذ قد يكون وكيلاً، وإذا احتتم اللفظ الأمرين لم يحصل المقتضي للملك الذي كان متنياً، لأصالة عدمه. وبالجملة: فمرجع الإقرار إلى كونه مالكاً للبيع لا مالكاً للمبيع، لأنّه أخصّ، فلا يدلّ عليه العامّ.

نعم، لو اقترن بذلك كون المطلوب بيعه تحت يد المخاطب ترجّح جانب

ويلحق بذلك أحكام النزاع في الأملاك

وهي مسائل:

الأولى: يجوز إخراج الرواشن والأجنحة إلى الطرق النافذة، إذا كانت عالية لا تضرّ بالمارة،

ملكه، لدلالة اليد على الملكية، والأصل عدم مالكٍ آخر. وقد تنبّه لذلك^(١) العلامة في المختلف، والشهيد في الدروس. وهو قويّ ويتفرّع عليه ما لو عاد وأقرّ به لآخر ثبت له ولم يغرم للأول، إذ لم يحكم له به.

قوله: «يجوز إخراج الرواشن - إلى قوله - بالمارة».

الرواشن والجنح يشتركان في إخراج خشبٍ من حائط المالك إلى الطريق بحيث لا يصل إلى الجدار المقابل ويبني عليها، ولو وصلت فهو الساباط. وربّما فرّق بينهما بأنّ الأجنحة ينضمّ إليها مع ما ذكر أن توضع لها أعمدة من الطريق.

والمرجع في التضرّر وعدمه إلى العرف. ويعتبر في المارة ما يليق بتلك الطريق عادة، فإن كانت ممّا يمرّ عليها الفرسان إعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح على وضعه ممّالاً عادة. واعتبر في التذكرة مروره ناصباً رحمه، لأنّه قد يزدحم الفرسان فيحتاج إلى نصب الرماح^(٢). ونفاه في الدروس^(٣) لندوره، وإمكان اجتماعهم مع إماتته على وجه لا يبلغهم. وهو أقوى. وإن كانت ممّا يمرّ فيها الإبل إعتبر فيها مروره ممّالاً ومركوباً، وعلى ظهره ممّالاً إن أمكن مرور مثل ذلك عادة. وهكذا يعتبر ما تجري العادة بمروره على تلك الطريق.

وتقييده بتضرّر المارة يدلّ بمفهومه على عدم اعتبار تضرّر غيرهم، كما لو تضرّر

(١) المشار إليه بذلك ما قبل الاستدراك بقوله: (نعم). راجع المختلف: ٤٧٧ والدروس: ٣٧٨.

(٢) التذكرة: ٢: ١٨٢.

(٣) الدروس: ٣٨٠.

ولو عارض فيها مسلم، على الأصح.

جاره بالإشراف عليه، فإنّه لا يمنع لأجله، كما لا يمنع لو كان وضعه في ملكه واستلزم الإشراف عليه، خلافاً للتذكرة حيث أُلحِقَ الأوّل بتضرّر المارّة، وفرّق بينه وبين وضعه في ملكه، بأنّ الروشن في الطريق مشروط بعدم التضرّر، لأنّ الهواء ليس ملكه، بخلاف الموضوع في ملكه، لأنّ للإنسان التصرف في ملكه كيف شاء، وإن استلزم الإشراف على الجار أو الظلمة عليه، وإنّما يمنع من الإشراف لا من التعلية المقتضية لإمكانه. قال: ولست أعرف في هذه المسألة بالخصوصيّة نصّاً من الخاصّة ولا من العامّة، وإنّما صرت إلى ما قلت عن اجتهاد^(١).

وفيه نظرٌ، لأنّ المعترف في الموضوع في الطريق عدم الإضرار بأهل الطريق، لأنّه موضوع للاستطراق، فيمنع ممّا ينافيه. أمّا اعتبار عدم الإضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه، بل قد تقدّم أنّه لا يمنع ممّا يضرّ بغير من يعتاد سلوكه خاصّة فضلاً عن غير المارّة، والجار خارج عن ذلك كلّّه، فلا وجه للمنع ممّا يقتضي إضراره، كما لو أحدث بناءً في مباحٍ يقابله واستلزم الإشراف عليه. وكلام العلامة وغيره حيث قيّدوا الضرر بالمارّة دليل عليه، وإنّما عمّم هو الضرر في فرعه خاصّة.

قوله: «ولو عارض فيها مسلم على الأصح».

نبّه بالأصح على خلاف الشيخ^(٢) - رحمه الله - حيث شرط في جواز وضعه عدم معارضة أحدٍ من المسلمين له، لأنّه حقّ لجميع المسلمين فيمنع بمعارضة واحدٍ منهم له فيه. ولأنّه لو سقط منه شيء ضمن به بلا خلافٍ، وهو يدلّ على عدم جوازه إلا بشرط الضمان. ولأنّه لا يملك القرار، وإنّما يملك الهواء، فلهاك القرار المعارضة. وهو مذهب أبي حنيفة أيضاً^(٣).

وأجيب بأنّ الغرض عدم التضرّر به للمارّة، فالمانع منهم معاند ومن غيرهم

(١) التذكرة ٢: ١٨٢.

(٢) المبسوط ٢: ٢٩١، الخلاف ٣: ٢٩٤ مسألة ٢ كتاب الصلح.

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٠: ١٤٤، المغني لابن قدامة ٥: ٣٤، الشرح الكبير ٥: ٢٧-٢٨.

ولو كانت مضرّةً وجب إزالتها. ولو أظلم بها الطريق، قيل: لا يجب إزالتها، ويجوز فتح الأبواب المستجدة فيها.

لاحقاً له، ولاتفق الناس عليه في جميع الأعصار والأمصار من غير تكبير، وسقيفة بني ساعدة وبني النجار أشهر من الشمس في رابعة النهار، وقد كانتا بالمدينة في زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم.

ويدخل في عدم اعتبار معارضة المسلم جاره، فليس له منعه ليخرج هواء، وليكون الهواء بينهما، بل أيهما سبق استحقّ وللآخر إخراج روشن فيما بقي من الهواء، وليس للأول منعه وإن استلزم الإشراف عليه إلا على الفرع السابق. وكذا يجوز للثاني الإخراج فوقه وتحتّه إذا لم يضرّ به. وحده في العلوّ أن لا يضرّ بالماء في الأول إن لم يكن له سقف، أو على سقفه إن كان. ولو أظلم الطريق بوضع الثاني أزيل خاصّةً وإن كان لكل واحد أثر في الظلمة، لأن الضرر إنّما حصل بالثاني، وإن كان لولا الأول لم يحصل.

قوله: «ولو كانت مضرّةً وجب إزالتها».

وجوب إزالتها لا يختصّ بوضعها، وإن كان الأمر فيه أكد، لكونه غاصباً، فإنّ إزالتها رفع لمنكر، فيجب على كلّ قادرٍ المعاونة عليه بالقول والفعل. ويأثم تارك السعي مع قدرته، كما في كلّ منكر.

قوله: «ولو أظلم بها الطريق قيل: لا يجب إزالتها».

القائل بذلك الشيخ في المبسوط^(١). وموضع الخلاف ما إذا لم يذهب الضياء بالكلية وإلاّ منع إجماعاً. والضابط فيما عداه حصول التضرّر بالمارة ولو لضعيف البصر، لأنّ جواز وضعه مشروط بعدم ضرر المارة. وعلى هذا فالمنع إنّما يتوجّه إلى إطلاق الشيخ عدم تأثير الظلمة، لا إلى وجودها مطلقاً. ولا فرق في التضرّر بين وقوعه ليلاً ونهاراً.

قوله: «ويجوز فتح الأبواب المستجدة فيها».

أي في الطرق النافذة، لأنّ المسلمين فيها شرع، فيجوز إحداث الأبواب إليها

أمّا الطرق المرفوعة فلا يجوز إحداث باب فيها، ولا جناحٍ ولا غيره، إلّا بإذن أربابه، سواء كان مضرّاً أو لم يكن، لأنّه مختصّ بهم.

لمجاورها، سواء كان لتلك الدار باب آخر إليها أم إلى غيرها من الطرق النافذة أو المرفوعة. ولا يقدح في ذلك صيرورة المرفوعة نافذةً بسبب الباب المفتوح المتصل بالنافذة، لأنّ ذلك يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق، إذ ليس لأحد دخول داره إلّا بإذنه، فلا يتحقّق نفوذ الطريق.

قوله: «أمّا الطرق المرفوعة - إلى قوله - لأنّه مختصّ بهم».

الطريق المرفوع ملك لأربابه كسائر أملاكهم، فيكون كالمال المشترك لا يصحّ لأحدٍ من أربابه التصرف فيه إلّا بإذن الباقين، سواء كان التصرف بإحداث الباب والسباط والروشن أم غيرها، وسواء أضرّ بهم أم لم يضرّ. وكذا لا يجوز ذلك لغير أربابه بطريقٍ أولى.

وبنّه بقوله: «سواء كان مضرّاً أو لم يكن» على خلاف بعض العامة^(١) حيث جوّز لأهل السكّة إحداث ذلك إذا لم يضرّ بالمارة.

والمراد بالمرفوعة المسدودة التي لا تنتهي إلى طريقٍ آخر ولا مباح، بل إلى ملك الغير، وبأربابها من له باب نافذ إليها، دون من تلاصق داره ويكون حائطه إليها من غير نفوذ.

ومّا يترتب على ملكهم لها جواز سدها عن السكّة، والانتفاع بها كغيرها من أملاكهم، مع اتفاقهم على ذلك، ولو اختلفوا لم يكن لمن أراه ذلك. وإنّما يجوز ذلك إذا لم يكن فيها مسجدٌ أو رباط أو مطهرة موقوفة على العموم، قديمة أو حديثة، فإنّه حينئذٍ لا يجوز لهم المنع من الممرّ إليها، ولا إحداث سباطٍ ونحوه ممّا يتضرّر منه المارة، وإن رضي أهل السكّة، لأنّها صارت حقاً لسائر الناس. وفي حكمه ما لو جعل بعضهم داره أحد تلك الأمور.

ومّا يدخل في المنع من التصرف في المرفوعة بغير إذن أربابها المرور فيها. والوجه

(١) المغني لابن قدامة ٥: ٣٥ وراجع فتح العزيز ١٠: ٣١٠-٣١٣.

وكذا لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه، دفعاً للشبهة.
ويجوز فتح الروازن والشبابيك، ومع إذنهم فلا اعتراض لغيرهم.

فيه ما تقدّم من الملك. والأقوى الاكتفاء فيه بشاهد الحال، فلو منع أحدهم حرم، أما الجلوس فيها، وإدخال الدواب إليها، ونحو ذلك، فلا إلا مع إذن الجميع، لأصالة حرمة مال الغير بغير إذنه، وانتفاء شاهد الحال فيه غالباً. نعم، لو كان الجلوس خفيفاً غير مضرّ تناوله شاهد الحال.

قوله: «وكذا لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه دفعاً للشبهة».

أي لشبهة استحقاقه المرور فيه بعد تطاول الزمان، فإنه إذا اشتبه حاله يشعر باستحقاق المرور، لأنه وضع له. وبهذا حصل الفرق بين فتح الباب ورفع الحائط جملةً، فإن الثاني جائز دون الأوّل، لأن رفع الحائط لا يستدعي استحقاق المرور بوقت من الأوقات، إذ ليس فيه دلالة عليه، بخلاف الباب.

ولا فرق في هذا الحكم بين الذي لا حقّ له في الطريق المذكور، كالجار الملاصق لها بحائطه، وبين من له باب فيها إذا أراد إحداث باب آخر أدخل من بابه، لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المحلّ الذي فتح فيه الباب. ويحتمل ضعيفاً الجواز، لما سيأتي.

قوله: «ويجوز فتح الروازن والشبابيك».

لأن الإنسان مسلّط على التصرف في ملكه بما شاء، والشبهة المتطرّقة من الباب منتفية هنا. وكما يجوز فتحهما إلى الدرب المرفوعة يجوز إلى غيرها من الأملاك والدور، وإن استلزم الإشراف على الجار، لأنّ المحرّم هو التطلّع لا التصرف في الملك، فيستفيد بذلك الاستضاءء في بيته، وليس للجار سدّ ذلك. نعم، له وضع شيء في ملكه يمنع الإشراف وإن منع الضوء.

قوله: «ومع إذنهم فلا اعتراض لغيرهم».

إذنهم في ذلك تفيد جواز التصرف كالعارية، يجوز لهم ولكل واحد منهم الرجوع فيها، وتبطل بموته وخروجه عن التكليف بجنون وإغماء ونحوهما. وحينئذ فالمراد بغيرهم من خرج عن استحقاق الطريق، إذ لا حقّ لهم فيها، وإن أمكن

ولو صالحهم على إحداث روشن، قيل: لا يجوز، لأنه لا يصح
إفراء الهواء بالبيع. وفيه تردد.

ولو كان لإنسان داران باب كل واحدة إلى زقاق غير نافذ، جاز أن
يفتح بينهما باباً.

استطراقهم وتضررهم. وليس المراد بغيرهم من يشمل الطبقة الثانية منهم، لبطلان
الإذن بموتهم، كما ذكرناه.

قوله: «ولو صالحهم . . . الخ».

القول للشيخ^(١) (رحمه الله) بناءً على ما ذكره من المنع من إفراء الهواء بالبيع،
وفرعية الصلح له في ذلك. والمقدمتان ممنوعتان. وأدلة شرعية الصلح تناوله. وضمير
«صالحهم» يعود إلى أهل الدرب المرفوعة، وهو يقتضي بإطلاقه استحقاق الجميع
لذلك، وهو مخالف لما سيأتي من اختصاص الداخل بها بين البابين. والذي يلزم
من التفريع على ذلك أن الروشن المحدث إن كان خارجاً عن جميع الأبواب فهو حق
لهم أجمع، وإن كان داخلياً عن بعضها لم يتوقف على إذن الخارج. وقيل: يتوقف على
رضا الجميع كالأول، للاحتياج إليه عند ازدحام الدواب والأحمال. وقواه في
الدروس^(٢). والأول أشهر.

قوله: «ولو كان لإنسان - إلى قوله - بينهما باباً».

لأن له حق السلوك في كل واحدة ورفع الجدار الحائل بين الدارين وجعلها
واحدة، ففتح باب من إحداها إلى الأخرى أولى. ومنع منه بعض العامة^(٣)، لأنه
يثبت له حق الاستطراق في درب مملوكة لدار لا حق لها فيه، ولأنه ربما أدى إلى إثبات
الشفعة لو بيعت بعض دور إحدى الطريقتين بسبب الاشتراك في الطريق لكل واحد
من الدارين في زقاق الأخرى، على تقدير القول بشوتها مع الكثرة.

(١) المبسوط ٢: ٢٩٢.

(٢) الدروس: ٣٨١.

(٣) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٥١. المهذب (ضمن المجموع ١٣: ٤١٢).

ولو أحدث في الطريق المرفوع حدثاً، جاز إزالته لكل مَنْ له عليه استطرار .
ولو كان في زقاقٍ بابان أحدهما أدخل من الآخر، فصاحب الأول
يشارك الآخر في مجازه، وينفرد الأدخل بما بين البابين .

والأقوى أن كل دارٍ على ما كانت عليه في استحقاق الشفعة بالشركة في
الطريق، ولا يتعدى إلى الأخرى وإن جاز الاستطرار، لأن ذلك الفتح لم يوجب حقاً
لدار في الطريق الأخرى، وإنما أباح الانتقال من داره إلى داره الأخرى . ومتى صار
فيها استحقاق المرور في طريقها تبعاً للكون الثاني والدار التي هو فيها لا للأولى .
قوله : «ولو أحدث في الطريق . . . الخ» .

لا فرق في الحدث بين كونه مضرّاً وغيره، ولا بين كونه في الهواء كالروشن، أو
في الأرض كعمل دكةٍ ووضع خشبةٍ وحجارةٍ ونحو ذلك، ولا بين كونه من أهل تلك
الطريق وخارجه، لاشتراك الجميع في كون ذلك تصرفاً في ملكهم بغير إذنهم، فكان
لهم إزالته . وكذا لا فرق بين وقوعه بإذن بعضهم وعدمه، بل لوبقي واحد بغير إذنه
فله المنع والإزالة . والكلام في إذن الجميع والبعض بالنسبة إلى كون الحدث داخلياً
أو خارجاً ما تقدم .

قوله : «ولو كان في زقاقٍ بابان . . . الخ» .

هذا هو المشهور بين الأصحاب، ووجهه : أن المقتضي لاستحقاق كل واحدٍ
هو الاستطرار، ونهايته بابه، فلا يشارك في الداخل . وقيل : يشترك الجميع في
الجميع، حتى في الفضلة الداخلة في صدرها، لاحتياجهم إلى ذلك عند ازدحام
الأعمال ووضع الأتقال، ولأن اقتصار تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه أمر
بعيد، بل متعسر، والمتعارف الاحتياج حوله إلى جملة من الداخل وإن قلت، فالقول
بالاقتصار على ما حاذى الباب وما خرج ليس بجيد . وقوى في الدروس^(١) الاشتراك
في الجميع .

ولو كان في الزقاق فاضل إلى صدرها، وتداعياها، فهما فيه سواء .
ويجوز للدخل أن يقدم بابه، وكذا الخارج . ولا يجوز للخارج أن يدخل
ببابه وكذا الداخل .

قوله: «ولو كان في الزقاق فاضل . . . الخ» .

لاستوائهم في الارتفاق بها، فلا أولوية لواحدٍ على غيره، بخلاف ما بين
البابين، لأنَّ أدخلية الباب تقتضي الاستطراق، وهو مختصّ بالمستطرق، فيتحقّق
الترجيح .

ويشكل ذلك على القول باختصاص الداخل بما بين البابين، لتوقّف الانتفاع
حينئذٍ بالفضلة على استحقاق السلوك إليها، فاذا لم يكن للخارج حقّ السلوك لا
يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يدٍ على الداخل .

ويندفع بأنّ ثبوت ملك شيءٍ لا يتوقّف على مسلكٍ له، ومع ذلك فيمكن
دخول الخارج إلى الفضلة بشاهد الحال، كسلوك غيره ممن لا حقّ له في تلك الطريق
به، فإذا انضمَّ إلى ذلك اشتراكهم جميعاً في التصرف في الفضلة حكم باشتراكها
بينهم .

ولا يرد مثله في المسلك بين البابين حيث يجوز للخارج دخوله بذلك، لأنّ
الداخل له عليه يدٌ بالسلوك المستمر عليه، الذي لا يتمّ الانتفاع بداره إلاّ به،
بخلاف الفضلة، فإنّ يدهم فيها سواء، إذ لا تصرف لهم فيها إلاّ بالارتفاق، وهو
مشترك . ولو قلنا باشتراكهم في جميع الطرق - كما اختاره الشهيد^(١) - فالحكم في
الفضلة أولى .

قوله: «ويجوز للدخل أن يقدم . . . الخ» .

الوجه في ذلك كلّ ما تقدّم من اختصاص كلّ داخلٍ عن الخارج بما دخل عنه
ومشاركته فيما خرج، فيجوز للدخل إخراج بابه، لثبوت حقّ الاستطراق له في جميع
الطريق إلى بابه، فكّل ما خرج عنه له فيه حقّ . وله حقّ التصرف في جداره برفعه

ولو أخرج بغض أهل الدرب النافذ روشناً، لم يكن لمقابله معارضته، ولو استوعب عرض الدرب. ولو سقط ذلك الروشن فسبق جاره إلى عمل روشنٍ، لم يكن للأول منعه، لأنهما فيه شرع، كالسبق إلى القعود في المسجد.

أجمع، فبعضه أولى. ولا فرق في ذلك بين أن يسدّ الأول - كما يقتضيه ظاهر العبارة - ويقيه. ولا يمنع تكثّر الأبواب، لعدم تفاوت الحال. وربّما قيل باسّراط سدّ الأول.

وأما الخارج فلّمّا لم يكن له حقّ فيما جاوز مجازه إلى داخل لم يكن له الدخول إلاّ بإذن الداخل إلاّ على القول السابق. وربّما احتمل جواز دخوله وإن لم نقل بمشاركته في الداخل، نظراً إلى أنّه كان له ذلك في ابتداء وضع الدار ورفع الحائط أجمع فيستصحب. ويضعّف بأن تملّك المباح إنّما يقع على الوجه الذي اتّفق، فإنّه كان له فتح بابه ابتداءً إلى أيّ الجهات شاء، فلّمّا أحيا ما حوله منع من ذلك، لسبق مَنْ حوله بالإحياء على فتحه. ومثله القول في الجزء الداخل من الطريق، فإنّه بوضع بابه خارجه رفع عنه يده وأحياءه، وانفرد به الداخل فقدم. وأما رفع جميع الحائط فلا يتطرّق إليه شبهة، بخلاف الباب كما تقدّم.

قوله: «ولو أخرج بعض أهل الدرب - إلى قوله - عرض الدرب».

لّمّا كان حقّ الطريق النافذ غير مختصّ بدوي الدور لم يكن للجار المقابل ولا غيره الاعتراض على واضع الروشن فيه، وإن استوعب الدرب، إذا لم يكن ضاراً بالمرّة. نعم، لو وضع شيئاً منه على جدار المقابل فله المنع منه.

قوله: «ولو سقط ذلك . . . الخ».

لأنّ الأول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه، وإنّما اكتسب أولويّةً، فإذا زال زالت، كالقعود في المسجد والسوق، حتى لو فرض أنّ الثاني أخرب روشن الأول ووضع روشنه لم يكن للأول أن يزيل الثاني، وإن كان الثاني قد ضمن أرش الأول واكتسب الإثم، لزوال الأولويّة. ومثله القول في المشبه به.

الثانية: إذا التمس وضع جذوعه على حائط جاره، لم يجب على الجار إجابته، ولو كان خشبةً واحدة، لكن يستحبّ. ولو أذن، جاز الرجوع قبل الوضع إجماعاً، وبعد الوضع لا يجوز، لأنّ المراد به التأييد. والجواز حسن مع الضمان.

قوله: «إذا التمس - إلى قوله - لكن يستحب».

هذا عندنا موضع وفاقٍ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسٍ منه»^(١) ولقضاء العقل ببيع التصرف في مال الغير. نعم، يستحبّ استحباباً مؤكداً، لما روي عنه صلى الله عليه وآله وسلم: «مَنْ كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يمنعن جاره من وضع خشبةٍ على جداره»^(٢). وهو على تقدير ثبوته منزل على الاستحباب المؤكّد. وذهب بعض العامة إلى جوازه بغير إذنه، عملاً بالحديث.

قوله: «ولو أذن جاز له الرجوع - إلى قوله - مع الضمان».

الكلام هنا في مواضع:

أحدها: في جواز الرجوع بعد الوضع. وقد منع منه الشيخ^(٣) ومن تبعه^(٤)، لاقتضاء الإذن في مثل ذلك الدوام، كالإذن في دفن الميت في الأرض، وللضرر الحاصل بالنقض، حيث يفضي إلى خراب ملك المأذون. والأقوى الجواز^(٥)، لأنّه عارية، ولأنّ الأصل جواز تصرف المالك في ملكه كيف شاء. وإلحاقه بالدفن قياس مع الفارق، لتحريم نبشه دون إخراج البناء.

الثاني: على تقدير الجواز هل ينقض مجاناً أو مع الأرض؟ وجهان مبناهما على

(١) الوسائل ٣: ٤٢٤ ب «٣» من أبواب مكان المصلي ح ٣ و١.

(٢) مسند أحمد ٢: ٢٧٤ و ٤٤٧، السنن الكبرى ٦: ٦٨. وليس فيها «مَنْ كان يؤمن بالله واليوم الآخر».

(٣) المبسوط ٢: ٢٩٧.

(٤) منهم ابن البراج علي ما في جامع المقاصد ٥: ٤٢٢، وابن ادريس في السرائر ٢: ٤٣٣.

(٥) في إحدى الحجريتين: (الجواز مطلقاً). ولم ترد في مال لدينا من النسخ الخطية.

أما لو انهدم، لم يعد الطرح إلا بإذنٍ مستأنف. وفيه قول آخر.

أن الإذن إنما أفادت العارية، ولازمها الرجوع متى أراد، مع أصالة براءة ذمة المالك من ثبوت مالٍ لغيره على تخليص ملكه منه، بل أصالة البراءة مطلقاً. وأنه بناء محترم صدر بالإذن فلا يجوز قلعه إلا بعد ضمان نقضه^(١). ولأن فيه جمعاً بين الحقيين. ولأنه سبب الإلتلاف لإذنه، والمباشر ضعيف، لأنه بالأمر الشرعيّ. وهو أقوى.

الثالث: على تقدير ثبوت الأرش فهل هو عوض ما نقصت آلات الواضع بالهدم، أو تفاوت ما بين العامر والخراب؟ وجهان مبناهما على أن البناء إذا كان محترماً فهو هيبته حقّ لبانيه، فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامراً وخراباً، لأن ذلك هو نقص الماليّة، ومن أن نقص هذه الماليّة مستند إلى ملك صاحب الجدار فلا يضمنه، إنما يضمن نقصان مال الغير الذي كان سبب إتلافه وفواته. والأول أقوى، لأنّ جميعه مال للواضع، غايته كونه موضوعاً على ملك الغير، وذلك إنما أثر جواز النقص لا المشاركة في الماليّة. ولو اتفقا على إبقائه بالأجرة فلا إشكال في جوازه.

قوله: «أما لو انهدم - إلى قوله - وفيه قول آخر».

القول الآخر للشيخ في المبسوط^(٢)، وهو أنه إن أعاده بآلته الأولى لم يكن له منعه من ردّ الخشب والسقف عليه، وإن أعاده بغيرها كان له منعه. والأقوى الأول، لأنّ المأذون فيه وهو الوضع قد حصل، فلا يجوز وضع آخر بدون الإذن. ولأنّها عارية فيجوز الرجوع فيها وإن استلزم الضرر كما مرّ، فهنا أولى، غايته أنه مع الضرر جبر بالأرّش، وهنا لا ضرر فلا أرّش.

وكثير من الأصحاب لم يذكروا هنا خلافاً، ويمكن أن يكون سببه أن الشيخ كان ذكر أولاً في الكتاب^(٣) أنه لو انهدم الحائط أو هدمه المستعير لم يكن له الإعادة إلا بإذنٍ مستأنف، ولم يتردّد في ذلك، فأطرحوا قوله الآخر، وهو قول لبعض الشافعيّة^(٤)، كما أن القول^(٥) الآخر لهم، فجمع الشيخ بين الحكمين المختلفين عن

(١) في ما عدا «هـ» و«م»: نقضه.

(٢) و (٣) المبسوط ٢: ٢٩٧ - ٢٩٨.

(٤) و (٥) المغني لابن قدامة ٥: ٤٠.

ولو صالحه على الوضع ابتداءً، جاز بعد أن يذكر عدد الخشب ووزنها وطولها.

الثالثة: إذا تداعيا جداراً مطلقاً، ولا بيّنة، فمن حلف عليه مع نكول صاحبه قضي له. وإن حلفا أو نكلا، قضي به بينهما.

قرب.

قوله: «ولو صالحه . . . الخ».

إنما اعتبر ذكر الطول مع الوزن لاختلاف ضرر الحائط به باختلافه في الطول وإن اتفق وزنه. والضابط: ذكر ما يرفع الجهالة، ولا بدّ مع ذلك من ذكر المدة المضبوطة. ولو كانت الآلات مشاهدةً أستغني عن اعتبارها بذلك، واكتفي بتعيين المدة.

واحترز بقوله: «إبتداءً» عمّا لو وقع الصلح بعد البناء، فإنه لا يعتبر حينئذٍ إلاّ تعيين المدة، لصيرورة الباقي معلوماً، بخلاف ما إذا لم يبيّن^(١)، لتفاوت الضرر، ولا ضابط يرجع إليه عند الإطلاق. وهذا في الخشب. أما الأجر واللبن في الحائط فيكفي فيها العادة. نعم، لو كان الصلح على البناء على حائطٍ زيادةً عليه إفتقر إلى ذكر الطول وسمك اللبن، لاختلاف ضرره باختلافهما. هذا كلّه في الوضع على حائطٍ مملوكٍ للغير.

أما لو كان موقوفاً على مصالح عامّة بحيث لا يكون له مالك على الخصوص، كالمسجد وشبهه، لم يجز لأحدٍ البناء عليه ولا الوضع بغير إذن الحاكم قطعاً، وليس له الإذن بغير عوض. وفي جوازه به ولا ضرر على الموقوف، نظراً إلى المصلحة بفائدة العوض، وعدمه، لأنّه تصرف في الوقف بغير موضوعه، ولأنّه يثمر شبهةً على تطاول الأزمان، وجهان أجودهما الأخير. وقوّاه في الدروس^(٢).

قوله: «إذا تداعيا جداراً مطلقاً - إلى قوله - قضي به بينهما».

المراد بالإطلاق هنا أن لا يكون مقيداً بوجهٍ يوجب كونه لأحدهما شرعاً،

(١) في «ن» و«س»: «بيّن»، وفي الحجرية: «بيّن».

(٢) الدروس: ٣٨٢.

ولو كان متصلاً ببناء أحدهما، كان القول قوله مع يمينه، وإن كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع، قيل: لا يقضي بها، وقيل: يقضى مع اليمين. وهو الأشبه.

كاتصاله ببناء أحدهما أو ما في حكمه مما سيأتي. ومن جملة القيود كونه في أرض أحدهما، فإذا خلا عن جميع ذلك لم يكن لأحدهما عليه يد. أو يكون لهما بأن يكون بين ملكيهما ولا مرجح. وحكمه حينئذ أن يستوي نسبتها إليه، فمن أقام بينة حكم له به، وإن فقداه حلف كل واحدٍ لصاحبه، وكان بينهما نصفين. وكذا لو نكلا عن اليمين. ولو حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت للحالف. وهو واضح.

قوله: «ولو كان متصلاً ببناء أحدهما كان القول قوله مع يمينه».

أي متصلاً به اتصالاً ترصيفاً، وهو تداخل الأحجار واللبن على وجه يبعد كونه محدثاً. ومثله ما لو كان لأحدهما عليه قبة أو غرفة أو ستر، لأنه يصير بجميع ذلك صاحب يد، فعليه اليمين مع فقد البينة. ولو اتصل بهما كذلك، أو كان البناء لهما، أو اختص أحدهما بصفةٍ والآخر بأخرى، فاليد لهما. وكذا لو كان لأحدهما واحدة والباقي مع الآخر، إذ لا أثر لزيادة اليد في الترجيح، فيحلفان ويقسم بينهما، كما يقسم لو نكلا، إلى تمام ما تقدم.

قوله: «ولو كان لأحدهما جذع - إلى قوله - وهو الأشبه».

القول بعدم القضاء بذلك للشيخ^(١)، محتجاً بأن كون الجدار بين الدارين دلالة ظاهرة على أنه في أيديهما، ووضع الجذوع إختصاصاً بمزيد ارتفاع، كاختصاص أحد الساكنين^(٢) بزيادة الأمتعة.

ويضعف بمنع دلالة كونه بينهما على اليد إذا لم ينضم إليه تصرف بوجه من

(١) المبسوط ٢: ٢٩٦، الخلاف ٣: ٢٩٦. وليس فيها هذا الاحتجاج، وإنما احتج له بذلك

الشهيد في الدروس: ٣٨٤.

(٢) في «س»: الشريكين.

ولا ترجح دعوى أحدهما، بالخوارج التي في الحيطان، ولا الروازن .
ولو اختلفا في حصصٍ قضى لمن إليه معاهد القمط، عملاً بالرواية .
الرابعة: لا يجوز للشريك في الحائط، التصرف فيه ببناء، ولا
تسقيفٍ ولا إدخال خشبةٍ، إلا بإذن شريكه .

الوجوه السابقة . وحينئذٍ فوضع الجذع يفيد اليد للواضع، ويبقى الآخر خالياً،
ويكون حكم الجذع حكم ما سلف من المرجحات . ولو جامعها أعتبر ما فصلناه .
قوله: «ولا ترجح - إلى قوله - ولا الروازن» .

المراد بالخوارج كلما خرج عن وجه الحائط من نقشٍ ووتدٍ ورففٍ ونحو ذلك،
فإنه لا يفيد الترجيح للملكه، لإمكان إحداثه له من جهته من غير شعور صاحب
الجدار . ومثله الدواخل فيه، كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة، لما ذكر .
قوله: «ولو اختلفا في حصصٍ . . . الخ» .

الخصص - بالضم - البيت الذي يعمل من القصب^(١)، والقمط - بالكسر - جبل
يشد به الخصص، و - بالضم - جمع قماط وهي شداد الخصص من ليفٍ وخصوصٍ وغيرهما^(٢) .
والرواية رواها عمرو بن شمر، عن جابر، عن الباقر عليه السلام، عن أبيه، عن
علي عليه السلام: «أنه قضى في رجلين اختصما في حصصٍ أن الخصص للذي إليه
القمط»^(٣) . ومثله روى العامة عن النبي^(٤) صلى الله عليه وآله وسلم . والطريق
ضعيف إلا أن الأصحاب تلقوها بالقبول . وردّها بعضهم ومنهم المصنّف في النافع^(٥)
وقال: إنها قضية في واقعة فلا تتعدى . وحينئذٍ فحكم الخصص حكم الجدار بين
الملكين .

قوله: «لا يجوز للشريك - إلى قوله - إلا بإذن شريكه» .

الحكم فيه كغيره من الأموال المشتركة لا يجوز لأحد الشركاء التصرف إلا بإذن

(١) لسان العرب ٧ : ٢٦ و ٣٨٥ .

(٢) الفقيه ٣ : ٥٧ ح ١٩٧ ، الوسائل ١٣ : ١٧٣ ب «١٤» من أبواب الصلح ح ٢ .

(٤) سنن البيهقي ٦ : ٦٧ - ٦٨ .

(٥) المختصر النافع : ٢٨٥ .

ولو انهدم، لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته.

الجميع وإن قلّ الانتفاع، كضرب الوتد وفتح الكوة.

قال في التذكرة: «وكذلك أخذ أقلّ ما يكون من ترابه ليرتب به الكتاب»^(١).

واستثنى من ذلك الاستناد إليه، وإسناد المتاع مع انتفاء الضرر، لأنّه بمنزلة الاستضاءه بسراج الغير والاستظلال بجداره.

نعم، لو منع المالك والشريك من ذلك كلّ حرم، وفاقاً للتذكرة^(٢)، لأنّه نوع

تصرفٍ بإيجاد الاعتدال عليه. واستقرب في الدروس عدم المنع، لانتهاء الضرر^(٣).

وموضع الخلاف ما إذا كان المجلس للمستند وإلا لم يجز إجماعاً.

ولو بنى الشريك في ملكه جداراً متصلاً بالجدار المشترك أو المختصّ بالجدار

بحيث لا يقع ثقله عليه جاز، ولم يكن للأخر الاعتراض. ولو ألقى ثقله عليه لم يجز

بدون إذنه.

قوله: «ولو انهدم لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته».

إذ لا يجب على الشخص عمارة جداره المنهدم، ففي المشترك أولى. وهذا لا

كلام فيه، لكن هل تتوقف العمارة على إذن الشريك أم يجوز له البناء وإن نهاه؟

قولان، أحدهما: توقّف العمارة على إذنه، لأنّه مال مشترك فيمتنع التصرف فيه بدون

إذن الشريك، كما سلف. والثاني: عدم الاشتراط، لأنّه نفع وإحسان في حقّ

الشريك حيث يعمر له حائطه ولا يغرمه في نفقته، ولا ضرر فيه عليه بوجه. وهو

قول الشيخ^(٤). والأول أقوى. وربّما فرّق بين إعادته بالألة المشتركة فلا يشترط

رضاه، وبين إعادته بألة من عنده فيشترط، لأنّه على الأوّل يبقى شريكاً كما كان،

بخلاف الثاني.

ثمّ على القول باعتبار إذنه لو خالف وعمره فهل للشريك نقضه؟ إحتمال من

(١) و (٢) التذكرة ٢: ١٨٥.

(٣) الدروس: ٣٨٢. ولكن فيه: مع عدم الضرر.

(٤) المبسوط ٢: ٣٠١.

وكذا لو كانت الشركة، في دولابٍ أو بئرٍ أو نهرٍ.

حيث تصرفه في ملك غيره، وتغيير هيئته ووضعه الذي كان عليه، فصارت الكيفية الثانية كأنها مغصوبة، فله إزالتها. والأقوى العدم إن كان بناه بالآلة المشتركة، لأنَّ هدمه أيضاً تصرف في مال الغير، وهو الشريك الذي بنى، فلا يصح كالأول. وإنما تظهر الفائدة في الإثم والجواز إن كان بناؤه بغير آتته، لأنَّه عدوان محض، وتصرف في أرض الغير، فيجوز تغييره.

ثمَّ على القول بتحريم نقضه لو هدمه الشريك لزمه الأرش كما لو هدمه ابتداءً. ثمَّ على تقدير إعادته بالآلة مخصَّصة بالمعيد له منع الشريك من وضع خشبةٍ عليه دون الأول، للاشتراك فيه دونه. وخير الشيخ الشريك في الثاني بين مطالبته هدمه وإعطائه نصف قيمة الحائط ويضع عليه^(١). والأقوى أنَّ التخيير في ذلك للباي لا للشريك.

وحيث يتوقَّف البناء على إذن الشريك ويمتنع يرفع أمره إلى الحاكم ليجبره على المساعدة أو الإذن، فإن امتنع أذن الحاكم. وهل له الإذن فيه بأجرة يرجع بها على الشريك، أو مجاناً؟ الأقوى الثاني، لأنَّ الشريك إذا لم يجبر على العمارة لا يجبر على الإنفاق، فإن اختار الشريك بناءه مجاناً فعل وإلاً تركه.

قوله: «وكذا لو كانت الشركة في دولابٍ أو بئرٍ أو نهرٍ».

الحكم هنا كما سلف في الجدار. ولا فرق بين كون المشترك ذا غلَّةٍ تفني غلَّته بعمارته وغيره عند الأصحاب. وإنما خالف فيه بعض العامة^(٢) فحكم بإجبار الشريك على المساعدة على العمارة في هذه المذكورات دون الحائط، فارقاً بينهما بأنَّ الشريك لا يتمكَّن من المقاسمة فيضربُه، بخلاف الحائط، فإنَّه يمكنه قسمته مع شريكه وقسمة عرصته. وردَّ بأنَّ قسمة العرصه والحائط قد يكون أكثر ضرراً، فكانا سواءً.

(١) المبسوط ٢: ٣٠١.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٥٠.

وكذا لا يجبر صاحب السفلى ولا العلوى، على بناء الجدار الذي يحمل العلوى. ولو هدمه بغير إذن شريكه، وجب عليه إعادته. وكذا لو هدمه بإذنه، وشرط إعادته.

قوله: «وكذا لا يجبر - إلى قوله - يحمل العلوى».

لأنه لا يجب على الإنسان عمارة ملكه لأجل الغير. لكن يجب تقييده بها إذا لم يكن حمل جدار العلوى أو سقفه واجباً على صاحب السفلى بعقد لازم، فإن وجب كذلك لزم البناء. نبه عليه في الدروس^(١). وسبق مثله في عمارة الساقية والمجرى. ولو طلب صاحب العلوى بناء جدران السفلى تبرعاً فهل له منعه؟ فيه الوجهان السابقان. وأطلق في التحرير أنه ليس له منعه^(٢). وفي حكم العلوى ما لو كان له سابات استحق وضعه على حائط غيره فانهدم. هذا كله إذا انهدم الحائط بنفسه أو هدماه معاً.

قوله: «ولو هدمه . . . الخ».

أطلق المصنف وجوب الإعادة تبعاً للشيخ^(٣) (رحمه الله). ويشكل بأن النقصان الفاتت بالهدم غير مثلي فينبغي المصير إلى القيمة وهو الأرش، وهو اختيار العلامة في القواعد^(٤)، مع أنه قطع في التذكرة بوجوب الإعادة^(٥). وفصل الشهيد رحمه الله في الدروس^(٦)، فأوجب إعادته إن أمكنت الماثلة، كما في جدران بعض البساتين والمزارع، وإلا فالأرش. وفيه مناسبة إلا أنه خارج عن القواعد الشرعية،

(١) الدروس ٣٨٣.

(٢) تحرير الاحكام ٢ : ١٣٦.

(٣) المبسوط ٢ : ٣٠٣.

(٤) قواعد الاحكام ١ : ١٨٥.

(٥) الموجود في التذكرة في هذا الباب ٢ : ١٨٥ - ١٨٦ تعين الارش ايضاً. فلعله ذكر ذلك في موضع آخر. نعم وجوب الاعادة يظهر من الارشاد ١ : ٤٠٥ وكذلك في التحرير ٢ : ١٣٦.

ولكنه فيه ذكر وجوب الارش وجهاً.

(٦) الدروس : ٣٨٣.

الخامسة: إذا تنازع صاحب السفلى والعلو في جدران البيت، فالقول قول صاحب البيت مع يمينه. ولو كان في جدران الغرفة، فالقول قول صاحبها مع يمينه. ولو تنازعا في السقف، قيل: إن حلفا قضي به لهما. وقيل: لصاحب العلو. وقيل: يقرع بينهما، وهو حسن.

لانتفاء المثلية في الفاتت، فإنه محض صفة، إذ الأعيان باقية، والمائلة في الصفة بعيدة، فالقول بالأرض مطلقاً أوضح.

قوله: «إذا تنازع - إلى قوله - صاحبها مع يمينه».

هذا هو المشهور، ويعضده أن جدران البيت جزءه وجدران الغرفة جزءها، فيحكم بها لصاحب الجملة. وقال ابن الجنيد: إن جدران البيت بينهما، لأن حاجتهما إليه واحدة، بخلاف جدار الغرفة، إذ لا تعلق لصاحب البيت به إلا كونه موضوعاً على ملكه. وارتضاه في المختلف^(١). وهو قول جيد، لكن الأول أجود.

قوله: «ولو تنازعا في السقف . . . الخ».

المراد بالسقف الحامل للغرفة المتوسط بينهما وبين البيت. والقول باستوائهما فيه للشيخ في المبسوط^(٢)، وقواه في الدروس^(٣)، لأنه سقف لصاحب البيت وأرض لصاحب الغرفة، فكان كالجزم من كل منهما.

والقول الثاني لابن إدريس^(٤)، ورجحه العلامة^(٥) في كثير من كتبه، لأن الغرفة إنما تتحقق بالسقف الحامل، لأنه أرضها، والبيت قد يكون بغير سقف، وهما متصادقان على أن هنا غرفة، فلا بد من تحققها. ولأن تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى.

(١) المختلف: ٤٧٨.

(٢) المبسوط: ٢: ٣٠٠.

(٣) الدروس: ٣٨٥.

(٤) السرائر: ٢: ٦٧.

(٥) تحرير الأحكام: ٢: ١٣٥، المختلف: ٤٧٧.

السادسة: إذا خرجت أغصان شجرة إلى ملك الجار، وجب عطفها إن أمكن، وإلاً قطعت من حدّ ملكه. وإن امتنع صاحبها قطعها الجار. ولا يتوقّف على إذن الحاكم.

والقول بالقرعة للشيخ أيضاً، لأنها لكل أمرٍ مشتبه^(١)، واستحسنه المصنّف. وربّما منع الاشتباه هنا، لأنّ رجحان أحد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة إلى الحكم. والأوسط أوسط.

وموضع الخلاف السقف الذي يمكن إحداثه بعد بناء البيت، أمّا ما لا يمكن كالأزج^(٢) الذي لا يعقل إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل، لاحتياجه إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملاً للعقد، فيحصل به التصريف بين السقف والجدران، وهو دخول آلات البناء من كلٍّ منهما في الآخر، فإنّ ذلك دليل على أنّه لصاحب السفلى، فيقدّم قوله فيه بيمينه. قوله: «إذا خرجت - إلى قوله - إذن الحاكم».

يمكن كون الوجوب بمعناه المتعارف، ويكون المحكوم عليه به مالك الشجرة. ووجه الوجوب عليه ظاهر، لأنّ دخول شجرته على ملك الغير يوجب التصرف فيه وشغله بملكه. وهو غير جائز، فيجب التخلّص منه. وقد صرّح العلامة في التحرير بوجوب ذلك عليه^(٣). وهو حسن.

لكن يبقى في العبارة [إشكال]^(٤) اشتراط وجوب العطف بالإمكان وترتيب القطع على عدمه، مع أنّ للمالك قطع شجرته بغير هذا السبب، فبه أولى^(٥)، وإنّما يليق ترتّب الأمرين المذكورين بالنسبة إلى مالك الأرض، إلاّ أنّ الوجوب فيه لا يتمّ بالمعنى المتعارف منه. ويمكن كونه بمعنى الثبوت، لأنّه أحد معانيه لغّةً. وهذا

(١) الخلاف ٣: ٢٩٨ مسألة ٨.

(٢) بيت بنى طولاً ويقال له بالفارسية أوستان. لسان العرب ٢: ٢٠٨.

(٣) تحرير الأحكام ٢: ١٣٦.

(٤) وردت في «و» فقط وفي الهامش: ليس في أكثر النسخ لفظ الإشكال.

(٥) في «س»: فهنا.

الحكم ثابت له، لكن ينافره قوله بعد ذلك: «وإن امتنع صاحبها قطعها الجار» لأن مقتضاه أن المأمور بالسابق هو مالك الشجرة.

ويمكن الاعتذار عن الترتيب بأن قطع الشجرة مع إمكان عطفها إتلاف للمال، وهو منهي عنه، ويمنع من جواز قطع المالك كيف اتفق، بل لا بد من غاية مقصودة به، للنهي عن إضاعة المال بغير وجه. ثم قوله: «قطعها الجار» لا بد من تقييده أيضاً بعدم إمكان عطفها بطريق أولى، فالعبرة في الجملة ليست بجيدة.

والحاصل: أن الواجب على مالك الشجرة تفريغ أرض الغير أو هواه من ماله كيف ما أمكن، فإن امتنع منه فلمالك الأرض والهواء تولى ذلك، مقدماً للعطف على القطع مع إمكانه. وكما يثبت الحكم المذكور في الأغصان كذا في العروق. ولا يتوقف مالك الأرض على إذن الحاكم حيث يمنع صاحب الشجرة، كما له إخراج بهيمة تدخل إلى ملكه بدون إذنه.

وربما قيل بجواز إزالة مالك الأرض لها من دون مراجعة المالك، لأن إزالة العدوان عليه أمر ثابت له، وتوقفه على إذن الغير ضرر. ويشهد له جواز إخراج البهيمة بدون إذنه. ولأنه لو توقف على إذن المالك لتوقف على إذن الحاكم مع امتناعه، إذ لا يجوز التصرف في مال الغير بغير إذنه أو إذن من يقوم مقامه. وظاهر التذكرة^(١) أن مالك الشجرة لا يجب عليه إزالتها وإن جاز لمالك الأرض، لأنه من غير فعله. والأول أجود.

ولو قطعها مالك الأرض مع إمكان العطف ضمن. لكن هل يضمن جميع ما يقطع، أم تفاوت ما بينه وبين المعطوف؟ وجهان من التعدي بالقطع فيضمنه، ومن أن العطف حق له، وما يفوت به في حكم التالف شرعاً. ولو مضت مدة طويلة عليها كذلك مع علم المالك [به]^(٢) وتفريطه ضمن أجرة الأرض والهواء. وليس لمالك

(١) التذكرة ٢: ١٨٩.

(٢) من «و» فقط.

ولو صالحه على إبقائه في الهواء، لم يصحّ، على تردّد. أمّا لو صالحه على طرحه على الحائط، جاز مع تقدير الزيادة أو انتهائها.

السابعة: إذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى، ولآخر بيوته العليا، وتداعيا الدرجة قضي بها لصاحب العلو مع يمينه.

الأرض إيقاد النار تحت الأغصان لتحترق حيث يجوز القطع، لأنّه أشدّ ضرراً، فلو فعل ضمن ما يتلف بسببه زيادةً على حقّه.

وفي حكم الشجرة التراب المنتقل إلى ملك الغير، والحائط المائل كذلك، فيجب المبادرة إلى تخليص الأرض منه. ولو ملكه التراب وقبّله سلم من حقّه، لا مع امتناعه منه وإن شقّ نقله.

قوله: «ولو صالحه . . . الخ».

منع الشيخ من الصلح على إبقائها في الهواء، بناءً على أصله السابق من عدم جواز إفراد الهواء بالصلح تبعاً للبيع^(١). وهذا هو الفارق بين الصلح على إبقائها في الهواء وعلى الجدار، لأنّ منفعة الجدار يمكن إفرادها بالمعاوضة كالإجارة. والأصحّ جواز الأمرين.

والمراد بقوله: «مع تقدير الزيادة أو انتهائها» أنّ الأغصان إن كانت قد انتهت في الزيادة بحسب ظنّ أهل الخبرة صحّ الصلح على إبقائها مطلقاً، وإن كانت آخذةً في الزيادة فلا بدّ من تقدير الزيادة ليكون الصلح مضبوطاً. ولا بدّ مع ذلك من تقدير مدّة الإقامة، فلا يصحّ المؤنّد على ما ذكره الجماعة. ولو فرض زيادة ما حكم بانتهائه على خلاف العادة كان حكم الزائد حكم الأصل لما تعدّى إلى الملك قبل الصلح.

قوله: «إذا كان لإنسان - إلى قوله - مع يمينه».

لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وإن كانت موضوعةً في الأرض التي هي لصاحب السفلى، لأنّ مجرد ذلك لا يوجب اليد. وكما يحكم بها لصاحب العليا فكذا

ولو كان تحت الدرجة خزانة كانا في دعواهما سواءً. ولو تداعيا الصحن، قضي منه بما يسلك فيه إلى العلوّ بينهما، وما خرج عنه لصاحب السفلى.

عَلَّهَا. هذا مع اختلافهما في الخزانة تحتها، أما لو اتَّفقا على أنّ الخزانة لصاحب الأسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسّط بين الأعلى والأسفل، فيجري فيها الخلاف السابق. وعلى ما اخترناه يقضى بها للأعلى على التقديرين. وإنّا يختلف الحكم عند القائل بالاشتراك كالشهيد^(١) (رحمه الله) فإنّه يجعلها هنا مشتركةً بينهما أيضاً. قوله: «ولو كان تحت الدرجة خزانة كانا في دعواهما سواءً».

لأنّ لكل واحدٍ منها شاهداً بملكها، لأنّ الظاهر أنّ الدرجة لصاحب العلوّ، فيكون مكانها كذلك، لأنّ الهواء كالقرار، وكذلك هي متّصلة بملك الأسفل، بل من جملة البيوت السفلى، وحينئذٍ فيقضى بها بينهما بعد التحالف أو النكول. قال في الدروس: ولا عبرة بوضع الأسفل آتاه وكيزانه تحتها^(٢). والخزانة - بالكسر - ككتابة. قاله في القاموس^(٣).

قوله: «ولو تداعيا - إلى قوله - لصاحب السفلى».

لأنّ صاحب العلوّ لما افتقر سلوكه إليه إلى التصرف من الصحن في قدر الممرّ كان له عليه يد دون باقي الصحن، وصاحب السفلى يشاركه في التصرف في ذلك وينفرد بالباقي، فيكون قدر المسلك بينهما.

ثمّ إن كان المرقى في صدر الصحن تشاركاً في الممرّ إليه، وإن كان المرقى في دهليزه خارجاً لم يشارك الأسفل في شيء من العرصّة، إذ لا يدلّه على شيء منها إلاّ أن نقول في السكّة المرفوعة باشتراكها بين الجميع. ولو كان المرقى في ظهره اختصّ صاحب الأسفل بالعرصّة والدهليز أجمع.

والمراد بالقضاء بما ذكر بينهما مع حلف كلٍّ لصاحبه أو نكولهما معاً عن اليمين،

(١ و ٢) الدروس: ٣٨٥.

(٣) القاموس المحيط ٤: ٢١٩ مادة (خزن).

تتمّة

إذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها، قضى للراكب مع يمينه .
وقيل : هما سواء في الدعوى . والأوّل أقوى .
أمّا لو تنازعا ثوباً وفي يد أحدهما أكثره فهما سواء . وكذا لو تنازعا
عبداً ، ولأحدهما عليه ثياب .

كما قد علم غير مرّة .

قوله : «إذا تنازع - إلى قوله - أقوى» .

وجه القوّة : قوّة يد الراكب وشدّة تصرّفه بالنسبة إلى القابض . ووجه التسوية :
إشتراكهما في اليد ، وقوتها لا مدخل لها في الترجيح ، ولهذا لم يؤثر في ثوب بيد أحدهما
أكثره ، كما سيأتي . نعم ، مع الراكب زيادة التصرف إلاّ أنّه لم يثبت شرعاً كونه
مرجحاً . وتعريف المدعى والمنكر منطبق عليهما بتفسيراته . وحينئذٍ فالقول بالتساوي
أقوى بعد أن يخلّف كلّ منهما لصاحبه إذا لم يكن بينة . ولا عبرة عندنا بكون الراكب
غير معتادٍ قنيّة الدوابّ والمتشبّث معتاداً لذلك . وما ذكر حكم الدابة ، أمّا اللجام
فلمن في يده ، والسرج لراكبه .

قوله : «أمّا لو تنازعا ثوباً وفي يد أحدهما أكثره فهما سواء» .

لاشتراكهما في مسمّى اليد ولا ترجيح لقوتها ، والتصرف الذي كان مع الراكب
زائداً على اليد منتفٍ هنا . وهذا هو الفارق بين المسألتين عند المصنّف ، وأوجب
اختلاف الحكم .

نعم ، لو كان أحدهما متمسكاً له والآخر لابساً فكمسألة الراكب والقابض ،
لزيادة تصرف اللابس على اليد . وربّما قيل هنا بتقديم اللابس ، لأنّ الظاهر أنّه لم
يتمكّن من لبسه إلاّ وهو غالب مستقلّ باليد .

قوله : «وكذا لو تنازعا عبداً ولأحدهما عليه ثياب» .

بمعنى أن لبسها لا يرجّح يد أحدهما إذا كان لها عليه يد ، إذ لا دخل لها في

أما لو تداعيا جملاً، ولأحدهما عليه حمل، كان الترجيح لدعواه .
ولو تداعيا غرفةً على بيتٍ أحدهما . وبابها إلى غرفة الآخر، كان
الرجحان لدعوى صاحب البيت .

الملك، لأنه^(١) قد يلبسها بغير إذن مالكةا، أو بقوله، أو بالعارية، فإذا كان لهما عليه
يد تساوي في الدعوى . ومنه يعلم أنه لو كان لأحدهما خاصّة يد وللآخر ثياب فالعبرة
بصاحب اليد .

قوله: «أما لو تداعيا . . . الخ» .

لأنّ وضع الحمل على الدابة يستدعي كمال الاستيلاء، فيرجح صاحبه . والمراد
أنّ لكل واحدٍ منها مع ذلك عليه يد، بأن كانا قابضين بزمامه، ونحو ذلك، ليحصل
الترجيح . أما لو كان لأحدهما حمل ولا يد للآخر فلا شبهة في الترجيح .

ويمكن أن يكون المراد أنّ أحدهما قابض بزمامه وللآخر عليه حمل، ليكون
معادلاً لمسألة الراكب وقابض اللجام، فإنّهما وإن استويا في الحكم عنده إلا أنّ مسألة
الحمل أقوى، ولهذا لم يذكر فيها خلافاً . ووجهه: أنّ الحمل أقوى دليلاً على كمال
الاستيلاء، فإنّ الركوب أسهل تعلقاً من الحمل .

وفي الدروس^(٢) جعل الراكب ولابس الثوب وذا الحمل سواءً في الحكم . وهو
كذلك .

قوله: «ولو تداعيا غرفةً - إلى قوله - صاحب البيت» .

لأنّها موضوعة في ملكه، لأنّ هواء بيته ملكه، لأنّه تابع للقرار، ومجرد فتح
الباب إلى الغير لا يفيد اليد ولا الملك، فيقدّم صاحب البيت بيمينه . هذا إذا لم يكن
منّ إليه الباب متصرفاً فيها بسكنى أو غيره وإلاّ قدّم، لأنّ يده عليها بالذات، لأنّ
التصرف مقتضٍ له، وثبوت يد مالك الهواء بالتبعيّة ليدّه التي هي على القرار، واليد
الفعلية أقوى وأولى من التابعة . ويحتمل التساوي حينئذٍ، لثبوت اليد من الجانبين في
الجملة، وعدم تأثير قوّة اليد كما سلف .

(١) في «س» ولأنّه .

(٢) الدروس: ٣٨٥ .

كتاب الشركة

كتاب الشركة

والنظر في فصول

الأول: في أقسامها.

الشركة اجتماع حقوق الملاك، في الشيء الواحد، على سبيل الشيعاء.

قوله: «الشركة اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد على سبيل الشيعاء».

الشركة بكسر الشين وإسكان الراء، وبفتحها فكسرها. وهي تطلق على معنيين:

أحدهما: ما ذكر المصنّف في تعريفه من اجتماع الحقوق على الوجه المذكور. وهذا المعنى هو المتبادر من معنى الشركة لغة^(١) وعرفاً، إلا أنه لا مدخل له في الحكم الشرعي المترتب على الشركة من كونها من جملة العقود المفتقرة إلى الإيجاب والقبول والحكم عليها بالصحة والبطلان، فإن هذا الاجتماع يحصل بعقدٍ وغيره، بل بغيره أكثر، حتى لو تعدى أحدهما ومزج ماله بالآخر قهراً بحيث لا يتميّز أن تحققت الشركة بهذا المعنى. ومع ذلك لا ترتبط الشركة به بما قبلها وبعدها، لأن هذا معنى من المعاني دخوله في باب الأحكام أولى.

وثانيهما: عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشيعاء فيه. وهذا هو المعنى الذي به تدرج الشركة في جملة العقود، ويلحقها الحكم بالصحة

والبطلان. وإليه يشير المصنّف فيما بعد^(١) بقوله: «قيل: تبطل الشركة - أعني: الشرط والتصرّف - وقيل: تصحّ».

ولقد كان على المصنّف أن يقدّم تعريفها على ما ذكره لأنها المقصود بالذات هنا، أو ينبّه عليهما معاً على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتيهما وأحكامهما، ولكنّه اقتصر على تعريفها بالمعنى الأول. فقوله: «إجتماع حقوق الملاك» كالجنس يدخل فيه اجتماع حقوقهم على وجه الامتياز، كما لو جمعوا مالهم مع تميّز بعضه عن بعضٍ ووضعوه في مكانٍ واحدٍ مثلاً.

والمراد بـ «الشيء الواحد» الواحد بالشخص، لأنّ ذلك هو المتبادر إلى الأفهام، لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف، إذ لا تتحقّق الشركة في شيءٍ مع تعدّد الشخص. والمراد بالواحد ما^(٢) هو متعلّق الشركة وإن تعدّد، لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور في كلّ فردٍ من أفراد المتعدّد.

وقوله: «على سبيل الشيع» خرج به اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد المركّب من أجزاءٍ متعدّدة، كالبيت - مثلاً - إذا كان خشبه لواحدٍ وحائطه لآخر وأرضه لثالث، فإنّه لا شركة هنا، إذ لا شيع مع صدق اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد. وفي بعض تحقيقات الشهيد - رحمه الله - أنّ قيد الشيع لإخراج اجتماع الحقوق في الشيء الواحد بالشخص على البدل، كمستحقّ الزكاة والخمس والمجتمعين على معدنٍ أو مسجدٍ أو مباحٍ يتعدّر فيه الاجتماع، فإنّ ذلك اجتماع لا على سبيل الشيع. ثمّ أورد على نفسه بأنّ هذه خرجت بالملاك^(٣). وأجاب بأنّ المراد بالملك الاستحقاق حذراً من المجاز والاشتراك، وهو حاصل في الكلّ^(٤).

وفيه نظر، لأنّ الملك أخصّ من الاستحقاق مطلقاً، ولو حمل على معناه

(١) في ص: ٣١١.

(٢) كذا في «س». وفي غيرها: «فيها».

(٣) في «س»: بالملك.

(٤) حكاه المحقق الكركي في جامع المقاصد ٨: ٧.

الخاصّ المتعارف لخرجت هذه الأقسام بالقيّد المذكور، وخرج بقيّد «الشياع» ما ذكرناه سابقاً، وحينئذٍ فلا مجاز ولا اشتراك. ويمكن أن يكون (رحمه الله) إنّما حاول بحمل الملك على الاستحقاق - الذي هو أعمّ منه - إدخال الشركة في مثل القصاص والخيار والشفعة وحدّ القذف ممّا لا ملك فيه، وإنّما هو محض استحقاق.

فلو حمل الملك على معناه الخاصّ لانتقض التعريف في عكسه إن أريد به المعنى الخاصّ، ولو جعل مشتركاً بينه وبين الاستحقاق أو مجازاً في الاستحقاق لزم الاشتراك والمجاز، فحمّله على معنى الاستحقاق العامّ يدخل الأقسام ويسلم من محذور المجاز والاشتراك كما ذكر، لكن يبقى فيه أنّ إطلاق الخاصّ وإرادة العامّ مجاز يجب صون التعريف عن استعماله، ولا يمكن دعوى شيوعه فيه، بل هو معنى خفيّ يعيّب التعريف، ويوقع فيما هرب منه.

وقد يجاب بأنّ إطلاق الملك هنا على الاستحقاق ليس بمجاز، بل معناه متبادر من قولك: فلان يملك الشفعة على فلان ويملك الحدّ ونحوه، أو أنّه مجاز ولكن استعماله شائع وإن كان مطلق إطلاق الخاصّ على العامّ ليس شائعاً. والعبرة في رخصة التعريف إنّما هو بالفرد المحتاج إلى استعماله لا بنوع ذلك الفرد. وهذا هو الظاهر هنا. وينبّه عليه أنّ المصنّف بعده بلا فصلٍ ذكر حكم الاشتراك في الحقّ المذكور، فليس بغافلٍ عن دخوله في التعريف. وحينئذٍ فالمستعمل هنا إمّا المجاز المنصوب على إرادته قرينة، أو المشترك اشتراكاً معنوياً إن جعل ذلك الاستحقاق من أفراد الملك حقيقةً، والاشتراك المعنويّ لا يضرّ دخوله في التعريف. ولو أبدل لفظ الملك بالاستحقاق في التعريف لشمّل الجميع، وخرج الاشتراك في استحقاق الزكاة ونحوه بـ «الشياع» كما ذكره المصنّف رحمه الله.

واعلم أنّ المراد بـ «الملاك» هنا ما فوق الواحد بطريق الحقيقة أو المجاز على الخلاف، لثلاثٍ ينتقض بالاثنتين، وأنّ هذا التعريف لا ينطبق من الشركات الماليّة إلّا على شركة العنان دون أحواتها من شركة الأبدان وغيرها، فهو تعريف للشركة

ثمَّ المشترك قد يكون عيناً، وقد يكون منفعةً، وقد يكون حقاً. وسبب الشركة قد يكون إرثاً، وقد يكون عقداً، وقد يكون مزجاً، وقد يكون حيازةً. والأشبه في الحيازة إختصاص كلِّ واحدٍ بما حازه.

الصحيحة عندنا.

قوله: «ثمَّ المشترك قد يكون عيناً، وقد يكون منفعةً، وقد يكون حقاً».

الاشتراك في العين ظاهر، وفي المنفعة يتحقَّق بالإجارة والحبس والسكنى، لا الوقف، لأنَّه إن كان على محصورين فالاشتراك في العين وإلَّا فلا اشتراك. والاشتراك في الحقِّ كما ذكرناه سابقاً من الخيار والشفعة بالنسبة إلى الورثة والقصاص والحدِّ والرهن.

قوله: «وسبب الشركة قد يكون إرثاً، وقد يكون عقداً، وقد يكون مزجاً».

الإرث يجري في الأقسام الثلاثة السابقة، كما إذا أورثنا مالاً، أو منفعة دارٍ استأجرها مورثهم أو عبدٍ موصى بخدمته، أو حقَّ شفعةٍ وخيارٍ ورهن. وكذلك العقد، فجريانه في العين بأن يشتري داراً، وفي المنفعة بأن يستأجرها، وفي الحقِّ بأن يشتري بخيارٍ، فإنَّ سبب الشركة العقد. وفي هذا الأخير نظر. وأمَّا المزج فيتصوَّر في العين. وقد يفرض في المنفعة، كما إذا استأجرا دراهم للتزيّن بها - إذا جوزناه - وحقَّ كلِّ واحدٍ منها منفرداً، ثمَّ امتزجت بحيث لا يتميِّز.

قوله: «وقد يكون حيازةً. والأشبه في الحيازة إختصاص كلِّ واحدٍ بما حازه».

من الحيازة أن يشتركا في نصب حباله الصيد المشتركة، ورمي السهم المثبَّت له، وحينئذٍ فيشتركان في ملكه. وما اختاره من الاختصاص لا يتناوله. والقول باختصاص كلِّ واحدٍ بما حازه هو الأجود مع تميِّزه، لأنَّه في معنى شركة الأبدان، أمَّا مع امتزاجه فيكون مشتركاً، لكن لا من حيث الحيازة، بل من جهة المزج الطارئ، كما لو امتزج المالان. وهو خارج عن الفرض.

نعم، لو اقتلعا شجرةً، أو اغترفا ماءً دفعةً، تحققت الشركة. وكلّ مالين مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميزان، تحققت فيهما الشركة. إختياراً كان المزج أو اتفاقاً. ويثبت ذلك في المالين المتماثلين في الجنس والصفة،

وينبغي أن يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كلّ واحدٍ منها نيّة الوكالة لصاحبه في تملك نصف ما يحوزه، فإنّه حينئذٍ يتوجّه الاشتراك، لأنّ ذلك ممّا يقبل النيابة، فإذا نوى أن يكون بينه وبين شريكه ملك شريكه نصفه وإن لم يعمل، فإذا عمل كذلك أولى، إلاّ أنّه سيأتي^(١) اختيار المصنّف لعدم استثناء ذلك أيضاً، وأنّ لكلّ واحدٍ ما حازه مطلقاً.

والتنبيه بالخلاف المذكور إمّا على عدم اشتراط النيّة فلا يتحقق الشركة، أو على خلاف ابن الجنيّد المجوّز لشركة الأبدان^(٢). والأوّل أولى. وسيأتي البحث فيه^(٣).
قوله: «نعم لو اقتلعا شجرةً، أو اغترفا ماءً دفعةً، تحققت الشركة». أي تحققت الشركة في الجملة، لكن يكون لكلّ واحدٍ من المحاز بنسبة عمله، ويختلف ذلك بالقوّة والضعف. ولو اشتبه مقدار كلّ واحدٍ فطريق التخلّص بالصلح، أو تملك كلّ واحدٍ ما بقي له عند الآخر، بناءً على جواز هبة المجهول.
قوله: «وكلّ مالين - إلى قوله - أو اتفاقاً».

المراد بالاتفاق هنا عدم الاختيار كما لو سقط أحدهما على الآخر، أو غيره، بأن ورثا معاً مالاً ونحو ذلك، فإنّه في حكم المزج بالاختيار.
قوله: «ويثبت في المالين المتماثلين في الجنس والصفة».

لما كان ضابط الامتزاج عدم التميّز اعتبر الاتفاق في الجنس والصفة، فلو تخلّف أحدهما تحقّق الامتياز، فلا شركة. فلا يكفي مزج الحنطة بالشعير، والدخن بالسّمسم، وإن عسر التخليص، والدراهم بالدنانير، ونحو ذلك. وكذا لو اتّحد الجنس - أعني النوع الخاصّ - مع اختلاف الوصف، كما لو مزجت الحبة الحمراء من

(١) في ص: ٣٢٤.

(٢) نقله العلامة في المختلف: ٤٧٩.

(٣) في ص: ٣٢٥.

سواء كانا أثماناً أو عروضاً.

أما مالا مثل له كالثوب والخشب والعبد، فلا يتحقق فيه بالمزج، بل قد يحصل بالإرث، أو أحد العقود الناقلة كالاتياع والاستيهاب. ولو أراد الشركة فيما لا مثل له، باع كل واحدٍ منها حصّةً ممّا في يده، بحصّةٍ ممّا في يد الآخر^(١).

الحنطة غيرها، أو الكبيرة بالصغيرة، ونحو ذلك، لإمكان التخليص وإن عسر. قوله: «سواء كانا أثماناً أو عروضاً».

أي عروضاً مثلية كالحنطة وغيرها من الحبوب، أما غير المثلية فسيأتي الكلام فيها. ونبه بالتسوية على خلاف بعض العامة^(٢) حيث شرط في الشركة الاختيارية - أعني ما يترتب عليها جواز التصرف والتجارة بالعقد - أن يكون المالان من النقدين كالمضاربة. أما الشركة بمعنى اجتماع الحقوق في المال الواحد فلا خلاف في تحقّقه كيف اتفق الامتزاج.

قوله: «أما مالا مثل له - إلى قوله - أو أحد العقود الناقلة».

في عدم تحقّقه بالمزج مطلقاً منع بين، بل قد يتحقّق كالثياب التعدّدة المتقاربة في الأوصاف، والخشب كذلك، فتتحقق الشركة فيه. والضابط عدم الامتياز، ولا خصوصية للمثلي والقيمي في ذلك. ومتى تحققت في ذلك فإن علمت قيمة ما لكل واحدٍ منها كان الاشتراك على نسبة القيمة، وإلا ففي الحكم بالتساوي، لأنّه الأصل، أو يرجع إلى الصلح وجهان. وبالأوّل قطع في التذكرة^(٣). وعليه يترتب حكم ما لو اشتبه مقدار قوتها في مثل قلع الشجرة، فإنها يستويان على ما اختاره في التذكرة، لأصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر. والأقوى الصلح.

قوله: «ولو أراد الشركة - إلى قوله - في يد الآخر».

بناءً على أنّ الشركة فيه لا تتحقّق بالامتزاج، ومثله المثلي مع اختلاف الجنس

(١) كذا في الشرائع الحجرية ومتن نسخ المسالك المخطوطة. ولكن في الشرائع المطبوعة حديثاً ومتن الجواهر: حصته ممّا في يده بحصّته ممّا في يد الآخر.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٥: ١٢٤ - ١٢٦ وحلية العلماء ٥: ٩٣.

(٣) التذكرة ٢: ٢٢٢.

ولا تصحّ الشركة بالأعمال، كالخياطة والنساجة.

أو الوصف. وما ذكره من الحيلة أحد الأمثلة. ومثله ما لو وهب أحدهما صاحبه حصّةً من ماله ووهبه الآخر كذلك، أو باعه حصّةً بثمنٍ معينٍ ثم اشترى به حصّةً من الآخر، إلى غير ذلك من الوجوه الناقلة.

والمراد بالشركة في جميع هذه الموارد الشركة المعرفة، لا الشركة بالمعنى الخاصّ، وهي الإذن في التصرف. والحكم فيها عدا الأخير واضح، إذ لم يحصل من ذلك سوى الامتزاج، وأمّا الابتياح ونحوه فلعدم دلالته على الإذن في التصرف، خلافاً لبعض العامة^(١) حيث سوّغها به، كما لو قالوا: إشتراكنا ونحوه.

قوله: «ولا تصحّ الشركة بالأعمال كالخياطة والنساجة».

لا فرق في ذلك بين أن يتفق عملهما بأن يكون كلّ واحدٍ منهما خياطاً، أو يختلف بأن يكون أحدهما خياطاً والآخر نجاراً، ويعمل كلّ واحدٍ منهما في صنعته، ولا بين كون الشركة البدنية في مالٍ مملوكٍ أو تحصيل مالٍ مباحٍ كالاصطياد والاحتطاب، لأنّ كلّ واحدٍ متميّز ببدنه ومنافعه، فيختصّ بفوائده كما لو اشتركا في مالين وهما متميّزان.

ولا خلاف عندنا في بطلان شركة الأعمال إلّا من ابن الجنيّد^(٢) حيث أجازها مع تشاركهما^(٣) الفضل، أو عمل أحدهما وقسمته على الآخر من غير شركة، مع أنّه راجع إلى بطلانها، لأنّ تشاركهما^(٤) الفضل بعد مزج الأجزتين وتحالّلها أمر خارج عن صحّة هذه الشركة، وكذا تبرّع أحدهما على الآخر بمشاركته في عمله.

وأما العامة فمنهم من وافقنا على بطلانها، ومنهم من أجازها مطلقاً، ومنهم من أجازها مع اتفاق الصنعتين لا مع اختلافهما، ومنهم من أجازها في غير اكتساب المباح^(٥).

(١) حلية العلماء ٥ : ٩٧.

(٢) راجع المختلف: ٤٧٩.

(٣ و ٤) في «هـ» و«و» و«ب»: تشاركهما. وفي المختلف «فإن يشاركا الفضل أو تحاللاً . . .».

(٥) في هامش «هـ» و«و» و«ن»: «المبطل لها مطلقاً الشافعي، والمجيز لها مطلقاً أحمد، والمفصل مالك، وأجازها أبو حنيفة فيما عدا اكتساب المباح. منه رحمه الله». راجع المغني لابن قدامة =

نعم ، لو عملا معاً لواحدٍ بأجرةٍ ، ودفع إليهما شيئاً واحداً عوضاً عن أجرتهما ، تحققت الشركة في ذلك الشيء . ولا بالوجوه .

قوله : « نعم لو عملا - إلى قوله - تحققت الشركة » .

إنما تتحقق في الأعمال هذه الجهة لو آجرا أنفسهما^(١) في عقدٍ واحدٍ لتشبه شركة الأبدان بحسب الصورة وإن كان في المعنى راجعاً إلى شركة الأموال ، أما إذا آجر كل واحدٍ نفسه منفرداً واستحقَّ أجره منفرداً ثم أدى إليهما مالاً مشتركاً فالشركة في المال خاصة صورةً ومعنىً .

ولا فرق في جوازها بالمعنى الأوّل بين أن يكون عملها مختلفاً ومتفقاً ، ولا بين أن يعلما نسبة أحد العاملين إلى الآخر وعدمه ، لأنّ الاعتبار في الصفقة المتعدّدة بالعلم بعوض المجموع لا الأجزاء ، وأجرة المجموع هنا معلومة ، وحينئذٍ فتقسم عليهما على نسبة العمل . وطريقة معرفته : أن تنسب أجرة مثل عمل أحدهما إلى أجرة مثل العاملين ، ويؤخذ من المسمى بتلك النسبة . هذا مع العلم بالنسبة ، ومع الجهل يحتمل ما تقدّم من التساوي والصلح . والثاني أقوى . وكذا القول في كلّ مالين امتزجا وجاهل قدر كلّ منهما .

قوله : « ولا بالوجوه » .

لشركة الوجوه تفسيرات :

أشهرها : أن يشترك اثنان وحيهان عند الناس لا مال لهما بعقدٍ لفظيٍّ لبيتاعا في الذمة إلى أجلٍ على أنّ ما يبتاعه كلّ واحدٍ منهما يكون بينهما ، فيبيعان ويؤديان الأثمان وما فضل فهو بينهما .

وقيل : أن يبتاع وحيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خاملٍ ، ويشترط أن يكون الربح بينهما .

وقيل : أن يشترك وحيه لا مال له وخامل ذو مال ، ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل ، ويكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه ، والربح بينهما .

= ٥ : ١١١ - ١١٣ .

(١) في « ه » : نفسيهما .

ولا شركة المفاوضة^(١)، وإنَّها تصحَّ بالأموال.

وقيل: أن بيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له. والكلَّ عندنا باطل، خلافاً لابن الجنيدي^(٢) فإنه جوزها بالمعنى الأول، ولأبي حنيفة^(٣) مطلقاً. وحينئذٍ إذا أذن أحدهما للآخر في الشراء فاشترى لهما وقع الشراء عنهما، وكانا شريكين، لأنه بمنزلة الوكيل وقد اشترى بإذنه، فيشترط شروط الوكالة. وإذا كان المال لأحدهما وباع الآخر، سواء كان خاملاً أم لا، صحَّ البيع بوكالة المالك، وللمباشر أجره المثل لعمله، ولا شيء له في الربح. قوله: «ولا بشركة المفاوضة».

هي أن يشترك شخصان فصاعداً على أن يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من غرمٍ ويحصل لهما من غنم، فيلزم كل واحدٍ منهما ما يلزم الآخر من أersh جنائية وضمان غصبٍ وقيمة متلفٍ وغرامةٍ بضمانٍ وكفالة، ويقاسمه فيما يحصل له من ميراثٍ، ويجده من ركازٍ ولقطةٍ، ويكتسبه في تجارته بما له المختصَّ به. ولا يستثنى من ذلك إلا قوت يومه وثياب بدنه وجارية يتسراها، فإنه لا يشاركه الآخر فيها. وكذا يستثنى من الغرم الجنائية على الحرِّ وبدل^(٤) الخلع والصدّاق إذا لزم أحدهما. وقال صاحب إصلاح المنطق^(٥): شركة المفاوضة أن يكون مالهما من كلِّ شيءٍ يملكانه بينهما. وهو مخصوص بما ذكرناه، لاستثناء القائل بها ذلك. وهي باطلة إلا عند أبي حنيفة ومن شدَّ^(٦).

قوله: «وإنَّها تصحَّ بالأموال».

لا خلاف بين المسلمين في صحّة الشركة بالأموال، وهي المعبر عنها بشركة

(١) كذا في الشرائع الحجرية. وفي المطبوعة حديثاً: ولا شركة بالمفاوضة. وفي متن الجواهر: ولا شركة في المفاوضة. وفي متن اكثر نسخ المسالك: ولا بشركة المفاوضة.

(٢) راجع المختلف: ٤٧٩.

(٣) راجع حلية العلماء ٥: ١٠٢ وروضة القضاة وطريق النجاة ٢: ٥٧١ - ٥٧٢.

(٤) في «و» و«ن»: بذل.

(٥) راجع ترتيب اصلاح المنطق: ٣٦٠ مادة (مفاوضة).

(٦) في هامش «و» و«ن»: «وتبعه على ذلك الأوزاعي والثوري. منه رحمه الله». راجع حلية العلماء

العنان، بكسر العين ككتاب، وهو سير اللجام الذي تمسك به الدابة. واختلّفوا فيها أخذت منه هذه اللفظة، فقيل: من عنان الدابة، إمّا لاستواء الشريكين في ولاية الفسخ والتصرّف واستحقاق الربح على قدر رأس المال، كاستواء طرفي العنان، أو تساوي الفارسين إذا سوّيا بين فرسيهما وتساويا في السير يكونان سواءً. وإمّا لأنّ كلّ واحدٍ منها يمنع الآخر من التصرّف كما يشتهي ويريد، كما يمنع العنان الدابة. وإمّا لأنّ الأخذ بعنان الدابة حبس إحدى يديه على العنان ويده الأخرى مطلقة يستعملها كيف شاء، كذلك الشريك منع بالشركة نفسه عن التصرّف في المشترك كما يشتهي وهو مطلق اليد والتصرّف في سائر أمواله. وقيل: من «عَنَ» إذا ظهر، إمّا لأنّه ظهر لكلّ منها مال صاحبه، أو لأنّها أظهر أنواع الشركة، ولذلك أجمع على صحّتها. وقيل: من المعانة، وهي المعارضة، فإنّ كلّ واحدٍ منها عارض بما أخرجته الآخر.

إذا تقرّر ذلك: فالمراد بصحة الشركة بالأموال يحتل كونه في الشركة بالمعنى الأوّل، كما يقتضيه السياق، وكونه فيها بالمعنى الآخر، لأنّه الغرض الذاتيّ منها، ولدلالة تعريفها عليه. قال في التذكرة: «شركة العنان - وهي شركة الأموال - هي أن يخرج كلّ مالاً ويمزجها ويشترط العمل بأبدانها»^(١). وينبّه عليه أيضاً قول المصنّف عقيبها: «ويتساوى الشريكان في الربح . . . الخ»، فيكون هذا أوّل الشروع في الشركة بالمعنى الثاني. وحيث أنّ فلا بدّ لها بهذا المعنى - مع اشتراكها في المالين - من صيغة تدلّ على الإذن في التصرّف، لأنّها ممنوعان منه كسائر الأموال المشتركة، وهي كلّ لفظ يدلّ على الإذن فيه على وجه التجارة، سواء كان قبل الامتزاج أم بعده، وسواء وقع من كلٍّ منهما للأخر أم اختصّ بأحدهما. وبهذا المعنى لحقت بقسم العقود على تكلفٍ أيضاً، ثمّ ترتّب عليها أحكام يذكرها المصنّف بعد هذا.

(١) التذكرة ٢: ٢١٩.

ويتساوى الشريكان في الربح والخسران مع تساويه، ولو كان لأحدهما زيادة كان له من الربح بقدر رأس ماله. وكذا عليه من الخسارة. ولو شرط لأحدهما زيادة في الربح، مع تساوي المالين، أو التساوي في الربح والخسران مع تفاوت المالين، قيل: تبطل الشركة، أعني الشرط والتصرف الموقوف عليه، ويأخذ كلٌّ منهما ربح ماله، ولكلٍّ منهما أجرة مثل عمله، بعد وضع ما قابل عمله في ماله، وقيل: تصحّ الشركة والشرط. والأوّل أظهر.

قوله: «ويتساوى الشريكان - إلى قوله - وكذا عليه من الخسارة». لا شبهة في كون الربح تابعاً للمال، لأنّه ناهؤه، فإذا كان مال أحدهما أزيد من مال الآخر فله من الربح بنسبة ماله وإن عملاً معاً، لتراضيهما بذلك على وجه لا يخالف المشروع، حيث جعلوا الربح تابعاً للأصل. وخالف في ذلك بعض العامة^(١)، فمنع من الشركة مع عدم استواء المالين في القدر، لاتفاقهما في العمل، كما لا يجوز أن يختلفا في الربح مع اتفاقهما في المال. ويندفع بأنّ المعتبر في الربح المال، والعمل تابع، فلا يضرّ اختلافه، كما يجوز مع تساويهما في المال عند الكلّ وإن عمل أحدهما أكثر.

قوله: «ولو شرط لأحدهما زيادةً في الربح - إلى قوله - والأوّل أظهر». إذا شرط تساوي الربح مع تفاوت المالين أو تفاوته مع تساويهما فلأصحاب فيه أقوال:

أحدها: الصّحة، ذهب إليه المرتضى مدّعياً عليه الإجماع^(١)، وتبعه جماعة منهم العلامة^(٢) ووالده^(٣) ووالده^(٤) وولده^(٥)، لعموم «أوفوا بالعقود^(٦)» و«إلا أن تكون تجارةً

(١) حلية العلماء ٥ : ٩٥ .

(٢) الإنتصار: ٢٢٧ - ٢٢٨ .

(٣) (٤) راجع المختلف : ٤٧٩ .

(٥) إيضاح الفوائد ٢ : ٣٠١ .

(٦) المائدة : ١ .

عن تراضٍ»^(١) وقد وقع على ما اشترطاه، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢)، ودلالة الإجماع المنقول بخبر الواحد كما يقبل نقل غيره من الأدلة به، ولأصالة الإباحة، وبناء الشركة على الإرفاق بكلِّ منهما، ومن جملة موضع النزاع.

والثاني: البطلان، ذهب إليه الشيخ^(٣) وابن إدريس^(٤) والمصنّف وجماعة آخرون^(٥)، لانتفاء دليل يدلّ على الصّحة، ولأنّه أكل مالٍ بالباطل، لأنّ الزيادة ليس في مقابلها عوض، لأنّ الفرض أنّها ليست في مقابله عمل، ولا وقع اشتراطها في عقد معاوضةٍ لتضمّن إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملكها عقد هبة، والأسباب المثمرة للملك معدودة وليس هذا أحدها، فيكون اشتراطها اشتراطاً لتمكّن شخصٍ مالٍ غيره بغير سببٍ ناقلٍ للملك، كما لو دفع إليه دابةً يحمل عليها والحاصل لهما، فيبطل العقد المتضمّن له، إذا^(٦) لم يقع التراضي بالشركة والإذن في التصرف إلاّ على ذلك التقدير وقد تبين فساده، فلا يندرج في الأمر بالإيفاء بالعقود، ولا في «المؤمنون عند شروطهم»، وليست الشركة تجارةً إلاّ أن يكون الشرط للعامل، وجوازه مسلّم، فلا تتناول آية التراضي. وهذا يتمّ مع عدم زيادة عملٍ ممّن شرطت له الزيادة وإلاّ لكان معاوضةً وتجارة، ولم يرد عليه ما ذكر، فينبغي على هذا تقييد الجواز بذلك.

والثالث: قول أبي الصلاح^(٧) بصحة الشركة دون الشرط، وجعل شرط

(١) النساء: ٢٩.

(٢) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الإستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠»

من أبواب المهورح ٤.

(٣) المبسوط ٢: ٣٤٩، والخلاف ٣: ٣٣٢ مسألة ٩.

(٤) السرائر ٢: ٤٠٠.

(٥) منهم ابن البراج في جواهر الفقه: ٧٣ مسألة ٢٧٤، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٨:

٢٥.

(٦) في «ب»: إذ لم.

(٧) الكافي في الفقه: ٣٤٣.

هذا إذا عملا في المال، أما لو كان العامل أحدهما، وشرطت الزيادة للعامل، صحّ ويكون بالقراض أشبه.

الزيادة إباحة لها يجوز الرجوع فيها ما دامت عينها باقية. وهو مبنيّ على أنّ الشرط الفاسد لا يفسد العقد، وقد تقدّم ضعفه.

إذا تقرّر ذلك، فمعنى بطلان الشركة على القول به الشركة بالمعنى الثاني، وهي العقد الدالّ على الإذن في التصرف، لا الشركة المعنونة ابتداءً، لأنّ امتزاج المالين متحقّق، وإليه أشار المصنّف بقوله: «أعني: الشرط والتصرف».

وقال الشهيد^(١) (رحمه الله) في شرح الإرشاد: «إنّ الموصوف بالصحة والبطلان ليس نفس الشركة العنانيّة، إذ لا يمكن وقوعها على وجهين، بل المراد به نفس الشرط وما توقّف عليه كالإذن في التصرف».

وفيه نظر، لأنّ الشركة العنانيّة بالمعنى الذي ذكرناه توصف بالصحة والبطلان، بل ليس الغرض من الشركة في الأموال إلّا الشرط المدلول عليه بالصيغة وما يلزمه، أللهمّ إلا أن يمنع من كون الشركة بمعنى العقد المذكور هي العنانيّة، كما يظهر من التذكرة^(٢) أنّها مركّبة من مزج المالين والعقد. ولكن يشكّل بأنّها إذا لم تكن شركة العنان فهي أحد الأقسام الأخرى، لاتّفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة في شركة العنان وانحصار مطلق الشركة في المذكورات، وغاية ما ينزل أنّها تطلق على المعنيين معاً لكنّها في الثاني أظهر. وكيف كان فالباطل هو الشركة بمعنى العقد المذكور.

ثمّ على القول بالبطلان إمّا مطلقاً أو على بعض الوجوه يثبت لكلّ واحدٍ أجره مثله، ويقسمان الربح على نسبة المالين ويتقاصان. ولو اصطالحا بعد ظهور الربح على ما شرطاه أولاً أو على غيره صحّ، على ما سلف في الصلح^(٣).

قوله: «هذا إذا عملا في المال - إلى قوله - ويكون بالقراض أشبه».

صحة الفرض^(٤) المذكور واضحة، لكون الربح في مقابلة عملٍ، فيكون

(١) غاية المراد: ١٣٠.

(٢) مرّ نقل عبارته في ص ٣١٠.

(٣) في ص: ٢٦٥.

(٤) في «ه»: القراض.

وإذا اشترك المال، لم يجوز لأحد الشركاء التصرف فيه، إلا مع إذن الباقيين، فإن حصل الإذن لأحدهم، تصرف هو دون الباقيين، ويقتصر من التصرف على ما أذن له، فإن أطلق له الإذن، تصرف كيف شاء.

العقد شركة وقراضاً. ويلزم مثله فيما إذا عملاً معاً وشرطت الزيادة لمن زاد في العمل، إمّا مع تساوي المالين وزيادة عمله، أو مع نقصان ماله مع تساويهما في العمل أو زيادته بطريقتي أولى، لاشتراك الجميع في كون الزيادة في الربح في مقابلة عمل، فكان العقد عقد معاوضة من الجانبين بالنظر إلى أنّ العمل متقوم بالمال، ولكنّ المصنّف أطلق المنع مع عملهما، كما أنّ العلامة^(١) أطلق الجواز معه. والتفصيل حسن.

قوله: «وإذا اشترك المال لم يجوز لأحد الشركاء التصرف فيه إلا مع إذن الباقيين».

أراد الشركة بالمعنى الأوّل، وتوقّف التصرف على إذن الشركاء واضح، لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه. ولا فرق في ذلك بين كون الشركة بمزجٍ وغيره، ولا في المزج بين كونه بفعلها وغيره، فإنّ الإذن في التصرف أمر زائد على مفهوم الشركة بذلك المعنى.

قوله: «فإن أطلق له الإذن تصرف كيف شاء».

أي كيف شاء من وجوه التجارة والاسترباح، وما فيه مصلحة الشريك من البيع والشراء، مباحةً ومساومةً وتوليةً ومواضعةً، حيث يقتضيها المصلحة، وقبض الثمن وإقباض المبيع، والحوالة والاحتيال، والردّ بالعيب ونحو ذلك، كما في الوكيل المطلق.

وهل يتناول إطلاق اللفظ السفر حيث شاء أم يمتنع مطلقاً إلا بإذن خاصّة^(٢)؟ وجهان، من دخوله في الإطلاق، واشتماله على مظنة الربح أكثرياً، ومن كونه مظنة الخطر، فيخرج من الإطلاق بدليل منفصل.

(١) النذكرة ٢: ٢٢٥.

(٢) في «س» وهامش «و»: إلا بإذن صاحبه.

وإن عين له السفر في جهة، لم يجز له الأخذ في غيرها، أو نوع من التجارة، لم يتعد إلى سواها.

ولو أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه، جاز لهما التصرف، وإن انفردا. ولو شرط الاجتماع، لم يجز للانفراد.

ولو تعدى المتصرف ما حد له، ضمن.

ولكل من الشركاء الرجوع في الإذن، والمطالبة بالقسمة، لأنها غير لازمة. وليس لأحدهما المطالبة بإقامة رأس المال، بل يقتسمان العين الموجودة، ما لم يتفقا على البيع.

ولا يجوز له إقراض شيء من المال إلا مع المصلحة كمال اليتيم، ولا المحابة في البيع، ولا المضاربة عليه، لأن ذلك ليس من توابع التجارة، ولا يتناوله الإطلاق.

قوله: «ولو عين له السفر في جهة لم يجز له الأخذ في غيرها، أو نوعاً من التجارة لم يتعد إلى ما سواها».

لا فرق مع تعيين الجهة والنوع بين أن ينهيه عن غيرها ويسكت عنه، لبقاء المتروك على أصل المنع.

ثم لو خالف في جهة السفر ضمن وصحت التجارة، لأن الإذن لم يبطل. ولو خالف في نوع التجارة كان فضولياً فيبطل مع رده. وكذا يضمن لو عين له جهة من السفر وغاية معينة فتجاوزها في تلك الجهة.

قوله: «ولو تعدى المتصرف ما حد له ضمن».

لا فرق في التحديد بين أن يدل عليه عموم اللفظ وخصوصه، فلو سافر اعتماداً على إطلاق الإذن، وقلنا إنه لا يتناوله، ضمن. والمحدود قد يكون باعتبار نوع التجارة، وبزمانها ومكانها، وعلى كل تقدير يحصل بمخالفة المأذون، ولا تبطل الشركة بذلك.

قوله: «ولكل من الشركاء الرجوع في الإذن والمطالبة بالقسمة، لأنها غير لازمة».

الشركة بمعنيها غير لازمة، وأشار إلى الأولى بقوله: «المطالبة بالقسمة»،

ولو شرطاً^(١) التأجيل في الشركة، لم يصحّ، ولكلّ منها أن يرجع متى شاء.

ولا يضمن الشريك ما تلف في يده، لأنّه أمانة، إلّا مع التعديّ أو التفريط في الاحتفاظ. ويقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف، سواء ادّعى سبباً ظاهراً كالحرق والغرق، أو خفياً كالسرقة. وكذا القول قوله مع يمينه، لو ادّعى عليه الخيانة أو التفريط.

وإلى الثانية بقوله: «الرجوع في الإذن».

أمّا الأولى فظاهر، إذ لا يجب على الإنسان مخالطة غيره في ماله، والأصل أن يتصرّف كلّ منهما في ماله كيف شاء، ومن جملة إفرازه^(٢).

وأما الثانية فلأنّ مرجعها إلى الإذن في التصرف، وهو في معنى الوكالة، فتكون جائزة. والأنسب في قوله: «غير لازمة» أن يكون إشارةً إلى الثانية، لأنّ الموصوف بالجواز واللزوم هو العقد.

قوله: «ولو شرط التأجيل - إلى قوله - متى شاء».

المراد بصحة التأجيل المنفيّة ترتّب أثرها بحيث تكون لازمةً إلى الأجل. وإنّما لم تصحّ لأنّها عقد جائز، فلا يؤثر شرط التأجيل فيها، بل لكلّ منها فسحها قبل الأجل. نعم، يترتب على الشرط عدم جواز تصرفهما بعده إلّا بإذنٍ مستأنف، لعدم تناول الإذن له، فلشرط الأجل أثر في الجملة.

قوله: «ولا يضمن الشريك ما تلف في يده، لأنه أمانة، إلّا مع التعديّ».

لما قد عرفت أنّه وكيل، فيكون أميناً من قبل المالك.

قوله: «ويقبل قوله مع يمينه - إلى قوله - كالسرق».

الحكم بأمانته يقتضي قبول قوله في التلف، ولأنّه لولاه لأمكن صدقه في نفس

(١) كذا في المطبوعة حديثاً. وفي الحجرية ومتن الجواهر والمسالك: شرط.

(٢) في «س» و«ن»: «إفرازه».

ويبطل الإذن بالجنون والموت .

الأمر، فلو لم يقبل منه لطولب بالعين وأدى إلى تخليده الحبس . ونبه بالتسوية بين الأمرين على خلاف بعض العامة^(١) حيث فرق بينهما، فقبل في الخفيّ دون الظاهر إلا بيّنة .

قوله: «ويبطل الإذن بالجنون والموت» .

لبطلان الوكالة بهما . وفي معناهما الإغماء والحجر للفسف والفلس . ثم في صورة الموت تكون القسمة للوارث إن لم يكن دين ولا وصية، وإلاّ بني على الانتقال إليه وعدمه .

الفصل الثاني

في القسمة

وهي تمييز الحق من غيره، وليست بيعاً، سواء كان فيها ردّ أو لم يكن.

قوله: «القسمة وهي تمييز الحق . . . الخ».

ذكر في هذا الكتاب نبذة من أحكام القسمة لمناسبة المقام، وأخر باقي الأحكام إلى كتاب القضاء، ولو جمعه هنا لكان أنسب.

واعلم أنّ القسمة عندنا تمييز حقّ أحد الشركاء عن حقّ الآخر، وليست بيعاً وإن اشتملت على ردّ، لأنّها لا تفتقر إلى صيغة، ويدخلها الإيجاب في غير تلك الأفراد التي يدخلها الجبر في البيع، ويتقدّر أحد النصيين بقدر الآخر مع تساويهما، والبيع ليس فيه شيء من ذلك، واختلاف اللوازم والخواصّ المطلقة يدلّ على اختلاف الملزومات والمعروضات.

وخالف في ذلك بعض العامة^(١) مطلقاً، وفي قسمة الردّ^(٢)، لشبهة أنّ كلّ جزء يفرض مشترك بينهما، فتخصيص كلّ واحدٍ بجزءٍ معين، وإزالة ملك الآخر عنه بعوضٍ مقدّر - وهو ملكه في الجزء الآخر - على جهة التراضي، يقتضي البيع، لأنّ ذلك حدّه. وهذا إنّما يتمّ على تقدير تسليم كون البيع كذلك. ومنعه واضح، بل له صيغة خاصّة إيجاباً وقبولاً، بخلاف القسمة، ولا يلزم من المشاركة في بعض الأحكام الاتّحاد.

(١) راجع حلية العلماء ٨: ١٦٧ وجواهر العقود ٢: ٤١٥.

(٢) التنبيه في الفقه الشافعي: ٢٥٧، المغني لابن قدامة ١١: ٤٩٢، وبدائع الصنائع ٧: ١٧.

ولا تصحّ إلا باتّفاق الشركاء .

ثم هي تنقسم فكلّ ما لا ضرر في قسمته، يجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمة .

وتظهر الفائدة في الشفعة، وفي بطلانها بالتفرّق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض قبله في البيع، وفي قسمة الوقف من الطلق، وخيار المجلس، وغير ذلك .
قوله: «ولا تصحّ إلا باتّفاق الشركاء» .

أي لا تصحّ مطلقاً، أو لا تصحّ من أحد الشركاء بدون مراجعة الشريك أو مَنْ يقوم مقامه، وإلاّ فسيأتي بعده بلا فصلٍ أنّه يُجبر الممتنع على بعض الوجوه، مع أنّ المجبر غير راضٍ . ولقد كان يغني عن هذا الحكم ما بعده لما فيه من الإيهام .
قوله: «فكلّ ما لا ضرر في قسمته يجبر الممتنع مع التماس الشريك القسمة» .

لا خلاف في إجبار الممتنع على قسمة ما لا ضرر فيه في الجملة، ولكن اختلفوا في معنى الضرر المانع من الإجبار - ومنه يعرف قسيمه - على أقوالٍ :
أحدها: نقصان القيمة نقصاناً لا يتسامح فيه عادةً، لأنّ فوات المائيّة مناط الضرر في الأموال، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلّم: «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، وهو عامّ .

وثانيها : عدم الانتفاع بالنصيب منفرداً، لتضمنه الضرر والخرج وإضاعة المال المنفيّ والمنهيّ عنه .

وثالثها: عدم الانتفاع به منفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة، مثل أن يكون بينهما دارٌ صغيرة إذا قسّمت أصاب كلّ واحدٍ منهما موضعٌ ضيق لا ينتفع به في السكنى كالأوّل وإن أمكن الانتفاع به في غير ذلك . وهذا أعمّ من الثاني بحسب الحمل، والثاني أعمّ بحسب الاستغراق . والأقوى اعتبار الأوّل .

(١) الوسائل ١٧ : ٣١٩ ب «٥» من أبواب الشفعة ح ١ ، ٣٤٠ ب «١٢» من أبواب إحياء الموات ح ٣ ، ٤ ، ٥ ، و ٣٧٦ ب «١» من أبواب موانع الإرث ح ١٠ ، ومسند أحمد ١ : ٣١٣ ،

وتكون بتعديل السهام والقرعة. أما لو أراد أحد الشركاء التميّز بالقسمة جائزة، لكن لا يجبر الممتنع عنها. وكلّ ما فيه ضرر كالجوهر والسيف والعضائد الضيقة لا يجوز قسمته، ولو اتفق الشركاء على القسمة.

إذا تقرّر ذلك، فمتساوي الأجزاء كالحبوب والأدهان يقسمّ قسمةً إجباراً على جميع الأقوال. ومثله الثياب المتعدّدة المتّحدة في الجنس التي يمكن تعديلها بالقيمة. وكذا الحيوان والعييد على الأقوى. والحمام الضيق والرّحاضات المدار الواحد ونحوهما لا يجوز قسمته قسمةً إجباراً على الأوّل والثالث. والجوهرة الواحدة الصغيرة لا تقسمّ كذلك إجماعاً، لعدم الانتفاع بجزئها. نعم، لو كانت كبيرة بحيث يعتد بدخولها في بعض المركّبات من المعاجين المفرّحة والأكحال خرجت من الثاني.

والمراد بالمجبر للمتنع في هذا ونظائره الحاكم الشرعي، ومع تعذّره ففي جواز استبداد الشريك بها وجه، لخبر الإضرار.

واعلم أنّ ما لا ضرر في قسمته أعمّ من كونه مشتقاً على ردّ وعدمه، وإنّما يجبر الممتنع ممّا^(١) لا ضرر فيه مع عدم اشتماله على الردّ، لأنّه حينئذ يكون كبيع جزء من المال، ولا يجبر عليه أحدهما، وإدخاله في قسم الضرر غير مصطلح هنا.

قوله: «وتكون بتعديل السهام والقرعة».

أي تكون القسمة الإجماريّة تامّةً بذلك، فمتى حصلت القرعة لزمّت، سواء كان المتولّي لذلك قاسم الإمام أم المتقاسمين. ولو اشتملت على ردّ وكان القاسم منصوباً لزمّت بها أيضاً، وإلا توقفت على تراضيها بعدها، لاشتغالها على المعاوضة، فلا بد من لفظ يدلّ عليها، وأقلّه ما دلّ على الرضا.

قوله: «وكلّ ما فيه ضرر - إلى قوله - ولو اتفق الشركاء على القسمة».

قد عرفت معنى الضرر في مثل ذلك. وأمثلة المصنّف له لم تشمل الأقوال، فإنّ قسمة الجوهرة تزيل القيمة غالباً، والسيف تنقصها، والعضائد نفوت المنفعة بالجزء على الوجه الذي كان ينتفع بها فيه أولاً، فلا يعلم مختاره من الأقوال، ولكن

(١) في «هـ» و«س»: فيما.

ولا يقسم الوقف، لأن الحق ليس بمنحصر في المتقاسمين .
ولو كان الملك الواحد وقفاً وطلقاً، صحّ قسمته، لأنه يميّز الوقف
عن غيره .

سيأتي إن شاء الله في كتاب القضاء^(١) أنه يختار كون الضرر نقص القيمة .
وحكمه هنا بعدم جواز قسمة ما يشتمل على الضرر وإن اتّفقا على القسمة
غير معروف، وإنّما المعهود الذي ذكره هو في بابه^(٢) وغيره أنّ القسمة المشتملة على
ضرر لا يجبر الممتنع عليها لكنّها تصحّ بالتراضي، خصوصاً مع تفسيره الضرر بنقصان
القيمة، فإنّ مجرد ذلك لا يبلغ حدّ المنع . نعم، لو فسّر بعدم الانتفاع أمكن من
حيث استلزامها تضييع المال بغير عوض^(٣)، لأنّه إذا لم ينتفع بالأجزاء لا فائدة في
القسمة، بل هو محض الإتلاف .

قوله: «ولا يقسم الوقف، لأنّ الحقّ ليس منحصرأ في المتقاسمين» .
هذا إذا كان الواقف واحداً وإنّما التعدّد في الموقوف عليه كالبطون المتعدّدة، فإنّ
الحقّ يتغيّر بزيادتها ونقصانها، فربّما استحقّ بعض بطون المتقاسمين أكثر ممّا ظهر
بالقسمة لمورثهم، وبالعكس . وكذا لو تعدّد الواقف واتّحد الموقوف عليه، كما لو وقف
جماعة على شخص وعلى ذريّته وأراد بعض الذريّة القسمة، لعين ما ذكر .

أمّا لو تعدّد الواقف والموقوف عليه، كما لو وقف واقف نصف عين على
شخص وذريّته، وآخر على غيره كذلك، جاز للموقوف عليهما الاقسام بحيث
يميّزان كلّ وقف على حدته، وكذا لذريّتهما دون الذريّة الواحدة . ولو كان التعدّد
فيهما على غير هذا الوجه، كما لو وقف اثنان على كلّ واحد من الاثنان، فحكمه حكم
المتّحد . والضابط أنّ الوقف الواحد لا تصحّ قسمته وإن تعدّد الواقف والمصرف،
وهو المراد من العبارة .

قوله: «ولو كان الملك الواحد وقفاً . . . الخ» .
هذا إذا لم تشتمل على ردّ، أو اشتملت وكان الردّ من الموقوف عليه، لأنّه زيادة

(١ و ٢) لاحظ الفصل الثاني من خاتمة كتاب القضاء .

(٣) في «و» و«ن»: غرض .

في الوقف . ولو انعكس الحال لم يصحّ ، لأنّه كبيع جزءٍ من الوقف . ثمّ على تقدير الردّ من الموقوف عليه هل يصير جميع حصّته وقفاً ، أم يكون ما قابل الردّ من الحصّة ملكاً له ، لأنّه معاوض عليها؟ احتمالان ، والثاني أوجه . نعم ، لو كان في مقابلة الردّ وصف محض كالجوذة كان الجميع وقفاً ، لعدم قبوله للانفصال . ولا فرق في جواز قسمة الوقف من الطلق بين كون الجميع لواحدٍ ولمختلف .

الفصل الثالث

في لواحق هذا الباب

وهي مسائل:

الأولى: لو دفع إنسان دابّةً، وآخر راويةً إلى سقّاءٍ، على الاشتراك في الحاصل، لم تنعقد الشركة، وكان ما يحصل للسقّاء، وعليه أجره مثل الدابّة والراوية.

قوله: «لو دفع إنسان دابّةً . . . الخ».

بطلان هذه الشركة ظاهر ممّا سبق، لأنها مركّبة من شركة الأبدان وشركة الأموال مع عدم مزجه، فتقع باطلّة، ولا يكون من صاحب الدابّة والراوية إجارة، لأنّ الأجرة غير معلومة، فالحاصل من العمل للسقّاء^(١) وللآخرين عليه أجره مثل ما لها لذلك العمل.

وهذا يتمّ مع كون الماء ملكاً للسقّاء، أو مباحاً ونوى الملك لنفسه، أو لم ينو شيئاً. أمّا لو نواه لهم جميعاً كان كالوكيل، والأقوى أنّهم يشتركون فيه، [حينئذٍ]^(٢) وتكون أجرته وأجرة الراوية والدابّة عليهم أثلاثاً، فيسقط عن كلّ واحدٍ ثلث الأجرة المنسوبة إليه، ويرجع على كلّ واحدٍ بثلث، ويكون في سقيه للماء بمنزلة الوكيل، لإذّنه في التصرف إن قلنا ببقاء الإذن الضمني مع فساد المطبقي، وإلّا توقفت المعاوضة على الماء على إجازتهما، فإن أجازا أو قلنا بعدم الافتقار إليها فالحاصل من

(١) في هامش «و» و«ن»: «السقّاء ممدود، والراوية: الزادة فيها الماء، ذكره في القاموس. منه رحمه الله». راجع القاموس المحيط ٤: ٣٣٧ مادة (روي).

(٢) من «س».

الثانية : لو حاش صيداً ، أو احتطب ، أو احتشّ نبيّة أنّه له وغيره لم تؤثر تلك النية ، وكان بأجمعه له خاصّة .

العمل بينهم أثلاثاً ، ويرجع كلّ واحدٍ على الآخرين بثلث أجرة نفسه أو ماله . فلو فرضنا أنّ السقاء حصل أربعة وعشرين ، وكانت أجرة مثله خمسة عشر ، وأجرة الدابة اثني عشر ، والراوية ثلاثة ، فلكلّ واحدٍ منهم من الحاصل ثمانية ، لأنّه عوض مالهم بناءً على ما اخترناه من جواز التوكيل في حيازة المباح ، وسيأتي تحقيقة^(١) . ثمّ يرجع السقاء على كلّ واحدٍ منها بخمسة ، ويرجع صاحب الدابة على كلّ واحدٍ بأربعة ، وصاحب الراوية بدرهم . فيأخذان من السقاء خمسة ، ويعطيانه عشرة ، يفضل له ثلاثة عشر . ويأخذان من صاحب الدابة ستة ، ويعطيانه ثمانية ، تبقى معه عشرة . ويأخذان من صاحب الراوية تسعة ، ويعطيانه درهمن ، يفضل له من المجموع درهم . فالمجتمع معهم أربعة وعشرون هي الحاصل من عوض الماء . ولو حكم بالمجموع للسقاء ، ولم يف بأجرة مثل مالهما ، غرم لهما الزائد . وإتّما حكم المصنّف هنا بلزوم الأجرة خاصّةً لما سيأتي^(٢) من حكمه بعدم جواز التوكيل في تملك المباحات .

قوله : « لو حاش صيداً أو احتطب - إلى قوله - وكان بأجمعه له خاصّةً » .

هذا الجزم إنّما يتمّ لو لم يكن وكيلاً للغير في ذلك ، وإلّا أتى الإشكال الذي ذكره في توقّف تملك المباح على النية ، فإنّا لو قلنا بتوقّفه وكان وكيلاً ثبت الملك لهما ، ولو قلنا بعدم توقّفه ففي ثبوت الملك للمُحيز نظرٌ ، من حصول علة الملك وهي الحيازة فيثبت المعلول ، ومن وجود المانع للملك ، وهونيّة عدمه ، بل إثباته للغير .

ولا يلزم من القول بعدم توقّف تملك المُحاز على النية عدم توقّفه على عدم النية الصارفة عن الملك ، وإلّا لكان الملك قهرياً وإن لم يُرده كالإرث ، ولا دليل عليه ، وإلّا لكان من نَحَى حجراً عن الطريق أو عطف غصن شجرة أو حفر حفيرةً وشرب منها تملكها ، ولا يجوز لأحدٍ بعده التعرّض له ، وهو بعيد جدّاً .

وهل يفتقر المحيز في تملك المباح إلى نية التملك؟ قيل: لا، وفيه تردد.

ويمكن اندفاع ذلك على تقديره بأن يعدّ الإعراض عنه بعد ذلك إباحةً له للغير، كما لو أعرض عن المال اليسير وبقايا الثمرات والسنبل ونحو ذلك، بل هنا أولى.

وبالجملة: ففي الحكم بملك المحيز بنية أنه له وللغير أجمع نظرٌ على القولين. ولعلّ الأقوى أنه لا يملك إلا ما نواه لنفسه، وبقي في الباقي ما سيأتي.

قوله: «وهل يفتقر المحيز . . . الخ».

منشأ التردد: أنّ اليد سبب للملك، ولهذا تجوز الشهادة به بمجردّها، ولأنّها سبب في الجملة قطعاً، وإنّما الشكّ في توقّفه على أمرٍ آخر، والأصل عدمه، ومن أصالة عدم الملك في المباح خرج عنه ما حصل بالحيازة والنية معاً فيبقى الباقي، ولحكمهم بأنّ ما يوجد في جوف السمكة التي أصلها الإباحة يكون لواجده مع تحقّق الحيازة له تبعاً لها، وإنّما تخلّفت النية لعدم رؤيته.

وأجيب: بأنّ ما في بطن السمكة - ممّا لا يعدّ جزءاً لها مثل غذائها - لا يعدّ محوراً بحيازتها، ولو سلّم فغاية ما يلزم القصد إلى المحوز أو الشعور به ولو تبعاً لا النية.

وفيه نظر، لأنّ الأول مصادرة محضة، إذ لا شكّ في حصول معنى الحيازة لجميع ما صار تحت يده، فكيف يدفع، واشتراط العلم في تحقّق الحيازة غير واضح، لأنّ مرجعها إلى الاستيلاء ووضع اليد، فاعتبار أمرٍ آخر لا دليل عليه، ولأنّ أجزاء السمكة الداخلة غير مشعورٍ بها، والقصد إليها هو الذي نسّميه نيةً، إذ لا يعتبر في النية سوى قصد الحيازة لنفسه. والفرق بين الأجزاء وما في الأمعاء وإن حصل - بالقصد إلى الأجزاء إجمالاً بخلاف ما في الأمعاء - إلاّ أنّه محوز. والنية وإن سلّم عدم تعلّقها به لكنّها لم تنصرف عنه بحيث يعدّ مُعرضاً عنه، فعدم ملك المحيز لم يبق له سبب إلاّ فوات النية.

قيل: لو اشترطت النية في حصول الملك لم يصحّ البيع قبلها، لانتهاء الملك، والتالي باطل، لإطباق الناس على فعله من غير توقّفٍ على العلم بحصول النية، حتّى

لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما أهو بيع، أم استنقاذ، لعدم نية الملك، قدّم مدعي الملك.

قلنا: لا يلزم من دلالة اليد على الملك ظاهراً، وجعل الشارع ذلك علامةً عليه، كونها دليلاً في الواقع، وإنّا جعلت دليلاً عند اشتباه الحال ليقوم به نظام النوع، إذ لولاه لما قام للمسلمين سوق، ومتى علم تخلف الملك عنها انتفى، حتى لو وضع المحيز يده على شيء غير ناو ملكه لم يكن فيما بينه وبين الله مالكا، لعدم حصول ما يوجبه، فإنه لم يقصد الحيازة ولا الملك، وإنّا اتفق له قبضه بيده، ومع هذا يحكم له ظاهراً بالملك، فلو قال: إني ما نويت الملك ولا الحيازة، وإنّا وضعت يدي عبثاً، كيف يحكم له بالملك قهراً؟ هذا مما لا دليل عليه. وعلى هذا فالذي أطبق الناس على فعله البناء في اليد على ظاهر الملك، لا الحكم بالملك في نفس الأمر، والكلام إنّا هو في تحقق الملك للمحيز فيما بينه وبين الله تعالى لا بحسب الظاهر، وفرق بين الأمرين.

وقد كان الإمام فخر الدين^(١) أورد على والده مسألة بيع المحاز قبل نية التملك، فأجابه بأن نية البيع تستلزم نية التملك. وهو حق، لأن الغرض من هذه النية مجرد قصد الاختصاص، وإرادة البيع دالة عليه.

ونقض بأن بيعه لا ينحصر في المباشرة، بل قد يتفق من الوكيل والوارث الذي لا يعلم بالحال.

وجوابه كما تقدّم من أن حكم تصرفهم مبني على الظاهر وإن كان في نفس الأمر لم يتحقق الملك، ومثله كثير.

وأورد أيضاً حيازة الصبي والمجنون، فإنها لا قصد لها، ولا يعتد بإخبارهما. وجوابه منع ذلك، فإن الصبي المميز يعتبر قصده وإخباره في كثير من الأحكام الشرعية. وأمّا المجنون فأمره غير منضبط، فإن من المجانين من يقصد إلى

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٣٠٣.

الاختصاص بها يجوز، وهو عليه أشدّ حرصاً من كثيرٍ من العقلاء، ولاشكّ في حصول الملك لهذا النوع. ومنهم من لا قصد له، وهذا لا يصلح لتملّك المباح بمجرد الحياة.

وبالجملة: فالحكم في ذلك إن بُني على الحكم في نفس الأمر، فمتى لم يحصل القصد إلى الاختصاص بالمباح فالأصل يقتضي عدم الملك واستصحاب حكم المباح. هذا بالنظر إلى المحيز نفسه، وأمّا بالنظر إلى غيره، فإذا رأى تحت يده شيئاً من ذلك يحكم له به ظاهراً، ولا يجوز له تناوله بغير إذنه، لأنّ اليد جعلها الشارع دليلاً ظاهراً على الملك.

ومن هذا الباب ما نجده في الجبال من الحطب والخشب ونحوهما من المباحات التي قد حصل عليها أثر اليد، فإنّه يحكم بها لهم عملاً بظاهر اليد، ولا يلتفت فيه إلى أصالة عدم النية، لأنّ اليد شرعاً حجة شرعية أقوى من هذه الأصالة وغيرها. وإذا رأينا أشياء تشهد القرائن الحالية على أنّ محيزها لم ينو التملّك، كالمقطوع لغرضٍ من الأغراض كإصلاح طريقٍ وإطعام دابةٍ، وترك لعدم تعلق الغرض بالباقي، فالأصل فيه البقاء على الإباحة، مع احتمال المنع هنا عملاً بظاهر اليد، وإن كان الفاعل فيما بينه وبين الله تعالى لم يحصل له الملك. وتظهر الفائدة فيما لو رأى الفاعل أحداً قد حازه بعد ذلك، ففي ظاهر الشرع يقدم قوله عملاً بظاهر اليد، وفيما بينه وبين الله تعالى لا يجوز له أخذه منه، لعدم حصول ما يقتضي التملّك.

واعلم أنّ المسألة موضع تردّدٍ لكثيرٍ من أكابر الفقهاء، كالمصنّف على ما رأيت، والشيخ^(١) - رحمه الله - والعلامة^(٢) في كثيرٍ من كتبه، وجماعة آخرين^(٣). وجملته

(١) كلام الشيخ مختلف في هذه المسألة ففي المبسوط ٢: ٣٤٦ إختار أنّه للحائز وإن نوى تملّك الأمر وفيه أيضاً ص ٣٥٨ ما يظهر منه خلاف ذلك ولم نجد موضعاً تردّد فيه. ولعلّ منشأ النسبة عبارة العلامة في المختلف: ٤٨٠ حيث عقب عبارة الشيخ بقوله: وعندني فيه تردّد، ممّا يوهم كونه من عبارة الشيخ قدس سره.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٤٤، المختلف: ٤٨٠.

(٣) ربّما يظهر ذلك من الجامع للشرائع: ٣١٣.

الثالثة: لو كان بينهما مال بالسوية، فأذن أحدهما لصاحبه في التصرف على أن يكون الربح بينهما نصفين، لم يكن قراضاً، لأنه لاشركة للعامل في مكسب مال الأمر، ولا شركة وإن حصل الامتزاج، بل يكون بضاعة.

الرابعة: إذا اشترى أحد الشريكين متاعاً، فادعى الآخر أنه اشتراه لهما، وأنكر، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأنه أبصر بنيتيه. ولو ادعى أنه اشترى لهما فأنكر الشريك، فالقول أيضاً قوله، لمثل ما قلناه.

الأقوال فيها ترجع إلى ثلاثة: الاكتفاء بمجرد الحياة، والافتقار معها إلى النية، والاكتفاء بالحياة مع عدم نية عدم التملك، فلو نوى عدمه أثرت ولم تثمر الملك. وهذه المسألة لا تتعلق بكتاب الشركة إلا بواسطة مسألة السقاء والصياد ونحوهما، لأنها كالمقدمة لهما، فلو ذكرها قبلهما ورتب حكمهما عليها كان أوفق للوضع.

قوله: «لو كان بينهما مال . . . الخ».

المراد بالبضاعة هنا المال المبعوث مع الغير ليتجر فيه تبرعاً، قال في الصحاح^(١): «البضاعة طائفة من مال يبعثها للتجارة، يقول: أبضعته واستبضعته جعلته بضاعة». وإنما كان هذا بضاعة لأنه لم يشركه في الربح، فلا يكون قراضاً، ولا شركة، لأنه لم يعمل معه، وبناء الشركة على عمل المشتركين، فإذا عمل الشريك وحده كان الربح بينهما على نسبة المال، وعمله معه معونةً وتبرعاً، لأنه لم يشرط لنفسه في مقابلته عوضاً.

قوله: «إذا اشترى أحد الشريكين متاعاً . . . الخ».

الوجه في الأولى أنه وإن كان وكياً إلا أنه لا يتعين عليه العمل بمقتضى الوكالة، لأنها ليست بلازمة، فإذا نوى الشراء لنفسه وقع له، فيقبل قوله في دعواه نية ذلك مع يمينه، لأنه أبصر بنيتيه. وإنما يتوجه دعوى الشريك عليه إذا جعلها على وجه مسموعٍ بأن يدعي إقراره بذلك ونحوه، أما لو ادعى الاطلاع على نية ذلك لم

(١) الصحاح ٣: ١١٨٦، مادة بضع.

الخامسة: لو باع أحد الشريكين سلعةً بينهما، وهو وكيل في القبض، وادّعى المشتري تسليم الثمن إلى البائع، وصدّقه الشريك، برئ المشتري من حقّه، وقبلت شهادته على القابض في النصف الآخر - وهو حصّة البائع - لارتفاع التهمة عنه في ذلك القدر.

يكن مسموعاً، لأنّه محال، ولا يمكن معرفته إلا من قبله. نعم، لو جعلها تهمةً إنّجّه فيها ما في دعوى التهمة، لأنّها من الأمور الخفيّة. وأمّا الثانية فإنّه وكيل، والوكيل قوله مقبول في الفعل الموكّل فيه كما سيأتي^(١).

قوله: «لو باع أحد الشريكين . . . الخ».

أمّا براءته من حقّ المقرّ فلاعترافه بوصول حقّه إلى وكيله، وهو البائع. وأمّا قبول شهادته - أعني المقرّ - على القابض - أي المدّعى عليه القبض وهو البائع - في النصف الآخر، وهو نصيب البائع، فلعدم التهمة في هذه الشهادة، لأنّه لم يشهد لنفسه، بل على شريكه، والشهادة على الشريك مقبولة. هذا إذا كانت شهادته بقبضه لحصّته خاصّة. أمّا لو كانت الشهادة بقبض الجميع ففي قبولها نظر، من عدم سماعها في حصّة الشاهد فتبتعض، والشهادة إذا ردّت في بعض المشهود به هل تسمع في الباقي أم لا؟ وجهان.

واعلم أنّها هنا دعويين: إحداهما بين المشتري والبائع، والثانية بين الشريكين، والمصنّف ذكر حكم الأولى دون الثانية، مع أنّ الثانية بباب الشركة أولى.

أمّا الأولى فإن تقدّمت فطالب البائع المشتري بنصيبه من الثمن فادّعى وصوله إليه، فإن أقام البيّنة برئ من الحقّين، أمّا من حقّ البائع فبالبيّنة، وأمّا من حقّ الشريك فيها وبالإقرار. وتقبل هنا شهادة الشريك المقرّ على البائع بالأداء إليه إن كان عدلاً إذا شهد بحصّة البائع خاصّة، لانتهاء التهمة. وفي الشهادة بالجميع ما مرّ.

وإن لم يكن للمشتري بيّنة بالأداء فالقول قول البائع مع يمينه، فإن حلف

(١) في النزاع من كتاب الوكالة.

ولو ادّعى تسليمه إلى الشريك، فصدّقه البائع، لم يبرأ المشتري من شيءٍ من الثمن، لأنّ حصّة البائع لم تسلّم إليه ولا إلى وكيله، والشريك ينكره، فالقول قوله مع يمينه.

استحقّ أخذ نصيبه خاصّة، لاعتراف شريكه ببراءة المشتري من حقّه بقبض وكيله له، وبطلان وكالته بفعل متعلّق الوكالة، ولا يشارك الشريك البائع فيما يقبض وإن كان المال في أصله مشتركاً قد حصل بعضه وتوَي الباقي، لاعترافه بأنّ هذا المقبوض ظلم، وأنّ الحقّ في ذمّة البائع بالقبض الأوّل. ولو نكل البائع عن اليمين ردّت على المشتري، فإن حلف أنّه أقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة، وإن نكل ألزم بنصيب البائع، وإن لم نقض بالنكول، لأصالة بقاء الثمن في ذمّته حيث لم يثبت الأداء لخصّة البائع.

وحيث يثبت الأداء إلى البائع بالبيّنة فللشريك المطالبة بخصّته، لا أن يثبت^(١) ذلك بشاهدٍ ويمين، أو باليمين المردودة على المشتري، أو بنكول البائع إن قضينا به، لأنّ ذلك إنّما يؤثّر في حقّ المتخاصمين لا في حقّ غيرهما.

وأما الدعوى الثانية بين الشريكين، فإن أقام الشريك البيّنة بقبض البائع طالبه بحقه كما مرّ، وإلا فالقول قوله في عدم القبض، فإن حلف انقطعت عنه الدعوى، وإن نكل أو ردّ اليمين حلف الشريك المقرّ وأخذ منه حصّته، ولا يرجع البائع بذلك على المشتري، لاعترافه بظلم الشريك في فعله، ولانقطاع وكالته بفعل متعلّق الوكالة كما مرّ، ولبراءة المشتري من دينّ الأذن بإقراره، فلا يتحقّق أنّ البائع أدّى دينّ المشتري فيرجع به.

هذا حكم الخصومتين إذا تقدّمت الأولى. ولو تأخّرت عن الثانية فالحكم كما مرّ إلا أنّ الشريك المقرّ لا تقبل شهادته على البائع، لسبق خصومته. وأما المشتري فلا تقبل شهادته للمقرّ على التقديرين.

قوله: «ولو ادّعى تسليمه - إلى قوله - فالقول قوله مع يمينه».

النزاع في هذه المسألة مع شريك البائع الأذن في قبض البائع، وهي في مقابلة

(١) في «ن»: لا إن ثبت. ولعله أولى.

وقيل: تقبل شهادة البائع. والمنع في المسألتين أشبه.

الأولى. وجملة أحكامها: أنّ البائع إما أن يكون قد أذن للشريك في قبض حصّته أولاً. وعلى التقديرين فإنّما أن يكون الشريك المدعى عليه أذن أيضاً للشريك في القبض أولاً. فإن كان الشريك مأذوناً له في القبض برئ المشتري من حصّة البائع، لاعترافه بقبض وكيله. ثمّ يبقى هنا خصومتان كما تقدّم، إحداهما بين البائع والشريك، والأخرى بين المشتري والشريك، والمصنّف ترك حكم هذا القسم لإمكان استنباطه ممّا تقدّم. وإن لم يكن مأذوناً له في القبض لم يبرأ المشتري من حصّة البائع، ولم يتوجّه بينهما خصومة، لأنّه لم يدفع حصّته إليه ولا إلى وكيله، ولا من حصّة الشريك لإنكاره، فيقدّم قوله بيمينه مع عدم البيّنة.

ثمّ إذا طالب البائع بحصّته فللشريك مشاركته فيه، لإنكاره القبض، كما في قبض كلّ مشترك، وله أن لا يشاركه ويطالب المشتري بجميع حقّه. فإن شارك سلّم للبائع ربع الثمن خاصّة، وليس للبائع مطالبة المشتري بعوضه، لاعترافه بظلم الشريك له في المشاركة وبراءة ذمّة المشتري وانعزاله عن الوكالة بقبض الشريك. وأمّا الشريك فيستكمل حصّته من المشتري على تقدير المشاركة للبائع، لأنّ حقّه منحصر فيهما.

قوله: «وقيل: تقبل شهادة البائع. والمنع في المسألتين أشبه».

أي تقبل شهادة البائع للمشتري في قبض الشريك منه، لعدم التهمة، حيث إنّ الشريك ليس وكيلاً للبائع، وحقّ البائع باقٍ على المشتري على التقديرين، فليست الشهادة متبعضة كالأولى. نعم، لو كان الشريك مأذوناً في القبض تبعضت إلّا أنّه غير مفروض المصنّف.

ووجه ما اختاره من المنع أنّه وإن لم يكن شريكاً له فيما قبضه إلّا أنّ الشهادة تجرّ نفعاً من حيث إنّها إذا قبض نصيبه بعد ذلك يسلم له، ولا يشاركه فيه بناءً على استحقاق المشاركة إذا لم يثبت القبض. وهذا هو الأشهر^(١). ولو قلنا بأنّ الشريك يتمكّن من قبض حقّه من المشترك^(٢) بانفراده قبلت شهادته إذ لا تهمة حينئذٍ. وسيأتي

(١) في «س»: المشهور.

(٢) في «ن» و«ب»: المشتري.

السادسة: لو باع اثنان عبيدين - كلّ واحدٍ منهما لواحدٍ منهما بانفراده - صفقةً بثمنٍ واحدٍ مع تفاوت قيمتهما، قيل: يصحّ، وقيل: يبطل، لأنّ الصفقة تجري مجرى عقدين، فيكون ثمن كلّ واحدٍ منهما مجهولاً.
أما لو كان العبدان لهما، أو كانا لواحدٍ، جاز.

الكلام في ذلك^(١).

وأشار بقوله: «في المسألتين» إلى شهادة البائع في هذه والشريك في السابقة. وقد تقدّم^(٢) ما يدلّ على وجه المنع في السابقة وأنّه يحتاج إلى تفصيلٍ.

قوله: «لو باع اثنان عبيدين - إلى قوله - مجهولاً».

القول بالبطلان للشيخ^(٣) - رحمه الله - لأنه مع تفاوت قيمتهما يصير ثمن كلّ واحدٍ منهما مجهولاً، إذ لا يُعرف إلّا بالتقسيط، والقسط لم يكن معلوماً حال العقد، وحيث كانا للمالكين فيها بمنزلة مبيعين في عقدين.

ويضعّف بأنّ الثمن إنّما وقع في مقابلة المجموع وهو معلوم، والتقسيط الحكمي لا يقتضي التقسيط لفظاً، والجهالة إنّها تنطرق بالاعتبار الثاني دون الأوّل. ولهذا لو كان المبيع عبداً واحداً ولأحدهما فيه حصّة والباقي للآخر، ولم يعلم حصّة كلّ واحدٍ منهما، صحّ بيعه صفقةً واحدة وإن اختلف العوض وجعل ما يخصّ كلّ واحدٍ منهما. وكونها في حكم العقدين لا يقتضي كونها عقدين حقيقةً. ولهذا لو فسخ في أحدهما تعيّن عليه ردّ الآخر. وليس كذلك لو كانا عقدين. فالقول بالصحة أوضح. وقد تقدّم البحث^(٤) في نظير ذلك من البيع فيما إذا باع ما يملك وما لا يملك في عقدٍ واحدٍ.

قوله: «أما لو كان العبدان لهما أو كانا لواحدٍ جاز».

لزوال المانع المذكور، حيث إنّها لا يحتاجان إلى تقسيط الثمن عليهما، بل

(١) في ص: ٣٣٤ - ٣٣٨.

(٢) في ص: ٣٢٩ - ٣٣٠.

(٣) الخلاف ٣: ٣٣٥ مسألة ١٣، والمبسوط ٢: ٣٥٦.

(٤) في ج ٣: ١٦١ - ١٦٢.

وكذا لو كان لكل واحدٍ قفيزٍ من حنطةٍ على انفراده، فباعهما صفقة، لانقسام الثمن عليهما بالسوية.

السابعة: قد بينّا أنّ شركة الأبدان باطلة، فإن تميّزت أجرة عمل أحدهما عن صاحبه اختصّ بها. وإن اشتبهت، قسّم حاصلهما على قدر أجرة مثل عملهما، وأعطى كلّ واحدٍ منهما ما قابل أجرة مثل عمله.

يقتسمانه على نسبة الحصص. وكذا لو كانا لواحدٍ مع أنّ ذلك التقسيط لو أثر لأمكن تطوّقه هنا لو عرض لأحدهما ما يبطل البيع، كما لو خرج مستحقّاً أو حرّاً، فإنّ البيع في نفس الأمر إنّما وقع على المملوك، ولا يعلم قسطه من الثمن. والوجه في الجميع أنّ ثمن المبيع عند العقد معلوم، والتوزيع لاحق، فلا يقدح. قوله: «وكذا لو كان لكل واحدٍ قفيز . . . الخ».

ومثله ما لو كان العبدان متساويي القيمة، فإنّ الشيخ (رحمه الله) إنّما منع من المختلفين بسبب جهالة ثمن كلّ واحدٍ منهما^(١). وقد نبّه عليه المصنّف بقوله: «مع تفاوت قيمتهما».

قوله: «قد بينّا أنّ شركة الأبدان باطلة . . . الخ».

لا إشكال في اختصاص كلٍّ منهما بأجرته مع تميّزها أجمع، وكذا لو تميّز بعضهما اختصّ به، وإنّما الإشكال مع اشتباه الحال، وقد اختار المصنّف هنا قسمة الحاصل على قدر أجرة مثل عملهما، نظراً إلى أنّ الغالب العمل بأجرة المثل وأنّ الأجرة تابعة للعمل. ومثله قسمة ثمن ما باعاه مشتركاً بينهما على ثمن مثل ما لكلٍ منهما. وعلى هذا لو تميّز بعض حقّ كلّ واحدٍ منهما أو أحدهما ضمّ إلى الباقي في اعتبار النسبة وإن اختصّ به مالكة.

وفي المسألة وجهان آخران ذكرهما العلامة^(٢):

أحدهما: تساويهما في الحاصل من غير نظرٍ إلى العمل، لأصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر، ولأنّ الأصل مع الاشتراك التساوي، ولصدق العمل على كلّ

(١) الخلاف ٣: ٣٣٥ مسألة ١٣ كتاب الشركة.

(٢) قواعد الأحكام ١: ٢٤٢.

الثامنة: إذا باع الشريكان سلعةً صفقةً، ثم استوفى أحدهما منه شيئاً شاركه الآخر فيه.

واحدٍ منهما، والأصل عدم زيادة أحد العاملين على الآخر، والحاصل تابع للعمل .
ويضعف بمنع كون الأصل في المال أو العمل التساوي، بل الأصل هنا يرجع إليه، لأن زيادة مال شخصٍ أو عمله على آخر ونقصانه ومساواته له ليس أصلاً، لا بحسب العادة ولا في نفس الأمر، وإنما يتم ذلك لو اشتركا في سببٍ مملّك كالإقرار والوصية والوقف ويشتبه الحال، فهنا يمكن الرجوع إلى الأصل، لاشتراكهما في أصل السبب، والأصل عدم التفاوت، لأن إثبات الزيادة لأحدهما يتوقف على أمرٍ زائدٍ في لفظ الإقرار أو الوصية أو الوقف ونحو ذلك، والأصل عدمه، بخلاف ما نحن فيه، لأن أحد العاملين غير الآخر، والاحتمال قائم في تفاوتها وتساويها على حدٍ سواء .
وأيضاً ما ذكره من تعليله وارد فيما لو امتاز لأحدهما أكثر عمله واشتبه بعضه بمجموع مال الآخر، فإن أصالة عدم زيادة أحد المالكين على الآخر وارد فيه، فيلزم اتحاد الحكم عند اشتباه الجميع واشتباه جزءٍ يسيرٍ منه، وهو باطل .
والوجه الثاني: الرجوع إلى الصلح، لأنه طريق إلى تيقن البراءة، كما في كل مالٍ مشتبه، ولا شبهة في أنه أولى مع اتفاقهما عليه، وإلا فما اختاره المصنّف أعدل من التسوية .

قوله: «إذا باع الشريكان سلعةً . . . الخ» .

موضع البحث ما إذا كان بين شريكين فصاعداً دينٌ مشترك بسبب كون سببه واحداً، كبيع سلعةٍ وميراثٍ وإتلافٍ ونحو ذلك . والمصنّف فرضه في بيع الشريكين سلعةً صفقةً ليناسب باب الشركة بالمعنى الثاني، فإنها عقد يقتضي التصرف بالبيع ونحوه مما يستثمر الربح . واحترز بقوله: «صفقة» عما لو باع كل واحدٍ منهما نصيبه بعقده، وإن كان العقدان لواحدٍ، فإنها لا يشتركان فيما يقبضه أحدهما عن حقه إجماعاً . ولا فرق في الصفقة بين كون المشتري واحداً ومتعدداً، لأن الموجب للشركة العقد الواحد على المال المشترك .

إذا تقرّر ذلك، فلكلٍ من الشريكين في المال المذكور مطالبة المشتري بحقه

من الدّين، فإذا استوفاه شاركه الآخر فيه على ما اختاره المصنّف والشيخ^(١) وأكثر الأصحاب^(٢). وهو مروى من طرقهم في عدّة أخبار^(٣)، إلّا أنّها قاصرة عن الاستدلال بها، لإرسال بعضها وضعف الآخر، وعدم صراحة المطلوب في بعضها. وعلّوه مع ذلك بأنّ كلّ جزءٍ من الثمن مشترك بينهما، فكلّ ما حصل كان بينهما. وذهب ابن إدريس^(٤) إلى أنّ لكل واحدٍ منهما أن يقبض حقه ولا يشاركه الآخر فيه، محتجاً بأنّ لكل واحدٍ منهما أن يبرئ الغريم من حقه وبهه ويصالح على شيءٍ منه دون الآخر، ومتى أبرأه برئ من حقه وإن بقي حق الآخر. وكذا إذا صالح عليه. فكما لا يشارك مَنْ وهب وصالح للمستوفي الآخر كذا لا يشاركه هو لو استوفى. ولأنّ متعلّق الشركة بينهما كان هو العين وقد ذهبت، ولم يبق عوضها إلّا دّين في ذمته، فإذا أخذ أحدهما حقه منه لم يكن قد أخذ عيناً من أعيان الشركة، بل من أمرٍ كليّ في الذمّة لا يتعيّن إلّا بقبض المالك أو وكيله، وهنا ليس كذلك، لأنّه إنّما قبض لنفسه. ولا يخفى ضعف الملازمة السابقة. وأما دليله الثاني فلا بأس به، ويعضده وجوه أخرى:

منها: أنّه إن وجب الأداء بالمطالبة بحقه وجب أن لا يكون للشريك فيه حقّ، لكنّ المقدم حقّ اتّفاقاً فالتالي مثله. بيان الملازمة: أنّ وجوب الأداء بالمطالبة بحصّة الشريك فرع التمكن من تسليمها، لاستحالة التكليف بالمتنع، فإذا ثبت تمكّنه من دفعها على أنّها للشريك ودفعها كذلك إمتنع أن يكون للشريك الآخر فيها حقّ. ومنها: أنّه لو كان للشريك في المدفوع حقّ لزم وجه قبضٍ، وهو تسلّط

(١) الخلاف ٣: ٣٣٦ مسألة ١٥ كتاب الشركة، المبسوط ٢: ٣٥٨.

(٢) كالقاضي في جواهر الفقه ٧٣ مسألة ٢٧٥، والسيد ابن زهرة في الغنية (الجوامع الفقهيّة):

٥٣٤، وابن حمزة في الوسيلة ٢٦٣.

(٣) الوسائل ١٣: ١٧٩ ب «٦» من أبواب أحكام الشركة، وص ١٥٩ ب «١٣» من أبواب

أحكام الضمان، و ١١٦ ب «٢٩» من أبواب الدين ح ١.

(٤) السرائر ٢: ٤٠٢.

الشخص على قبض مال غيره بغير إذنه .

ومنها: أنه لو كان كذلك لوجب أن يبرأ الغريم من مقدار حقّه من المدفوع، لاستحالة بقاء الدّين في الذمّة مع صحّة قبض عوضه، لكنّ التالي باطل عندهم، لأنهم يحكمون بكونه مخيراً في الأخذ من أيّهما شاء .

ومنها: أنه لونهاء الشريك عن قبض حقّه، فإن تمكّن من المطالبة بحصّته ووجب أن لا يكون للشريك فيها حقّ، وإلاّ امتنع أخذ حقّه بمنع الشريك إيّاه .

ومنها: أن المقبوض إمّا أن يكون مالاً مشتركاً أو لا . فإن كان مشتركاً ووجب على تقدير تلفه أن يتلف منها كسائر أموال الشركة، وتبرأ ذمّة الغريم منه، وإلاّ لم يكن للشريك فيه حقّ .

وعندي في هذه الوجوه كلّها نظر، لأنها إنّما ترد لو جعلنا حقّ الشريك متعيّناً في المقبوض على جهة الشركة، والأمر عند القائل به ليس كذلك .

وتحقيق الحال: أن حقّها لما كان في الذمّة أمراً كلياً لم ينحصر في فردٍ من أفراد مال المديون إلاّ بقبض المستحقّ أو وكيله، فإذا طالب أحد الشركاء فلا شبهة في استحقاقه ذلك، لأنّ الأصل في مستحقّ الدّين أن يتسلّط على تحصيله . ومن ثمّ أجمعوا هنا على أنّ له المطالبة منفرداً، كما أجمعوا على أنّ الشريك إذا لم يختّر مشاركته يختصّ بما قبض . وحينئذٍ فإذا أقبضه المديون شيئاً معيّناً من ماله فقد تراضى هو والقابض على حصر بعض هذا الأمر الكليّ في الفرد المقبوض، والحال أنّ ما في الذمّة وهو الأمر الكليّ مشترك بين الشريكين، فللشريك الآخر إجازة هذا التخصيص في الفرد المعين فيشارك فيه، وأن لا يبيّزه فيطالب المديون بحقه، لأنّ حقّ التعيين لا يتمّ إلاّ برضاه، وحينئذٍ فيتعيّن المعين أولاً لقباضه . وهذا هو الوجه في تخييرهم بين المشاركة ومطالبة المديون بحقه .

فان قيل: إذا كان تعيين الكليّ المشترك متوقفاً على رضا الشريكين فيجب أن يبطل حقّ الشريك القابض من المقبوض أيضاً، لأنّ الكليّ لم يصحّ حصره في المعين بسبب عدم رضا الشريك، فكيف يتعيّن بالنسبة إلى واحدٍ دون واحد، مع استحالة

الترجيح بغير مرجح؟!

قلنا: المرجح هنا موجود، وهو أن القابض قد رضي بتعيين حقه أجمع في المعين، لكنّه كان موقوفاً على عدم اختيار الشريك مشاركته، والحال أنه ليس مجموع ما في الذمة حتى يحكم ببطلانه بسبب تعلّق حقّ الشريك بالتعيين، وإنّما هو بقدر حقه، فإذا لم يختر الشريك مشاركته فيه إنحصر حقه فيه، لقدمه على ذلك في ابتداء القبض، وإنّما توقّف على أمرٍ وقد حصل، وبقي القدر الآخر باقياً في ذمة المديون للشريك. ومن هنا وجب على الغريم الدفع إليه، لأنّه بقدر حقه، وأمره يؤول إلى انحصاره فيه أو فيه وفي شريكه، وكلاهما يجب الدفع إليه. والشريك وإن لم يجب الدفع إليه قبل المطالبة إلاّ أنّ هذا المدفوع لم يجب دفعه لأجله بل لأجل الشريك المطالب، وإنّما يجب مشاركة الغريم الآخر بمطالبته.

والحاصل: أنّ الحقّ لما كان قد تعيّن باختيار المالك وقبض الغريم، وإنّما كان موقوفاً على أمر الشريك، فإذا لم يرض به تحقّق شرط التعيين للقابض، واستقرّ ملكه على المقبوض. وبهذا يندفع جميع الوجوه المذكورة.

إذا تبين ذلك فنقول: هذا المقبوض على المذهب المشهور نصفه يكون ملكاً للقابض تاماً، لتعيّنه له على التقديرين، بل على القولين، فمناؤه قبل اختيار الشريك له، وتلفه عليه. وأمّا النصف الآخر فهو مقبوض بيده لنفسه قبضاً متزلزلاً مراعىً باختيار الشريك الرجوع بحصّته على المديون فيتمّ، أو مشاركته له فينتقل ملكه إليه، فإن اختار الرجوع على المديون تبين ملك القابض له بالقبض، وتبعه النماء، وإن اختار أخذه ففي ملكه له من حين قبضه أو قبض شريكه الأوّل احتمالان. ولعلّ الثاني أوجه، لأنّه حينئذٍ يكون بمنزلة عقد الفضولي فيتبيّن بإجازته انتقال الملك من حين العقد لا من حين الإجازة. وأمّا تلفه قبل اختيار الشريك فهو من القابض على التقديرين، لقدمه على ضمانه، ولعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(١) أو إطلاقها.

(١) غوالي اللثالي ٣: ٢٤٦ و ٢٥١، مسند أحمد بن حنبل ٥: ١٢، سنن أبي داود: ٣: ٢٩٦ ح

التاسعة: إذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مدةً معينةً، صحّت الإجارة، ويملك المستأجر ما يحصل من ذلك في تلك المدة.

واعلم أنّ القابض لو أراد الاختصاص بالمقبوض بغير إشكالٍ فليبع حقه للمديون على وجه يسلم من الربا بثمنٍ معينٍ، فيختصّ به. ومثله الصلح عليه، بل أولى بالجواز. وكذا لو أبراه من حقه وأستوهب عوضه، أو أحال به على المديون بما عليه وكان كالقبض. وإنّما يأتي الخلاف في ذلك مع حلول الحقيّن معاً، فلو كان حقّ أحدهما مؤجّلاً، إمّا بالعقد الأوّل أو باشتراطه في عقدٍ لازمٍ، لم يشارك الآخر فيما قبض قبل حلول الأجل، لأنّه لا يستحقّ الآن شيئاً. وتمكّنه من تأجيله يقتضي جواز قبض الحصّة منفردةً، لاستلزامه تميّز حصّته من حصّة الآخر. وكذا لو ضمن ضامن لأحد الشريكين حصّته، فإنّ الضمان صحيح لتناول الأدلّة له، فيختصّ بأخذ المال المضمون من الضامن. وهو يقتضي إمكان أخذ الحصّة منفردةً عن الأخرى، كما تقدّم.

وبالجملة: فالقول باختصاص القابض لا يخلو من قوّة، وإن كان الوقوف مع المشهور أولى.

قوله: «إذا استأجر للاحتطاب - إلى قوله - في تلك المدة».

جواز الاستيجار على تحصيل ذلك ونحوه من المباحات يبني على ما سلف^(١) من أنّ تملكها هل يكفي فيه مجرد الحياة، أم لا بدّ معها من نيّة التملك؟ فإن اكتفينا بالحياة لم يصحّ الاستيجار عليها ولا التوكيل فيها، لأنّ المستأجر يملكها بمجرد الحياة، فلا يتصور ملك المستأجر والموكّل لها. وإن قلنا بافتقاره إلى النيّة صحّ الاستيجار والتوكيل أيضاً، لأنّ الملك لما كان تابعاً للنيّة فإذا نوى تملك غيره مع كونه نائباً له صحّ. وكذا يصحّ على القول بعدم اعتبار النيّة، بل يعتبر أن لا ينوي ما ينافي الملك، كما اختاره بعض الأصحاب^(٢). وحينئذٍ فإذا نوى بذلك المستأجر صحّ وملك

(١) في ص: ٢٢٥.

(٢) جامع المقاصد ٨: ٥٢.

ولو استأجره لصيد شيءٍ بعينه، لم يصحّ، لعدم الثقة بحصوله غالباً.

المستأجر.

والمصنّف - رحمه الله - جزم هنا بالصحة مع تردده فيما سبق في اشتراط النيّة، فهو إما رجوع إلى الجزم باعتبارها بعد التردّد، أو اختيار للقول الأخير الذي حكيناه، فإنّه لا ينافي عدم اشتراط النيّة.

وبقي في المسألة بحث آخر: وهو أنّه على القول بصحة الإجارة على أحد القولين إنّما يقع الملك للمستأجر مع نيّة الأجير الملك له، أو مع الإطلاق على القول الآخر، أمّا مع نيّة الملك لنفسه فيجب أن يقع له، لحصول الشرط على جميع الأقوال، واستحقاق المستأجر منافعه تلك المدة لا ينافي ذلك، فإنّه لا يقصر عملاً لو عمل عملاً لغير المستأجر، فإنّه يقع حسب ما أوقعه، ولكن يثبت للمستأجر عليه أجره تلك المدة التي فوّت فيها العمل، على تفصيل يأتي^(١) في ذلك إن شاء الله تعالى، فليكن هنا كذلك. وربّما فرّق بين عمله لنفس ما استوَجِر على فعله وغيره، ففي الأوّل يكون الجميع للمستأجر، لاستحقاقه إيّاه بالعقد، بخلاف ما إذا عمل في مدة الإجارة غير ما استأجره عليه، فإنّه حينئذ يتخير كما فصل. وفي الفرق نظر.

قوله: «ولو استأجره لصيد شيءٍ بعينه لم يصحّ، لعدم الثقة بحصولها غالباً».

لما كان ضابط المستأجر عليه كونه مقدوراً للأجير حيث يقصد منه مباشرته، فلا يصحّ الاستيجار لتحصيل صيدٍ معينٍ مالكٍ لأمره، لأنّ مثل ذلك لا يعدّ مقدوراً موثوقاً به عادة، بخلاف الصيد المطلق، فإنّ العادة قاضية بإمكانه، إذ لا بد من القدرة على شيءٍ منه كيف اتفق غالباً.

(١) في الفصل الثاني من كتاب الاجارة الشرط الرابع.

كتاب المضاربة

كتاب المضاربة

وهو يستدعي بيان أمورٍ أربعة

كتاب المضاربة

هي مفاعلة من الضرب في الأرض، لأنَّ العامل يضرب فيها للسعي على التجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكأنَّ الضرب مسبَّب عنهما، طرداً لباب المفاعلة في طرفي الفاعل، أو من ضرب كلَّ منهما في الربح بسهمٍ، أو لما فيه من الضرب بالمال وتقليبه. ويقال للعامل: مضارب - بكسر الراء - لأنَّه الذي يضرب في الأرض ويقلِّبه. ولم يشتقَّ أهل اللغة لربِّ المال من المضاربة إسماً. وهذه لغة أهل العراق.

وأما أهل الحجاز فيسمّونه قراضاً، إمّا من القرض وهو القطع، ومنه المقراض، لأنَّه يقرض به، فكأنَّ صاحب المال اقتطع من ماله قطعةً وسَلَّمها للعامل، أو اقتطع له قطعةً من الربح. أو من المقارضة، وهي المساواة والموازنة، يقال: تقارض الشاعران إذا وازن كلَّ منهما الآخر بشعره. ومنه قيل: «قارض الناس ما قارضوك، فإن تركتهم لم يتركوك»^(١) يريد: ساوهم فيما يقولون. ووجهه: أنَّ المال هنا من جهة مالكة والعمل من جهة العامل، فقد تساويا في قوام العقد بهما، أو لاشتراكهما في الربح وتساويهما في أصل استحقاقه وإن اختلفا في كميته. ويقال منه للمالك مقارض بالكسر، وللعامل مقارض بالفتح.

واعلم أنَّ من دفع إلى غيره مالاً ليتجر به فلا يخلو إمّا أن يشترط كون الربح بينهما أو لأحدهما، أو لا يشترطاً شيئاً. فإن شرطاه بينهما فهو قراض، وإن شرطاه

(١) راجع النهاية لابن الأثير ٤ : ٤١ وجواهر العقود ١ : ٢٣٩ .

الأوّل في العقد

وهو جائز من الطرفين، لكل واحدٍ منهما فسخه، سواء نضّ المال أو كان به عروض.

ولو اشترط فيه الأجل، لم يلزم. لكن، لو قال: إن مرّت بك سنة مثلاً، فلا تشترب بعدها وبع، صحّ، لأنّ ذلك من مقتضى العقد،

للعامل فهو قرض، وإن شرطاه للمالك فهو بضاعة، وإن لم يشترط شيئاً فكذلك إلا أنّ للعامل أجره المثل. وعقد القراض مركّب من عقود كثيرة، لأنّ العامل مع صحّة العقد وعدم ظهور ربحٍ ودعيّ أمين، ومع ظهوره شريك، ومع التعديّ غاصب، وفي تصرّفه وكيل، ومع فساد العقد أجبر.

قوله: «وهو جائز من الطرفين، سواء نضّ المال أو كان به عروض». لا خلاف في كون القراض من العقود الجائزة من الطرفين، ولأنّه وكالة في الابتداء، ثمّ قد يصير شركة، وهما جائزان أيضاً.

والمراد بإنضاض المال صيرورته دراهم أو دنانير كما كان أولاً. وتعلّق العروض به بالنظر إلى أصله وإلاّ فالعروض أيضاً مال، فلو قال: «أو كان عروضاً» كان أقعد.

قوله: «ولو اشترط فيه الأجل لم يلزم - إلى قوله - من مقتضى العقد».

أي لم يلزم العقد مدّة الأجل، بل يصحّ فسخها قبله، ولكن العقد والشرط صحيحان، أمّا الشرط ففائدته المنع من التصرف بعده، لأنّ التصرف تابع للإذن، ولا إذن بعده، وأمّا العقد فلأنّ الشرط المذكور لم يناف مقتضاه، إذ ليس مقتضاه

وليس كذلك لو قال: على أني لا أملك فيها منعك، لأن ذلك منافٍ لمقتضى العقد.

ولو اشترط أن لا يشتري إلا من زيد، أو لا يبيع إلا على عمرو، صحّ. وكذا لو قال: على أن لا يشتري إلا الثوب الفلاني، أو ثمرة البستان الفلاني، سواء كان وجود ما أشار إليه عامّاً أو نادراً.

الإطلاق. وكذا القول في قوله: «إن مرّت بك سنة فلا تشتري» لأنّ أمر البيع والشراء منوط بأمر المالك، فله المنع منها بعد السنة، فمن أحدهما أولى. ومثله ما لو عكس بأن قال: «لا تبع واشتر» وإنّما لم يذكره لأنّ البيع هو المقصود في هذا الباب لجلب الربح وتحصيل الإنضاض.

قوله: «وليس كذلك لو قال: على أني لا أملك فيها منعك، لأنّ ذلك منافٍ لمقتضى العقد».

لأنّ مقتضاه أنّ لكلّ من المتعاقدين فسخه، كما هو شأن العقود الجائزة، فإذا شرط ما يتنافيه فسد العقد لفساد الشرط.

قوله: «ولو شرط أن لا يشتري - إلى قوله - نادراً».

لا خلاف عندنا في جواز هذه الشروط ولزومها، وإن ضاقت بسببها التجارة، وإطلاق النصوص دالّ عليه. ونبّه به على خلاف بعض العامة^(١) حيث منع من اشتراط ما يكون وجوده نادراً أو مضيئاً. وحيث يقع التعيين على أحد الوجوه فخالف العامل ضمن المال، لكن لو ربح كان الربح بينهما على ما شرطاه، سواء في ذلك المخالفة في النوع وفي السفر وفي جهته، لصحيحة الحلبي ومحمد بن مسلم وغيرهما عن الباقر والصادق عليهما السلام^(٢). ولولا النصّ لكان مقتضى لزوم الشرط فساد ما وقع مخالفاً أو موقوفاً على الإجازة.

(١) راجع المغني لابن قدامة ٥: ١٨٤، المهذب ضمن المجموع ١٤: ٣٦٩، والمنهاج ضمن

مغني المحتاج ٢: ٣١١.

(٢) الوسائل ١٣: ١٨١ ب «١» من أبواب أحكام المضاربة.

ولو شرط أن يشتري أصلاً يشتركان في نمائه، كالشجر أو الغنم، قيل: يفسد، لأن مقتضاه التصرف في رأس المال. وفيه تردد.

قوله: «ولو اشترط أن يشتري أصلاً - إلى قوله - وفيه تردد».

أي مقتضى عقد المضاربة أو مقتضى القراض الذي هو رديفها التصرف في رأس المال بالبيع والشراء وتحصيل الربح بالتجارة. وهذا ليس كذلك، لأن فوائده تحصل بغير تصرف، بل من عين المال.

ووجه الصحة: أنه حصل بسعي العامل، إذ لولا شراؤه لم يحصل النماء، وذلك من جملة الاسترباح بالتجارة. ويضعف بأن الحاصل بالتجارة هو زيادة القيمة لما وقع عليه العقد، لا نمائه الحاصل مع بقاء عين المال، وبأن المضاربة تقتضي معاوضتين إحداهما بالشراء والأخرى بالبيع، وأقل ما يتحققان بمرّة، وبهما يظهر الربح والإنضاض، والمضاربة تدلّ على ملك العامل لهما بالمطابقة وعلى كلّ واحد بالتضمّن، فمنعه من أحدهما يخالف لمقتضاها.

فإن قيل: هلاً كان ذلك كتقييد المالك عليه في الشراء المعين، أو من معين، أو البيع عليه، ونحو ذلك مما كان يدخل في إطلاقها وبالتقييد خرج، ولم يناف ذلك مقتضاها.

قلنا: الفرق بينهما حصول أصل المقتضى وهو البيع والشراء وتحصيل الربح بما ذكر، وإنما قيد موضوعها، بخلاف المتنازع، فإن المقتضى لم يتحقق أصلاً، كما بيّناه.

وعلى القول بالفساد يصحّ الشراء المذكور بالإذن، ويكون النماء الحاصل بأجمعه للمالك، لأنه نماء ملكه، وعليه أجرة المثل للعامل.

واعلم أن المنع إنما هو في حصر الربح في النماء المذكور، كما تقتضيه هذه المعاملة، وإلا فلا يمتنع كون النماء بينهما، ويحتسب من جملة الربح على بعض الوجوه، كما إذا اشترى شيئاً له غلّة فظهرت غلّته قبل أن يبيعه، فإنها تكون بينهما من جملة الربح، إلا أن الربح لم يحصره فيها، لإمكان تحصيله من أصل المال أيضاً.

وإذا أذن له في التصرف، تولى بإطلاق الإذن ما يتولاه المالك، من عرض القماش والنشر والطي، وإحرازه، وقبض الثمن، وإيداعه الصندوق، واستئجار مَنْ جرت العادة باستئجاره، كالدلال والوزان والحمال، عملاً بالعرف. ولو استأجر للأول، ضمن الأجرة. ولو تولى الأخير بنفسه، لم يستحق أجرة.

قوله: «ولو أذن في التصرف - إلى قوله - لم يستحق أجرة».

المراد بالإذن في التصرف هنا إطلاق عقد المضاربة، إذ لا يفتقر العامل معها في جواز التصرف إلى إذنٍ آخر، وكان حقّه أن يقول: ولو أطلق العقد تولى العامل بالإطلاق ما ذكر.

وحاصل ذلك: أنّ المضاربة لما كانت معاملةً على المال للاسترباح كان إطلاق العقد مقتضياً لفعل ما يتولاه المالك في التجارة بنفسه، من عرض القماش على المشتري، ونشره، وطيّه، وإحرازه، وبيعه، وقبض ثمنه، وإيداعه الصندوق، ونحو ذلك. وهذا النوع لو استأجر عليه فالأجرة عليه خاصّة، حملاً للإطلاق على المتعارف. أما ما جرت العادة بالاستئجار عليه، كالدلالة، والحمل، ووزن الأمتعة الثقيلة، التي لم تجر عادة التاجر بمباشرتها بحسب حال تلك التجارة من مثل ذلك التاجر، فله الاستئجار عليه، حملاً على المعتاد أيضاً. ولو عمل هذا النوع بنفسه لم يستحق أجرة، لأنّه متبرّع في ذلك. ولو قصد بالعمل الأجرة كما يأخذ غيره، توفيراً على نفسه وتوسّعاً في المكسب، ففي استحقاقه لها وجه، خصوصاً على القول بأنّ للوكيل في البيع أن يبيع من نفسه وفي الشراء أن يشتري من نفسه، فيكون للوكيل في الاستئجار أن يستأجر نفسه. ولكن إطلاق المصنّف والجماعة يقتضي العدم. ولو أذن له المالك في ذلك فلا إشكال.

والمراد بقوله: «واستئجار مَنْ جرت العادة باستئجاره» مثل الدلال ومَنْ ذكر معه، لأنّ «مَنْ» موضوعة لمن يعقل. ولو قال: «الاستئجار لما جرت العادة بالاستئجار له» كان أشمل، ليشمل مثل استئجار الدابة، إذ لا يدخل في عموم «مَنْ» ويدخل فيها ذكرناه. وإطلاق الاستئجار على مالها مجاز بعيد.

وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال، على الأظهر.

قوله: «وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال على الأظهر».

المراد بـ «كمال النفقة» نفقة السفر أجمع. واحتزبه عن القدر الزائد عن نفقة الحضر، فإن القول الآخر أنه لا ينفق من المال سواه، للإجماع على أن نفقة الحضر على نفسه، فما سواه في السفر يحتسب عليه أيضاً والزائد على القراض. وقيل: إن جميع نفقة السفر على نفسه كنفقة الحضر. والأقوى الأول، لصحيفة علي بن جعفر، عن أخيه موسى عليهما السلام، قال: «في المضاربة ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، وإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه»^(١)، و«ما» للعموم.

ووجه الثاني: أنه إنما حصل بالسفر الزيادة لا غير، أما غيرها فسواء كان مسافراً أم حاضراً لا بد منها، فلا يكون السفر علّة فيه.

ووجه الثالث: أن الربح مال المالك، والأصل أن لا يتصرف فيه إلا بما دلّ عليه الإذن، ولم يدلّ إلا على الحصّة التي عينها له، وهو لم يدخل إلا عليه، فلا يستحقّ سواه. والأقوى الأول، عملاً بالنصّ الدالّ عليه. وهو مع ذلك أشهر بين الأصحاب.

إذا تقرّر ذلك: فالمراد بالسفر هنا العرفي لا الشرعي، وهو ما يجب فيه التقصير فلو كان قصيراً أو أقام في الطويل وأتمّ الصلاة فنفقة تلك المدّة على المال. نعم، يجب الاقتصاد منه على ما يحتاج إليه للتجارة، فلو أقام زيادةً عنه فنفقته عليه خاصّة.

والمراد بالنفقة ما يحتاج إليه فيه من مأكولٍ وملبوسٍ ومشروبٍ ومركوبٍ، وآلات ذلك كالقربة والحوالت، وأجرة المسكن، ونحو ذلك، ويراعي فيها ما يليق بحاله عادةً على وجه الاقتصاد، فإن أسرف حُسب عليه، وإن قتر لم يحتسب له، لأنّه لم ينفق ذلك. وإذا عاد من السفر فما بقي من أعيان النفقة ولو من الزاد يجب ردّه إلى التجارة، أو تركه وديعةً إلى أن يسافر، إذا كان ممن يتكرّر سفره ولم يكن يبيعه أعود على التجارة من تركه.

(١) الكافي ٥: ٢٤١ ح ٥، التهذيب ٧: ١٩١ ح ٨٤٧، الوسائل ١٣: ١٨٧ ب «٦» من أبواب

ولو كان لنفسه مال غير مال القراض، فالوجه التقسيط.

ولو شرط فيه عدم النفقة لزم الشرط للعامل، فلا ينفق. ولو أذن له بعد ذلك فهو تبرع محض. ولو شرطها فهو تأكيد على القول بثبوتها، ومخرج من الخلاف. وهل يشترط تعيينها حينئذٍ؟ وجه قوي، حذراً من الجهالة في الشرط الذي هو جزء العقد، بخلاف ما تناوله إطلاق العقد بإذن الشارع، خصوصاً على القول بعدمها. وبينه عليه اشتراط نفقة الأجير حيث لا يثبت على المستأجر. ويحتمل على القول بثبوتها عدم وجوب ضبطها، لثبوتها بدون الشرط، فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل.

ولا يعتبر في النفقة ثبوت ربح، بل ينفق ولو من أصل المال إن لم يكن ربح، وإن قصر المال. نعم، لو كان ربح فهي منه مقدّمة على حقّ العامل.

وإنما ينفق في سفرٍ مأذونٍ فيه، فلو سافر إلى غيره، إمّا بتجاوز المأذون أو إلى غير جهته، فلا نفقة له وإن كانت المضاربة ثابتة. ومؤنة المرض والموت في السفر محسوبتان على العامل خاصّة، لأنهما لم يتعلّقا بالتجارة.

قوله: «ولو كان لنفسه مال غير مال القراض فالوجه التقسيط».

وجه التقسيط ظاهر، لأنّ السفر لأجلها، فنفقته عليها. وهل التقسيط على نسبة المالكين، أو نسبة العاملين؟ وجهان، أجمدهما الأوّل، لأنّ استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ولا نظر إلى العمل.

ثمّ إن قلنا بوجود كمال النفقة على مال المضاربة فالتقسيط كما ذكرناه، وإن قلنا إنّها تجب النفقة الزائدة فالتقسيط لتلك الزيادة خاصّة عليها، والباقي على ماله.

وربّما قيل هنا بعدم ثبوت شيء على مال المضاربة. وهو ضعيف، لوجود المقتضي في الموضوعين. ولو كان معه قراض آخر لغير صاحب الأوّل وزّعت النفقة عليها أيضاً على قدر المالكين أو العاملين كما مرّ. ولا فرق في ذلك بين أن يكون قد شرطها على كلّ واحدٍ منهما وأطلق، بل له نفقة واحدة عليهما على التقديرين، لأنّ ذلك منزّل على اختصاص المشروط عليه بالعمل. هذا مع جهل كلّ واحدٍ منهما بالآخر، أمّا لو علم صاحب القراض الأوّل بالثاني، وشرط على ماله كمال النفقة، جاز واختصّت به، ولا شيء على الثاني.

ولو أنفق صاحب المال مسافراً، فانتزع المال منه، فنفقة عوده من خاصّته^(١).

وللعامل ابتياع المعيب، والردّ بالمعيب، والأخذ بالأرث^(٢). كل ذلك مع الغبطة.

ويقتضي إطلاق الإذن، البيع نقداً، بثمن المثل، من نقد البلد.

قوله: «ولو أنفق صاحب المال . . . الخ».

لأنّ النفقة سفرأً إنّها استحققت بالمضاربة وقد ارتفعت بالفسخ، ولا غرر عليه، لدخوله على عقدٍ يجوز فسخه كلّ وقتٍ. ونبه بذلك على خلاف بعض العامة^(٣) حيث أثبت له نفقة الرجوع، لأنّه استحقّها حين السفر. وهو ممنوع.

قوله: «وللعامل ابتياع المعيب - إلى قوله - مع الغبطة».

الفرق بينه وبين الوكيل - حيث لا يسوغ له شراء المعيب - أنّ الغرض الذاتي هنا الاسترباح، وهو يحصل بالصحيح والمعيب، فلا يتقيّد بالصحيح. وعلى تقدير شرائه جاهلاً بالمعيب يتخير من^(٤) الأمرين - بين الردّ والإمساك بالأرث - ما فيه الغبطة بالنظر إلى التجارة، فقد يكون الردّ أغبط وقد يكون أخذ الأرث، فلذلك يتخير بينهما، بخلاف الوكيل، فإنّ شراءه ربما كان للقنية، والمعيب لا يناسبها غالباً، فحمل الإطلاق على الصحيح عملاً بالمتعارف.

قوله: «ويقتضي الإطلاق، الإذن في البيع نقداً بثمن المثل من نقد

البلد».

لما كان إطلاق عقد المضاربة محمولاً على المتعارف في التجارة والمحصّل للأرباح وجب قصر تصرف العامل على ما يحصل به الغاية، فله البيع نقداً لانسيئة،

(١) في متن الجواهر: منه خاصّة.

(٢) في الشرائع الحجرية ومتن الجواهر والمسالك: وأخذ الأرث.

(٣) راجع المغني لابن قدامة ٥: ١٥٣.

(٤) في «س» و«م» و«ب»: بين الأمرين. والصحيح ما أثبتناه، ولكن الأولى إسقاط كلمة بين

في قوله: بين الردّ والإمساك.

ولو خالف لم يمض، إلا مع إجازة المالك. وكذا يجب أن يشتري بعين المال.

لما فيها من التغرير بمال المالك، وبثمن المثل لا بدونه، للتضييع مع القدرة على تحصيل الزائد، والأمر فيهما واضح.

وأما البيع بنقد البلد فالإطلاق في الوكالة منصرف إليه، وهو في معنى الوكالة، فمن ثم أطلقه المصنّف وقبله الشيخ^(١) وجماعة^(٢). لكن قد عرفت أنّ المضاربة تفارق الوكالة في بعض المطالب، لأنّ الغرض الأقصى منها تحصيل الربح، وهو قد يكون بغير نقد البلد كالعروض. والأقوى جوازها مع الغبطة. واحترز به عمّا لو أذن له في شيء من ذلك خصوصاً أو عموماً، كـ «تصرّف كيف شئت، أو بحسب رأيك ونظرك» ونحو ذلك، فإنّه يجوز له البيع بالعرض^(٣) قطعاً. أمّا النقد وثمن المثل فلا يخالفهما إلا بالتصريح. نعم، يستثنى من ثمن المثل نقصان ما يتسامح الناس فيه عادةً.

قوله: «ولو خالف لم يمض إلا مع إجازة المالك».

إذا خالف ما دلّ عليه اللفظ بخصوصه أو إطلاقه لم يقع التصرف باطلاً، بناءً على جواز بيع الفضولي، لكن يقف على إجازة المالك، فإن أجاز نفذ، ثم إن قدر على تحصيل النيئة، وإلا ضمن الثمن، لثبوته بالبيع الصحيح، لا القيمة، وإلا وجب الاسترداد مع إمكانه، ولو تعذّر ضمن قيمة المبيع أو مثله، لا الثمن المؤجل وإن كان أزيد، ولا التفاوت في صورة النقيصة، لأنّه مع عدم إجازة البيع يقع باطلاً، فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدّى فيه وسلّمه من غير إذن شرعيّ. وفي المسألة إحتالات أخر مدخولة.

قوله: «وكذا يجب أن يشتري بعين المال».

(١) الخلاف ٣: ٤٦٢ مسألة ٨ كتاب القراض، المبسوط ٣: ١٧٤.

(٢) منهم ابن حمزة في الوسيلة: ٢٦٤ والحلي في الجامع للشرائع: ٣١٧.

(٣) في هامش «و» و«ن»: «من عجيب ما أتفق للعلامة في التذكرة في هذه المسألة أنّه ذكرها في ورقة واحدة خمس مرّات، وأفتى في ثلاث منها بجواز البيع بالعرض وفي اثنين بعدهم. فتأمل.

منه رحمه الله، راجع التذكرة ٢: ٢٣٦ - ٢٣٧.

ولو اشترى في الذمة، لم يصحّ البيع، إلا مع الإذن. ولو اشترى في الذمة لا معه، ولم يذكر المالك، تعلق الثمن بذمته ظاهراً.
ولو أمره بالسفر إلى جهة، فسافر إلى غيرها، أو أمره بابتياح شيء معين، فابتاع غيره، ضمن. ولو ربح والحال هذه، كان الربح بينهما، بموجب الشرط.

لما في شرائه في الذمة من احتمال الضرر، إذ ربّما يتلف رأس المال فتبقى عهدة الثمن متعلّقةً بالمالك، وقد لا يقدر عليه، أو لا يكون له غرض في غير ما دفع. ولأنّ المقصود من العقد أن يكون ربح المال بينهما، ولا يكون ذلك إلا إذا اشترى بالعين، لأنّ الحاصل بالشراء في الذمة ليس ربح هذا المال.

قوله: «ولو اشترى في الذمة لم يصحّ إلا مع الإذن».

أي لم يقع لازماً - فأطلق الصّحة على اللزوم - بل يقع موقوفاً على إجازته. ويمكن أن يريد بالإذن ما يشمل الإجازة، ويريد بالصّحة معناها المتعارف. والأوّل أعرف.

قوله: «ولو اشترى في الذمة لا معه ولم يذكر المالك تعلق الثمن بذمته ظاهراً».

هذا إذا لم يذكر المالك في الشراء لفظاً، وإلا بطل العقد مع عدم إجازته. ولو ذكره نيّة خاصّة وقع للعامل ظاهراً كما ذكر، ووجب عليه التخلّص باطناً من حقّ البائع. وسيأتي - إن شاء الله - في الوكالة تحقيق ذلك^(١). ولو لم يذكره لفظاً ولا نيّة وقع له ظاهراً وباطناً.

قوله: «ولو أمره بالسفر - إلى قوله - بموجب الشرط».

المراد أنّ المضاربة لا تبطل بهذه المخالفة، وإن وجب الضمان والإثم في التصرف غير المأذون. والربح بينهما على حسب الشرط، للنصوص الصحيحة^(٢)

(١) في الفصل الرابع من كتاب الوكالة.

(٢) انظر الوسائل ١٣ : ١٨١ ب «١» من أبواب كتاب المضاربة.

وبموت كل واحدٍ منهما، تبطل المضاربة، لأنها في المعنى وكالة.

الدالة عليه، وإلا لتوجه الإشكال إلى صحة الابتاع المخالف، لوقوعه بغير إذن، فينبغي أن يكون فضولياً. وكأنَّ السبب في ذلك أنَّ الغرض الذاتي في هذه المعاملة هو الربح، وباقي التخصيصات^(١) عرضية لا تؤثر في فساد المعاوضة المخالفة، لحصول المقصود بالذات.

وبالجملـة: فالمستند النصّ الصحيح، وعمل الأصحاب به. ويجب تقييد المخالفة في جهة السفر بما إذا بيع المتاع في تلك الجهة بما يوافق قيمته في الجهة المعينة أو يزيد، فلو كان ناقصاً بما لا يتغابن بمثله لم يصحّ، كما لو باع بدون ثمن المثل. واعلم أنَّ العامل لا يجوز له السفر مطلقاً بدون إذن المالك عندنا، سواء كان الطريق مخوفاً أم آمناً، لما فيه من التغيرير في الجملة المنافي للاكتساب، لقول النبيّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الساfer ومأله لعلّ قَلتِ إلّا ما وقى الله»^(٢)، أي على هلاكٍ. وحيث يأذن له فيه فإن أطلق تخيّر في الجهات، وإن عيّن له جهةً تعيّنت كما ذكر. وعبارة المصنّف خالية عن تحريم السفر مطلقاً بغير إذنه، فلذلك نبهنا عليه. قوله: «وموت كلِّ منهما تبطل المضاربة، لأنها في معنى الوكالة».

لما كان هذا العقد من العقود الجائزة بطل بما يبطل به، من موت كلِّ منهما، وجنونه، وإغمائه، والحجر عليه للسفه، لأنّه متصرّف في مال غيره بإذنه، فهو كالوكيل. ولا فرق بين حصول ذلك قبل التصرف وبعده، ولا بين أن يكون قد ظهر ربح وعدمه.

ثم إن كان الميت المالك، وكان المال ناصباً لا ربح فيه، أخذه الوارث. وإن كان فيه ربح اقتسماه. وتقدّم حصّة العامل على جميع الغرماء، للملكه لها بالظهور، فكان شريكاً للمالك، ولأنّ حقّه متعلّق بعين المال دون الذمّة. وإن كان المال عرضاً فللعامل بيعه إن ربح الربح، وإلا فلا. وللوارث إلزامه بالإنضاض إن شاء مطلقاً.

(١) في (هـ): الخصوصيات.

(٢) راجع الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ١٥١، و النهاية لابن الأثير ٤: ٩٨.

وسياتي الكلام في ذلك في مسألة الفسخ^(١).

وإن كان الميت العامل، فإن كان المال ناضباً ولا ربح أخذه المالك. وإن كان فيه ربح دفع إلى الورثة حصتهم منه. ولو كان هناك متاع واحتيج إلى البيع والتنضيب، فإن أذن المالك للوارث فيه جاز. وإلا نصب له الحاكم أميناً يبيعه، فإن ظهر فيه ربح أوصل حصّة الوارث إليه، وإلا سلّم الثمن إلى المالك. وحيث حكم ببطان المضاربة بالموت وأريد تجديدها مع وارث أحدهما اشترط في الثانية شروط الأولى، من إنضاض المال والصيغة وغيرها.

الثاني في مال القراض

ومن شرطه أن يكون عيناً، وأن يكون دراهم أو دنانير. وفي القراض بالنقرة تردّد.

قوله: «ومن شرطه أن يكون عيناً، وأن يكون دراهم أو دنانير». إشرط ذلك في المال موضع وفاق، نقله في التذكرة^(١)، وهو العمدة. وعلل مع ذلك بأن ما في الذمة لا بد من تحصيله أولاً، ولا يجوز ضمّ عمل إلى التجارة، وأن المضاربة معاملة تشتمل على غرر، إذ العمل مجهول، والربح غير متيقن الحصول. وإنما سوغت هذه المعاملة مع ذلك للحاجة، فتخصّص بما تسهل التجارة به وتروج في كلّ وقتٍ وحال، وهو النقدان. ولا يخفى أن إثبات الحكم بمثل هذه التعليلات بعيد، والعمدة على نقل الإجماع.

قوله: «وفي القراض بالنقرة تردّد».

النقرة - بضم أوله - القطعة المذابة من الذهب والفضة. ومنشأ التردّد فيها من عدم كونها دراهم ودنانير الذي هو موضع الوفاق، ومن مساواتها لهما في المعنى، حيث إنها من النقدين وإنما فاتها النقش ونحوه، وانضباط قيمتها بهما، وأصالة الجواز. وهذا كلّ من دفع بما ذكرناه من اتفاقهم على اشتراط أحدهما. ومع ذلك لا نعلم قائلاً بجوازه بها، وإنما ذكرها المصنّف متردداً في حكمها، ولم ينقل غيره فيها خلافاً. وإذا كانت المضاربة حكماً شرعياً فلا بدّ من الوقوف على ما ثبت الإذن فيه شرعاً. وربما

ولا يصحّ بالفلوس، ولا بالورق المغشوش، سواء كان الغش أقلّ أو أكثر، ولا بالعروض. ولو دفع آلة الصيد كالشبكة بحصّة فاصطاد، كان الصيد للصائد، وعليه أجره الآلة.

أطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكة، فإن صحّ هذا الإسم كان التردّد من حيث إنّها قد صارت دراهم ودنانير، وإنّما تخلّفت السكة، وهي وصف في النقدين ربها لا يقدر، خصوصاً إذا تعوّل بها على ذلك الوجه، ومما تقدّم من وجوه المنع .
قوله: «ولا يصحّ بالفلوس، ولا بالورق المغشوش، سواء كان الغش أقلّ أو أكثر».

هذا إذا لم يكن متعاملاً بالمغشوش، فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة، وصحّ جعله مالاً للقراض، سواء كان الغش أقلّ أم أكثر.
قوله: «ولا بالعروض».

العروض - بضمّ العين - جمع عرض - بفتحها ساكن الوسط ويحرّك - وهو المتاع وكلّ شيء سوى النقدين، ذكره في القاموس^(١). وعلى هذا كان يستغني بذكرها عمّا تقدّم منعه، لدخوله فيها. ولكن حكى الجوهري^(٢) عن أبي عبيد أنّ العروض هي الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن، ولا يكون حيواناً، ولا عقاراً. وحيث إنّ فلا يشمل الفلوس، ولا النقرة، إلّا أنّ المعنى الأوّل أنسب بالمقام، ويمكن أن يكون وجه تخصيص تلك الأفراد ما فيها من شبهة الجواز. وعدم جواز المضاربة بالعروض موضع وفاق. وعلل مع ذلك بأنّه لا يتحقّق فيها الربح، لأنّه ربّما ارتفعت قيمتها فيدخل الربح في أصل المال أو يستغرقه، وربّما نقصت قيمتها فيصير رأس المال ربحاً. والاعتقاد على الاتفاق.

قوله: «ولو دفع آلة الصيد - إلى قوله - وعليه أجره الآلة».

وذلك لفساد المضاربة بمخالفة مقتضاها، فإنّ مقتضاها تصرّف العامل في رغبة المال، وهنا ليس كذلك، وليس بشركة، لأنّه مركّب من شركة الأبدان وغيرها،

(١) القاموس ٢: ٣٣٤.

(٢) الصحاح ٣: ١٠٨٣.

ويصحّ القراض بالمال المشاع، ولا بدّ أن يكون معلوم المقدار، ولا يكفي المشاهدة. وقيل: يصحّ مع الجهالة، ويكون القول قول العامل مع التنازع في قدره.

ولتمييز مال صاحب الشبكة، ولا بإجارة، وهو ظاهر. وحينئذٍ فالحكم بكون الصيد للصائد مبني على عدم تصوّر التوكيل في تملك المباح، وإلا كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصائد. وقد سبق الكلام على نظيره^(١)، ويعد بناءه على أنّ العامل لم ينو بالتملك إلا نفسه، لأنّ ظاهر الحال دخوله على الشركة. وحيث يكون الصيد لهما فعلى كلّ منهما من أجرة مثل الصائد والشبكة بحسب ما أصابه من الملك.

ولو كان المدفوع إليه بدل الشبكة دابةً ليحمل عليها ويركب بالأجرة والحاصل بينهما، فالحاصل بأجمعه لصاحب الدابة، وعليه أجرة مثل العامل، ولم تصحّ المعاملة أيضاً لعين ما ذكر. والفرق بين الشبكة والدابة - في كون الحاصل لصاحب الدابة دون مسألة الشبكة - أنّ الأجرة تابعة للعمل، والعمل في الدابة حاصل منها، وفي الصيد من الصائد، والشبكة تبع لعمله، كما أنّ التسبب بحمل الدابة وعملها تابع لها، فيكون الحاصل للعامل. ولا مدخل هنا للنية كما في مسألة الصيد.

قوله: «ويصحّ القراض بالمال المشاع».

لأنّ المشاع معين في نفسه، وجامع لباقي الشرائط، فيصحّ القراض به. ولا فرق بين أن يكون عقده واقعاً مع الشريك وغيره.

قوله: «ولا يكفي المشاهدة - إلى قوله - مع التنازع في قدره».

القولان للشيخ (رحمه الله) الأوّل في الخلاف^(٢)، والثاني في المبسوط^(٣). ومنشأ الاختلاف من زوال معظم الغرر بالمشاهدة، وبقاء الجهالة. والأصحّ الأوّل. وحكى في المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة. وقوّاه في المختلف^(٤)، محتجاً بالأصل، وقوله صلى الله عليه وآله وسلّم: «المؤمنون عند

(١) في ص: ٣٢٣.

(٢) الخلاف ٣: ٤٦٩ مسألة ١٧ كتاب القراض.

(٣) المبسوط ٣: ١٩٩.

(٤) المختلف: ٤٨٣.

ولو أحضر مالين وقال: قارضتك بأيهما شئت، لم ينعقد بذلك قراض. وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه، ضمن.

شروطهم»^(١). ولا إشكال في أنّ القول قول العامل مع يمينه في قدره، سواء صحّت العاملة أم لا، لأنّه منكر. وحينئذٍ فتفريع قوله: «ويكون» على الصحّة مع المشاهدة باعتبار أنّه إذا لم يصحّ لا يدفع إليه المال غالباً، فلا يقع التنازع، لكن لو فرض كان حكمه كذلك. وكذا لو اختلفا في قدره في غير هذه الصورة.

قوله: «ولو أحضر مالين - إلى قوله - لم ينعقد بذلك قراض».

لانتفاء التعيين الذي هو شرط في صحّة العقد. ولا فرق في المالين بين كونهما متساويين جنساً وقدرًا ومختلفين، خلافاً لبعض العامة^(٢) حيث جوزه مع التساوي.

قوله: «وإذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن».

هذا مع جهل المالك بعجزه، لأنّه مع عجزه يكون واضعاً يده على المال على غير الوجه المأذون فيه، لأنّ تسليمه إليه إنّما كان ليعمل فيه، فكان ضامناً. وهل يكون ضامناً للجميع، أو للقدر الزائد على مقدوره؟ قولان، من عدم التميّز، والنهي عن أخذه على هذا الوجه، ومن أنّ التقصير بسبب الزائد فيختصّ به. والأوّل أقوى. وربّما قيل: إنّهُ إن أخذ الجميع دفعةً فالحكم كالأوّل، وإن أخذ مقدوره ثمّ أخذ الزائد ولم يمزجه به ضمن الزائد خاصّة.

ويشكل بأنّه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع، ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأوّل وأخذ الزيادة لم يعجز. ولو كان المالك عالماً بعجزه لم يضمن، إمّا لقدمه على الخطر، أو لأنّ علمه بذلك يقتضي الإذن له في التوكيل. وحيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به، إذ لا منافاة بين الضمان وصحّة العقد. والمراد العجز عن التصرف في المال وتقليبه في التجارة، وهذا يحصل حال العقد، فمن ثمّ فرّق بين علم المالك وجهله. ولو كان

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، الوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠»

من أبواب المهورح ٤.

(٢) المنهاج راجع مغني المحتاج ٢: ٣١٠.

ولو كان له في يد غاصب مال، فقارضه عليه صحّ، ولم يبطل الضمان، فإذا اشترى به، ودفع المال إلى البائع، برئ، لأنّه قضى دينه بإذنه.

قادراً فتجدّد العجز وجب عليه ردّ الزائد عن مقدوره، لوجوب حفظه وهو عاجز عنه، وإمكان التخلص منه بالفسخ، فلو لم يفسخ ضمن وبقي العقد كما مرّ.

قوله: «ولو كان له في يد غاصب - إلى قوله - لأنّه قضى دينه بإذنه».

قد تقدّم البحث في نظير هذه المسألة في باب الرهن^(١)، وأنّ وجه بقاء الضمان أنّه كان حاصلًا قبل ولم يحصل ما يزيله، لأنّ عقد القراض لا يلزمه عدم الضمان، فإنّه قد يجامعه بأن يتعدّى، فلا ينافيه، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(٢)، و«حتى» لانتهاء الغاية، فيبقى الضمان إلى الأداء، إمّا على المالك أو على من أذن له، والدفع إلى البائع مأذون فيه، فيكون من جملة الغاية. واستقرب العلامة^(٣) زوال الضمان هنا، وتبعه ولده في الشرح^(٤)، لأنّ القراض أمانة، فصحة عقده يوجب كون المال أمانةً، لأنّ معنى الصّحة ترتّب الأثر، ولانتفاء علّة الضمان، لزوال الغصب، ولأنّه أذن في بقائه في يده.

وفيه نظر، لأنّ معنى كون القراض أمانةً من حيث إنّه قراض، وذلك لا ينافي الضمان من حيثية أخرى، كما لو كان غصباً، فإنّ الضمان قد يجامعه، كما إذا تعدّى العامل، ولا يلزم من انتفاء علّة الثبوت ثبوت علّة الزوال. وأمّا اقتضاء العقد الإذن في القبض فضعفه ظاهر، لأنّ مجرد العقد لا يقتضي ذلك، وإنّما يحصل الإذن بأمر آخر، ولو حصل سلّمنا زوال الضمان، كيف والعلامة قد صرح في التذكرة^(٥) بأنّ كون المال في يد العامل ليس شرطاً في صّحة القراض، فلو قال المالك: أنا أبقى المال في يدي وأدفع الثمن كلّما اشترت متاعاً، صحّ.

(١) في ص: ١٥ - ١٧.

(٢) غوالي اللثالي ٣: ٢٤٦ و ٢٥١، مسند أحمد بن حنبل ٥: ١٢، سنن أبي داود ٣: ٢٩٦ ح

٣٥٦١، سنن الترمذي ٣: ٥٦٦ ح ١٢٦٦.

(٣) قواعد الأحكام ١: ٢٤٥.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٣٠٨.

(٥) التذكرة ٢: ٢٣٢.

ولو كان له دين، لم يجوز أن يجعله مضاربة، إلا بعد قبضه. وكذا لو أذن للعامل في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد.

فروع

لو قال: بع هذه السلعة فإذا نض ثمنها فهو قراض، لم يصح، لأن المال ليس بمملوك عند العقد.

وربما قيل بعدم زوال الضمان وإن أذن له في قبضه بعد ذلك، لما تقدم من الأدلة. ويضعف بأنه حينئذ وكيل محض وإن كان له في القبض مصلحة، لأنه حينئذ كالوكيل بجعل. ولو أسقط عنه الضمان، أو قبضه ثم رده، فلا إشكال في الزوال، كما أنه لو دفعه ثمناً إلى البائع زال إجماعاً.

قوله: «وكذا لو أذن للعامل في قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد». لأنه لا يخرج بالإذن عن كونه ديناً، لكن يقع القبض عن المالك، فلو اشترى به بعد ذلك كان فضولياً، لفساد عقد القراض. وقوله: «ما لم يجدد العقد» أي بعد القبض، فإنه حينئذ يقع صحيحاً. وفيه إشارة إلى صحة القبض وإن كان مترتباً على عقد فاسد.

قوله: «لو قال بع هذه السلعة - إلى قوله - عند العقد».

المراد بالمال الثمن الذي يصح به القراض، وعدم مملوكيته واضح، إذ لا يحصل إلا بعقد البيع، ولأنه مجهول، وقد تقدم^(١) أن المال المجهول لا يصح به، ولأن العقد معلق على شرط فلا يصح كالبيع، خلافاً لبعض العامة^(٢) حيث جوزوه كذلك.

(١) في ص: ٣٥٧.

(٢) في هامش «هـ» و«و» و«ن»: «هو أبو حنيفة حيث جعله قراضاً بعد البيع، لأن القراض في معنى الإذن، ويجوز تعليقه على شرط. منه رحمه الله». راجع المبسوط للسرخسي ٢٢: ٣٦ -

ولو مات ربّ المال وبالمال متاع فأقرّه الوارث، لم يصحّ، لأنّ الأوّل بطل، ولا يصحّ ابتداء القراض بالعروض.

ولو اختلفا في قدر رأس المال، فالقول قول العامل مع يمينه، لأنّه اختلاف في المقبوض.

قوله: «ولو مات ربّ المال - إلى قوله - بالعروض».

المراد: أقرّه بعقدٍ مستأنف، سواء كان بلفظ التقرير أم غيره. والمنع من الصّحة كون المال عروضاً، وهذا التقرير قراض جديد، لبطلان الأوّل بالموت، حيث إنّه من العقود الجائزة، والمالك الآن غير العاقد. ولو كان المال نقداً صحّ تجديده قطعاً، لكن هل يصحّ بلفظ التقرير؟ قيل: لا، لأنّه يؤذن باستصحاب الأوّل وإمضائه، لأنّ ظاهره: تركتك وأقررتك على ما كنت عليه، والحال أنّه قد بطل. والأقوى الصّحة إن استفاد من اللفظ معنى الإذن، لأنّ عقد القراض لا ينحصر في لفظ، كغيره من العقود الجائزة، والتقرير قد يدلّ عليه.

قوله: «ولو اختلفا في قدر رأس المال - إلى قوله - في المقبوض».

لا فرق في ذلك بين كون المال باقياً وتالفاً بتفريط، لاشتراك الجميع في المقتضي، وهو أصالة عدم الزائد، وبراءة ذمّة العامل منه. وإليه أشار المصنّف بقوله: «لأنّه اختلاف في المقبوض»، لأنّ المالك يدعي أنّه أقبضه الزائد وهو ينكره، والأصل عدمه. وأولى بالحكم ما لو كان تالفاً بتفريط، فإنّ العامل حينئذٍ غارم، والقول قوله في القدر.

هذا كلّه إذا لم يكن قد ظهر ربح، وإلا ففي قبول قوله إشكال، من جريان التعليل المذكور، وهو الظاهر من إطلاق المصنّف، ومن اقتضاء إنكاره لزيادة رأس المال توفير الربح، فتزيد حصّته منه، فيكون ذلك في قوّة اختلافهما في قدر حصّته منه، مع أنّ القول قول المالك فيه بيمينه، ولأنّه مع بقاء المال الأصل يقتضي كون جميعه للمالك إلى أن يدلّ دليل على استحقاق الزائد، ومع تلفه بتفريط فالمضمون قدر مال المالك، وإذا كان الأصل استحقاق المالك لجميعه قبل التلف إلّا ما أقرّ به للعامل فالضمان تابع للاستحقاق. وهذا هو الأقوى.

ولو خلط العامل مال القراض بهاله بغير إذن المالك، خلطاً لا يتميز، ضمن، لأنه تصرف غير مشروع.

وربما قيل^(١) بأنّ القول قول المالك إلّا مع التلف بتفريطٍ مطلقاً. وهو ضعيف جداً.

قوله: «ولو خلط العامل . . . الخ».

لأنّ مال القراض أمانة، والأمانة لا يجوز خلطها كالوديعة، ولا يبطل العقد بذلك وإن أثم وضمن، فيبقى الربح بينهما على نسبة المال. هذا مع إطلاق العقد، أمّا لو عمّم له لفظاً يتناوله، كما لو قال: إفعل ما شئت، أو برأيك، ونحو ذلك، صحّ مع المصلحة لا بدونها، فإنّ الخلط قد يكون مصلحةً في بعض الأحوال.

(١) في هامش «و» و«هـ» و«ن»: «القائل به الإمام فخر الدين رحمه الله في شرح القواعد. منه رحمه الله» لاحظ إيضاح الفوائد ٢ : ٣٣١.

الثالث في الربح

ويلزم الحصّة بالشرط دون الأجرة، على الأصحّ .

قوله: «ويلزم الحصّة بالشرط دون الأجرة على الأصحّ» .

مرجع هذا النزاع إلى أنّ المضاربة هل هي من العقود الصحيحة المشروعة أم لا؟ والقولُ بكونها صحيحةً يلزم فيها للعامل ما شرط له من الحصّة قولُ جميع العلماء على اختلاف مذاهبهم إلّا قليلاً من أصحابنا. والأخبار بها متظافرة صحيحة من طرق أهل البيت عليهم السلام^(١)، ومن طرق غيرهم^(٢).

وذهب الشيخ في النهاية^(٣)، وقبله المفيد^(٤)، وتبعها جماعة^(٥)، إلى أنّ الربح كلّه للمالك، وللعامل عليه الأجرة، لأنّ النماء تابع للمال، والمعاملة فاسدة، لجهالة العوض. والجواب المنع من فساد هذه المعاملة بعد ثبوتها بالنصوص الصحيحة^(٦) وعموم الآيات^(٧)، إن لم يحصل الإجماع. والجهالة بالعوض لا تضرّ في كثيرٍ من العقود كالزراعة والمساقاة. وتبعيّة النماء للأصل مطلقاً ممنوعاً.

(١) أنظر الوسائل ١٣ : ١٨٥ ب «٣» وغيره من أبواب أحكام المضاربة.

(٢) سنن البيهقي ٦ : ١١٠ - ١١١ .

(٣) النهاية : ٤٢٨ .

(٤) المقنعة : ٦٣٣ .

(٥) منهم سلاّر في المراسم : ١٨٢ ، وأبو الصلاح في الكافي : ٣٤٤ و ٣٤٧ . ونسبه العلامة في

المختلف : ٤٨١ إلى ابن البراج، وعبارته في المهذب ١ : ٤٦٠ خلاف ذلك .

(٧) النساء : ٢٩ ، المائدة : ١ .

ولابد أن يكون الريح مشاعاً. فلو قال: خذه قراضاً والريح لي، فسد، ويمكن أن يجعل بضاعة، نظراً إلى المعنى. وفيه تردّد. وكذا التردّد لو قال: والريح لك.

قوله: «ولابد أن يكون الريح مشاعاً - إلى قوله - وفيه تردّد».

المراد بالمشاع أن يكون بأجمعه مشتركاً بينهما، ويخرج به أمور:

الأول: أن يجعل لأحدهما شيء معيّن والباقي للآخر. ولم يذكره المصنّف.

وهو باطل اتفاقاً، ولأنّه ربّما لا يربح إلا ذلك القدر، فيلزم أن يختصّ به أحدها، وهو غير جائز. وقد ذكر المصنّف فيما يأتي ما يقرب منه، وهو أن يشرط لأحدهما شيء معيّن والباقي بينهما.

الثاني: أن يقول المالك: خذه قراضاً والريح لي. ووجه الفساد: اختصاصه

بالريح المنافي لمقتضى العقد، فإن مقتضاه الاشتراك في الريح. وهل يكون بهذه الصيغة بضاعةً بمعنى أنّ العامل لا يستحقّ على عمله أجره، أم يكون قراضاً فاسداً، كما يقتضيه الإخلال بشرط القراض مع التصريح به؟ المشهور الثاني، فيكون الريح للمالك، وعليه للعامل الأجرة.

ووجه الأوّل: النظر إلى المعنى، فإنّه دالّ على البضاعة وإن كان بلفظ

القراض، ولأنّ البضاعة توكيل في التجارة تبرعاً، وهي لا تختصّ بلفظ، وما ذكر دالّ عليها، ولأنّه لا يحكم بإلغاء اللفظ ما أمكن حمله على الصحيح، وذكر القراض وإن كان منافياً بحسب الظاهر إلاّ أنّه يمكن أن يكون هنا مأخوذاً من معنى المساواة التي هي من أحدهما المال ومن الآخر العمل من غير التفاتٍ إلى أمرٍ آخر، وهو أحد ما اشتقّ منه المعنى الشرعيّ، كما سبق^(١). ولو قيل: إنّ ذلك بحسب اللغة، والحقيقة الشرعية تآباه، أمكن أن يتجوّز فيه، فإنّ الحقائق اللغوية تصير مجازاتٍ شرعيةً، وهو أولى من الفساد.

وفي المختلف^(٢)، اختار أنّه لا أجره للعامل، لأنّه دخل على ذلك، فكان

(١) في ص: ٣٤٣.

(٢) المختلف: ٤٨٣.

أما لو قال: خذه فأتجر به والريح لي، كان بضاعةً. ولو قال: والريح لك كان قرضاً^(١).

ولو شرط أحدهما شيئاً معيناً، والباقي بينهما، فسد، لعدم الوثوق بحصول الزيادة، فلا تتحقق الشركة.

متبرعاً بالعمل. وهذا يحتمل بناؤه على البضاعة، وعلى القراض الفاسد، وإن زاد عليه بعدم الأجرة نظراً إلى دخوله على التبرع، بل هذا أوضح. وهو قوي^(٢).

الثالث: أن يقول: خذه قراضاً والريح كله لك. ووجه فساده ما مر. ويحتمل كونه قرضاً، لدلالته عليه معنى، كما تدل السابقة على البضاعة، ولأن القرض لا يختص بلفظ كما تقدم^(٣)، بل ما دل عليه، وهذا دال عليه. فعلى هذا يكون الربح كله للعامل، والمال مضمون عليه، ولا شيء للمالك، وعلى الأول للمالك، وعليه للعامل الأجرة.

وحل الإشكال إذا لم يقصد القرض ولا القراض، إما بأن لم يقصد شيئاً، أو لم يعلم ما قصد، وإلا كان قرضاً في الأول وقراضاً فاسداً في الثاني بغير إشكال. قوله: «أما لو قال خذه فأتجر به - إلى قوله - كان قرضاً».

الفرق بين الصيغتين اشتغال الأولى على ضمنية منافية للقرض والبضاعة، وهي التصريح بالقراض، وهو حقيقة شرعية في العقد المخصوص، بخلاف الأخيرة. هذا إذا أطلق اللفظ أو قصد القرض والبضاعة، فلو قصد القراض ففيه ما سبق، لصلاحيّة اللفظ لعقده، خصوصاً مع انضمام قصده، فإن التصريح بالقراض ونحوه في العقد ليس بشرط. ولو اختلفا في القصد المبطل احتمل تقديم المالك، لأنه أعرف به، والعامل نظراً إلى ظاهر اللفظ، وترجيحاً لجانب الصحة. ولو اختلفا في ضمنية اللفظ قدم قول مدعي ما يصحّ معه العقد، لأصالة الصحة وعدم الضمنية.

قوله: «ولو شرط أحدهما شيئاً معيناً - إلى قوله - فلا تتحقق الشركة».

عدم الوثوق بالزيادة لا يصلح دليلاً على الفساد بانفراده، كما في عدم الوثوق

(١) في المطبوعة حديثاً: كان قراضاً. وهو غير صحيح.

(٢) في «س»: أقوى.

(٣) في ج ٣: ٤٤٠.

ولو قال: خذه على النصف، صحّ. وكذا لو قال: على أن الربح بيننا، ويقضى بالربح بينهما نصفين.

بأصل الربح، وإنما وجه الفساد اقتضاء عقد المضاربة الاشتراك في جميع الربح، كما تقدّم^(١)، ولقول الصادق عليه السلام في صحيحة أبي بصير^(٢): «الربح بينهما»، ومثله رواية إسحاق بن عمّار عن الكاظم^(٣) عليه السلام، وهنا الربح ليس بينهما وإن وثق بالزيادة، بل بعضه على تقدير الزيادة وجميعه على تقدير عدمها لمن شرطه، فعلى هذا يفسد العقد وإن وثق بالزيادة.

قوله: «ولو قال: خذه على النصف، صحّ».

وجه الصحة: أن المتبادر من العبارة أن الربح بينهما نصفين، وهو تعيين، أو أن المالك لا يفتقر إلى تعيين حصّته، لأنّ نهاء ماله تابع له، وإنما يفتقر إليه العامل، فيكون المراد بالنصف أنه للعامل، لأنّه المحتاج إلى الاشتراط. وفيه نظر، لأنّ اللفظ كما يحتمل ذلك يحتمل أن يكون النصف للمالك، والآخر لا يحتاج إلى ذكره، لتبعيته للمال، فيفسد، وافتقار العقد إلى تعيين حصّة العامل لا يقتضي كون اللفظ المشترك محمولاً عليه، والقول بالصحة متّجه، لتبادر المعنى المصحّح من هذا اللفظ.

قوله: «وكذا لو قال على أن الربح بيننا، ويقضى بالربح بينهما نصفين».

لاستوائيهما في السبب المقتضي للاستحقاق، والأصل عدم التفاضل، كما لو أقرّهما بمال، وكما لو قال المقرّ: الشيء الفلاني بيني وبين زيد. وخالف في ذلك بعض الشافعية^(٤) فحكم ببطان العقد، لأنّ البينية تصدق مع التفاوت، فحيث لم يبيّنها

(١) في ص: ٣٦٤.

(٢) التهذيب ٧: ١٨٧ ح ٨٢٧، الوسائل ١٣: ١٨٢ ب «١» من أبواب أحكام المضاربة ح ١٠.

(٣) التهذيب ٧: ١٨٨ ح ٨٢٩، الإستبصار ٣: ١٢٦ ح ٤٥٢، الوسائل ١٣: ١٨٦ ب «٣» من أبواب أحكام المضاربة ح ٥.

(٤) راجع معني المحتاج ٢: ٣١٣.

ولو قال: على أن لك النصف، صحّ. ولو قال: على أن لي النصف واقتصر، لم يصحّ، لأنه لم يعين للعامل حصّةً. ولو شرط لغلامه حصّةً معها، صحّ، عمل الغلام أم لم يعمل. ولو شرط لأجنبيٍّ وكان عاملاً، صحّ. وإن لم يكن عاملاً، فسد. وفيه وجهٌ آخر.

يتجهّل استحقاق الريح. وردّ بمنع صدقها على غير المتساوي مع الإطلاق. نعم، لو انضّم إليه قرينة صحّ حمله على غيره بواسطتها. قوله: «ولو قال: على أن لك النصف صحّ - إلى قوله - للعامل حصّةً». الفرق بين الصيغتين أنّ الريح لما كان تابعاً للمال، والأصل كونه للمالك، لم يفتقر إلى تعيين حصّته، فإن عيّنها كان تأكيداً، وأمّا تعيين حصّة العامل فلا بدّ منه، لعدم استحقاقها بدونه، فإذا قال: النصف لك، كان تعييناً لخصّة العامل، وبقي الباقي على حكم الأصل، وأمّا إذا قال: النصف لي، لم يقتض ذلك كون النصف الآخر لغيره، بل هو باقٍ على حكم الأصل أيضاً، فيبطل العقد. ويحتمل الصحّة وحمل النصف الآخر على أنّه للعامل، نظراً إلى عدم الفرق بين الصيغتين عرفاً، وعملاً بمفهوم التخصيص. ويضعف بعدم استقرار العرف على ذلك، وضعف دلالة المفهوم. والأجود البطلان. قوله: «ولو شرط لغلامه حصّةً معها صحّ - إلى قوله - وفيه وجهٌ آخر».

الأصل في الريح أن يكون بين العامل والمالك خاصّةً على ما يشترطانه، فلا يصحّ جعله لأجنبيٍّ. ولو فرض كونه عاملاً كان بمنزلة العامل المتعدّد، فلا يكون أجنبيّاً. وأمّا شرط حصّة لغلام أحدهما الرقّ فهو كشرطه للمالك، فيصحّ، لأنّ العبد لا يملك شيئاً. ولو قلنا بملكه كان كالأجنبيّ. وحيث يشرط لأجنبيٍّ بشرط عملٍ فلا بدّ من ضبط العمل بما يرفع الجهالة، وكونه من أعمال التجارة، لئلا يتجاوز مقتضاها.

ولو قال: لك نصف ربحه، صحّ. وكذا لو قال: لك ربح نصفه.

وإنما وصفه بالأجنبيّة مع كونه عاملاً لأنّ المراد بالعامل هنا مَنْ يكون إليه التصرف في جميع ما يقتضيه العقد، وهذا المشروط له ليس كذلك، بل إنّما شرط عليه عمل مخصوص، بأنّ يحمل لهم المتاع إلى السوق، أو يدلّل عليه، ونحو ذلك من الأعمال الجزئية المضبوطة، فلو جعل عاملاً في جميع الأعمال كان العامل - الذي هو أحد أركان العقد - متعدّداً، وهو غير محلّ الفرض. وبهذا يندفع ما قيل من أنّ شرط العمل ينافي كونه أجنبياً.

والوجه الآخر الذي أشار إليه المصنّف في الأجنبيّ قيل: إنّهُ إذا شرط للأجنبيّ يصحّ الشرط وإن لم يعمل، لعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(١) و«أوفوا بالعقود»^(٢). وقيل: إنّ المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل، رجوعاً إلى أصله، لثلاً يخالف مقتضى العقد، ولقدوم العامل على أنّ له ما عيّن له خاصّة. وهذا الوجه لم يذكره غيره. وليس بمعروفٍ، فلذلك اختلف فيه^(٣).

قوله: «ولو قال: لك نصف ربحه صحّ. وكذا لو قال: ربح نصفه».

المشهور صحّة القراض في صورتين، وأنّه لا فرق بينهما من حيث المعنى، لأنّ النصف لما كان مشاعاً فكُلّ جزءٍ من المال إذا ربح فنصف ربحه للعامل ونصفه للمالك بمقتضى الشرط. وخالف في ذلك الشيخ في أحد قوليّه^(٤)، فجعل الثاني باطلاً، لمنافاته مقتضى القراض من أنّ ربح كلّ جزءٍ بينهما. وهنا قد شرط ربح النصف الواحد للمالك لا يشاركه فيه العامل، والآخر بالعكس، وربّما ربح نصفه خاصّةً فيختص به أحدهما، أو ربح أكثر من النصف، فلا تكون الحصّة معلومةً.

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الإستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥، والوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠»

من أبواب المهورح ٤.

(٢) المائة: ١.

(٣) في «ن»: اختلف فيه في التردّدات. وكذا في هامش «و» والظاهر أنّ قوله (في التردّدات) من

التعليقة فيكون آخر العبارة كما أثبتناه. راجع ايضاح تردّدات الشرائع ١: ٣١١.

(٤) الخلاف ٣: ٤٦٩ مسألة ١٨.

ولو قال لاثنين: لكما نصف الربح صحّ، وكانا فيه سواءً. ولو فضل أحدهما صحّ أيضاً، وإن كان عملهما سواءً.
ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه.

وأجيب بأنّ الإشارة ليست إلى نصفٍ معيّن، بل مبهم، فإذا ربح أحد النصفين فذلك الذي ربح هو المال، والذي لم يربح لا اعتداده به. وحيث كان النصف مشاعاً فكلّ جزءٍ منه له ربح نصفه.

قوله: «ولو قال لاثنين: لكما - إلى قوله - وإن كان عملهما سواءً».

أما تساويهما مع الإطلاق فلاقتضائه الاشتراك، والأصل عدم التفضيل، ولأنّ المتبادر منه عرفاً، كما سبق في قوله: «بيننا»^(١). وأما مع التفضيل فهو صحيح عندنا وإن اختلف عملهما، لأنّ غايته اشتراط حصّةٍ قليلةٍ لصاحب العمل الكثير، وأمر الحصّة على ما يشترطانه مع ضبط مقدارها، ولأنّ عقد الواحد مع اثنين كعقدين فيصحّ، كما لو قارض أحدهما في نصف المال بنصف الربح والآخر في نصفه الآخر بثلث الربح، فإنّه جائز إتفاقاً، خلافاً لبعض العامة^(٢) حيث اشترط التسوية بينهما في الربح مع استوائهما في العمل، قياساً على اقتضاء شركة الأبدان ذلك. والأصل والفرع عندنا باطلان.

قوله: «ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه».

لأنّ منكر للزائد، ولأنّ الاختلاف في فعله، وهو أبصر به، ولأنّ الأصل تبعيّة الربح للمال، فلا يخرج عنه إلا ما أقرّ المالك بخروجه. هذا مع عدم ظهور الربح، أما معه فظاهر المصنّف أنّه كذلك، لعين ما ذكر. وربّما استوجه بعض المحقّقين^(٣) التحالف، لأنّ كلّاً منهما مدّع ومدعى عليه، فإنّ المالك يدعى استحقاق العمل الصادر بالحصّة الدّنيا، والعامل ينكر ذلك، فيجىء القول بالتحالف، لأنّ ضابطه

(١) في ص: ٣٦٦.

(٢) راجع المدوّنة الكبرى ٥: ٩٠، المغني لابن قدامة ٥: ١٤٥.

(٣) جامع المقاصد ٨: ١٦٧.

ولو دفع قراضاً في مرض الموت، وشرط ربحاً صحَّ، وملك العامل الحصة.

ولو قال العامل: ربحت كذا ورجع، لم يقبل رجوعه. وكذا لو ادَّعى الغلط. أما لو قال: ثمَّ خسرت، أو قال: ثمَّ تلف الربح، قُبل.

- كما سلف في البيع^(١) - أن ينكر كلَّ واحدٍ ما يدَّعيه الآخر، بحيث لا يجتمعان على أمرٍ ويختلفان فيما زاد عليه.

وهو ضعيف، لأنَّ نفس العمل لا تتناوله الدعوى، لأنَّه بعد انقضائه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه، وكذا قبله، لأنَّ العقد الجائز لا يستحقُّ به العمل، وإنَّما المستحقُّ المال الذي أصله للمالك، وحقيقة النزاع فيه، فيجيء فيه ما تقدَّم من الأصول.

قوله: «ولو دفع قراضاً - إلى قوله - وملك العامل الحصة».

لا فرق في ذلك بين كون الحصة المشروطة للعامل بقدر أجرة المثل وأزيد، إذ لا تفويت في ذلك على الوارث حتَّى يعتبر من الثلث، فإنَّ المتوقَّف على إجازته أو نفوذه من الثلث هو ما يتبرع به المريض من المال الموجود حالة التبرُّع، وهنا ليس كذلك، لأنَّ الربح أمر معدوم متوقَّع الحصول، وليس مالاً للمريض، وعلى تقدير حصوله فهو أمر جديد حصل بسعي العامل، وحدث على ملكه بعد العقد، فلم يكن للوراث فيه اعتراض.

قوله: «ولو قال العامل: ربحت كذا ثم رجع - إلى قوله - قُبل».

إنَّما لم يقبل قوله في الأوَّلين لأنَّ إنكاره مكذَّب لإقراره الأوَّل، فلا يسمع، كما في رجوع كلِّ مقرِّ. ولا فرق بين أن يُظهر لدعواه الكذب أوَّلاً وجهاً، كما لو قال: «كذبت لتترك المال في يدي» أو لا، خلافاً لبعض العامة^(٢) حيث قبل قوله في الأوَّل، لأنَّ ذلك واقع من بعض المعاملين لأجل هذا الغرض. وأما قبول قوله: «خسرت،

(١) راجع ج ٣: ٢٦١ و ٢٦٧.

(٢) راجع حلية العلماء، ٥: ٣٥٣ - ٣٥٤ وكذا فتح العزيز (ضمن المجموع) ١٢: ٩١.

والعامل يملك حصّته من الريح بظهوره، ولا يتوقّف على وجوده
ناضاً.

أو تلف الريح» فلائنه أمين. هذا إذا كانت دعوى الخسران في موضعٍ يحتمل، بأن
عرض في السوق كساد، ولو لم يحتمل لم يقبل، نبه عليه في التذكرة^(١).
قوله: «والعامل يملك حصّته . . . الخ».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، بل لا يكاد يتحقّق فيه مخالف، ولا نقل في
كتب الخلاف عن أحدٍ من أصحابنا ما يخالفه. ووجهه مع ذلك إطلاق النصوص^(٢)
بأنّ العامل يملك ما شرط له من الريح، وهو متحقّق قبل الإنضاض وقبل القسمة.
ولأنّ سبب الاستحقاق هو الشرط الواقع في العقد، فيجب أن يثبت مقتضاه متى
وجد الريح، كما يملك عامل المساقاة حصّته من الثمرة بظهورها. ولأنّ الريح مع
ظهوره مملوك، فلا بدّ له من مالك، وربّ المال لا يملكه اتّفاقاً، ولا يثبت أحكام
الملك في حقّه، فيلزم أن يكون للعامل، إذ لا مالك غيرها اتّفاقاً. ولأنّ العامل
يملك المطالبة بالقسمة، فكان مالكاً، لأنّها فرع الملك، ولا يكفي في استحقاقها
مجرد العلاقة، لأنّها حنيئذٍ ليست قسمةً حقيقيّة، وإطلاقهم يقتضي أنّها حقيقيّة.
ولأنّه لو لم يكن مالكاً بالظهور لم ينعتق عليه نصيبه من أبيه لو اشتراه، والتالي باطل،
لحديث محمّد بن قيس^(٣) عن الصادق عليه السلام: «قال: قلت له: رجل دفع إلى
رجل ألف درهم مضاربةً، فاشترى أباه وهو لا يعلم، قال: يقوّم، فإن زاد درهماً
واحداً أعتق واستسعى في مال الرجل»، والمقتضي للإعتاق إنّها هو دخوله في ملكه.
ونقل الإمام فخر الدّين عن والده^(٤) أنّ في هذه المسألة أربعة أقوال، ولكن لم يذكر
القائل بأحدٍ منها:

(١) التذكرة ٢: ٢٤٥.

(٢) لاحظ الوسائل ١٣: ١٨٠ الباب «١، ٢، ٣» من كتاب المضاربة.

(٣) الكافي ٥: ٢٤١ ح ٨، الفقيه ٣: ١٤٤ ح ٦٣٣، التهذيب ٧: ١٩٠ ح ٨٤١ والوسائل ١٣:

١٨٨ ب «٨» من كتاب المضاربة.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٣٢٢.

أحدها: أنه يملك بمجرد الظهور.

وثانيها: أنه يملك بالإنضاض، لأنه قبله غير موجودٍ خارجاً، بل مقدّر موهوم، والمملوك لا بد أن يكون محقق الوجود، فيكون الظهور موجباً لاستحقاق الملك بعد التحقق، ولهذا يورث عنه، ويضمن حصّته من أتلّفها، سواء المالك والأجنبيّ.

وثالثها: أنه إنّما يملك بالقسمة، لأنه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شائعاً في المال كسائر الأموال المشتركة، والتالي باطل، لانحصاره في الربح، ولأنه لو ملكه لاخصّ بربحه، ولأنّ القراض معاملة جائزة، والعمل فيها غير مضبوط، فلا يستحقّ العوض فيها إلاّ بتمامه كمال الجعالة.

ورابعها: أنّ القسمة كاشفة عن ملك العامل، لأنّ القسمة ليست من الأسباب المملّكة، والمقتضي للملك إنّما هو العمل، وهي دالة على تمام العمل الموجب للملك.

وفي التذكرة^(١) لم يذكر في المسألة عن سائر الفقهاء من العامّة والخاصّة سوى القولين الأوّلين، وجعل الثاني للشافعي في أحد قوليه، ولأحمد في إحدى الروايتين، ووافقا في الباقي على الأوّل، فلا ندري لمن ينسب هذه الأقوال. وهي مع ذلك ضعيفة المآخذ، فإننا لانسلم أنّ الربح قبل الإنضاض غير موجود، لأنّ المال غير منحصّر في النقد، فإذا ارتفعت قيمة العرض فرأس المال منه ما قابل قيمة رأس المال، والزائد ربح، وهو محقق الوجود، ولو سلم أنه غير محقق الوجود لا يقدح في كونه مملوكاً، فإنّ الدّين مملوك وهو غير موجود في الخارج، بل هو في الدّمة أمر كليّ. هذا ما على الثاني.

وعلى الثالث: أنه لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث على الشيعاء، ويجوز أن

يكون مالكاً ويكون ما يملكه وقايةً لرأس المال، فيكون الملك متزلزلاً، واستقراره مشروط بالسلامة. وكذا لا منافاة بين ملك الحصّة وعدم ملك ربحها بسبب تزلزل الملك، ولأنّه لو اختصّ بربح نصيبه لاستحقّق من الربح أكثر ممّا شرط له، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه. ولأنّ القسمة ليست من العمل في شيء، فلا معنى لجعلها تمام السبب في الملك، فلا وجه لإلحاقها بالجماعة، وقد نبّه عليه في وجه الرابع. ومن ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع، لأنّه مرتّب عليها.

إذا تقرّر ذلك فنقول: على تقدير الملك بالظهور فهو ليس بملك تامّ ولا مستقرّ، لأنّ الربح وقاية لرأس المال، فلا بدّ لاستقراره من أمرٍ آخر، وهو إمّا إنضاض جميع المال، أو إنضاض قدر رأس المال مع الفسخ أو القسمة أولاً معها، على قولٍ قويّ، وبدونه يجبر ما يقع في التجارة من تلفٍ أو خسران، سواء كان الربح والخسران في مرّة واحدة أم مرتّين، وفي صفقةٍ أم اثنتين، وفي سفرةٍ أم سفرات، لأنّ معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال في زمن ذلك العقد، فإذا لم يفضل شيء فلا ربح. وهو محلّ وفاق. وسيأتي^(١) بعض أحكام ذلك.

(١) في ص: ٣٨٩ و ٣٩٢ و ٣٩٦.

الرابع في اللواحق

وفيه مسائل :

الأولى : العامل أمين، لا يضمن ما يتلف، إلا عن تفريطٍ أو خيانةٍ. وقوله مقبول في التلف، وهل يقبل في الردّ؟ فيه تردّد، أظهره أنه لا يقبل.

قوله : «العامل أمين، لا يضمن ما يتلف إلا عن تفريطٍ أو خيانة». المراد بالخيانة ما يعبر عنه في نظائره بالتعدّي، فإن استعمال شيءٍ من أموال القراض وأكله على غير وجهه وإنفاقه كذلك يقال له خيانةٌ للمالك وتعدّيٌ للحدّ الذي قرره الشارع. والفرق بينهما وبين التفريط أنّ التفريط عديمي، وهو ترك ما يجب فعله، وهما وجوديان، لاشتراكهما في فعل ما يجب تركه.

قوله : «وقوله مقبول في التلف».

لا فرق في ذلك بين دعواه تلفه بأمرٍ خفيٍّ كالسرق أو ظاهرٍ كالحرق، ولا بين إمكان إقامة البيّنة عليه وعدمه عندنا، لكونه أميناً فيقبل قوله فيه كسائر الأمناء، بل يقبل من الغاصب كما سيأتي^(١) إن شاء الله تعالى، فمنه أولى.

قوله : «وهل يقبل في الردّ . . . الخ».

وجه عدم القبول ظاهر، لأصالة عدمه، ولأنّ المالك منكر فيكون القول قوله،

(١) في المسألة الأولى من مسائل التنازع في كتاب الغصب.

الثانية: إذا اشترى مَنْ ينعق على ربِّ المال، فإن كان بإذنه صحَّ وینعتق، فإن فضل من المال عن ثمنه شيء، كان الفاضل قراضاً. ولو كان في العبد المذكور فضل، ضمن ربُّ المال حصّة العامل من الزيادة، والوجه الأجرة.

كما أن العامل في ذلك مدّع فعليه البيّنة، وثبوت التخصيص في مثل دعوى التلف لأمرٍ خارج لا يقتضي ثبوته مطلقاً.

والقول الآخر للشيخ^(١) (رحمه الله) أن القول قول العامل، لأنه أمين كالمستودع، ولما في عدم تقديم قوله من الضرر، لجواز كونه صادقاً، فتكليفه بالردّ ثانياً تكليف بها لا يطاق.

وأجيب بمنع كلیّة قبول قول كلِّ أمين، وبالفارق بينه وبين المستودع، فإنه قبض لنفع نفسه، والمستودع قبض لنفع المالك، وهو محسن محض، فلا يناسب إثبات السبيل عليه بعدم قبول قوله، لما فيه من الضرر. والضرر اللاحق للعامل من عدم قبول قوله مستند إلى حكم الشرع، فلا يقدر. والتكليف بها لا يطاق ممنوع بها سيأتي.

لكن يبقى في المسألة بحث، وهو أنه إذا لم يقبل قوله في الردّ يلزم تخليده الحبس لو أصرَّ على إنكاره، خصوصاً مع إمكان صدقه، وهم قد تحرّجوا من ذلك في الغاصب حيث يدعي التلف فكيف يثبتونه في الأمين؟ إلا أن يحمل على مؤاخذته ومطالبته به وإن أدت إلى الحبس، للاستظهار به إلى أن يحصل اليأس من ظهور العين، ثم يؤخذ منه البدل للحيلولة. إلا أن مثل هذا يأتي في دعوى التلف، خصوصاً من الغاصب. وليس في كلامهم تنقيح لهذا المحل، فينبغي النظر فيه.

قوله: «إذا اشترى مَنْ ينعق على ربِّ المال - إلى قوله - والوجه الأجرة».

لما كان مبني عقد القراض على طلب الربح فكلّ تصرفٍ ينافيه يكون باطلاً،

ومن جملة شراء مَنْ ينعقد على المالك، لأنه تخسير محض فضلاً عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد، فإن أذن المالك في شرائه صحَّ، كما لو اشتراه بنفسه أو وكيله، وعقد على المالك، وبطلت المضاربة في ثمنه، لأنه بمنزلة التالف، وصار الباقي رأس المال إن كان، وإلاً بطلت المضاربة كما لو تلف جميع مالها.

هذا إذا لم يكن في العبد ربح حين الشراء. فإن كان فيه ربح، فهل يستحق العامل حصته في العبد، أم تكون له الأجرة؟ قولان مبنيان على وقت ملكه للحصة، فإن جعلناه بالإنضاض أو القسمة فلا إشكال في عدم استحقاقه هنا، لانتفائهما، وإن جعلناه بالظهور، كما هو المشهور المنصور، احتمال كونه كذلك - كما اختاره المصنّف - لبطلان المضاربة بهذا الشراء، لعدم كونه من متعلّق الإذن، فإنّ شراء المضاربة ما اقتضى التقلب والبيع^(١)، وطلب الربح مرّة بعد أخرى، وهو منفيّ هنا، لكونه مستعقباً للعتق، فإذا صرف الثمن فيه بطلت، وضمن المالك للعامل أجرة المثل، كما لو فسخ المالك بنفسه.

ويحتمل ثبوت حصة العامل في العبد، لتحقّق الملك بالظهور، ولا يقدر فيه عتقه القهريّ، لصدوره بإذن المالك، فكأنّه استردّ طائفةً من المال بعد ظهور الربح وأتلفها، وحينئذٍ فيسري على العامل مع يسار المالك إن قلنا بالسراية في مثله من العتق القهري، أو مع اختيار الشريك السبب، ويغرم له نصيبه مع يساره، وإلاّ استُسعي العبد فيه^(٢). والأوّل أقوى، لأنّ هذا الشراء ليس من متعلّق العقد كما قرّناه.

فإن قيل: إستحقاق العامل الأجرة إنّما هو في العمل المحسوب للمضاربة، فإذا قلتُم بأنّ هذا ليس من أعمالها، بل خلاف مقتضاها، يجب أن لا يستحقّ العامل

(١) في «س»: والبيع والشراء.

(٢) في هامش «هـ» و«و» و«ن»: «ذكر المحقق الشيخ علي رحمه الله في الشرح أنّ القول بعدم ثبوت أجرة المثل متوجّه إن لم يكن إحداث قول ثالث، محتجاً بها قد أجبتنا عنه. تأمل منه رحمه الله» راجع جامع المقاصد ٨: ٩٨.

وإن كان بغير إذنه، وكان الشراء بعين المال، بطل. وإن كان في الذمة، وقع الشراء للعامل، إلا أن يذكر ربّ المال.

شيئاً.

قلنا: إستحقاق الأجرة ليس مقصوراً على هذا العمل وحده، بل عليه وعلى ما تقدّمه من الحركات والسفر وغيره من المقدمات من حين العقد إلى الآن، لأنّ ذلك كلّه من متعلقات العقد وقد فسخ باختيار المالك الذي هو في قوّة فسخه، فيثبت للعامل عليه الأجرة، كما إذا فسخ المالك قبل أن يشتري العامل وبعد أن يسعى ويسافر ويعمل ما شاكل ذلك من المقدمات.

وأما هذا العقد فإنه وإن لم يكن من مقتضيات العقد لكنّه عمل مأمور به من المالك من فاعلٍ معيّّن نفسه للعمل بالعرض، فيجب أن يثبت له عليه أجرة مثله مضافاً إلى ما تقدّم. وعلى تقدير انحصار العمل من حين العقد فيه الأجرة إن كان مثله ممّا يتحمل الأجرة، وإلا فلا. وحكم المصنّف وغيره^(١) بالأجرة لا يسع أزيد من ذلك، بل المراد إن كان العمل ممّا له أجرة، فإنّ الإحالة على أجرة المثل يقتضي أنّ للمثل أجرة قطعاً، وبهذا يحصل الفرق بين عمل هذا العامل وعمل الوكيل الذي مبنى عمله على التبرّع والأجرة ليست من مقتضياته، بخلاف القراض، فإنه مبنيّ على طلب العوض على عمله من حصّة أو أجرة.

قوله: «وإن كان بغير إذنه وكان الشراء بعين المال بطل . . الخ».

إذا وقع الشراء المذكور بغير إذن المالك فلا يخلو: إمّا أن يكون الشراء بعين المال، أو في الذمة. وعلى التقديرين: فإمّا أن يكون عالماً بالنسب وحكم الشراء المذكور، أو جاهلاً بهما، أو بأحدهما خاصّة. فالصور ثمان. وعلى تقدير الشراء في الذمة: إمّا أن يذكر المالك للبايع لفظاً، أو ينوي الشراء له خاصّة، أو يطلق^(٢). ونبيّة

(١) القواعد ١ : ٢٤٧، ايضاح الفوائد ٢ : ٣١٣.

(٢) في هامش «هـ» و «و» و «ن»: «وبهذا يرتقي الصور إلى ستّة عشر، لأن صور الذمة أربع مضروبة في ثلاث ومضافة إلى الأربع الباقية في الشراء بالعين. منه رحمه الله».

نفسه خارجه من هذا المقام . والمصنّف (رحمه الله) لم يفرّق في إطلاق كلامه بين العالم بالنسب والحكم والجاهل .

وخلاصة القول في ذلك : أنّه إن اشترى بعين المال بطل ، أي لم يقع لازماً ، لكنّه يكون فضولياً يقف على الإجازة ، مع احتمال أن يريد بالبطلان حقيقته ، نظراً إلى النهي عن الشراء المذكور ، من حيث منافاته لغرض القراض ، واشتماله على الإلتلاف المحض . ويضعّف بأنّ غايته التصرف في مال المالك بغير إذنه ، وذلك هو الفضول بعينه ، والنهي فيه لا يبلغ حدّ الفساد كنظائره . هذا مع علمه بالنسب والحكم .

أما مع جهله فيحتمل كونه كذلك ، لأنّ الإذن في هذا الباب إنّما ينصرف إلى ما يمكن بيعه وتقليبه في التجارة للاسترباح ، ولا يتناول غير ذلك ، فلا يكون ما سواه مأذوناً فيه ، والتباس الأمر ظاهراً لا يقتضي الإذن ، غايته أنّه غير آثم لجهله . وهذا هو الذي دلّ عليه إطلاق المصنّف .

ويحتمل صحّة البيع ، ويحكم بعته على المالك قهراً ، ولا ضمان على العامل ، لأنّ العقد المذكور إنّما يقتضي شراء ما ذكر بحسب الظاهر لا في نفس الأمر ، لاستحالة توجّه الخطاب إلى الغافل ، لاستلزامه تكليف ما لا يطاق ، وكما لو اشترى معيباً لم يعلم بعيبه فتلف بذلك العيب .

والفرق بين المعيب والمتنازع بجواز شراء المعيب اختياراً دونه لا يدخل فيما نحن فيه ، لأنّ الكلام في حالة لا ربح فيها ، كالعيب المفروض الذي يأتي على النفس والحال أنّه جاهل به ، وافتراقه عنه في حالة أخرى لا دخل له في المطلوب . وكذا القول بأنّ تكليف الغافل وما لا يطاق إنّما يقتضيان عدم الإثم لا صحّة العقد ، لحكمهم بصحّة العقود التي يظنّ فيها الربح وإن ظهرت على خلاف ذلك ، بل على ضدّه ، فليكن هنا كذلك . فالحكم موضع إشكال . ويقوى الإشكال في جاهل أحدهما خصوصاً جاهل الحكم ، لأنّه غير معذور ، لقدرته على التحفظ ، فإنّ العلم مقدور

الثالثة: لو كان المال لامرأة، فاشتري زوجها، فإن كان بإذنها، بطل النكاح. وإن كان بغير إذنها، قيل: يصحّ الشراء، وقيل: يبطل، لأنّ عليها في ذلك ضرراً، وهو أشبه.

لنا، أمّا جاهل النسب فمعذور بما تقدّم.

وإن اشترى في الذمّة لم يقع للمضاربة، لما تقدّم من عدم تناول الإذن لها، لكن إن كان ذكر المالك لفظاً فهو فضولي، وإن نواه خاصّةً وقع للعامل ظاهراً وبطل باطناً، فلا يعتق، ويجب عليه التخلّص منه على وجه شرعيّ، إذ ليس ملكاً له في نفس الأمر، للنية الصارفة عنه. وإن أطلق وقع له مطلقاً.

قوله: «إذا كان المال لامرأة، فاشتري زوجها . . . الخ».

لاشبهة في صحّة الشراء إذا كان بإذنها، لأنّ الضرر جاء من قبلها. وببطل النكاح لامتناع اجتماع الملك والنكاح، على ما هو محقق في بابه. وإن كان بغير إذنها فقد نقل المصنّف فيه قولين:

أحدهما: الصحّة، والقائل به غير معلوم. ووجهه: أنه اشترى ما يمكنه طلب الربح فيه، ولا يتلف به رأس المال، فجاز، كما لو اشترى ما ليس بزوج.

والثاني: بطلان الشراء، لما ذكره المصنّف من العلة، وهي حصول الضرر على المالكة به، فيكون ذلك دليلاً على عدم الرضا، وتقييداً لما أطلقت من الإذن بدليلٍ منفصلٍ عقليّ أو نحوه، وينبغي على هذا أن يكون موقوفاً على إجازتها إذا قلنا بتوقّف عقد الفضولي عليها. ويحتمل أن يريد به قائله البطلان مطلقاً، لما ذكر من القرينة المقيّدة^(١). وحينئذٍ تصير الأقوال ثلاثة، وقد نقلها العلامة كذلك^(٢)، وإن كان القائل بها غير محرّر. والأقوى البطلان مع عدم الإجازة.

إذا تقرّر ذلك فعلى القول بالبطلان مطلقاً الحكم واضح. وعلى وقوفه إن أبطلته فكذلك، وإن أجازته بطل النكاح، ولم يضمن العامل ما فاتها من المهر

(١) في «و» و«ب»: المفيدة.

(٢) القواعد ١: ٢٤٧.

الرابعة: إذا اشترى العامل أباه، فإن ظهر فيه ربح انعتق نصيبه من الربح، ويسعى المعتق في باقي قيمته، موسراً كان العامل أو معسراً.

والنفقة، لأن فواته مستند إلى اختيارها. وعلى القول بالصحة يضمن ما فات بسببه مع علمه بالزوجية، لأن التفويت جاء من قبله، لكن ضمانه للمهر ظاهر، أما النفقة فمشكل، لأنها غير مقدرة بالنسبة إلى الزمان، ولا موثوق باجتماع شرائطها، بل ليست حاصلة، لأن من جملتها التمكين في الزمن المستقبل، وهو غير واقع الآن، إلا أن يقال بأنه يضمنها على التدرج، وهو بعيد. والظاهر اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول. وهو الذي ذكره جماعة^(١).

قوله: «إذا اشترى العامل أباه . . . الخ».

إذا اشترى العامل بهال القراض من يعتق عليه كأبيه - وخصه المصنف لأنه مورد الرواية - فلا يخلو إما أن يكون فيه ربح حين الشراء أولاً. فإن لم يكن فيما أن يتجدد بعد ذلك فيه ربح لارتفاع السوق ونحوه، أولاً. فإن لم يكن فيه ربح سابقاً ولا لاحقاً فالبيع صحيح، إذ لا ضرر فيه على أحدهما ولا عتق.

وإن كان فيه ربح من حين الشراء، فلا يخلو: إما أن نقول بأن العامل يملك حصته من الربح من حين ظهوره، أو يتوقف على أحد الأمور بعده، فإن قلنا بأحد الأمور لم يعتق أيضاً، فلا مانع من شرائه. وإن قلنا بالأول ففيه أوجه، إختار المصنف أصحها، وهو صحة البيع وانعتاق نصيب العامل، ولا يسري إلى نصيب المالك، بل يستسعى العبد في باقي قيمته للمالك، وإن كان العامل موسراً. أما صحة البيع فلوجود المقتضي، وهو صدوره من جائز التصرف على وجهه، وانتفاء المانع، إذ ليس إلا حصول الضرر على المالك، وهو منتفٍ ههنا، لأن العتق إنما هو على العامل دون المالك. وأما عتق نصيب العامل فلاختياره السبب المفضي إليه كما لو اشتراه بهاله.

(١) راجع القواعد ١: ٢٤٧، وجامع المقاصد ٨: ١٠٤. وفي هامش «هـ» و«و» و«ن»: «ذكر الشيخ علي رحمه الله في الشرح أنه يضمن النفقة كما يضمن المهر في ظاهر كلامه. وهو موضع تأمل. منه رحمه الله».

وأما عدم سريان العتق على العامل مع يساره فلصحيحة محمد بن أبي عمير، عن محمد بن قيس^(١)، عن أبي عبدالله عليه السلام: «في رجلٍ دفع إلى رجلٍ ألف درهمٍ مضاربةً فاشترى أباه وهو لا يعلم، قال: يقومُ فإن زاد درهماً واحداً أعتق، واستسعي في مال الرجل» أطلق الحكم بالاستسعاء من غير سؤالٍ عن حال العامل هل هو موسرٌ أو معسرٌ؟ وترك الاستفصال في مثل ذلك دليل العموم. وليس السؤال عن رجلٍ معينٍ ليحتمل كونه - عليه السلام - عالماً بحاله، بل عن مطلقٍ يحتمل الأمرين. ولأنَّ التقيوم عليه على خلاف الأصل، إذ هو شغل لذمة بريئة، فيقتصر فيه على موضع الوفاق.

والوجه الثاني: الحكم بحاله إلا أنه يقوم على العامل مع يساره، لاختياره السبب، وهو موجب للسراية، لأنَّ اختيار السبب إختيار للمسبب، كما سيأتي^(٢) إن شاء الله تعالى. وحملت الرواية على إفسار العامل جمعاً بين الأدلة، أو على تجدد الربح بعد الشراء كما سيأتي.

والثالث: بطلان البيع، لأنه منافعٍ لمقصود القراض، إذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل التقلب للاسترباح، وهذا الشراء بتعقب العتق له ينافي ذلك، فيكون مخالفاً للتجارة، فيكون باطلاً، لعدم الإذن فيه، أو موقوفاً على الإجازة. والوسط لا يخلو من قوة لولا إطلاق الرواية.

وإن لم يكن فيه ربح حال الشراء ثمَّ ظهر بارتفاع السوق بُني على الأقوال كما مرّ. فإن قلنا بملكه بالظهور عتق نصيب العامل أيضاً قطعاً، لحصول المقتضي، لكن هل يسري عليه لو قلنا به في السابق؟ وجهان: أحدهما إلحاقه به، لاختياره السبب وهو الشراء، إذ لولاه لم يملك شيئاً بارتفاع السوق، وهو اختيار للمسبب. وفيه نظر،

(١) الكافي ٥: ٢٤١ ح ٨، الفقيه ٣: ١٤٤ ح ٦٣٣، التهذيب ٧: ١٩٠ ح ٨٤١، والوسائل

١٣: ١٨٨ ب «٨» من أحكام المضاربة. وفي بعض المصادر: ميسرٌ بدل قيس.

(٢) في الفصل الثالث من كتاب العتق.

الخامسة: إذا فسخ المالك صحّ، وكان للعامل أجره المثل إلى ذلك الوقت. ولو كان بالمال عروض، قيل: كان له أن يبيع، والوجه المنع. ولو أزمه المالك، قيل: يجب عليه أن ينصّ المال. والوجه أنه لا يجب.

لأنّ الشراء ليس هو مجموع السبب، بل جزؤه، والسبب القريب إنّما هو ارتفاع السوق، ولا دخل لاختياره فيه، فلا يكون مختاراً للسبب، لأنّ جزؤه غير مقدور، ولكن إطلاق الرواية السابقة يتناوله، فإنّه يشمل ما لو كان الربح موجوداً حال الشراء ومتجدداً بعده، وقد ترك الاستفصال أيضاً فيعمّ، كما مرّ.

والوجه الثاني عدم السراية، لعدم اختياره السبب، كما قد علم من مطاوي السابق. والأول أقوى لولا معارضته إطلاق الرواية. وهذا هو السرّ في إطلاق المصنّف الحكم بالعتق من غير نظر إلى تجدد الربح ووجوده، وعدم السراية على العامل مطلقاً تقيداً بإطلاق النصّ، وإن كان منافياً لما سيأتي^(١) من القواعد في بابه. قوله: «إذا فسخ المالك صحّ، وكان للعامل . . . إلخ».

إذا انفسخ عقد القراض، فلا يخلو: إمّا أن يكون فسخه من المالك، أو من العامل، أو منهما، أو من غيرهما، كعروض ما يقتضي الانفساخ من موتٍ وجنونٍ وغيرهما. وعلى كلّ تقدير: إمّا أن يكون المال ناصباً كلّهُ، أو قدر رأس المال، أو بجميعه عروض، أو ببعضه دون ذلك. وعلى التقادير الستة عشر: إمّا أن يكون قد ظهر ربح ولو بالقوّة، كوجود من يشتري بزيادة عن القيمة، أولاً. فهذه أقسام المسألة، وهي اثنتان وثلاثون. وأكثر حكمها مختلف يحتاج إلى التفصيل. والمصنّف ذكر حكم ما لو كان الفسخ من المالك مع بعض أقسامه كما ترى.

وجملة أحكامها: أنّ المال لو كان ناصباً ولا ربح أخذه المالك، ولا شيء للعامل إلاّ أن يكون الفسخ من قبله، فعليه أجره العامل لمثل ما عمل على ما يقتضيه إطلاق المصنّف، لأنّ عمله محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرّع بل في مقابلة الحصّة،

(١) يأتي في كتاب العتق، الفصل الثاني في السراية.

وقد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح، فيستحقّ أجره المثل إلى حين الفسخ. ويشكل بأنه لم يقدم إلا على الحصّة على تقدير وجودها، ولم توجد فلا شيء له، والمالك مسلّط على الفسخ حيث شاء.

ويمكن دفعه بأنه إنّما جعل له الحصّة خاصّةً على تقدير استمراره إلى أن يحصل، وهو يقتضي عدم عزله قبل حصولها، فإذا خالف فقد فوّتها عليه، فيجب عليه أجرته، كما إذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل. وفيه نظر، لأنّ رضاها بهذا العقد قدوم على مقتضياته، ومنها جواز فسخه في كلّ وقتٍ، والأجرة لا دليل عليها. وهذا البحث آتٍ فيما لو فسخ المالك قبل الإنضاض أيضاً.

وإن كان قد ظهر ربح والحال أنّه بعد الإنضاض، أخذ العامل حصّته منه - وإن قلّ - خاصّةً اتفاقاً.

وإن كان الفسخ قبل الإنضاض ولم يظهر ربح أخذه المالك إن شاء. وهل للعامل أن يبيعه لو أراد من دون رضا المالك؟ قولان، مبناهما كونه ملك المالك، فلا يجبر على بيعه، والفرض عدم تعلّق حقّ العامل به حيث لا ربح، ومن تعلّق حقّ العامل به، واحتمال وجود زبونٍ يزيد في الثمن فيحصل الربح. وضعف الأخير ظاهر. نعم، لو كان الزبون المذكور موجوداً بالفعل توجّه الجواز، لأنّه في قوّة ظهور الربح.

ولو انعكس الحال، بأن طلب المالك منه إنضاض المال ولا ربح فيه، ففي إجبار العامل عليه قولان، من ظاهر قوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي»^(١)، وقد أخذه نقداً فيجب ردّه إليه، ولحدوث التغيّر في المال بفعله فيجب ردّه، ومن حدوث التغيّر بإذن المالك، وأصالة البراءة من عملٍ لا عوض عليه بعد ارتفاع العقد. ولعلّه أقوى.

(١) تقدّم مصادره في ص: ٣٥٩، الهامش (٢).

وإن كان قد ظهر ربح والحال أنه قبل الإنضاض وقلنا بملكه بالظهور، فإن اتّفقا على أخذ حقه منه بغير إنضاضٍ فلا بحث، وإلاّ فإن طلب المالك إنضاضه وجب على العامل إجابته، لأنّ استحقاقه الربح وإن كان ثابتاً بظهوره إلاّ أنّ استقراره مشروط بالإنضاض، فيحتمل عروض ما يقتضي سقوطه.

وإن طلب العامل البيع خاصّةً ففي وجوب إجابة المالك له وجهان، مأخذهما إمكان وصول العامل إلى حقه بقسمة العروض، وإسقاط باقي العمل عنه تخفيف من المالك، لأنّه حقه، فلا يكلف الإجابة إلى بيع ماله بعد فسخ المعاملة، وأنّ حال العامل لا يزيد على حال الشريك، ومعلوم أنّه لا يكلف شريكه إجابته إلى البيع، ومن وجوب تمكين العامل من الوصول إلى غرضه الحاصل بالإذن، وربّما لم يوجد راغب في شراء بعض العروض، أو وجد لكن بنقصانٍ، أو رُجحي وجود زبونٍ يشتري بأزيد فيزيد الربح، ولا ريب أنّ للعامل مزيةً على الشريك من حيث إنّ حقه يظهر بالعمل، والربح عوضه. ولو قلنا بتوقّف ملكه على الإنضاض أو غيره فوجب إجابته أبعد. وموضع الإشكال ما إذا طلب العامل البيع في الحال، أمّا لو طلب تأخيره إلى وقتٍ متأخّر، كموسمٍ متوقّع، فليس له ذلك قطعاً، للضرر.

ولو كان الفسخ في هذه الصور من العامل فالحكم كذلك، إلاّ أنّ استحقاقه الأجرة لو كان ناضاً لا ربح فيه أبعد. وكذا وجوب إجابة المالك له إلى بيعه في الحالين، لأنّ المانع من قبّله. وفي التذكرة^(١) أطلق الحكم بثبوت الأجرة له لو فسخا العقد أو أحدهما وكان ناضاً ولا ربح.

ولو كان بعضه ناضاً فإن كان قدر رأس المال إنّه عدم إجبار العامل على إنضاض الباقي، لرجوع المال إلى المالك كما كان. وأولى منه لو كان أزيد. ولو كان أقلّ توجه جواز اقتصاره على إنضاض قدره لو قلنا بإجباره على الإنضاض فيما سبق. وفي أكثر هذه الفروع إشكال من عدم نصّ على التعيين، وتعارض الوجوه الدالّة

(١) التذكرة ٢ : ٢٤٦ .

وإن كان سلفاً، كان عليه جبايته. وكذا لو مات ربّ المال وهو عروض، كان له البيع، إلا أن يمنعه الوارث. وفيه قول آخر.

على الحكم. وجملتها ما قد رأيت.

قوله: «وإن كان سلفاً، كان عليه جبايته».

قد عرفت أن العامل ليس له البيع بالدين إلا مع الإذن، وكذا الشراء نسيئةً كالسلف، فمع عدم إذن المالك فيه يكون الثمن مضموناً على العامل، ولا كلام فيه هنا. وإنما الكلام فيما إذا أذن فيه. وقد أطلق المصنّف وجماعة^(١) وجوب جبايته على العامل، وكذا غيره من الدين المأذون فيه، لاقتضاء المضاربة ردّ رأس المال على صفته، والديون لا تجري مجرى المال، ولأنّ الدين ملك ناقص، والذي أخذه كان ملكاً تاماً، فليؤدّ كما أخذ لظاهر «على اليد ما أخذت حتى تؤدّي»^(٢).

وربما احتمل عدم الوجوب، لمنع كون المضاربة كما ذكر، والحال أن الإدانة بإذن المالك، ولأصالة براءة الذمة من وجوبه. ويضعّف بأنّ إذن المالك فيه إنّما كانت على طريق الاستيفاء، لا مطلقة، بدلالة القرائن، ولاقتضاء الخبر ذلك. ولو قلنا فيما سبق بجواز إجباره على بيع العروض فهنا أولى.

قوله: «وكذا لو مات ربّ المال وهو عروض . . . الخ».

الحكم هنا مبنيّ على ما سلف من الفسخ، فإنّ الموت من جملة أسبابه، فوجوب إجابة كلّ واحدٍ من العامل والوارث لو طلب الآخر، فيه ما سلف من التفصيل. والقول الآخر هنا أنّه ليس للعامل البيع وإن لم يمنعه الوارث، لأنّ المال حقّ لغير منّ أذن فيه أولاً، فلا يجوز التصرف فيه إلا بإذنه، لبطلان العقد، وهو متّجه.

(١) كما في الجامع للشرائع: ٣١٥، وإرشاد الأذهان ١: ٤٣٦.

(٢) تقدّم مصادره في ص: ٣٥٩، الهامش (٢).

السادسة: إذا قارض العامل غيره، فإن كان بإذنه، وشرط الربح بين العامل الثاني والمالك، صحّ. ولو شرط لنفسه لم يصحّ، لأنّه لا عمل له. وإن كان بغير إذنه لم يصحّ القراض الثاني. فإن ربح، كان نصف الربح للمالك، والنصف الآخر للعامل الأوّل وعليه أجرة الثاني، وقيل: للمالك أيضاً، لأنّ الأوّل لم يعمل، وقيل: بين العاملين، ويرجع الثاني على الأوّل بنصف الأجرة. والأوّل حسن.

قوله: «إذا قارض العامل غيره، فإن كان بإذنه - إلى قوله - لأنّه لا عمل له».

إذن المالك للعامل في المضاربة قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثاني، والعامل الأوّل إذا أراد ذلك بمنزلة وكيل المالك، وقد يكون بمعنى إدخال من شاء معه، وجعلها عاملين، وقد يكون بالأعمّ منها. ومراد المصنّف هنا الأوّل. ومن ثمّ لم يصحّ أن يجعل له شيئاً من الربح، لأنّه ليس بعامل. وقد تقدّم^(١) أنّ مقتضى عقد القراض كون الربح بين المالك والعامل. ولا فرق في هذه الصورة بين جعل الحصّة للعامل الثاني بقدر حصّة الأوّل ودونها، لأنّ النقصان هنا وإن كان بسعي العامل الأوّل فليس بعملٍ من أعمال التجارة التي يستحقّ به حصّة. ولو كانت الإذن بالمعنى الثاني أو بالأعمّ، وجعل الثاني شريكاً له في العمل والحصّة بينهما، صحّ، لانتفاء المانع في الأوّل، وهو عدم العمل.

قوله: «ولو كان بغير إذنه لم يصحّ . . . الخ».

إذا عامل العامل بغير إذن المالك وسلّمه المال، فلا يخلو: إمّا أن يبقى المال في يد الثاني موجوداً أو يتلف. وعلى التقديرين: إمّا أن يظهر ربح، أولاً. ثمّ إمّا أن يكون الثاني عالماً بأنّ الأوّل غير مالكٍ للمال، ولا مأذون له في ذلك، أولاً. ثمّ إمّا أن يجيز المالك العقد الثاني، أو يردّه. فإن لم يجزه بطل، ورجع في ماله إن وجده باقياً ولا

ربح فيه، وإن وجدته تالفاً تخيّر في الرجوع على أيهما شاء، لتعاقب أيديهما على ماله . فإن رجع على الأوّل رجع على الثاني مع علمه، لاستقرار التلف في يده، لا مع جهله على الأقوى، لغروره، ودخوله على أنّه أمانة . وإن رجع على الثاني لم يرجع على الأوّل مع علمه، ويرجع مع جهله على الأقوى . وإن وجدته باقياً وقد ربح فنصف الربح للمالك بغير إشكالٍ . وأمّا النصف الآخر ففيه أقوال :

أحدها: ما اختاره المصنّف من أنّه للعامل الأوّل، لوقوع العقد الصحيح معه، فيستحقّ ما شرط، وعقده مع الثاني فاسد، فلا يتبع شرطه . وعلى هذا فللثاني أجرة مثل عمله على الأوّل، لأنّه غرّه . وهذا يتمّ مع جهل الثاني لا مع علمه . وفيه مع ذلك أنّ الشراء إن كان بعين المال والحال أنّه غير مأذونٍ من المالك فهو فضوليّ، فينبغي أن يقف على إجازته، فإن أجاز فالجميع له، لأنّ العامل الأوّل لم يعمل شيئاً، والثاني غير مأذونٍ . وإن كان في الذمّة ونوى أو صرّح بالمالك فكذلك، وإلّا وقع لمن نواه، ولنفسه إن أطلق . فلا يتمّ ما أطلق في هذا القول .

وثانيها: أنّ النصف الآخر للمالك أيضاً، لأنّ العامل الأوّل لم يعمل شيئاً، والثاني عقده فاسد . ولا بدّ من تقييده بما ذكرناه . وعلى هذا فأجرة الثاني على الأوّل مع جهله لا على المالك، لعدم أمره .

وثالثها: أنّ النصف بين العاملين بالسوية اتّباعاً للشرط، خرج منه النصف الذي أخذه المالك، فكأنّه تالف، وانحصر الربح في الباقي . وعلى هذا فيرجع العامل الثاني على الأوّل بنصف أجرته، لأنّه دخل على نصف الربح بتمامه، ولم يسلم له إلّا نصفه . ويحتمل هنا عدم الرجوع، لأنّ الشرط محمول على اشتراكهما فيما يحصل، ولم يحصل إلّا النصف . هذا كلّ مع جهل الثاني ليطمّ التوجيه .

وهذه الأقوال ليست لأصحابنا، ولا نقلها عنهم أحد ممن نقل الخلاف، وإن

السابعة: إذا قال: دفعت إليه مالاً قراضاً، فأنكر، وأقام المدعي بيّنةً، فادّعى العامل التلف، قضي عليه بالضمّان. وكذا لو ادّعى عليه وديعةً أو غيرها من الأمانات.

كان ظاهر العبارة بـ «قيل وقيل» يشعر به. وإنّما هي وجوه للشافعية^(١) موجّهة، ذكرها المصنّف والعلامة^(٢) في كتبه، ونقل الشيخ في المبسوط^(٣) قريباً منها بطريقةٍ أخرى غير منقّحة. ولهم وجه رابع: أنّ جميع النصف للعامل الثاني عملاً بالشرط، ولا شيء للأوّل، إذ لا ملك له ولا عمل.

والتحقيق في هذه المسألة المرتّب على أصولنا: أنّ المالك إن أجاز العقد فالربح بينه وبين الثاني على الشرط، وإن لم يجزه بطل. ثمّ الشراء إن كان بالعين وقف على إجازة المالك، فإن أجاز فالملك له خاصّة، ولا شيء لهما في الربح. أمّا الأوّل فلعدم العمل، وأمّا الثاني فلعدم الإذن له، وعدم وقوع العقد معه. وللثاني أجره مثل عمله على الأوّل مع جهله لا مع علمه. وإن كان الشراء في الدّمة ونوى صاحب المال فكذلك، وإن نوى منّ عامله وقع الشراء له، لأنّه وكيله، وإن لم ينو شيئاً أو نوى نفسه فالعقد له، وضمّان المال عليه، لتعدّيه بمخالفة مقتضى المضاربة. وحيث لا يقع العقد للعامل الثاني فله الأجره على الأوّل مع جهله إن لم يتعدّد مقتضى المضاربة عمداً.

قوله: «إذا قال دفعت إليه مالاً قراضاً - إلى قوله - أو غيرها من الأمانات».

لأنّ دعواه التلف مكذّبة لإنكاره الأوّل، وموجبة للإقرار به، وإنكاره الأوّل تعدّد في المال، فيكون ضامناً. وقوله: «قضي عليه بالضمّان» معناه الحكم عليه بالبدل

(١) راجع المغني لابن قدامة ٥: ١٥٩ - ١٦١، المهذب راجع المجموع ١٤: ٣٧٠، والوجيز ١: ٢٢٤. ولم نجد القائل بثانيتها.

(٢) التذكرة ٢: ٢٤٠، التحرير ١: ٢٧٨.

(٣) المبسوط ٣: ١٨١ - ١٨٢.

أما لو كان جوابه: لا يستحق قبلي شيئاً، أو ما أشبهه، لم يضمن.
الثامنة: إذا تلف مال القراض أو بعضه، بعد دورانه في التجارة، احتسب التالف من الربح. وكذا لو تلف قبل ذلك. وفي هذا تردد.

مثلاً أو قيمةً، لا ضمان نفس الأصل، لئلا يلزم تخليده الحبس. وهذه العبارة أجود من قول العلامة: «لم تقبل دعواه»^(١) لاستلزام عدم القبول حسبه إلى أن يدفع العين، وقد تكون تالفةً، إلا أن يتكلف نحو ما تقدم^(٢) من حسبه مدّة يظهر فيها اليأس من وجود العين. ولا فرق في هذا الحكم بين مال المضاربة وغيره من الأمانات كما ذكر، لوجود المقتضي في الجميع.

قوله: «أما لو كان جوابه لا يستحق . . . الخ».

إذ ليس في ذلك تكذيب للبيّنة، ولا للدعوى الثانية، فإنّ المال إذا تلف بغير تفریط لا يستحقّ عليه بسببه شيئاً. وحينئذٍ فيقبل قوله في التلف بغير تفریط مع يمينه.

قوله: «إذا تلف مال القراض أو بعضه . . . الخ».

ظاهر العبارة أنّ جميع مال القراض تلف، وحينئذٍ فجره بالربح بعد الدوران ممكن، أما قبله فإنّه يوجب بطلان العقد، فلا يمكن جبره^(٣)، إلا أن يحمل على ما لو أذن له في الشراء في الذمّة، فاشتري ثمّ تلف المال ونقد عنه الثمن، فإنّ القراض يستمرّ، ويمكن جبره حينئذٍ بالربح المتجدد. ولو كان التالف بعض المال أمكن جبره على التقديرين.

ووجه التردد فيما لو كان تلفه قبل الدوران: من أنّ وضع المضاربة على أنّ الربح وقاية لرأس المال، فلا يستحقّ العامل ربحاً إلاّ بعد أن يبقى رأس المال بكماله، لدخوله على ذلك، وعدم دورانه لا دخل له في الحكم، بخلافه، ومن أنّ

(١) التذكرة ٢: ٢٤٥، والقواعد ١: ٢٥٢. وعبارته: «لم يقبل قوله».

(٢) في ص: ٣٧٥.

(٣) في هامش «س»: «جبره حينئذٍ بالربح . . .».

التاسعة: إذا قارض اثنان واحداً، وشرطاً له النصف منهما، وتفاضلاً في النصف الآخر مع التساوي في المال، كان فاسداً لفساد الشرط. وفيه تردد.

التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراضٍ . والأقوى عدم الفرق، لأنَّ المقتضي لكونه مال قراضٍ هو العقد لا دورانه في التجارة، فمتى تصوّر بقاء العقد وثبوت الربح جبر ما تلف مطلقاً. والمراد بدوران المال في التجارة التصرف فيه بالبيع والشراء، لا مجرد السفر به قبل ذلك. وإطلاق المصنّف الجبر مع تلفه بعد الدوران يشمل ما لو تلف بأفةٍ سميّةٍ، وبغصب غاصبٍ، وسرقة سارقٍ، وغير ذلك. ووجه الإطلاق أنّ الربح وقاية لرأس المال، فما دام المال لا يكون موجوداً بكماله فلا ربح. وربما قيل باختصاص الحكم بما لا يتعلّق فيه الضمان بذمة المتلف، لأنّه حينئذٍ بمنزلة الموجود، فلا حاجة إلى جبره، ولأنّه نقصان لا يتعلّق بتصرف العامل وتجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه. والمشهور عدم الفرق.

ولا يخفى أنّ الكلام مع عدم حصول العوض من المتلف، وإلّا كان العوض من جملة المال. وقد ظهر بذلك أنّ الخلاف واقع بعد الدوران وقبله، إلّا أنّه ليس مطلقاً، بل على بعض الوجوه.

قوله: «إذا قارض اثنان واحداً، وشرطاً له النصف . . . الخ».

وجه الفساد: أنّ الربح يجب أن يكون تابعاً للمال، فإذا شرطاً له النصف كان النصف الآخر بينها بالسويّة، فشرط التفاوت فيه يكون شرطاً لاستحقاق ربحٍ بغير عملٍ ولا مال.

ووجه التردد: ممّا ذكر، ومن أنّ مرجع ذلك إلى أنّ أخذ الفاضل يكون من حصّة العامل لا من حصّة الشريك، لأنّ الأصل لما اقتضى التساوي في الربح للشريكين مع التساوي في المال كان شرط التفاوت المذكور منصرفاً إلى حصّة العامل، بمعنى أنّ شارب الزيادة يكون قد جعل للعامل أقلّ ممّا جعل له أخذ

العاشرة: إذا اشترى عبداً للقراض، فتلف الثمن قبل قبضه، قيل: يلزم صاحب المال ثمنه دائماً، ويكون الجميع رأس ماله، وقيل: إن كان أذن له في الشراء في الذمة فكذلك، وإلا كان باطلاً، ولا يلزم الثمن أحدهما.

النقيصة، وهو جائز. هذا مع إطلاقها شرط النصف له من غير تعيين لما يستحق على كل واحد، فإنه كما يحتمل الصحة حملاً على ما ذكرناه يحتمل البطلان، فيرجح جانب الصحة، لإمكان الحمل عليها، ولعموم «أوفوا بالعقود»^(١). وهذا هو الأقوى.

أما لو صرحا باستحقاقه من نصيب كلٍ منهما بخصوصه نصفه فإنه يجيء في صحة العقد والشرط ما سبق في الشركة^(٢) من اشتراط التفاوت في الربح مع تساوي المالين وبالعكس. وحيث قيّدنا الصحة بعمل طالب الزيادة بطل هنا، إذ لا عمل لهما.

قوله: «إذا اشترى عبداً للقراض فتلف . . . الخ».

القول الأوّل للشيخ في المبسوط^(٣)، والثاني لابن إدريس^(٤) وإن غيره في شيء يسير. والأقوى هنا ما أسلفناه^(٥) سابقاً من التفصيل، وهو أنه إن كان العامل اشتراه في الذمة، والمالك أذن له في الشراء في الذمة، لزمه دفع الثمن ثانياً وثالثاً دائماً، وإلا فإن صرح بكون الشراء له وقف على إجازته، فإن أجاز لزمه الثمن، وإلا بطل البيع. وإن لم يذكره لفظاً وقع الشراء للعامل والثمن عليه، ويبقى فيما لو نواه ما مرّ، وإن كان اشتراه بعين المال فهلك قبل دفعه بطل العقد. وحيث يلزم المالك الثمن ثانياً يكون الجميع رأس ماله، يجبر جميعه بالربح.

(١) المائدة: ١.

(٢) في ص: ٣١١ - ٣١٤.

(٣) المبسوط: ٣: ١٩٤.

(٤) السرائر: ٢: ٤١٣.

(٥) في ص: ٣٧٧ - ٣٨٩.

الحادية عشرة: إذا نضّ قدر الربح، فطلب أحدهما القسمة، فإن اتّفقا صحّ. وإن امتنع المالك لم يجبر. فإن اقتسما وبقي رأس المال معه فخر، ردّ العامل أقلّ الأمرين واحتسب المالك.

قوله: «إذا نضّ قدر الربح فطلب أحدهما القسمة . . . الخ». قد عرفت أنّ ملك العامل للربح قبل القسمة غير مستقرّ، لجواز تجدّد تلفٍ أو خسران، وهو وقاية للمال، فمن ثمّ لا يجبر المالك على قسمته. فإن اتّفقا على القسمة لم يملكها العامل ملكاً مستقرّاً أيضاً، بل مراعىً بعدم الحاجة إليها لجبر الخسران وما في معناه. وحيث إنّ اتّفق الخسران بعد القسمة ردّ العامل أقلّ الأمرين ممّا وصل إليه من الربح وممّا يصيبه من الخسران، لأنّ الأقلّ إن كان هو الخسران فلا يلزمه سوى جبر المال والفاضل له، وإن كان هو الربح فلا يلزمه الجبر إلاّ به. وكذا يحتسب المالك أيّ يحتسب رجوع أقلّ الأمرين إليه من رأس المال فيكون رأس المال ما أخذه هو والعامل وما بقي إن احتيج إليهما. هذا هو الظاهر من عبارة المصنّف وغيره^(١)، والمناسب لوجه الحكم.

وللشهيدي^(٢) (رحمه الله) على هذا ونظائره من عبارات العلامة^(٣) توجيه آخر، وهو أن يكون المردود أقلّ الأمرين ممّا أخذه العامل من رأس المال لا من الربح، فلو كان رأس المال مائة والربح عشرين، فاقتسما العشرين، فالعشرون التي هي ربح مشاعة في الجميع، نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس، فالعشرون المأخوذة سدس الجميع، فيكون خمسة أسداسها من رأس المال وسدسها من الربح، فإذا اقتسماها استقرّ ملك العامل على نصيبه من الربح، وهو نصف سدس العشرين، وذلك درهم وثلثان، يبقى معه ثمانية وثلث من رأس المال، فإذا خسر المال الباقي ردّ أقلّ الأمرين ممّا خسر ومن ثمانية وثلث.

هذا خلاصة تقريره. والحامل له عليه حكمهم بأنّ المالك إذا أخذ من المال

(١) (٣) القواعد ١: ٢٥٠ والإرشاد ١: ٤٣٧.

(٢) حكاة عنه في جامع المقاصد ٨: ١٤٤.

الثانية عشرة: لا يصحّ أن يشتري ربّ المال من العامل شيئاً من مال القراض، ولا أن يأخذ منه بالشفعة.

شيئاً وقد ظهر ربح يحسب ما أخذه منها على هذه النسبة. وسيأتي في الكتاب^(١) إشارة إليه.

وهذا الوجه ضعيف، والحمل على ما ذكر فاسد، لأنّ المأخوذ وإن كان مشاعاً إلّا أنّ المالك والعامل إنّما أراد به الربح، وحيث كان المال منحصراً فيهما فالتمييز منوط بهما، ولو كان يدخل في ذلك من رأس المال شيء لم يصحّ للعامل التصرف فيه، لأنّ المالك لم يأذن إلّا في التصرف في الربح، ولم تقع القسمة والاتّفاق إلّا عليه. وأيضاً فلا وجه لاستقرار ملك العامل على ما بيده من الربح مع اتّفاقهم على كونه وقايةً وإن اقتسماه.

وأيضاً، فتوقّف ردّ العامل رأس المال على ظهور الخسران لا وجه له، لأنّه لا يملك شيئاً من رأس المال، وإنّما حقّه في الربح. وأمّا حملة على أخذ المالك فليس بجيد، لأنّ المالك لا يأخذ على وجه القسمة، وإنّما يأخذ ما يعده ملكه، فلمّا كان فيه ربح وهو شائع دخل فيه جزء من الربح على نسبة المأخوذ، فيحتسب رأس المال بعد ذلك على حساب ما يبقى بعد توزيع المأخوذ على الأصل والربح. وأين هذا من أخذ العامل الذي لا يستحقّ إلّا في الربح، ولا يقاسم المالك إلّا عليه خاصّة؟ قوله: «لا يصحّ أن يشتري ربّ المال من العامل - إلى قوله - بالشفعة».

لأنّ مال العامل ماله، ولا يعقل أن يشتري الإنسان ماله. وهذا يتمّ مع عدم ظهور الربح، أمّا معه وقلنا بملكه به أنّه جواز شرائه حقّ العامل وإن كان متزلزلاً، فلو ظهرت الحاجة إليه احتمل صحّة البيع، ولكن يلزم العامل ردّ قيمة ما أخذ كما لو كان قد باعها لغير المالك أو أتلفها. ويحتمل بطلان البيع، لأنّ المالك غير تامّ، بل مراعىً بعدم الحاجة إلى الجبر به، وقد ظهر. ومثله القول في الأخذ بالشفعة، لأنّه

وكذا لا يشتري من عبده القنّ. وله الشراء من المكاتب.
 الثالثة عشرة: إذا دفع مالاً قراضاً، وشرط أن يأخذ له بضاعةً،
 قيل: لا يصحّ، لأنّ العامل في القراض لا يعمل ما لا يستحقّ عليه أجره.
 وقيل: يصحّ القراض ويبطل الشرط. ولو قيل بصحّتها كان حسناً.

مع عدم ظهور الربح لا يعقل أخذ ماله بالشفعة، ومعه يصير شريكاً، فيمكن أخذه
 على الوجه المذكور. وليس في كلامهم تنقيح للمحلّ.
 قوله: «وكذا لا يشتري من عبده القنّ».

الكلام فيه كما تقدّم، فإنّ ما بيده للسيد. ولا فرق بين المأذون له في التجارة
 وغيره. نعم، حكى الشيخ^(١) (رحمه الله) قولاً بأنّ المأذون إذا ركبه الديون جاز للسيد
 الشراء منه. وهو قول لبعض الشافعية^(٢)، لأنّه لا حقّ للسيد فيه، وإنّما هو حقّ
 الغرماء. وفساده ظاهر، لأنّ استحقاق الغرماء ما في يده لا يقتضي خروجه عن ملك
 السيد، كتعلّق حقّ الغرماء بهال المفلس. نعم، للسيد أخذ ذلك بقيمته، لأنّه أحقّ
 بهاله مع بذل العوض، إلّا أنّ ذلك لا يعدّ بيعاً، كما يأخذ العبد الجاني خطأً ويبذل
 قيمته. وذكر هذه المسألة في هذا الباب استطرادياً. وكذا ما بعدها.
 قوله: «وله الشراء من المكاتب».

لأنّ ما في يده ملك له، وسلطنة المولى قد انقطعت عنه، فساوى غيره من
 الملاك. ولهذا لو انتعت لم يكن للمولى ممّا في يده شيء. ولا فرق في ذلك بين المطلق
 والمشروط، وإن كان الحكم في المشروط أضعف، من حيث إمكان ردّه في الرقّ أجمع،
 فيرجع ما في يده إلى ملك السيد. وليس كذلك المطلق، لأنّ ما في يده يحسب من
 مال الكتابة لو احتيج إليه.

قوله: «إذا دفع مالاً قراضاً وشرط أن يأخذ . . . الخ».

(١) المبسوط ٣: ١٩٦ - ١٩٧.

(٢) نسبه في التذكرة ٢: ٢٣٧ إلى بعضهم. واحتمله في المغني ٥: ١٧٢.

القولان الأوّلان للشيخ في المبسوط^(١)، واحتجّ على الأوّل بما أشار إليه المصنّف، من أنّ وضع القراض على أن يكون للعامل في مقابلة عمله جزء من الربح، وهذا العمل ليس في مقابله شيء، فيفسد الشرط، ويتبعه العقد، لأنّ قسط العامل يكون مجهولاً، لاقتضاء الشرط قسطاً من الربح، وقد بطل فيبطل ما يقابله، فتجهّل الحصّة.

ووجه الثاني أنّ البضاعة لا يلزم القيام بها، فلا يفسد اشتراطها، بل تكون لاغيةً، لمنافاتها العقد، ويصحّ العقد.

والأقوى ما اختاره المصنّف من الحكم بصحّتهما، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود^(٢)، وقوله صلّى الله عليه وآله وسلّم: «المؤمنون عند شروطهم»^(٣). ويمنع من منافاة هذا الشرط لمقتضى العقد، فإنّ مقتضاه أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح، أما غيره فلا، فإذا تناوله دليل مجوّز لزم القول بجوازه.

لكن يبقى في المسألة بحث، وهو أنّ البضاعة لا يجب القيام بها، لأنّ مبناها على ذلك، والقراض من العقود الجائزة لا يلزم الوفاء به، فلا يلزم الوفاء بما شرط في عقده، لأنّ الشرط كاجزاء من العقد فلا يزيد عليه، والحال أنّ المالك ما جعل الحصّة المعينة للعامل إلّا بسبب الشرط، فإنّ وفي به فلا بحث، وإلّا أشكل الأمر.

والذي تقتضيه القواعد أنّه لا يلزم العامل الوفاء به - وبه صرح في التحرير^(٤) - فمتى أحلّ به تسلّط المالك على فسخ العقد، وإن كان ذلك له بدون الشرط، إذ لا يمكن هنا سوى ذلك، فإنّ فسخ قبل ظهور الربح للعامل عليه الأجرة كما مرّ^(٥)،

(١) المبسوط ٣: ١٩٧.

(٢) سورة المائدة: ١.

(٣) التهذيب ٧: ٣٧١ ح ١٥٠٣، الإستبصار ٣: ٢٣٢ ح ٨٣٥ والوسائل ١٥: ٣٠ ب «٢٠»

من أبواب المهورح ٤.

(٤) تحرير الأحكام ١: ٢٧٩.

(٥) في ص: ٣٨٢.

الرابعة عشرة: إذا كان مال القراض مائة، فخرس عشرة، وأخذ المالك عشرة، ثم عمل بها الساعي فريح، كان رأس المال تسعة وثمانين إلا تسعاً، لأنّ المأخوذ محسوب من رأس المال، فهو كالموجود، فإذا المال في تقدير تسعين. فإذا قسّم الخسران، وهو عشرة على تسعين، كان حصّة العشرة المأخوذة ديناراً وتسعاً، فيوضع ذلك من رأس المال.

وإن فسخ بعد ظهوره ففي كون جميع الربح للمالك نظر، من أنّه لم يبذله للعامل إلا بالشرط وقد فات، ومن ملك العامل له قبل الفسخ والأصل بقاؤه، والمالك قد قدم على ذلك، حيث اقتصر على شرط ذلك في عقد لا يلزم الوفاء فيه بالشرط. وربّما قيل^(١) هنا بأنّ للمالك الربح كلّه وعليه الأجرة، لما ذكرناه. ولا يخلو من اشكال. قوله: «إذا كان مال القراض مائة فخرس عشرة . . . الخ».

لما كان الربح إنّما يجبر خسران رأس المال الذي ربح لا مطلق الخسران، فإذا أخذ المالك بعد الخسران شيئاً كان من جملة رأس المال، فلا بدّ أن يخصّه من الخسران شيء، فيسقط من أصل الخسران، ويجبر الربح الباقي. فإذا فرض أنّ المال كان مائة، فخرس عشرة، وأخذ المالك بعد الخسران عشرة، ثمّ ربح المال الباقي، فهذا الربح لا يجبر مجموع ذلك الخسران، لأنّ الذي أخذه المالك من جملة المال الخاسر، وقد بطل القراض فيه بأخذه، فلا بدّ من اسقاط ما يخصّه من الخسران، ثمّ يجبر الباقي منه بالربح الجديد. وبالجمله: فإنّما يجبر الربح خسران المال الذي ربح. وطريق معرفة ما يخصّ المأخوذ من الخسران أن يبسط الخسران - وهو عشرة - على المال وهو تسعون، فنصيب كلّ واحد تسع، فنصيب العشرة المأخوذة ديناراً وتسع، فيوضع ذلك - أعني: الدينار والتسع الذي أصاب العشرة من الخسران - ممّا بقي من أصل رأس المال بعد العشرة، وهو تسعون، لأنّه لما استردّ العشرة فكأنّه استردّ نصيبها من الخسران. والضابط: أن ينسب المأخوذ إلى الباقي، ويأخذ للمأخوذ من

(١) في هامش «ن»: «القائل الشيخ علي رحمه الله في الشرح. منه رحمه الله». راجع جامع المقاصد

الخامسة عشرة: لا يجوز للمضارب أن يشتري جاريةً يطأها، وإن أذن له المالك. وقيل: يجوز مع الإذن. أمّا لو أحلّها بعد شرائها، صحّ. السادسة عشرة: إذا مات وفي يده أموال مضاربة، فإن علم مال أحدهم بعينه، كان أحقّ به، وإن جهل كانوا فيه سواءً.

الخسران بمثل تلك النسبة.

قوله: «لا يجوز للمضارب أن يشتري جاريةً يطأها . . . الخ». لا إشكال في تحريم وطئه بدون الإذن، لأنّها مال الغير، فلو فعل كان زانياً يحدّ مع عدم الشبهة كاملاً إن لم يكن ظهر ربح، وإلّا فبقدر نصيب المالك. وأمّا إذا أذن له في شراء جاريةٍ ووطئها فالحقّ أنّه كذلك، لأنّ الإذن قبل الشراء لا أثر له، لأنّ التحليل إمّا تمليك أو عقد، وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء، فلا يتناوله الحصر في قوله: «إلّا على أزواجهم أو ما ملكت أيماهم»^(١). والقول بالجواز للشيخ في النهاية^(٢)، إستناداً إلى رواية^(٣) ضعيفة السند، مضطربة المفهوم، قاصرة الدلالة. وأمّا إذا أذن له بعد الشراء على وجهه فلا ريب في جوازه، إن لم يكن ظهر فيها ربح. وإلّا بني على تحليل أحد الشريكين لصاحبه. والأقوى المنع. قوله: «إذا مات وفي يده أموال مضاربة - إلى قوله - كانوا فيه سواءً».

ضمير «فيه» يعود إلى المال المجتمع من أموال المضاربة، ومعنى استوائهم في ذلك المال أنّه يقسّم بينهم على نسبة أموالهم، لا أن يقسّم بالسوية، كما في اقتسام غيرهم من الشركاء. هذا إذا كانت أموالهم مجتمعةً في يده على حدة، وأمّا إذا كانت ممتزجةً مع جملة ماله مع العلم بكونه موجوداً فالغرماء بالنسبة إلى جميع التركة كالشريك، إن وسعت التركة أموالهم أخذوها، وإن قصرت تحاصّوا.

(١) المؤمنون: ٦.

(٢) النهاية: ٤٣٠.

(٣) التهذيب ٧: ١٩١ ح ٨٤٥، والوسائل ١٣: ١٩٠ ب «١١» من كتاب المضاربة.

فإن جهل كونه مضاربةً، قضي به ميراثاً.

قوله: «وإن جهل كونه مضاربةً قضي به ميراثاً».

المراد أن العامل كان بيده مضاربة في الجملة، ولكن لم يعلم بقاؤها ولا تلفها، وبواسطة ذلك جهل كون المال الذي بيده مضاربة، إذ كما يمكن أن يكون من مال المضاربة يمكن كونه ماله، فيحكم بكونه ميراثاً، عملاً بظاهر اليد. ولكن مع ذلك هل يحكم بضمانه للمضاربة من حيث أصالة بقائه إلى أن يعلم تلفه بغير تفریط، ولعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(١) أم لا، لأصالة براءة الذمة، وكونه أمانة غير مضمون، وأصالة بقائه لا يقتضي ثبوته في ذمته مع كونه أمانة؟ وجهان.

ويتخرّج على الأوّل: أنّ أصالة بقائه يقتضي كون مالكة كالشريك في مال العامل حيث يشته ماله فيه، فيقدّم على غيره من الغرماء، مع احتمال كونه أسوتهم، لأنّ العامل يصير ضامناً بترك تعيينه والوصية به، فإذا لم توجد العين كان بمنزلة التلف.

والأقوى ما اختاره المصنّف من عدم ثبوت شيءٍ للمالك حيث لا يعلم بقاؤه يقيناً في يده إلى حين موته، لأصالة البراءة. واستحقاق شيءٍ من التركة موقوف على وجود سببه، ومجرّد المضاربة لا تصلح للسببية، لأنّ ثبوته في الذمة موقوف على ثبوت التقصير، وفي عين التركة موقوف على العلم بكونه من جملتها، والأصل عدمها. نعم، لو علم وجوده فيها باعتراف العامل في وقتٍ لا يمكن تجدد تلفه فيه عادةً، أو بشهادة عدلين، فصاحبه كالشريك، أو علم تلفه بتقصير، أو بقاؤه إلى بعد الموت مع تقصير العامل في ترك الوصية به، فصاحبه أسوة الغرماء. وقد مضى مثل هذا البحث في الرهن^(٢).

تمّ المجلّد الرابع والله الحمد، ويليه المجلّد الخامس بإذنه تعالى

(١) تقدم مصادره في ص: ٣٥٩، الهامش (٢).

(٢) في ص ٣٧ - ٣٩.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٥	كتاب الرهن
٧	تعريف الرهن
٨	ألفاظ إيجابه
٩	إشتراط العربية والماضوية
٩	كفاية الإشارة والكتابة
١٠	ما يتحقق به القبول
١٠	يصح الارتهان سفيراً وحضراً
١١	إشتراط الرهن بالقبض
١٣	لو قبضه بغير إذن الراهن
١٣	لو مات الراهن قبل القبض أو جُنَّ
١٥	لا يشترط استدامة القبض
١٥	إذا كان مقبوضاً على وجه محرّم
١٧	لو رهن ما هو غائب
١٧	إذا اختلفا في حصول القبض

- ١٨ لا يجوز تسليم المشاع إلا برضا الشريك
- ٢٠ في شرائط الرهن
- ٢٠ من شرطه أن يكون عيناً لا ديناً
- ٢١ رهن المنفعة
- ٢١ في رهن المدبّر
- ٢٣ في رهن الذمي الخمر
- ٢٣ رهن الأرض الخراجية
- ٢٣ رهن ما لا يمكن إقباضه
- ٢٤ لو رهن ما يمكن إقباضه ولم يسلمه
- ٢٤ رهن العبد المسلم والمصحف عند الكافر
- ٢٤ رهن العين الموقوفة
- ٢٥ الرهن في زمان الخيار
- ٢٥ رهن العبد المرتدّ والجاني
- ٢٦ رهن ما يسرع إليه الفساد
- ٢٨ «الحقّ الذي يصحّ الرهن عليه»
- ٢٨ الرهن على الدين الثابت في الذمة
- ٢٩ الرهن على الدية قبل الاستقرار
- ٣٠ الرهن على مال الجعالة والكتابة
- ٣١ الرهن على العمل المؤجّر عليه
- ٣١ الرهن على دينين متعاقبين
- ٣٣ «شروط الراهن»
- ٣٣ اشتراط الكمال والبلوغ

- ٣٤ «شرائط المرتهن وأحكامه»
- ٣٤ الإرتهان على مال اليتيم
- ٣٤ إسلاف مال اليتيم
- ٣٥ إقراض مال اليتيم
- ٣٦ إذا شرط المرتهن الوكالة في البيع
- ٣٧ بطلان الرهن بموت المرتهن
- ٣٧ لو مات المرتهن ولم يُعلم الرهن
- ٣٩ يجوز للمرتهن ابتياع الرهن
- ٣٩ المرتهن أحقّ من سائر الغرماء بالرهن
- ٤٠ الرهن أمانة في يد المرتهن
- ٤٠ وظيفة المرتهن تجاه العين المرهونة
- ٤١ إذا خاف المرتهن جحود الوارث
- ٤٢ لو وَطِئَ المرتهن الأمة المرهونة
- ٤٣ إذا وضعاه على يد عدل أو عدلين
- ٤٤ لو باعه المرتهن أو العدل ثم ظهر فيه عيب
- ٤٥ وظيفة الراهن تجاه ورثة المرتهن
- ٤٧ «أحكام الراهن»
- ٤٧ لا يجوز تصرّف الراهن في الرهن
- ٤٨ في عتق الراهن والمرتهن
- ٤٩ وطء الراهن أمته المرهونة
- ٤٩ إذا صارت المرهونة أمّ ولد
- ٥٠ إذن المرتهن في بيع الرهن

- ٥١ إذا حلّ الأجل وتعدّز الأداء
- ٥٢ «أحكام متعلّقة بالرهن»
- ٥٢ الرهن لازم
- ٥٣ مبطلات الرهن
- ٥٤ الرهن أمانة بعد البطلان
- ٥٥ لو شرط إن لم يؤدّ أن يكون الرهن مبيعاً
- ٥٦ لو غصبه ثم رهنه صحّ
- ٥٩ ما يحصل من الرهن من فوائد ونماء
- ٦١ إذا رهن مال غيره بإذنه
- ٦٢ لو بيع بأكثر من ثمن مثله
- ٦٣ إذا رهن النخل لم تدخل الثمرة
- ٦٣ إذا رهن الأرض لم يدخل الزرع والشجر
- ٦٤ ما ينبت في الأرض بعد الرهن
- ٦٤ لو رهن لقطّة ممّا يلقط
- ٦٥ في جناية العبد المرهون
- ٦٦ جناية العبد المرهون على مولاه
- ٦٧ جناية العبد المرهون على من يرثه المالك
- ٦٨ لو أتلف الرهن متلف
- ٦٨ لو رهن عصيراً فصار خمراً
- ٦٩ لو رهن خمراً فانقلب خلاً
- ٧٠ لو جمع خمراً مُرافاً فصار خلاً
- ٧٠ لو غصب عصيراً فصار خمراً ثم خلاً

- ٧١ لو رهن بيضة فصارت فرخاً
- ٧١ إذا رهن اثنان عبداً بينهما
- ٧٢ «في النزاع الواقع فيه»
- ٧٢ نزاع الشريك والمرتهن في إمساك العين
- ٧٢ إذا امتنع الراهن من استئمان وارث المرتهن
- ٧٣ إذا فرط في الرهن فتلف
- ٧٤ لو اختلفا فيما على الرهن
- ٧٦ لو اختلفا في كون الشيء ودبعة ورهنأ
- ٧٧ إذا أذن المرتهن في البيع ثم رجع فاختلفا في تقدمه وتأخره
- ٧٩ إذا اختلفا فيما يباع به الرهن
- ٨٠ إذا اختلفا فيما هو رهن
- ٨١ لو كان له دينان أحدهما برهن فدفع إليه مالاً واختلفا
- ٨١ لو اختلفا في ردّ الرهن

كتاب المفلس

- ٨٥ تعريف المفلس
- ٨٥ شروط الحجر على المفلس
- ٨٦ من شروطه أن تكون الديون حالة
- ٨٨ من شروطه التماس الغرماء
- ٨٩ يمنع من التصرف احتياطاً للغرماء
- ٨٩ لو تصرف يكون باطلاً
- ٩٠ لو أقرّ بدين سابق

- ٩٢ لو أقرَّ بعينٍ لأحد
- ٩٣ لو قال: هذا المال مضاربة لغائب
- ٩٤ في بقاء خيارات المفلس بعد الحجر
- ٩٥ لو كان له حقٌّ فقبض بعضه
- ٩٦ في القرض الحادث بعد الحجر
- ٩٧ لو أتلف مالاً بعد الحجر
- ٩٧ لو أقرَّ بمالٍ مطلقاً بعد الحجر
- ٩٨ لا تحلُّ الدين المؤجلُّ بالحجر وتحلُّ بالموت
- ٩٨ «اختصاص الغريم بعين ماله»
- ٩٨ إذا وجد الدائن عين ماله في أموال المفلس
- ٩٩ إذا وجد الدائن عين ماله في أموال الميت
- ١٠٠ لو كان له الخيار قبل التفليس
- ١٠٠ لو وجد الدائن بعض ماله
- ١٠٣ لو حصل نماءٌ لعين مال الدائن
- ١٠٤ إذا بلغت ثمرة النخل بعد التفليس
- ١٠٥ النماء الذي لا يجوز للدائن أخذه
- ١٠٦ لو فُلس المشتري للشرىك حقَّ الشفعة والبائع أسوة مع الغرماء
- ١٠٨ خيار المؤجَّر إذا فُلس المستأجر
- ١١٠ لو فُلس مشتري الأرض بعد الغرس والبناء
- ١١٢ لو اشترى زيتاً فخلطه
- ١١٣ لو نسج الغزل أو قصَّر الثوب أو خبز الدقيق
- ١١٤ لو صبغ الثوب كان شريكاً للبائع

لو عمل المفلس فيه عملاً بنفسه
لو أسلم في متاع فأفلس المسلم إليه
إذا أولد الجارية ثم فُلس
إذا جنى على المفلس خطأً أو عمدًا
يجب عليه مؤاجرة أملاكه
إذا شهد عليه بمالٍ
إذا مات المفلس حلّ ما عليه دون ماله
في وجوب إنظار المعسر

«القول في قسمة ماله»

يستحبّ إحضار كلّ متاعٍ في سوقه
يستحبّ حضور الغرماء لدى البيع
البدء ببيع ما يخشى تلفه ثم بالرهن
في تعيين المنادي بالبيع
أجرة المنادي بالبيع
في إقباض مال المفلس
في تأخير القسمة لمصلحة
مستثنيات الدين
لو بيع مال المفلس وطلب المشتري الفسخ
نفقة المفلس وعائلته
كفن المفلس
إذا ظهر غريم بعد القسمة
تختصّ القسمة بالديون الحالة

- ١٢٧ إذا جنى عبد المفلس
- ١٢٧ «حبس المعسر»
- ١٢٧ لا يجوز الحبس مع ظهور الإعسار
- ١٢٨ في ما يثبت به الإعسار
- ١٢٨ إذا تناكرا وكان له مال ظاهر
- ١٢٨ يحل لصاحب الدين الإغلاظ في القول
- ١٢٩ لو لم يكن له مال ظاهر وادّعى الإعسار
- ١٢٩ إذا شهدت البيّنة بتلف أمواله أو بالإعسار
- ١٣٤ إذا ادّعى الإعسار ولم يعلم له أصل مال
- ١٣٤ إطلاقه من الحبس بعد القسمة
- ١٣٤ هل يزول الحجر بمجرد الأداء

كتاب الحجر

- ١٣٩ تعريف الحجر
- ١٣٩ «موجبات الحجر»
- ١٤٠ حصر أسبابه في ستّة
- ١٤١ ما يعلم به البلوغ - الإنبات
- ١٤٢ امارات البلوغ لا تختصّ بالمسلم
- ١٤٢ خروج المني من الموضع المعتاد
- ١٤٣ يشترك في هذين الذكور والإناث
- ١٤٤ من علامات البلوغ السنّ
- ١٤٥ الحمل والحيض

- ١٤٧ الخنثى المشكل
- ١٤٨ الرشد المعترف في رفع الحجر
- ١٤٩ هل تعتبر العدالة؟
- ١٥٠ كيفية اختبار الرشد
- ١٥١ بماذا يثبت الرشد
- ١٥١ من هو السفية؟
- ١٥٢ ما يصحّ من السفية وما لا يصحّ
- ١٥٤ في وكالته لإجراء عقدٍ
- ١٥٤ لو أذن له الولي في النكاح
- ١٥٥ إجازة الولي لتصرفات السفية
- ١٥٥ الحجر على المملوك والمريض
- ١٥٨ «أحكام الحجر»
- ١٥٨ توقّف الحجر على حكم الحاكم
- ١٥٩ إذا بايعه أحد بعد الحجر
- ١٦٠ لو أودعه وديعة فأتلفها
- ١٦١ لو فكّ حجره ثم عاد مبدراً
- ١٦١ الولاية على الطفل والمجنون
- ١٦٢ الولاية على السفية والمفلس
- ١٦٣ إذا أحرم السفية بالحجّ
- ١٦٤ حلف السفية وحنثه
- ١٦٥ إذا وجب له القصاص أو الدية
- ١٦٦ يختبر الصبي قبل البلوغ

- ١٦٦ إذا اختبر بالبيع فهل يصحّ بيعه
- ١٧١ **كتاب الضمان**
- ١٧١ تعريف الضمان
- ١٧٢ الضمان ثلاثة أقسام
- ١٧٣ «ضمان المال»
- ١٧٤ «شرائط الضامن وأحكامه»
- ١٧٤ ضمان المملوك
- ١٧٧ لو شرط الضمان من مال معيّن
- ١٧٩ اشتراط علم الضامن بالمضمون له والمضمون عنه
- ١٨٠ اشتراط رضا المضمون له
- ١٨١ لا يشترط رضا المضمون عنه
- ١٨٢ الضمان ناقل من ذمّة إلى ذمّة
- ١٨٣ إذا أبرئ المضمون عنه لم يبرأ الضامن
- ١٨٣ يشترط في الضامن الملاءة أو العلم بإعساره
- ١٨٤ لو بان إعساره بعد الضمان
- ١٨٤ الضمان المؤجل في الدين الحالّ وبالعكس
- ١٨٨ لا مطالبة في الضمان المؤجل إلّا بعد الأجل
- ١٨٨ لو مات الضامن حلّ وأخذ من تركته
- ١٨٩ إذا زاد أجل الضمان على أجل الدّين
- ١٨٩ متى يرجع الضامن إلى المضمون عنه
- ١٩٠ ينعقد الضمان بالكتابة أيضاً

«الحقّ المضمون»

ضمان ثمن المبيع

ضمان مال الجعالة والسيق والرماية

ضمان مال الكتابة

ضمان نفقة الزوجة

ضمان الأعيان المضمونة

ضمان الأمانات

الضمان عن الضامن

لا يشترط العلم بكمية المال

ما يثبت كون المال في ذمة المضمون عنه

ضمان ما يتجدد في الذمة

«أحكام ضمان المال»

إذا ضمن عهدة الثمن لزمه دركه

لو تقايلا أو تلف قبل القبض لم يلزم الضامن

لو ظهر في المبيع عيب سابق

إذا ظهر المبيع أو بعضه مستحقاً

الضمان للمشتري دَرَكَ ما يُحدثه في المبيع

إذا ضمن أحد المدينين الآخر لدائن واحد

إذا رضي الدائن ببعض المال

إذا رفع الضامن عوضاً عن المال

إذا دفع المدين المال إلى الضامن أو الدائن

إختلاف الضامن والمضمون له في القبض

- ٢٠٨ موارد تهمة المدين إذا شهد لصالح الضامن
- ٢٠٩ لو لم تقبل شهادة المدين فحلف الدائن
- ٢١٠ لو لم يشهد المدين لصالح الضامن
- ٢١٠ إذا ضمن المريض ثم مات
- ٢١١ إذا ضمن الدين المؤجل حالاً
- ٢١٢ «الحوالة»
- ٢١٢ تعريف الحوالة
- ٢١٣ «شروط الحوالة»
- ٢١٣ يشترط رضا المحيل والمحال عليه والمحتال
- ٢١٤ الحوالة تنقل المال من ذمة إلى ذمة
- ٢١٤ المحيل يبرأ بمجرد الحوالة
- ٢١٥ الحوالة على من ليس عليه دين
- ٢١٦ لا يجب القبول وإن أحال على مَلِيٍّ
- ٢١٦ لو قبل الحوالة ثم افتقر المحال عليه أو بان فقره
- ٢١٧ التّرامي والدّور في الحوالة
- ٢١٧ إذا قضى المُحيل الدّين بعد الحوالة
- ٢١٧ «شروط المال في الحوالة»
- ٢١٧ يشترط أن يكون معلوماً ثابتاً في الذّمة
- ٢١٨ لا فرق فيه بين المثليّ والقيميّ
- ٢١٨ يشترط تساوي المالين
- ٢٢٠ اختلاف المحيل والمحال عليه
- ٢٢١ الحوالة بمال الكتابة

- ٢٢١ إحالة المكاتب سيده بثمان المبيع
- ٢٢٢ «أحكام الحوالة»
- ٢٢٢ إذا قال أحلتك ثم قال قصدت الوكالة
- ٢٢٦ إذا اختلفا قبل القبض بين الحوالة والوكالة
- ٢٢٨ إذا كان للمحيل دين على اثنين متضامين فأحال بدين عليهما
- ٢٣٠ إذا أحال المشتري بالثمان ثم رد المبيع بعيب
- ٢٣٣ لو أحال البائع أجنبياً بالثمان على المشتري ثم انفسخ البيع
- ٢٣٣ لو ثبت بطلان البيع في الموضوعين السابقين
- ٢٣٤ «الكفالة»
- ٢٣٤ «شروط الكفالة»
- ٢٣٤ يعتبر رضا الكفيل والمكفول له
- ٢٣٥ تصح الكفالة حائلة ومؤجلة
- ٢٣٥ إذا اشترط الأجل لا بد من كونه معلوماً
- ٢٣٦ إذا امتنع الكفيل من تسليم المكفول عنه
- الفرق بين قوله: إن لم أحضره كان عليّ كذا وقوله: عليّ كذا إلى كذا إن لم أحضره
- ٢٣٧
- ٢٤٥ من أطلق غريماً أو قاتلاً من يد صاحب الحقّ قهراً
- ٢٤٦ لا بد من كون المكفول معيناً
- ٢٤٦ «مسائل في الكفالة»
- ٢٤٦ إذا أحضر الغريم قبل الأجل
- ٢٤٧ لو سلمه وكان ممنوعاً من تسلّمه
- ٢٤٧ لو كان الغريم محبوساً

- ٢٤٧ إنظار الكفيل إذا كان المكفول عنه غائباً
- ٢٤٨ إذا تكفّل بتسليمه مطلقاً انصرف إلى بلد العقد
- ٢٤٨ إختلاف الكفيل والمكفول له في ثبوت حقّ له على الغريم
- ٢٤٩ إذا تكفّل رجلان برجلٍ وسلّمه أحدهما
- ٢٥٠ لو تكفّل لرجلين برجلٍ وسلّمه لأحدهما
- ٢٥٠ إذا مات المكفول برئ الكفيل
- ٢٥١ إذا سلّم المكفول نفسه أو سلّمه أجنبيّ
- ٢٥١ إختلاف الكفيل والمكفول له في إبراء الغريم
- ٢٥٢ لو كفل الكفيل آخر
- ٢٥٣ كفالة المكاتب
- ٢٥٣ التعبير بكفالة الرأس أو البدن ونحو ذلك

كتاب الصلح

- ٢٥٩ تعريف الصلح
- ٢٥٩ الصلح أصل أو فرع
- ٢٦٠ الصلح مع الإقرار والإنكار
- ٢٦٢ لا يصحّ الصلح في تحليل الحرام والعكس
- ٢٦٣ الصلح مع جهل المصطلحين بموضع النزاع
- ٢٦٤ الصلح لازم يقبل التقايل
- ٢٦٥ صلح الشريكين على كون الريح والخسران لأحدهما وللآخر رأس ماله
- ٢٦٥ لو كان معهما درهمان يدّعيهما أحدهما والآخر يدّعي أحدهما
- ٢٦٦ لو أودعه أحد درهمين وآخر درهماً وامتزج الجميع وتلف درهم

- ٢٦٧ لو كان لأحدٍ ثوب بعشرين ولآخر ثوب بثلاثين فاشتبهها
- ٢٦٨ إذا بان أحد العوضين مستحقاً بطل الصلح
- ٢٦٩ يصح الصلح على عين أو منفعة بعين أو منفعة
- ٢٦٩ لا يعتبر في الصلح ما يعتبر في بيع الصرف
- ٢٦٩ لو أتلّف ثوباً قيمته درهم فصالح على درهمين
- ٢٧٠ إذا صالح على سكنى الدار فهل يجوز الرجوع فيه
- لو ادعى اثنان كلّ منهما نصف الدار وصدّق ذو اليد أحدهما وصالحه
- ٢٧٠ على ذلك النصف
- ٢٧٣ الصلح على سقي الزرع أو الشجر
- ٢٧٤ طلب الصلح ليس إقراراً وطلب البيع إقرار
- ٢٧٥ «أحكام النزاع في الأملاك»
- ٢٧٥ إخراج الرواشن والأجنحة إلى الطرق النافذة
- ٢٧٧ فتح الأبواب المستجدة في الطرق النافذة
- ٢٧٨ إخراج الجناح والباب في الطرق المرفوعة
- ٢٨١ لو أحدث في الطريق المرفوع حدثاً جاز إزالته
- ٢٨١ مشاركة أصحاب الدور في الزقاق
- ٢٨٣ أهل الدرب النافذ شرع في إخراج الروشن
- ٢٨٤ وضع الجذوع على حائط الجار
- ٢٨٦ في تداعي الجيران الجدار بينهما
- ٢٨٨ اختلاف الجيران في الخصّ
- ٢٨٨ تصرف الشركاء في الحائط
- ٢٩٠ تصرف الشركاء في دولاّب أو بئرٍ أو نهرٍ

- ٢٩١ انهدام الجدار المشترك بين السفلى والعلو
 ٢٩٢ تنازع صاحب السفلى والعلو في الجدار والسقف
 ٢٩٣ إذا خرجت أغصان الشجر إلى ملك الجار
 ٢٩٥ تداعي صاحب السفلى والعلو في الدرج
 ٢٩٧ تنازع راكب الدابة وقابض اللجام
 ٢٩٧ التنازع في الثوب في يد أحدهما أكثره
 ٢٩٧ التنازع في العبد ولأحدهما عليه ثياب
 ٢٩٨ التنازع في الدابة ولأحدهما عليه حمل
 ٢٩٨ التنازع في الغرفة على بيت أحدهما وبابها إلى غرفة الآخر

كتاب الشركة

- ٣٠١ تعريف الشركة
 ٣٠١ «أقسام الشركة»
 ٣٠٤ المشترك عين أو منفعة أو حق
 ٣٠٤ سبب الشركة إرث أو عقد أو مزج أو حيازة
 ٣٠٥ تحقّق الشركة بالمزج
 ٣٠٦ لو أراد الشركة فيما لا مثل له
 ٣٠٧ الشركة بالأعمال
 ٣٠٨ الشركة بالوجوه
 ٣٠٩ شركة المفاوضة
 ٣٠٩ الشركة بالأموال (شركة العنان)
 ٣١١ «شروط الشركة»

- ٣١١ الربح تابع للمال
- ٣١١ إذا اشترط عدم تبعية الربح للمال
- ٣١٣ إذا اشترط زيادة الربح للعامل
- ٣١٤ عدم جواز التصرف بدون إذن الشريك
- ٣١٥ الشركة غير لازمة
- ٣١٦ شرط التأجيل في الشركة
- ٣١٦ لا يضمن الشريك ما تلف في يده
- ٣١٧ يبطل الإذن بالجنون والموت
- ٣١٨ «القسمة»
- ٣١٨ تعريف القسمة
- ٣١٨ ما يجوز قسمته وما لا يجوز
- ٣٢١ لا يقسم الوقف
- ٣٢٣ «أحكام الشركة»
- ٣٢٣ لا تنعقد الشركة بدفع الدابة والرأوية الى السقاء
- ٣٢٤ الاحتطاب والاحتشاش بنية الشركة
- ٣٢٥ هل يشترط في الحيازة نية التملك
- ٣٢٨ إذن أحد الشريكين في التصرف بشرط تنصيف الربح
- ٣٢٨ اختلاف الشريكين في شراء متاع لهما أو لأحدهما
- ٣٢٩ اختلاف أحد الشريكين مع المشتري وتصديق الشريك الآخر
- ٣٣٠ لو ادعى تسليمه إلى الشريك وصدقه البائع
- ٣٣٢ لو باع اثنان شيئين مختلفي القيمة معاً بثمن واحد
- ٣٣٣ في تقسيم الأجرة في شركة الأبدان

- ٣٣٤ إذا استوفى أحد الشريكين بعض الدين الذي لهما
- ٣٣٨ الاستيجار للاحتطاب ونحوه
- ٣٤٣ **كتاب المضاربة**
- ٣٤٣ تعريف المضاربة والفرق بينها وبين القرض والبضاعة
- ٣٤٤ «عقد المضاربة»
- ٣٤٤ المضاربة جائزة من الطرفين
- ٣٤٤ اشتراط الأجل
- ٣٤٥ اشتراط خصوصية في الشراء
- ٣٤٦ اشتراط أن يشتري أصلاً يشتركان في نمائه
- ٣٤٧ العامل يتصرّف بالاذن كما يتصرّف المالك
- ٣٤٨ نفقته في السفر من أصل المال
- ٣٤٩ لو كان لنفسه مال فالوجه التيسير
- ٣٥٠ نفقة الرجوع إذا فسخ المضاربة في السفر
- ٣٥٠ ابتياع المعيب والردّ بالعيب وأخذ الأرش
- ٣٥٠ إطلاق الإذن يقتضي النقد بثمن المثل من نقد البلد
- ٣٥١ يجب أن يشتري بعين المال
- ٣٥٢ الشراء في الذمة
- ٣٥٢ مخالفة الإذن يوجب الضمان والربح بينهما
- ٣٥٣ تبطل المضاربة بموت كلّ منهما
- ٣٥٥ «شروط مال المضاربة»
- ٣٥٥ يشترط أن يكون عيناً ودراهم أو دنانير

- ٣٥٦ لو دفع آلة الصيد بحصّة
- ٣٥٧ يعتبر العلم بالمقدار إذا كان المال مشاعاً
- ٣٥٨ يشترط فيه التعيين
- ٣٥٨ إذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه
- ٣٥٩ القراض على ما في يد الغاصب
- ٣٦٠ القراض على الدّين
- ٣٦٠ القراض على ثمن المبيع قبل بيعه
- ٣٦١ لو مات المالك وبالمال متاع فأقرّه الوارث
- ٣٦١ اختلاف المالك والعامل في قدر رأس المال
- ٣٦٢ خلط العامل مال القراض بماله
- ٣٦٣ «ريح المضاربة»
- ٣٦٣ اللازم في المضاربة هو السهم دون الأجرة
- ٣٦٤ الريح مشاع بينهما
- ٣٦٤ لو قال: خذه قراضاً والريح لي يمكن جعله بضاعة
- ٣٦٥ لو قال: خذه فأتجر به والريح لي كان بضاعة
- ٣٦٥ لو شرط أحدهما شيئاً معيّناً والباقي بينهما فسد
- ٣٦٦ العبارات المختلفة في تعيين الريح
- ٣٦٧ لو شرط لغلامه أو لأجنبي حصّة
- ٣٦٨ عبارات أخرى في تعيين الريح
- ٣٦٩ الاختلاف في نصيب العامل
- ٣٧٠ المضاربة في مرض الموت
- ٣٧٠ إذا ادّعى العامل الخسارة أو التلف