

غایت المیافر
فی شرح شرائع الائمه

غایق نہال المراہن

فی شرح شرائیع الإسلام

تألیف
الفقیہ المحقق
الشیخ مفلح الصیمری البخاری
من اعلام القرن التاسع الهجری

تحقيق
الشیخ جعفر اللوثری العسکری

الجزء الثانی

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيْمِ



كتاب التجارة

في ما يكتسب به

قال عليه السلام : ورئما قيل بتحريم الأبوال كلها إلّا بول الإبل خاصة ، والأول أشبه.

أقول : القائل بالمنع فيها ^(١) عدا بول الإبل هو الشيخ في النهاية ، والمفید وتلميذه سلّار ؛ لأن الأبوال من الفضلات فأشبهت البصاق والمخاط ، فلا يجوز بيع ما عدا بول الإبل للاستشفاء عند الضرورة.

وقال في المبسوط بجواز بيع كل بول مأكول اللحم ؛ لأصالحة الجواز ، ولأنما طاهرة كبول الإبل.

واختاره ابن إدريس ، والعلامة في المختلف ، وذلك مع تقدير الانتفاع بها ^(٢).

قال عليه السلام : وفي الفيل تردد ، والأشبہ جواز بيعه ؛ للانتفاع بعظمه. وقيل : يجوز بيع السبع كلها ؛ للانتفاع بجلدها أو ريشها ، وهو الأشبہ.

أقول : هنا مسألتان :

(١) في « م » زيادة : في ما.

(٢) قيد الانتفاع للعلامة خاصة ، انظر المختلف : ٣٤٠ .

الاولى : في المسوخ ، ومنع من بيعها أكثر المتقدمين ، وهو بناء على القول بنجاستها.

وذهب أكثر المتأخرین إلى القول بجواز بيعها ، من غير فرق بين الفيل وغيره ، بل كل عین طاهرة تقبل الذکة ، وهي أعيان طاهرة على المختار ، ينتفع بجلودها إن كانت بريمة ، ودهنها إن كانت بحرية ، لكن يجب أن يقصد في البيع ما يجوز الانتفاع به من تلك الأعيان ، لا ما لا يجوز.

الثانية : في السباع ، وجوز ابن إدريس بيعها جيما ؛ لطهارتها ، وللانتفاع بريشها وجلودها ، ولأصالحة الجواز إلا ما قام الدليل على المنع منه.

وحرم الشيخ في النهاية والخلاف ما عدا الفهد.

وأجاز المفید بيع الفهد وسباع الطير.

والمعتمد الجواز مطلقا.

قال رحمه الله : والقضاء على تفصیل سیأتي ، ولا بأس بأخذ الأجرة على عقد النکاح.

أقول : التفصیل هو أن القاضی إذا لم يتعنی عليه القضاء وكان مضطرا ، قيل : يجوز له أخذ الجعل من المحاکمين ، ومع عدم الضرورة أو التعین عليه لا يجوز له ، وسيأتي تحقيق ذلك في باب القضاء إن شاء الله تعالى.

وأما الأجرة على إيقاع عقد النکاح وغيرها من العقود فجائز ، وهي المباشرة للإيقاع سواء كان نائبا عن الزوجة أو الزوج ، أو البائع أو المشتري.

ولا يجوز أخذها على تعليم الصيغة وإلقاءها على أحد ^(٣) المتعاقدين ؛ لأن ذلك من باب الواجب على الكفاية . كتغسيل الموتى ودفهم وحملهم ، وغير ذلك من الواجبات على الكفاية . لا يجوز أخذ الأجرة عليه.

(٣) من « ي ».».

فرع : يجوز للغاسلأخذ الأجرة على الغسلات المندوبة ، ويجوز على تعميق القبر على القدر الواجب وإن زاد على المثل ، إذا كان المقصود من الأجرة ذلك الفعل المندوب.

ويشترط إجازة جميع الورثة إن كانت الأجرة من التركة.

وإذا وقعت الإجارة على الفعل الواجب كان العقد باطلًا.

وهل يكون الفعل محظى يأثم فاعله أم لا؟

يتحمل ذلك ؛ لأنه فعله على وجه ليس بشرعى فيكون بدعة (وكل بدعة) ^(٤) حرام.

ويتحمل إباحة الفعل ؛ لأنه طاعة ، ولا تحريم ، ولا يلزم من تحريم الأجرة تحريم الفعل.

تببيه : قال فخر الدين رحمه الله في كتاب الإجارة ^(١) من شرح القواعد في شرح جواز أحد الأجرة على تعليم الفقه : والحق عندي أن كل واجب على شخص معين لا يجوز للمكلف به أحد الأجرة عليه.

والذى على الكفاية ، فإن كان لو ^(٥) أوقعه بغير نية لم يصح ولم ينزل الوجوب به ، لا يجوز أحد الأجرة عليه ؛ لأنه عبادة محسنة ^(٦) ، وقال تعالى ﴿ وَمَا أُمْرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ ﴾ ^(٧) . حصر غرض الأمر في اختصار غاية الفعل في الإخلاص ، وما يفعل بالبعض لا يكون كذلك ، فلا يصح.

(٤) ما بين القوسين لم يرد في « ن » ، وبدل (حرام) ، (حراما).

(١) في جميع النسخ ورد : (التجارة) بدل (الإجارة) ، وال الصحيح ما أثبتناه ؛ وكلام فخر الدين (ره) المنقول هنا موجود في كتاب الإجارة دون التجارة.

(٥) لم ترد في « ن ». .

(٦) من « ي » و« م » ، وفي باقى النسخ : مخصوصة.

(٧) البيبة : ٥.

وغير ذلك يجوز أخذ الأجرة عليه ، إلا ما نص الشارع على تحريم كالدفن ^(٨) هذا آخر كلامه بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ.

جعل الضابط في تحريم الأجرة على الأفعال الواجبة على الكفاية هو فعل مشروط بالنية ، وما ليس مشروطاً بها لا تحرم الأجرة عليه ، قال : إلا ما نص الشارع على تحريمه كالدفن ، وقد ذكر في هذه المسألة أن جميع الصنائع واجبة ، وأن كل ما ينتظم به أمور النوع ^(٩) واجب على الكفاية مع عدم تحريم الأجرة على هذه الأشياء ، فأراد أن يجعل ضابطاً لما يحرم الأجرة عليه منها.

وفي هذا الضابط نظر ؛ لأن الضابط إنما يكون في الغالب للأشياء المتفقة التي يعتبر حصرها ، دون ما لا يعتبر حصره ، والمشروط بالنية من الأفعال الواجبة على الكفاية التي يحرم أخذ الأجرة عليها فعلاً لم يحضرني الآن غيرهما ، وهما : تغسيل الموتى والصلوة عليهم. أما غير المشروط بالنية مع اشتهر تحريم أخذ الأجرة عليه فهو كثير متعدد رعا يعسر حصره ، وذلك مثل توجيه الميت حال الاحتضار ، وحمله ، وتكفينه ، ودفنه ، وحضر القبر ، وتعليم الواجب من الفقه ، والواجب من القرآن ، والدلالة على المعرفة الإلهية بطريق التنبية ، والقضاء ، وتعليم صيغ العقود ، وإلقاءها على المتعاقدين حالة إيقاع العقد ، وغير ذلك مما فيه الخلاف بين العلماء.

فإن قيل : إن هذه الأفعال منصوص على تحريم الأجرة عليها ، وهو قد استثنى ذلك. قلنا : الأفعال كلها يجب أن تكون منصوصة أو متفرعة على المنصوص ، وهذه وإن كانت منصوصة فهي كثيرة متفقة ، وهي أولى بالضابط من غير الكثير

(٨) إيضاح الفوائد ٢ : ٢٦٤ .

(٩) في « ن » و « ي » : (الشرع) ، وما في المتن موافق لإيضاح المطبوع.

المتفرق مع كونه منصوصاً يعرفه من له أدنى معرفة ، مع أنه بِاللَّهِ أطلق المنع من الأجرة على المشروط بالنسبة من واجب الكفاية ، وعنده أن اليوم المتكسر على الأولياء واجب على الكفاية.

قال في القواعد : ولو انكسر يوم فكالواجب على الكفاية.

قال بِاللَّهِ في شرحه : الأول : في كيفية وجوب ذلك اليوم عليهم ، ولا شك في سقوطه عن كل واحد بفعل الآخر ، فهل عدم فعل كل ^(١٠) واحد شرط في وجوبه على الآخر ويكون من قبيل الواجب المشروط وجوبه ، أو من قبيل الواجب على الكفاية ، فلذلك قال : فكالواجب على الكفاية. ولم يجزم بكونه واجباً على الكفاية ، وليس من المباحث المهمة هنا ، والأقوى أنه واجب على الكفاية ^(١١).
وهو مشروط بالنسبة إجماعاً.

وقد ذهب الشهيد وأبو العباس إلى جواز استئجار بعض الأولياء لبعض على ما يخص المستأجر ، فانخرمت القاعدة التي جعلها ضابطاً لحريم الأجرة ، لكن هو أعلم بما قال.

قال بِاللَّهِ : لا يجوز بيع شيء من الكلاب إلا كلب الصيد ، وفي كلب الماشية والزرع والحائط تردد ، والأشبه المنع.

أقول : أما كلب الصيد فبيعه جائز قطعاً ، سواء كان سلوقياً . وهو المنسوب إلى قرية من اليمن اسمها سلوق . أو غير سلوقي .

وأما كلب الماشية ، والزرع ، والحائط . وهو البستان . وكلب الدار أيضاً ، فقد اختلف فيها.

فذهب الشيخان وابن البراج إلى عدم جواز بيع هذه الأربعة ، لرواية

(١٠) لم ترد في « ن ».«

(١١) إيضاح الفوائد ١ : ٢٣٨ .

السكوني ^(١١) عن الصادق عليه السلام.

ولرواية الوليد القماري : « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ثمن الكلب الذي لا يصيد؟ فقال : سحت ^(١٢). »

والجواز مذهب ابن الجنيد وابن حمزة.

واختاره ابن إدريس والعلامة وأبو العباس.

وهو المعتمد ، لأن العلة المسوجة لبيع كلب الصيد . وهي الانتفاع به . حاصلة في هذه الأربعة ، ولأنه يجوز اقتناها وإجارتها ، فيجوز بيعها ، ولأن لها ديات مقدرة ^(١٣) في الشرع ، فيجوز بيعها.

(١١) الوسائل ، كتاب التجارة باب ٥ من أبواب ما يكتسب به ، حديث ٥.

(١٢) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٤ من أبواب ما يكتسب به ، حديث ٧. وفيه « العماري » بدل « القماري » ، وفي التهذيب « العماري » ، لاحظ التهذيب ٦ : ٣٦٧ - ١٠٦٠ .

(١٣) في « ن » : متعددة.

في عقد البيع

قال رحمه الله : **وهل يشترط تقلص الإيجاب على القبول؟ فيه تردد ، والأشبه عدم الاشتراط.**

أقول : الاشتراط مذهب الشيخ وابن حمزة وابن إدريس . واختاره فخر الدين ؛ لأصالة بقاء الملك على مالكه ، لا ينتقل عنه إلا بسبب شرعى صالح للنقل ، ولم يثبت كون العقد المقدم فيه القبول سبباً شرعياً ، فيبقى على الأصل .

وعدم الاشتراط مذهب ابن البراج ، وختاره المصنف ، والعلامة في التحرير ، والشهيد . وهو المعتمد ؛ لأصالة الجواز ، ولأن الأصل اعتبار الرضى ، ولا عبرة بترتيب ^(١٤) الألفاظ ، إذ الشرط الإيجاب والقبول وقد حصل ، وأنه غير معتبر في النكاح ، فكذا هنا . وأحيل بالفرق بين النكاح وغيره ؛ لأن العلة الموجبة في جوازه في ألفاظ ^(١٥) النكاح . وهي حياء المرأة . منتفية هنا .

(١٤) في « ن » : بترتسب .

(١٥) من « ن » و« ر ١ » .

قال ﷺ : وَكَذَا لَوْ بَلَغَ عَشْرًا عَاقِلًا عَلَى الْأَظْهَرِ.

أقول : وردت رواية بصحة بيعه إذا بلغ عشر سنين رشيدا^(١٦) ، وعمل أكثر الأصحاب على المنع من العمل بهذه الرواية.

قال ﷺ : وَلَوْ أَمْرَ آمِرَ أَنْ يَبْتَاعَ لِهِ نَفْسَهُ مِنْ مَوْلَاهُ ، قِيلَ : لَا يَجُوزُ ، وَالْجَوازُ أَشَبُهُ.

أقول : قال ابن البراج : لا يصح إلا أن يأذن له سيده في ذلك ، فإن لم يأذن له لم يصح.

وقال في المبسوط : قيل : فيه وجهان :

أحدهما : يصح ، كما لو وكله في شراء عبد آخر بإذن سيده. والثاني : لا يصح ؛ لأن يد العبد كيد السيد ، وإيجابه وقبوله كإيجاب سيده وقبوله ، فإذا كان كذلك فأوجب السيد قبل هو ، صار كأن السيد الموجب القابل ، وذلك لا يصح ، قال : والأول أقوى. وهذا يدل على المنع وإن أذن السيد ، وهو بناء على عدم جواز أن يكون الإنسان الواحد موجبا قابلا.

والمعتمد الجواز مطلقا ، سواء أذن السيد أو لم يأذن ، أما مع الإذن فظاهر ؛ لأن عقوبه جائزة بإذن سيده ، وأما مع عدم الإذن ، يكون إيجاب السيد كإذنه ، فلا مانع من ذلك ، مع أن الأصل الجواز.

قال ﷺ : وَلَوْ بَاعَ مَلْكٌ غَيْرَهُ ، وَقَفَ عَلَى إِحْرَازِ الْمَالِكِ أَوْ لَيْهِ عَلَى الْأَظْهَرِ.

أقول : وقوفه على الإحراز مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال المفید وابن الجنید وابن حمزة. واختاره المصنف والعلامة والشهید ؛ لأنه يبع صدر من أهله

(١٦) راجع المبسوط ٢ : ١٦٣

. وهو البائع العاقل المختار ، وكل من كان فيه هذه الصفات كان أهلاً للبيع . في محله ، وهي العين التي يصح تملكها وينتفع بها قابلة للنقل من مالك إلى غيره .
والمانع عدم ملك البائع للعين ، وهو لا يصلح لل Manson ؛ لأنَّه لو أذن له في البيع قبل العقد حاز قطعاً : فكذلك مع الإجازة بعد العقد ؛ إذ لا فرق بينهما . ولما رواه عروة البارقي : « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَعْطَاهُ دِينَارًا لِيُشْتَرِي بِهِ شَاةً فَاشْتَرَى شَاتِينَ، ثُمَّ بَاعَ إِحْدَاهُمَا فِي الطَّرِيقِ، قَالَ: فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبَرْتُهُ بِالشَّاةِ وَالدِّينَارِ، فَقَالَ: بَارِكُ اللَّهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ ». (١٧)

وجه الاستدلال أنه باع الشاة الثانية من غير إذن النبي ﷺ ، ثم أجازه النبي ﷺ .
 ولو كان البيع باطلًا لما أجازه النبي ﷺ .
وقال في المبسوط والخلاف : يقع باطلًا . واختاره : ابن إدريس وفخر الدين ؛ للنهي عن التصرف في مال الغير (١٨) ، والبيع تصرف . ولقوله عليهما السلام حكيم بن حزام : « لا تبع ما ليس عندك » (١٩) ، والمعتمد الأول ؛ لأن النهي عن التصرف في مال الغير إنما هو مع عدم الإذن ، والإجازة إذن .

فروع :

الأول : على القول بصحة البيع مع الإجازة ، هل ينتقل إلى المشتري من حين العقد ، أو من حين الإجازة ؟
يتحمل الأول ؛ لأن سبب الانتقال هو العقد المرضي به ، وقد علمنا بالإجازة حصول الرضى ، فتكون الإجازة كافية عن حصول الملك من حين العقد ، كإذن

(١٧) المستدرك ، كتاب التجارة باب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه ، حديث ١.

(١٨) الوسائل ، كتاب الصلاة ، باب ٣ من أبواب مكان المصلي ، حديث ١ و ٣.

(١٩) سنن الترمذى : ج ٣ ، كتاب البيوع ، باب كراهة بيع ما ليس عندك ، حديث ١٢٣٢ .

السابق عليه.

ويحتمل الثاني : لأن الإجازة إما شرط أو جزء ، والشرط مقدم على المشروط ، والمعلول مؤخر عن العلة ، فلا يحصل الملك قبلها ، وإلا لزم تقدم المشروط على شرطه ، والمعلول على عنته ، وهو باطل.

وتظهر الفائدة في النماء ، فإن قلنا بالانتقال من حين العقد ، ثم حصل للمبیع نماء فيما بين العقد والإجازة ، كان للمشتري. وعلى القول من حين الإجازة فهو للبائع. وكذلك الثمن لو (٢٠) كان البيع بالعين ثم حصل نماء قبل الإجازة ، فعلى الأول النماء للبائع ، وعلى الثاني للمشتري ؛ لأن الانتقال الثمن مترب على انتقال المثمن.

الثاني : هل يتشرط ثبوت المميز لعقد الفضولي في الحال؟ يعني أنه يتشرط كون المالك بالغا عاقلا حتى تصح إجازته في الحال ، أو لا يتشرط ، وتوقف الإجازة إلى حين البلوغ والعقل ، فإن أجازه حينئذ جاز ، وإن بطل؟

يحتمل الاشتراط ؛ لأن البيع إذا بطل في وقت بطل دائما ، وحال عدم المميز تمنع الصحة ؛ لأنه لو أجاز حالة الصغر أو الجنون لم تصح الإجازة ، وإذا بطل حالة العقد لعدم المميز بطل فيما بعد ذلك ، فلا يؤثر فيه الإجازة بعد البطلان.

ويحتمل عدم الاشتراط ؛ لجواز تأخير الإجازة زمانا طويلا بعد العقد ، وعدم وجوب مقارنتها للعقد ، وإذا جاز تأخيرها للبالغ عن زمان العقد اختيارا وإن طال الزمان ، ثم يميز بعد ذلك ما لم يرد ، جاز كون العقد ليس له مميز في الحال ، لعدم اشتراط الإجازة في الحال. والأول مذهب القواعد ، والثاني مذهب الدروس.

وعلى القول بالثاني ، يمنع المشتري من التصرف في المبیع والثمن معا إن اشترى بالعين ، أما منعه من المبیع فلا حتمال عدم الإجازة ، وأما منعه من الثمن

(٢٠) في «ن» : ولو.

فلاحتفال الإجازة.

ولو تصرف ضمن العين ومنافعها ، ويرجع المالك على من شاء ، ويستقر الضمان على المشتري. وكذا لو كان المالك بالغاً رشيداً.

الثالث : لو باع مال غيره^(٢١) ثم ملكه قبل فسخ المالك وإجازته ، افتقر إلى الإجازة من البائع ؛ لأنّه باع وهو غير المالك ، ولا بد من إجازة المالك ، وقد صار مالكاً فلا بد من إجازته.

واختار فخر الدين نفوذ البيع من غير توقف على الإجازة على القول بصحّة بيع الفضولي ؛ لأنّ إجازة المالك موجبة لصحّة فعل المبادر ، فملك المبادر أبلغ بإيجاب الصحّة.

واشترط العلامة الشهيد الإجازة من غير تردد. وهو المعتمد ؛ لما قلناه.

الرابع : لا فرق بين العاصب وغيره في صحّة بيعه مع الإجازة.

الخامس : قال صاحب الدرس : ولو رتبت العقود على العين والثمن ، فللمالك إجازة ما شاء ، ومهما أجاز عقداً على المبيع صح وما بعده خاصة ، وفي الثمن ينعكس. انتهى كلامه بِحَمْدِ اللَّهِ.

بيانه : إذا باع الفضولي عبداً لزید بخارية لعمرو مثلاً ، فالعبد هو المبيع والخارية هي الثمن ، فإذا بيع العبد مراراً ، وبيعت الخارية مراراً ، تخير زید صاحب العبد في إجازة ما شاء من العقود المرتبة على المبيع وهو العبد ، وعلى الثمن وهو الخارية.

فإذا أجاز عقداً على المبيع صح وما بعده خاصة ؛ لدخوله في ملك المشتري بالإجازة ، فيصح تصرفه فيه.

وإذا أجاز عقداً على الثمن ، صح وما قبله خاصة ؛ لتضمن الإجازة الملك ، ولا

(٢١) في « ي ١ » : الغريم.

يملك الشمن إلا بإحرازة العقود السابقة ، فتصح العقود السابقة وتبطل اللاحقة ، لصدورها عن غير مالك ولا يعقبها إحرازة مالك ، فافهم ذلك.

قال رحمه الله : **وقيل :** لا يرجع بالشمن مع العلم بالغصب.

أقول : إذا باع الغاصب العين المغصوبة ولم يجز المالك ، استردها وجميع منافعها ، وإن تلفت تخير في الرجوع على أيهما شاء ، فإن رجع على المشتري ، رجع المشتري على الغاصب . مع الجهل بالغصب . بجميع ما غرمته.

وإن كان عالما بالغصب ، قال علماؤنا : لا يرجع على الغاصب بشيء ؛ لأن دفع المال بغير عوض ، وأطلقوا القول في ذلك. وفضل العلامة ، قال : إن كان الشمن موجوداً كان للمشتري أخذته ، وإن كان تالفاً لم يكن عليه شيء . وهو المعتمد ؛ لأن ملك له لم يتقل إلى البائع ؛ لوقوع العقد باطلاً ، فيتسقط على أخذته ؛ لبقاءه على ملكه ، أما مع التلف فقد سلطه على تلفه بمحانا ؛ لعلمه بعدم استحقاق المبيع ، فلا يستحق مطالبه بشيء .

تبنيه : قال الشيخ في النهاية : من غصب غيره مالا واشترى به جارية ، كان الفرج له حلالاً. قال العلامة في المختلف بعد أن ذكر مذهب ابن إدريس ومذهب الشيخ في المسائل الحائرية : كلام الشيخ في النهاية يحتمل أمرين :

أحدهما : ما ذكره في جواب المسائل الحائرية ، فإن الشراء بالمال أعم من أن يكون بالعين أو في الذمة ، وإن كان الأول هو الظاهر ، لكن يمكن العدول عن الظاهر للعلم به .
الثاني : أن يكون البائع عالماً بأن المال غصب ، فإن المشتري حينئذ يسيح وطي الجارية ، وعليه وزر المال .

وكلام العلامة هذا يدل على حصول الملك للمشتري بالعين المغصوبة مع

علم البائع بالغصب ، وإلا لما جاز وطي الجارية ، إذ جواز (أخذ الشمن مع جواز)^(٢٢) الوطى للمشتري يترتب على ثبوت الملك ، وهو مناقض لتفصيله الذي فصله ، وهو جواز أخذ الشمن مع وجوده للعام بغضب المبيع ؛ لأن علة الجواز وقوع البيع فاسداً وعدم تملك البائع له.

ولا فرق بين غصب الشمن أو الشمن في عدم صحة البيع إذا وقع على العين ، فالجمع بين جواز انتزاع عوض المغصوب مع بقاء عينه والعلم بالغصب ، وبين جواز وطهه ، مناقضة بينة.

اما على إطلاق الأصحاب عدم جواز الرجوع بعوض المغصوب مع العلم بالغصب ، فربما يتمشى ؛ لأنه قد ملك الجارية بغير عوض ؛ لعلمه بعدم استحقاقه للعوض الذي قبضه مقابلها ، فيكون قد دفعها إليه مجاناً.

والمعتمد عدم جواز وطي هذه الجارية ، لتوقف الإباحة على الملك أو على عقد النكاح أو التحليل ، ولا هنا شيء منها ، فيبقى على أصالة التحرير ، إلا أن يكون المشتري بالذمة ، فيباح له حينئذ وإن دفع المغصوب عوضاً.

قال ﷺ : **وهل يجوز أن يتولى طرف العقد؟** قيل : نعم ، وقيل : لا ، وقيل : إن علم **الموكلي** جاز ، وهو أشبه.

أقول : قال الشيخ في المبسوط والخلاف : لا يجوز لغير الأب والجد تولي طرف العقد ، نعم لو وكله في ذلك جاز.

وهو اختيار المصنف ؛ لأنه اشترط إعلام الموكلي ، وكذلك العلامة في القواعد. احتاج الشيخ بأنه لا دليل عليه ، وتطريق التهمة إليه ببيعه على نفسه. وذهب أبو الصلاح إلى الجواز مطلقاً ، واحتاره العلامة في المختلف ، وفخر الدين في شرحه ؛ لأنه أذن له في البيع مطلقاً على كل مالك دافع للشمن ،

(٢٢) ما بين القوسين من « ر ١ ».«

فيدخل الوكيل في هذا الإذن ، ولقوله تعالى ﴿ وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾^(٢٣) . ولا امتناع من كونه موجبا قابلا ؛ لأنَّه موجب باعتبار البيع ، قابل باعتبار الشرى ، فهو قائم مقام شخصين ، فلا مانع حينئذ. وهذا هو المعتمد. وقد أطلق ابن الجنيد المنع ، ولم يقيده بعدم الإعلام ولا غيره.

قال رَجُلُ اللَّهِ : والوصي لا يمضي تصرفه إلا بعد الوفاة ، والتردد في توليه لطريق العقد كالوكيل. **وقيل :** يجوز أن يقوم على نفسه وأن يفترض إذا كان مليا.

أقول : هاهنا مسألتان :

الأولى : في توليه طريق العقد ، والجواز مذهب الشيخ في النهاية ، والعلامة وابنه والشهيد ، وهو المعتمد ؛ لما قلناه في حق الوكيل.

وقال ابن إدريس : الذي يتضيئ مذهبنا أنه لا يجوز أن يشتبه لنفسه بحال ؛ لأنَّ الإنسان لا يجوز أن يكون موجبا قابلا في عقد واحد ؛ لأنَّ العقد لا يكون إلا بين اثنين ، ولا يصح ذلك إلا ما خرج بإجماعنا ، من الوالد إذا اشتري مال ولده الصغير ، فلا نقيس غيره عليه بحال ؛ لأنَّا لا نقول بالقياس في الشريعات.

والجواب : عدم امتناع أن يكون موجبا قابلا باعتبارين.

الثانية : في جواز الاقتراض مع الملاءة. وهو المشهور بين الأصحاب ، وهو مذهب الشيخ ، وجزم به العلامة في القواعد. وهو المعتمد ؛ لأنَّه أمين ، له التصرف بجميع ما فيه غبطته للمولى عليه ، ولا يمنع جواز اقتراضه ما لم يخالف مصلحة المولى عليه.

ومنع من ذلك ابن إدريس وقال : هذا غير واضح ولا مستقيم ، ولا يجوز له أن يستعرض شيئاً من ذلك ، سواء كان متمكاناً في الحال من ضمانه وغرامته ، أو لم يكن ؛ لأنَّه أمين ، والأمين لا يجوز له أن يتصرف لنفسه على حال من الأحوال ،

وانما أورد شيخنا ذلك إيرادا لا اعتقادا . والجواب ما قدمناه .

قال ﷺ : **وأن يكون المشتري مسلما إذا ابتع مسلما ، وقيل :** يجوز ولو كان كافرا ،
ويجب على بيعه من مسلم ، والأول أشبه .

أقول : عدم الجواز مذهب الشيخ رحمه الله ، واحتاره المصنف والعلامة والشهيد . وهو
المعتمد ، لقوله تعالى ﴿ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِكُفَّارِنَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴾ ^(٢٤) . ودخوله في
ملك الكافر أعظم السبيل .

واحتاج المحوذون بأن للكافر أحليه التملك ، والعبد المسلم يصح تملكه ، والسبيل
يتضي بإجباره على البيع ، كما لو أسلم الكافر وهو في ملك كافر .

قال ﷺ : **ولو ابتع أباه المسلم ، هل يصح؟ فيه تردد ، والأشبه الجواز ؛ لانتفاء**
السبيل بالعتق.

أقول : منع الشيخ وابن البراج من ذلك ؛ لثبوت السبيل بدخوله في ملكه . وذهب
المصنف والعلامة والشهيد الى الجواز . وهو المعتمد ؛ لأن في آن العقد لا سبيل له بدخوله
عليه ، وفي الآن الثاني يعتقد عليه ، فلا يتحقق ثبوت السبيل ، فلا يتحقق المانع .

قال ﷺ : **والأرض المأخوذة عنوة ، وقيل :** يجوز بيعها تبعا لآثار المتصرف ، وفي بيع
بيوت مكة تردد ، والمروي المنع .

أقول : من أصالة الجواز .

ومن آن المفتوحة عنوة ^(٢٥) ملك لجميع المسلمين ، فلا يختص بها أحد دون غيره ،
فيصبح بيع آثار التصرف ، كالجدران والسقوف وغير ذلك ، فتدخل الأرض تبعا لتلك
الآثار .

. ١٤١) النساء : .

(٢٥) في « ي ١ » بزيادة للناس .

وأَمَّا مَكَةُ فَهِيَ مِنَ الْمَفْتُوحَةِ عَنْهَا أَيْضًا ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿سَوَاءَ الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ﴾

^(٢٦)

وَالْمَسْجِدُ الْحَرَامُ اسْمُ لِجَمِيعِ الْحَرَمِ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى ﴿شَبَّحَانَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلًا مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى﴾^(٢٧) وَالْإِسْرَاءُ كَانَ مِنْ بَيْتِ خَدِيجَةَ ، وَرُوِيَ^(٢٨) مِنْ شَعْبِ أَبِي طَالِبٍ ، وَهُمَا خَارِجَانِ عَنِ الْمَسْجِدِ ، فَقَدْ سَمَاهُ اللَّهُ تَعَالَى مَسْجِدًا .
وَالْمَعْتَمِدُ الْجَوَازُ تَبَعًا لِلَّاثَارِ ، فَلَوْ أَوْقَعَ الْعَقْدَ عَلَى الْأَرْضِ خَاصَّةً ، لَمْ يَصْحُ وَكَانَ بَاطِلًا ، هَذَا عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهَا فَتَحَتْ عَنْهَا .

وَعَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهَا لَمْ تَفْتَحْ ، بَلْ طَلَبُوا الْأَمَانَ ، فَعَقَدُ لَهُمُ النَّبِيُّ ﷺ الْأَمَانَ ، وَقَالَ : « مَنْ دَخَلَ بَيْتَهُ فَهُوَ آمِنٌ ، وَمَنْ أَلْقَى سَلاَحَهُ فَهُوَ آمِنٌ ، ثُمَّ دَخَلُوهُ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ »^(٢٩) .
فَعَلَى هَذَا يَجُوزُ بَيعُ رَقْبَةِ الْأَرْضِ إِذَا قَلَنَا بِالْفَرْقِ بَيْنَهَا وَبَيْنِ الْمَسْجِدِ ، وَاحْتَارَهُ الْعَالَمَةُ .
قَالَ ﷺ : فَلَا يَصْحُ بَيعُ الْوَقْفِ مَا لَمْ يَؤْذِ بِقَوْهُ إِلَى خَرَابِهِ (لَا خَتْلَافُ بَيْنَ أَرْبَابِهِ)
^(٣٠) وَيَكُونُ الْبَيعُ أَعْوَدُ ، عَلَى الْأَظْهَرِ .

أَقُولُ : مَنْعُ ابْنِ الْجَنِيدِ وَابْنِ إِدْرِيسِ مِنْ بَيعِ الْوَقْفِ مُطْلَقاً ؛ لِرَوْاْيَةِ عَلِيِّ بْنِ رَئَابٍ^(٣١) ، وَلِعدَمِ الْاِخْتِصَاصِ ؛ لِمُشارِكَةِ الْبَطْوَنِ الْمُتَجَدِّدَةِ فِيهِ ، وَلِأَنَّهُ مُشْرُوطٌ بِالْتَّأْيِيدِ ، فَلَا يَجُوزُ تَغْيِيرُ شَرْطِهِ .

(٢٦) الْحَجَّ : ٢٥ .

(٢٧) الْإِسْرَاءُ : ١ .

(٢٨) الْبَحَارُ ١٨ : ٣٨٠ .

(٢٩) الْبَحَارُ ٢١ : ١١٩ ، ١٢٩ .

(٣٠) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ مِنَ الشَّرَائِعِ .

(٣١) الْوَسَائِلُ ، كِتَابُ التِّجَارَةِ ، بَابُ ٦ مِنْ أَحْكَامِ الْوَقْوفِ وَالصَّدَقَاتِ .

وأجاز المفید والسيد بيعه إذا كان أدنى لأرباب الوقف من بقائه.

والمحض اشترط في الجواز حصول الخراب مع إبقاءه ، واحتاره العالمة وأبو العباس.

وهو المعتمد ؛ لأنّ الغرض الأقصى من الوقف تحصيل منافعه ، وقد تذررت ، فيجوز بيعه ، ويشتري بشمنه ملك يستغله (٣٢) الموقوف عليهم ، ومهمماً أمكنت المماثلة بينه وبين الوقف كان أولى ، ولا يجوز صرف ثمنه في غير ذلك مع التمكّن.

قال عليه السلام : ولا يجوز بيع أم الولد ما لم يمت ، أو في ثمن رقتها ، مع إعسار مولها ،
وفي اشتراط موت المالك تردد.

أقول : منشئه من عموم النهي عن بيع أمهات الأولاد ، خرج منه جواز بيعها في ثمن رقتها إذا مات مولها ولم يخلف سواها ، يبقىباقي على المنع ؛ ولأن مع حياة المولى للمال محل ، وهو ذمة المولى. ومن إطلاق الأصحاب جواز بيعها عند الإعسار بشمنها. وصرح ابن الجبيه بجواز بيعها في حال حياة سيدتها مع الإعسار بشمنها ، ولو رواية زرارة (٣٣) ، عن الباقي عليه السلام ، وهذا هو المعتمد.

تبنيه : يجوز بيع أم الولد في أماكن :

الأول : في هذه الصورة المذكورة في هذا الكتاب.

الثاني : إذا مات ولدها حاز بيعها عند الخاصة. والعامّة يثبتون لها حكم الاستيالاد

مع موت ولدها.

الثالث : إذا أسلمت تحت الذمي بيعت عليه على المختار.

الرابع : إذا مات سيدتها ، وعليه دين يحيط بالتركة وإن لم يكن ثمنا لها.

الخامس : إذا حملت بعد الارتجان ؛ لسبق حق المرتّن على الأقرب.

(٣٢) من «م» وفي الباقي من النسخ : يشغلها.

(٣٣) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٤ من بيع الحيوان ، حديث ٣.

السادس : تباع في الجنابة.

السابع : إذا أعسر مولاها عن نفقتها دفعاً للضرورة.

الثامن : تباع إذا حملت بعد التفليس والحجر على أمواله ؛ لسبق حق الغرماء على الاستيلاد.

التاسع : تباع على من تتعتق عليه بالملك على الأقرب ؛ لحصول المطلوب ، وهو العتق.

العاشر : تباع إذا ارتد ولدها عن فطرة ؛ لمساواة الارتداد للموت.

الحادي عشر : تباع إذا كان ولدها كافراً وهناك ورثة مسلمون ؛ لعدم إرثه منها.

الثاني عشر : تباع إذا كان ولدها قاتلاً عمداً ، لعدم ميراثه منها أيضاً. وبالجملة : كل موضع يمنع ولدها من الإرث فإنه يجوز بيعها ؛ لأنها إنما تتعتق من نصيب ولدها ، فإذا لم يكن له نصيب لم تتعتق وجاز بيعها.

قال عليه السلام : **و لا يمنع جنابة العبد في بيعه ولا عتقه ، عمداً كانت الجنابة أو خطأ ، على تردد .**

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الأول : في بيع الجنابي ، ولا خلاف في جواز بيعه إذا كانت الجنابة خطأ أو شبه العمد ، ويضمن المولى أقل الأمرين من قيمته ودية الجنابة ، ولو امتنع كان للمجنى عليه أو وليه ^(٣٤) انتزاع العبد ، فيبطل البيع ، وكذا ولو كان المولى معسراً ، وللمشتري الفسخ مع الجهة ؛ لتزيل ملكه ما لم يفده المولى.

وإذا كانت الجنابة عمداً ، قال الشيخ : لا يصح بيعه ؛ لأنه مستحق للقتل.

والمشهور الجواز ؛ لأنه لم يخرج باستحقاقه للقتل عن ملك مالكه ، ولأصالحة

(٣٤) في « م » و « ي » : أولوية.

الصحة ، ولعدم إسقاطه^(٣٥) لحق المجنى عليه ، فلا مانع منه. وإذا باعه كان مراعي ، فإن قتل أو استرق بطل البيع ، وإن عفى الولي أو صالح على مال التزمه^(٣٦) المالك لزم البيع.

الموضع الثاني : في جواز عتق العبد الجاني ، وقد اختلف الفقهاء في ذلك.

قال الشيخ في المسوط : الذي يقتضيه مذهبنا أن الجنابة إن كانت عمدا نفذ العتق ؛ لأن حق المجنى عليه من القواد لا يبطل بصيرورته حرا ، وإن كانت خطأ لم ينقض ؛ لأنها تعلقت برقبته ، والعتق يمنع الاسترقة. وقال في النهاية بجواز عتقه إذا كانت خطأ ، ويلزم المعتق الدية ؛ لأنها عاقلة العبد. وابن إدريس قوى مذهب المسوط.

وقال العالمة في المختلف : المعتمد أن يقول : إن كانت عمدا لم يصح عتقه إلا أن يجيز أولياء المقتول ، وإن كانت خطأ وكان موسرا جاز ، وإلا فلا.

وفي القواعد أحجاز العتق إن كانت خطأ بشرطين : إما دفع الديمة قبل العتق ، أو يضمنها ويرضى الولي بالضمان لا بدعهما. وهو يدل على عدم جواز عتقه في العمد والخطأ معا ؛ لأن مع حصول أحد الشرطين لا كلام في صحة العتق ؛ لزوال تعلق الجنابة برقبة العبد ، أما مع أداء المال فظاهر. وأما مع الضمان فلأن الضمان مع رضي الولي ناقل للأرض من رقبة العبد إلى ذمة المولى ، فلا كلام في جواز العتق بعد أحد هذين الشرطين. وهذا هو المعتمد.

أما عدم جوازه في العمد ؛ لأنه يؤدي إلى إسقاط حق المجنى عليه ؛ لأنه مختلف بين قتله وبيعه واسترقاقه ، والعتق يمنع من البيع والاسترقة ، وكل تصرف يمنع حق الغير فهو باطل.

(٣٥) هامش « ر ٢ » : استحقاقه.

(٣٦) في « ن » و« ر ١ » : ألزمته.

وأما عدم جوازه في الخطأ [ف] لأن الجنائية متعلقة برقبته ، ومع عدم افتراك المولى له ، فهو مخير بين البيع والاسترافق ، والعتق يمنع من ذلك فيكون باطلا.

قال رَجُلُ اللَّهِ : ولو باع ما يتذرع تسليمه إلا بعد مدة ، فيه تردد ، ولو قيل بالجواز مع ثبوت الخيار للمشتري كان قويا.

أقول : منشئه من أصالة الصحة ، وكونه مالا مملوكا مقدورا على تسليمه بعد مدة فيصبح بيده ، ويثبت الخيار للمشتري مع عدم العلم. وهو المعتمد. ومن أن القدرة على تسليمه شرط في صحة البيع ، وهو غير مقدور على تسليمه في الحال ، فلا يصح بيده.

قال رَجُلُ اللَّهِ : ولو باع بحكم أحدهما لم ينعقد ، ولو تسلمه المشتري فتلف ، كان مضمونا عليه بقيمتها يوم قبضه ، وقيل : بأعلى القيم من يوم قبضه إلى يوم تلفه ، وإن نقص فله أرشه ، وإن زاد بفعل المشتري كان له قيمة الزيادة وإن لم يكن غنيا.

أقول : إذا باع بحكم أحدهما أو ثالث ، كان البيع باطلا ، فإن قبضه المشتري كان للبائع انتزاع العين مع بقائهما ، فإن تلفت كانت مضمونة على المشتري.

وهل يضمنها بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف ، أو بقيمتها يوم قبضها؟ اختلاف الأصحاب في ذلك.

ذهب الشيخ إلى ضمانها بالصحة يوم قبضها ؛ لأنه وقت الحيلولة.

وذهب ابن إدريس إلى ضمانها بأعلى القيم ؛ لأنها مضمونة عليه في جميع الحالات ؛ لعدم انتقالها عن ملك البائع بالقبض ، وعدم دخولها في ملك المشتري ، ومن جملة الحالات الحالة العليا ، فتكون مضمونة عليه بقيمتها تلك الحالة. وهذا هو المعتمد.

وإذا انتزع العين مع بقائهما ، هل يرد عليه ما زاد بفعله ، سواء كان أثراً كتعليم الصنعة أو عيناً كالصبغ؟ قولان :

أحدهما : لا يرد عليه شيئاً ؛ لأنّه وضعه في ملك غيره بغير إذنه ، ولا يمكن انفصاله ، فلا شيء له ، سواء كان أثراً أو عيناً.

وقيل : يكون شريكاً بنسبة الزيادة ، سواء كانت عيناً أو أثراً ؛ لأنّه لم يتبرع^(٣٧) بها ، ولم يخرج عن ملكه بإضافتها إلى ملك الغير ، والمنع من التصرف لا يرفع الملك عن مستحقه . أما لو كانت الزيادة لا بفعله كالسمن فإنه لا يكون شريكاً بشيء قطعاً . وهذا هو المعتمد .

قال عليه السلام : ولو اختلفا فيه ، فالقول قول المبتاع مع عينيه ، على تردد .

أقول : إذا شاهد المشتري المبيع ، ثمَّ اشتراه بعد مدة يمكن فيها تغييره عن الصفات التي شاهده عليها ، ثمَّ اختلفا في تغيير الصفات ، احتمل أن يكون القول قول البائع ؛ لأصالة بقاء الصفات المعلومة بينهما . واحتمال أن يكون القول قول المشتري ، لوجوب تسليم المبيع على تلك الصفات المعهودة ، ولم يثبت ، فيكون القول قوله ؛ لأصالة عدم وصول حقه إليه .

قال عليه السلام : وهل يصح شراؤه من غير اختبار ولا وصف على أن الأصل الصحة؟ فيه تردد ، والأولى الجواز .

أقول : قال الشيخان : كل شيء من المطعم والمشرب يمكن للإنسان اختباره من غير إفساد له ، كالأدهان الطيبة المستخبرة بالشم ، وصنوف الطيب ، والحلوات ، والحموضات ، فإنه لا يجوز بيعه بغير اختبار^(٣٨) ، وبه قال أبو الصلاح والقاضي وابن حمزة وسالار ؛ لأن الاختبار شرط في صحة البيع مع إمكانه ، وهذا

(٣٧) في بعض النسخ : ينزع .

(٣٨) في « ي ١ » و « م » : إلا بعد اختباره .

يمكن اختباره ، فلا يصح بيعه من غير اختبار.

وذهب المصنف إلى صحة البيع وثبوت الخيار مع خروجه معينا ، واختباره العلامة ، لأصالة الصحة ، ولأنها عين مشاهدة فيصح بيعها ، وأنه لو باعها بالوصف مع غيرتها صح البيع ، ثبت الخيار مع ظهورها على غير وصفها ، فمع مشاهدتها يكون صحة البيع أولى ، لزيادة العلم بالعين مع الحصول على العلم بالوصف مع الغيبة ، فالفرق غير لائق. وهذا هو المعتمد ، لكن إذا تصرف ثم ظهر معينا ثبت الأرش دون الرد ، ولا فرق في ذلك بين الأعمى وغيره ، خلافاً لسلاّر حيث أثبت للأعمى الرد وإن تصرف.

قال عليه السلام : ولا يجوز بيع سمك الآجام وإن كان مملوكا ، لجهالتة وإن ضم إليه القصب أو غيره ، على الأصح.

أقول : جواز بيعه منضما إلى القصب أو غيره مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال ابن البراج وابن حمزة.

وعدم جوازه مطلقاً مذهب الشيخ في المبسوط ، وأنه ابن إدريس والمصنف ، لأن المجهول إذا أضيف إلى المعلوم أو بالعكس حصل جهالة الجميع ، فيبطل البيع ، لاشترط العلم بالمبين.

وفضّل العلامة في المختلف ، قال : « إن كان المقصود بالبيع هو المضاف إلى السمك ، ويكون السمك تابعاً صحيحاً ، وبالعكس لا يصح » ، واختباره أبو العباس. وهو المعتمد ، لأن المعلوم إذا كان هو المقصود من البيع لا يضر جهالة الضمية ، كالحامل مع حملها ، والأرض مع البذر الذي فيها قبل نباته ، وما شابه ذلك.

قال عليه السلام : وكذا الجلد والأصوات والأوبار والشعر على الأنعام ، وإن ضم إليه غيره ، وكذا ما في بطونها ، وكذا إذا ضمّهما ، وكذا ما يلقي الفحل.

أقول : أما بيع الأصوات والأوبار والشعر على ظهور الأنعام ، فقد منع منه

الشيخ أبو الصلاح وابن البراج إلا مع الضمية. والمصنف جزم بالمنع وإن ضم إليه غيره.

وجوّزه المفید وابن إدريس وإن لم يضم إليه غيره ، واحتاره العالمة.

وهو المعتمد ، لأصالة الجواز ، ولتصدور العقد من أهله في محله ، ولمانع إنما هو

الجهالة لا غير ، والجهالة [غير] متيقنة ، لحصول المشاهدة الرافعة للجهالة.

لا يقال : إنه موزون ، ولا يعرف وزنه وهو على ظهور الانعام ، فلا يصح بيعه ،

لجهالته من حيث الوزن.

لأننا نقول : الوزن إنما يكون شرطا فيه بعد حزنه لا قبله ، كالتمرة ، فإنه يجوز بيعها

على رؤوس التخل مع المشاهدة ، وهي مما يكال ويوزن.

وقوله : (وكذا ما في بطونها وكذا إذا ضمهما).

الضمير في (ضمهما) عائد إلى (ما في البطون ، وما على الظهور) ، وليس مراده

عدم جواز ضمهما إلى ذات البطون والظهور ، لأن ذلك جائز قطعا ، بل مراده عدم جواز

شراء ما على ظهور الأنعام منضما إلى ما في بطونها من غير أن تكون الأنعام داخلة في البيع

، لأن انضمام المجهول إلى المجهول لا يصير معلوما.

وقال الشيخ بالجواز لما رواه إبراهيم الكرخي : « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ما

تقول في رجل اشتري من رجل أصواف مائة نعجة وما في بطونها من حمل بكلدا وكذا درهما؟

قال : لا بأس بذلك إن لم يكن في بطونها حمل كان رأس ماله [في] الصوف » ^(٣٩).

وابن إدريس والمصنف والعالمة لم يعلوا على هذه الرواية.

قال عليه السلام : المسک طاهر ، ويجوز بيعه في فأر و إن لم تتفق ، وفتقه أحوط.

(٣٩) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٠ ، عقد البيع وشروطه ، حديث ١.

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الأول : في طهارته ، وهو المشهور بين الأصحاب ، لأن الغزال تلقى كما تلقى الولد ، والدم النجس إنما هو الدم المسفوح ، لأن الكبد حلال ظاهر وهو دم.

الثاني : في بيعه في فأر مع عدم الفتق ، وإن كان الفتق أحوط ، وهو قول الشيخ رحمه الله ، وتابعه بقية الأصحاب ، لأن البقاء في فأر مصلحة له ، لأنه يحفظه رطوبته وذكاء رائحته. ومنع أكثر أصحاب الشافعی من بيعه قبل فتقه ، لبقاءه وبقاء رائحته مع خروجه من فأر ، فلا يصح بيعه مستورا في فأر لجهالة صفتة.

قال رحمه الله : والرابع على المؤمن إلا مع الضرورة.

أقول : يجوز الربح من غير كراهة في أماكن :
أحدها : حال ضرورة البائع.

الثاني : أن يشتري بأكثر من مائة درهم شرعية ، وفي هذين يربح عليه (قوت يومه وليلته لا غير ، والزيادة على ذلك مكره .

الثالث : إذا اشتري المؤمن للتجارة ، فهنا لا يكره الربح عليه) ^(٤٠) ولا يتقدر بقدر إلا أنه يستحب له أن يرفق به.

قال رحمه الله : الزيادة في السلعة وقت النداء ، ودخول المؤمن في سوم أخيه على الأظهر ، وأن يتوكل حاضر لباد ، وقيل : يحرم ، والأول أشبه.

أقول : هنا ثلاثة مسائل :

الأولى : الزيادة وقت النداء ، قال الشيخ في النهاية : فإذا نادى المنادي على المتع ، فلا يزيد في المتع ، فإذا سكت المنادي زاد حينئذ إن شاء. وظاهر هذا

(٤٠) ما بين القوسين لم يرد في « ن ».«

الكلام تحريم الزيادة في السلعة وقت النداء عليها ، لما رواه الشعيري ^(٤١) عن الصادق عليه السلام ، « قال : إذا نادى المنادي فليس لك أن تزيد ، فإذا سكت فلك أن تزيد » ^(٤٢) ، والمشهور الكراهة للأصل . وابن إدريس منع من الكراهة والتحريم معا .

الثانية : الدخول في سوم المؤمن ، وحرمه الشيخ في المبسوط ، لقوله عليه السلام : « لا يسوم أحدكم على أخيه » ^(٤٣) . المشهور الكراهة للأصل .

تبنيه : التحريم أو الكراهة على الخلاف ، إنما يكون بعد تراضيهما على الثمن وقطع المزايدة والمحاذبة بينهما ، فإذا استقر البيع على ثمن وما عاد إلا إيقاع العقد بينهما ، فحينئذ يحرم الدخول أو يكره على الخلاف .

وقيل : ذلك لا يحرم ولا يكره ، لعموم قوله تعالى ﴿ وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ ^(٤٤) . ولالأصل .

الثالثة : في توكل الحاضر للبادي ، والبحث هنا في موضوعين :

الأول : في أنه هل هو حرم أو مكره؟ وبالتحريم قال الشيخ في الخلاف ، لقوله ^{صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّدَ} : « لا يبيعن حاضر لباد » ^(٤٥) ، وظاهر النهي التحريم . المشهور الكراهة للأصل .

الثاني : في تفسيره ، قال في المبسوط : ولا يتبع حاضر لباد ، ومعناه أن لا يكون سمسارا له ، بل يتركه أن يقول بنفسه ليرزق الله بعضهم من بعض ، فإن

(٤١) في المصدر الشعيري .

(٤٢) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٤٩ ، آداب التجارة ، حديث ١ ، وليس فيه قوله : « فإذا سكت . إلخ . » .

(٤٣) مستدرك الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٣٧ ، آداب التجارة ، حديث ١ .

(٤٤) البقرة : ٢٧٥ .

(٤٥) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٣٧ ، آداب التجارة ، حديث ١ .

خالف أثم وكان بيعه صحيحا ، وينبغي أن يتركه في المستقبل ، هذا إذا كان ما معهم يحتاج أهل الحضر إليه ، وفي فقده إضرار لهم ، فأمّا إذا لم يكن لهم حاجة ماسة ، فلا بأس أن يبيع له. هذا آخر كلامه عليه السلام.

قَيْدُ النَّهْيِ بِحَاجَةِ أَهْلِ الْبَلْدِ إِلَى مَا عَنْدَ الْبَدْوِيِّ. وَمَنْعِنْ في الْخَلَافِ ، سَوَاءً كَانَ فِي النَّاسِ حَاجَةٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ. وَابْنُ حَمْزَةَ قَبِدَ فِي الْبَدْوِ دُونَ الْحَضْرِ^(٤٦).

ولابن إدريس هنا كلام طويل تركنا إيراده حذرا من أن يطول الكتاب.

والمعتمد ما قاله المصنف ، ولا فرق بين الحضر والسفر ، ولا بين أن يكون في الناس حاجة أو لم يكن ، لعموم النهي.

قال عليه السلام : **وَلَا يُثْبِتُ لِبَائِعٍ خِيَارًا ، إِلَّا أَنْ يُثْبِتَ الْغَبَنَ الْفَاحِشَ ، وَالْخِيَارُ فِيهِ عَلَى الْفَورِ مَعَ الْقَدْرَةِ ، وَقِيلَ : لَا يَسْقُطُ إِلَّا بِالْإِسْقَاطِ وَهُوَ الْأَشْبَهُ ، وَكَذَا حُكْمُ النَّجْشِ ، وَهُوَ أَنْ يُزِيدَ لِزِيَادَةِ مِنْ وَاطَّاهِ الْبَائِعِ.**

أَقُولُ : **هُنَا مَسْأَلَتَانِ :**

الأُولَى : في تلقى الركبان ، وجزم المصنف هنا بالكراء ، وصحة البيع ولزومه إلا مع الغبن ، فيثبت الخيار على الفور. وقيل : لا يسقط إلا بالإسقاط لثبوته بظهور الغبن ، والأصل بقاوه ما لم يسقطه مستحقه. والأول هو المعتمد ، لأن ثبوت الخيار على خلاف الأصل ، لأن الأصل في العقود اللزوم ، فإذا ثبت الخيار بالغبن دفعا للضرر المنفي ، ثبت على الفور ، لحصول الاتفاق على جواز الخيار حالة العلم بالغبن ، فيقتصر عليه ، لأن جوازه بعد ذلك مشكوك فيه ، فلا يرجع عن الأصل المتيقن إلا إلى متيقن مثله ، لا إلى ما هو مشكوك فيه.

وقال ابن إدريس : التلقى محروم ، والبيع صحيح ، ويتحيز البائع.

وقال ابن الجنيد : يمضي بيع من يلقى الركبان خارجا عن المصر بأربعة

(٤٦) في « ي ١ » : البدوي دون الحضري.

فراش.

فظهر أن مذهب ابن إدريس تحرير التلقي وصحة البيع مع ثبوت الخيار فيه مطلقا ، سواء كان فيه غبن أو لم يكن. ومذهب ابن الجنيد التحرير وعدم صحة البيع. وذهب العالمة إلى ما اختاره المصنف ، وهو كراهة التلقي وصحة البيع ولزومه الا مع الغبن ، فيثبت الخيار. وهو المعتمد.

الثانية : في النجاش : وهو أن يزيد الإنسان في سلعة وهو لا يريد الشراء ، بل قصدا لتغريب الغير ببذل الزيادة ، وعدده المصنف هنا من المكرهات ، وأكثر فتاوى الأصحاب على التحرير ، قال أبو العباس : ولا أعلم لتحريري خلافا.

وأما البيع مع النجاش فقد أبطله ابن الجنيد إذا كان من البائع ، قال : لأنه يجري مجرى الغش والخداع ، فإذا كان من الواسطة لزم البيع ، ولزمه الدرك إن دخله على المشتري. وفي الخلاف أطلق ثبوت الخيار ، قال : لأنه عيب ، ولم يقيد بالغبن وعدمه ، ثم قال بعد الإطلاق : وإن قلنا لا خيار ، لأن العيب ما تعلق بالمباع وهذا ليس كذلك ، كان قويا. والمعتمد ثبوت الخيار مع الغبن وإلا فلا. والخيار مع ثبوت^(٤٧) الغبن على الفور ، كما ذهب إليه الشيخ وابن إدريس ، واختاره العالمة لما قلناه في المسألة السابقة. وفخر الدين اختار ما رجحه المصنف ، وهو ثبوته ما لم يسقطه مستحقه.

قال عليه السلام : الاحتقار مكره ، وقيل : حرام ، والأول أشبه ، وإنما يكون في الخنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن ، وقيل : وفي الملح بشرط أن يستبيها للزيادة في الثمن ولا يوجد باذل ، وشرط آخرون أن يستبيها في الغلاء ثلاثة أيام ، وفي الرخص أربعين يوما ، ويجبر المحتكر على البيع ، وقيل : يسرع عليه ، والأول أظهر.

(٤٧) ما بين القوسين لم يرد في « ن ».

أقول : البحث هنا في مسائل :

الأولى : في الاحتقار ، هل هو حرم أو مكرود؟ وبالتحريم قال محمد بن بابويه وابن البراج ، وهو ظاهر ابن إدريس. وبالكراهية قال الشیخان ، واختاره المصنف والعلامة. واستدل الفريقان بالروايات ^(٤٨) ، مع اعتضاد الكراهة بأصله عدم التحرم.

الثانية : في محله ، قال الشيخ في النهاية : إنما يكون في الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن. وتبعه ابن البراج وابن إدريس على الاقتصار على هذه الخمسة. وأضاف ابن حمزة الملحق إلى هذه الخمسة. واختاره (العلامة في القواعد ، وابن بابويه أضاف إلى الخمسة الزيت دون الملحق ، وظاهر المصنف اختيار مذهب النهاية. كذلك) ^(٤٩) العلامة في المختلف.

الثالثة : في حد الاحتقار ، وحده الشيخ في الغلاء بثلاثة أيام ، وفي الرخص بأربعين يوما ، وتبعه ابن البراج. والمفید لم يحدده بشيء ، بل أطلق كراهيته مع الغلاء ، وجوازه من غير كراهة في الرخص ، واختاره المصنف والعلامة.

الرابعة : يجبر المحتكر على البيع عند الحاجة إليه إجماعا. وهل يسرع عليه؟ فيه خلاف ، وفي القواعد قال : يسرع عليه إن أحجف لا مع عدم الإجحاف ، وهو مذهب ابن حمزة ، واختاره أبو العباس. وهو المعتمد ، ومستند الجميع الروايات ^(٥٠).

(٤٨) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٧ ، ٢٩ ، آداب التجارة.

(٤٩) ما بين القوسين من « م » و« ر ٢ » و« ن ».

(٥٠) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٩ ، ٣٠ ، آداب التجارة.

في الخيار

قال بِهِمْ : ويسقط باشتراط سقوطه في العقد ، ومفارقة كل واحد صاحبه ولو بخطوة ، وبإيجابهما إياه أو أحدهما ورضى الآخر.

أقول : معنى الإيجاب هنا الالتزام بالعقد بعد وقوعه ، بأن يقولا : التزمنا بالعقد أو يقول أحدهما ويرضى الآخر ، وإنما سمي الالتزام إيجابا ، لأنه يوجب عليهم التمسك به ، فهو من باب الواجب ، وهو الإلزام للمكلف ، لا من باب الإيجاب الموضوع لنقل الأعيان مع القبول.

تبينه : إذا التزما بالعقد بعده ، سقط خيار المجلس ، وخيار الثلاثة في الحيوان ، وخيار الشرط ، إذا التزما بعده ، ولا يسقط خيار الغبن ولا خيار العيب ولا خيار الرؤية ، والفرق أن خيار المجلس وخيار الثلاثة في الحيوان أثبتته الشارع للإرافق بالملطف ، بحيث يتروى بما هو أصلح له ، فيعمل عليه ، فإذا أسقطاه بعد علمهما بشبوته لهما فقد اختارا ترك هذا الإرافق فيسقط ، لأن الإنسان مسلط على حقه ، إن شاء أسقطه وإن شاء أبقاءه ، وكذلك خيار الشرط أيضا ، لأنه ثبت لهما أو لأحدهما باختيارهما ، فإذا اختارا إسقاطه سقط ، وأمّا خيار العيب

والغبن والرؤبة ، فإن الشارع قد أثبته دفعاً للضرر ، ولا يعلمان بثبوته حالة العقد ، فلا يسقط بالالتزام حينئذ ، ولو شرطاً في العقد سقوط هذه الثلاثة ، بطل الشرط والعقد على الخلاف ، أمّا بطلان الشرط فلما يتضمن من الغرر المفضي إلى الضرر ، وأمّا بطلان العقد فلعدم الرضى بدوره.

قال ﷺ : ولو قال : اختر ، فسكت ، ف الخيار الساكت باق ، وكذا الآخر وقيل فيه : يسقط ، والأول أشبه.

أقول : عدم السقوط مذهب الشيخ في الخلاف والمبسوط ، واختاره المصنف والعالمة. وهو المعتمد ، لعموم قوله عليه السلام : « البيعان بالخيار ما لم يفترقا »^(٥١) ، وأنه خيره فلم يختار ، فلم يؤثر الخيار.

وقيل : يسقط خيار القائل ، لما روي عنه عليه السلام أنه قال : « البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، أو يقول أحدهما لصاحبه : اختر »^(٥٢) ، وأنه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار ، فيسقط خياره ، ولا فرق بين قوله : اختر الفسخ أو الإمضاء ، أو اختر واقتصر.

قال ﷺ : ولو كان العاقد واحداً عن اثنين كالأب والجد ، كان الخيار باقياً ما لم يشترط سقوطه ، أو يلتزم به عنهما بعد العقد ، أو يفارق المجلس الذي عقد فيه على قول.

أقول : هذا القول نقله الشيخ في المبسوط ولم يسم قائله ، وابن البراج نقل لفظ الشيخ بعينه ، والعالمة نقل لفظ المصنف هنا ، وظاهرها ترجيح هذا القول ، وفرع العالمة احتمال ثبوت الخيار دائماً وعدم ثبوته أصلاً. فأمّا وجه ثبوته دائماً ، [ف] لأن العاقد عن اثنين قائم مقامهما ، وخيار المجلس ما داماً مصطحبين ، وهو

(٥١) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١ ، أبواب الخيار ، حديث ٣.

(٥٢) المستدرك ، كتاب التجارة ، باب ٢ ، أبواب الخيار ، حديث ٣.

صاحب لنفسه دائماً ، فيثبت الخيار دائماً ما لم يسقطه أو يتزم بالبيع . وأمّا وجه سقوطه أصلاً كون الخيار على خلاف الأصل ؛ لأنّ الأصل في العقود الالزوم ، وإنما يثبت الخيار المجلس للمتبايعين ، والعائد هنا واحد ، فلا خيار في عقده لتقيد (٥٣) الخيار بالاثنينية ، وهي منتفية هنا . ووجه سقوطه بمخارقة مجلس العقد ؛ لأنّه قائم مقام اثنين وقد فارق المجلس ، فيبطل الخيار ؛ لسقوطه بمخارقة المجلس إلا مع الاصطحاب ، والاصطحاب هنا ممتنع ؛ لكونه بين اثنين فصاعداً ، فيمتنع بقاء الخيار . وهو المعتمد .

قال ﷺ : خيار الحيوان : والشرط فيه كله ثلاثة أيام للمشتري خاصة دون البائع على الأظهر .

أقول : اختصاصه بالمشتري مذهب الشيوخين وسلام رابن بابويه وابن الجنيد وابن البراج وابن إدريس والمصنف والعلامة .

وهو المعتمد ، لأن حكمة ثبوته أن عيب الحيوان قد يخفى ولا يظهر كظهوره في غير الحيوان ، فأثبتت الشارع فيه الخيار مدة ثلاثة أيام ، لإمكان ظهور عيب حفي في مدة الثلاثة ، وهذه الحكمة منتفية عن البائع ، لاطلاعه على عيوبه دون المشتري ، فيختص الخيار بالمشتري دون البائع .

وقال المرتضى : إنه مشترك بينهما ، لأنّه أحد المتبايعين فكان له الخيار كالآخر ، وفي الطرفين روايات (٥٤) .

فرع : إذا باعه حيواناً بحيوان ، فعلى مذهب السيد لكلّ منهما الخيار ولا بحث ، وعلى المشهور من اختصاصه بالمشتري ، هل يختص به هنا؟

(٥٣) في « ن » : لتقيد .

(٥٤) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١ من أبواب الخيار ، ١ و ٣ و ٥ ، وباب ٣ حديث ١ ، ٢ ، ٣ ، ٩ ، وباب ٤ .

يتحمل ذلك ، لعموم قوله : للمشتري ^(١) ، دون البائع ، فيكون المشتري منشئ القبول ، ويتحمل ثبوت الخيار لهما ، لاشتراكهما في الحكمة الموجبة ثبوت الخيار في الحيوان ، وهي التروي مدة ثلاثة أيام ، لإمكان الظهور فيها على عيب خفي في الحيوان لا يظهر حالة العقد ، وإذا اشتراكا في العلة الموجبة لثبوت الخيار اشتراكا في الخيار. وهو المعتمد.

قال ﷺ : ومن اشتري شيئاً ، ولم يكن من أهل الخبرة ، وظهر فيه غبن لم تجر العادة بالتجابن به ، كان له فسخ العقد إذا شاء ، ولا يسقط ذلك بالتصرف إذا لم يخرج عن الملك ، أو يمنع مانع من رده ، كالاستيلاد في الأمة والعتق ، ولا يثبت به أرش.

أقول : هذه المسألة لم يتردد المصنف فيها ، ولكنها من المسائل الجليلة التي تفتقر إلى كشف وإيضاح ، فهي مشتملة على مباحث :

«أ» : حقيقة الغبن نقص قيمة أحد العوضين عن العوض المسمى في العقد نقصا لا يتسامح به مثله عادة ، مع جهل من صار إليه الناقص ، وإنما يثبت به الخيار دون الأرش ، لأن الأرش عوض عن جزء فائت في العين أو صفاتها ، والغبن ليس كذلك ، فلهذا لم يثبت الأرش.

«ب» : ثبوت الخيار مع الغبن هو المشهور بين الأصحاب ، ويظهر من كلام ابن الجنيد عدم ثبوته ، لأن البيع مبني على المكافحة ^(٥٥) والمغالبة ، وثبتت الخيار مع الغبن ينفي ذلك. وقال الشهيد في الدراس : ورعا قال الحق (في الدرس) ^(٥٦) بعدم خيار الغبن ، إشارة إلى مصنف هذا الكتاب المشروح. والمعتمد الثبوت.

(١) الوسائل . كتاب التجارة . باب ٣ من أبواب الخيار.

(٥٥) في «ن» : المكافحة.

(٥٦) من «ن» .

« ج » : لا يبطل هذا الخيار بالتصريف غير الناقل واللازم من المغبون ، ولا يبطل بالتصريف الصادر من الغابن مطلقاً.

وتحقيق البحث أنَّ التصرف لا يخلو إِمَّا أن يكون من الغابن فيما غبن فيه ، أو من المغبون فيما غبن فيه.

الأول : أن يكون من الغابن في عوض ما دفعه إلى المغبون ، بأن يشتري عيناً رخيصة ويتصريف فيها ، والتصرف لا يخلو إِمَّا أن يكون ناقلاً أو غير ناقل ، وعلى التقديرين لا يخلو ، إِمَّا أن يتصل بالعين أو بالمنافع ، فالأقسام أربعة :

« أ » : أن يتصل بالعين ويكون ناقلاً لازماً كالبيع بعد الخيار ، والهبة مع القبض ، والوقف والعتق وما شابه ذلك ، وهذا التصرف لا يسقط حق المغبون من الفسخ ، لكنه يسقط حقه من العين ، وثبت له مع الفسخ القيمة للحيلولة ، ولو كان خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط باقياً أو الهبة لم تقبض ، ألزم الغابن بالفسخ ، ليأخذ المغبون عين ما له ، وللمغبون أن يفسخ بنفسه ، لتعلق حقه بالعين مع إمكان انتزاعها وهو ممكن هنا ، ولا يتوقف على إذن الغابن.

« ب » : أن يتصل بالعين ولا يكون ناقلاً ، كوطني الأمة مع عدم الإحجال ، وقصارة الثوب وصبعه وخياطته ، وهذا التصرف غير مانع منأخذ العين ، ويكون شريكاً بنسبة الزيادة التي حصلت بفعله ، سواء كانت عيناً كالصبع والتطريز ، أو أثراً كتعليم الصنعة.

« ج » : أن يتصل بالمنافع ، ويكون ناقلاً لازماً كالإجارة ، وهذا التصرف لا يمنع من الفسخ ، ومع الفسخ لا يسقط حق المستأجر ، بل يفيد نقل العين إلى المغبون ، ويكون عليه الصبر مجاناً حتى تنقضي مدة الإجارة ، ويجب عليه رد العوض عاجلاً من حين الفسخ لانتقال العين إليه بالفسخ ، فلا يجب على الغابن الصبر بالعوض ، ولا يجوز له تأخير الفسخ إلى حين انقضاء مدة الإجارة ، لأنَّه

على الغور.

» د « : أن يتعلّق بالمنافع ولا يكون لازما كالعارض ، فللمسبوب الفسخ وانتزاع العين .
 الثاني : أن يكون التصرّف من المسبوب في عوض ما غبن فيه ، وهو لا يخلو عن الأقسام الأربع السابقة ، لكن الحكم مختلف ، فالتصرّف إن كان لازماً أسقط الخيار ، سواء كان وارداً على العين ، كالمبيع بعد مضي الخيار ، والهبة مع القبض ، والعتق والوقف وما شابه ذلك ، أو على المنافع كإيجارة إلا إذا لم يعلم بالغبن إلا بعد انقضاء مدة الإيجارة فله الفسخ ، سواء كان ناقلاً للعين والمنافع ، كالأمثال المتقدمة أو للعين خاصة ، كمن باع واستثنى المنافع مدة معلومة ، أو للمنافع خاصة ، كالحبس مدة معلومة ، أو كان لازماً غير ناقل للعين ولا للمنافع ، كإيجار للأمة ، فهذه الصور كلها مسقطة للفسخ ، ولا يسقط بغير اللازم ، سواء ورد على العين ، أو المنافع ، كالمبيع في مدة الخيار ، والهبة قبل القبض والعارضة .

والضابط : كل موضع يتمكّن من دفع العين حالة الفسخ ، فالخيار ثابت ، وما لا فلا ، ولا يسقط الخيار بدفع الغابن التفاوت لشبوته بظهور الغبن ، فلا يسقط إلا باختيار المسبوب .

الخيار التأخير

قال عليه السلام : من باع ولم يقبض الثمن ، ولا سلم المبيع ، ولا اشترط تأخير الثمن ، فالبائع لازم ثلاثة أيام ، فإن جاء المشتري بالثمن ، وإنما كان البائع أولى بالمبيع ، ولو تلف كان من مال البائع في الثلاثة وبعدها ، على الأشبه .

أقول : لا خلاف في لزوم البيع إلى تمام ثلاثة أيام ، وإنما الخلاف في موضوعين :

الأول : هل يبطل العقد بعد الثلاثة ، أو يصير الخيار للبائع ، بين إبقاء العقد

وفسخه؟ قال ابن الجنيد بالأول ، لرواية زرارة^(٥٧) ، عن الباقي عليه ، والمشهور الثاني ، وهو المعتمد ، لوقوع العقد صحيحًا ، والأصل بقاوه ما لم يحصل الفسخ.

الثاني : لو تلف المبيع قبل القبض فان كان بعد الثلاثة كان من مال البائع إجماعا ، لأن الشارع قد جعل له مندوحة الفسخ والانتفاع بعينه فلم يفعل ، فكان التفريط مستندا إليه ، ولعموم قوله عليه^(٥٨) : « كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايده » .

وان تلف في الثلاثة فقد اختلف الأصحاب في ذلك ، فذهب الشيخ وأكثر المؤخرين إلى انه من مال بايده ، وهو المعتمد ، لعموم الخبر ، وقال المفيد : من مال المشتري ، لانتقال المبيع اليه بنفسه العقد ، ومنع البائع من التصرف فيه ، وأنه لو حصل نماء كان للمشتري ، وقال عليه^(٥٩) : « الخراج بالضمان » .

واعترض عليه ابن إدريس بأن هذا لازم له بعد الثلاثة أيضا ، لأنه في ملك المشتري ما لم يفسخ البائع ونماء له أيضا.

وقد يحاجب عن المفيد بأنه بعد الثلاثة منع من التصرف في العين وهو منع في الثلاثة ، فافترق الحكم بينهما ، وقال ابن حمزة : وهو من مال البائع ، الا ان يكون البائع عرض التسليم على المباع فلم يتسلمه ، فيكون التلف حينئذ من مال المشتري ، قال العلامة في المختلف : ولا بأس بقول ابن حمزة.

تبنيه : شروط هذا الخيار ان يكون المبيع معينا فلو اشتري موصوفا في الذمة لم يطرد الحكم فيه ، وان لا يحصل قبض احد العوضين ، فلو قبض أحد هما لم

(٥٧) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٩ من الخيار ، حديث ١ .

(٥٨) المستدرك ، كتاب التجارة ، باب ٩ من الخيار ، حديث ١ .

(٥٩) المستدرك ، كتاب التجارة ، باب ٧ من الخيار ، حديث ٣ .

يطرد الحكم ، وللشيخ قول بجواز فسخ البائع في كل موضع يتذرع فيه قبض الشمن ، سواء قبض المشتري المبيع أو لم يقابله ، وقواه الشهيد ، ولا بد أن يكون العقد حالا ، فلو كان أحد العوضين مؤجلا سقط هذا الخيار.

فروع :

الأول : لو قبض الشمن ثم ظهر مستحقا ، فكلا قبض ، ولا يسقط خياره بعد الثلاثة لفساد القبض.

الثاني : لو ظهر في المقبوض عيب يوجب الرد فلا فسخ ، لحصول القبض الصحيح ، والرد بالعيوب لا يوجب فساد القبض.

الثالث : لو قبض بعض الشمن أو قبض بعض المعيوب ، فالخيار ثابت في الجميع.

الرابع : لو جاء بالشمن بعد الثلاثة قبل فسخ البائع ، قال العلامة لم يجز له الفسخ لزوال السبب ، ويكتفى ثبوته ، لأنه قد ثبت بمضي الثلاثة ، والأصل بقاوه.

قال رحمه الله : وان اشتري ما يفسد من يومه ، فان جاء بالشمن قبل الليل ، والا فلا بيع له.

أقول : أورد الأصحاب هذه المسألة بعبارات مختلفة ، قال الشيخ في النهاية : وإذا باع الإنسان ما لا يصح عليه البقاء كالخضرة وغيرها ، ولم يقبض المباع ولا قبض الشمن كان الخيار فيه يوما ، فان جاء المباع بالشمن في ذلك اليوم ، والا فلا بيع له.

وابن إدريس نقل عبارة الشيخ ، إلا انه قال : فان جاء المباع بالشمن في ذلك اليوم ، والا فصاحب الخيار بين ان يفسخ البيع ^(٦٠) وبين ان يطالبه بشمنه. قال العلامة في القواعد : ولو اشتري ما يفسد ليومه ، فالخيار فيه الى الليل ، فان تلف

(٦٠) من « ن ».«

فيه احتمل الخلاف. وعبارة التحرير كالقواعد ، الا انه زاد فيه : فإن جاء المشتري فيه لزم البيع ، والا تخير البائع ، وقال الشهيد : وخامسها خيار ما يفسده المبيت ، وهو ثابت للبائع عند انقضاء النهار.

إذا عرفت هذا ، فظاهر هذه العبارات الاختلاف في حكمين :

الأول : في محل الخيار ، وظاهر عبارة النهاية والسرائر والقواعد والتحرير دالة على ثبوت الخيار في ظرف اليوم ، وكذلك عبارة فخر الدين ، لأنه قال في شرحه قول أبيه : فإن تلف فيه احتمل الخلاف. وجه الاحتمال انه تلف في مدة الخيار ، فكان كالثلاثة ، ومن حيث عدم النص عليه ، والأصح عدم ، وهذا آخر كلامه ، وهو دال على ثبوت الخيار في ظرف اليوم ، لأن الضمير في قول العالمة : (فإن تلف فيه) ، عائد إلى اليوم ، وقد نص فخر الدين انه مدة الخيار ، الا ان تعليل فخر الدين رحمه الله ينقض بعضه بعضا.

بيان المناقضة انه قال : وجه الاحتمال انه تلف في مدة الخيار فكان كالثلاثة ، وعنى بالثلاثة المسألة السابقة التي اختلف الأصحاب فيها مع تلف المبيع في طرف الثلاثة ، هل يكون من مال البائع أو المشتري؟ وقد أجمع الأصحاب على عدم ثبوت الخيار في الثلاثة ، بل البيع فيها لازم وانما يثبت الخيار بانقضائهها ، فقوله رحمه الله : (كالثلاثة) ينقض قوله : (لأنه تلف في مدة الخيار) ، لأن الثلاثة ليست مدة الخيار إجماعا ، فقد ظهرت المناقضة.

واما عبارة الدروس فهي دالة على لزوم البيع الى الليل ، وكذلك عبارة عميد الدين في شرحه للمسألة التي شرحها فخر الدين ، وذكرنا عبارة فخر الدين. أما عبارة عميد الدين ، فقال : يزيد إذا تلف في ذلك اليوم احتمل في ذلك ما ذكرناه ^(٦١) من الخلاف في الثلاثة ، معنى انا ان قلنا بقول المفيد ان التلف في

(٦١) من « م » وفي الباقي : ذكره.

الثلاثة من المشتري ، فهنا إذا تلف في اليوم كان من المشتري ، إذ العلة واحدة وهي لزوم البيع في تلك المدة ، أعني اليوم أو الثلاثة ، وان قلنا بقول الشيخ . وهو الأصح . فالتلف من البائع ، لأنه لم يقبض .

وهذا آخر كلامه ، وهو دال على لزوم البيع إلى الليل ، لكنه غير مطابق لكلام العالمة الذي هذا شرحه ، لأن العالمة لم يذكر لزوم البيع إلى الليل ، بل ظاهره عدم اللزوم ، ولهذا قال فخر الدين انه تلف في مدة الخيار ، لأن عبارة القواعد دالة على ثبوت الخيار في ظرف اليوم ، فعميد الدين شرح على مدلول آخر كلام العالمة وأغفل اوله ، وفخر الدين بالعكس ، فلهذا حصل عليهما^(٦٢) الاعتراض .

وأحسن عبارات الأصحاب في هذه المسألة عبارة المصنف في هذا الكتاب المشروع ، لأنها اقتصر على معنى الرواية ، والرواية هي رواية محمد بن يعقوب ، عن أبي حمزة أو غيره ، عن ذكره ، عن أبي عبد الله عليه السلام : « فيمن يشتري ما يفسد من يومه ثم يتركه حتى يأتيه بالثمن ، فإن جاء فيما بينه وبين الليل ، وإنما لا يبيع له »^(٦٣) ، وهذه الرواية وان كانت مرسلة فهي مؤيدة بعمل الأصحاب .

الثاني : في حكم البيع بعد انقضاء اليوم ، وظاهر النهاية والشرائع بطلانه بانقضاء اليوم ، وهو مدلول الرواية ، لقوله عليه السلام فيها : « فإن جاء فيما بينه وبين الليل ، وإنما لا يبيع له » ونفي البيع يدل على بطلانه ، وعبارة السرائر والتحrir والدروس مصرحة بشروط الخيار للبائع بعد دخول الليل ، وهو يدل على عدم بطلان البيع .

ويكفي الجمع بين عبارات الأصحاب في هذا الحكم بحمل نفي البيع بعد

(٦٢) في « ن » : عليه وفي « ر ١ » : عليها .

(٦٣) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١١ ، أبواب الخيار ، حديث ١ ، مع اختلاف يسير .

دخول الليل على نفي اللزوم دون البطلان ، وأما الجمع في الحكم الأول الذي هو محل الخيار فهو مشكل.

واما طولنا البحث في هذه المسألة لاختلاف عبارات الأصحاب فيها فأحبينا أن نورد عباراً لهم ليطلع على اختلافهم ، ويظهر تحقيق هذه المسألة لمن له قلب سليم ، واسأل الله المعونة والتوفيق والهداية إلى التحقيق.

والشهيد طرد الحكم في كل ما يسرع اليه الفساد ولم يقييد بالليل ، بل القيد عنده حصول الفساد ، وهو يحصل بنقص الوصف وقلة الرغبة ، كما في الخضروات واللحوم والرطب والعنب.

وهل ينزل فوات السوق منزلة الفساد؟ فيه نظر ينشأ من تطرق الضرر بنقص السعر ، ومن اقتضاء العقد اللزوم والتفرط من البائع بترك اشتراط العقد.

قال ﷺ : خيار المجلس لا يثبت في شيء من العقود عدا البيع وخيار الشرط يثبت في كل عقد غير النكاح والوقف ، وكذا الإبراء والطلاق والعتق ، إلا على رواية شاذة.

أقول : المقصود من هذه المسألة تبيين العقود التي يثبت فيها الخيار وما لا يثبت فيه ، ونحن نذكر ان شاء الله كل خيار على حدة ، ونبين ما يثبت فيه الخيار وما لا يثبت على حسب الطاقة ، والله الموفق والمعين :

الأول : خيار المجلس ، ولا يثبت في شيء من العقود عدا البيع خاصة فهو ثابت فيه مطلقا ، ويجامع خيار الرؤية وخيار الحيوان ، إلا في شراء القريب فإنه لا خيار فيه مطلقا لا للمجلس ولا لغيره ، ولا للبائع ولا للمشتري لعلمهما بحصول العتق بنفس العقد ، وهو مبني على التغليب.

فرع : إذا أنشأ العقد (٦٤) من بعد مفرط بحيث يسمع كلامهما لفظ صاحبه

(٦٤) من «ن».

صح العقد قطعا ، وهل يثبت خيار المجلس؟ يحتمل ذلك ، لعموم^(٦٥) ثبوته ما لم ينتقل من موضع العقد غير مصطلحين ، ويحتمل المنع ، لأنهما لم يجمعهما مجلس عرفا.

الثاني : خيار الحيوان ، وهو شامل للأنساني وغيرها ، إلا في شراء القريب كما قلناه ، وهو يحصل بالبيع دون الصلح والإجارة والصادق ، وغير ذلك من المعاوضات ، لأن الأصل في العقود النزوم إلا ما أخرجه النص ، وهو لم يثبت إلا في البيع ، فيبقى الباقي على الأصل.

الثالث : خيار الشرط ، وهو ثابت في البيع والإجارة والصلح إن وقع معاوضة دخله خيار الشرط ، وإن وقع على ما في الذمم مع جهالته أو على إسقاط الدعوى ، قبل ثبوتها لم يثبت فيه خيار الشرط ، لأن مشروعيته لقطع المنازعه فقط وشروط اختيار لعود الخصومة ينافي مشروعيته ، وكل شرط ينافي مشروعية العقد غير جائز ، والرهن لا يدخله خيار الشرط للمرتمن ، لأنه جائز من طرفه ، وفي الراهن اشكال من أصلالة الجواز ، وعموم قوله عائلاً : « المؤمنون عند شروطهم »^(٦٦) ، خرج منه ما نص على عدم دخوله ، ومن منافاته لعقد الرهن ، لأنه وثيقة لدين المرتمن ، ومع حصول الخيار تنتهي الفائدة لاحتمال الفسخ بالختار ، فيخرج المال عن الوثيقة ، والمعتمد الأول ، لأن خروج المال عن الوثيقة مستندا إلى فعل المرتمن ، وهو الرضا بالشرط ، فهو كما لو لم يشترط الرهن ولا شك في جواز عدم اشتراط الرهن والحواله والضمان يدخلها خيار الشرط ، وكذلك المساقاة والكتابة المشروطة يدخلها

خيار الشرط للعبد والمولى

(٦٥) المصدر المتقدم.

(٦٦) الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب المهر ، حديث ٤ ، المستدرك ، كتاب التجارة ، باب ٥ ، أبواب الخيار ، حديث ٧.

دون المطلقة لحصول الحرية فيها بمقدار ما يدفعه من مال الكتابة ، والصرف يدخله خيار الشرط خلافاً للشيخ ، وعقد السبق والرمائية يدخله خيار الشرط ، (والصدق يدخله خيار الشرط)^(٦٧).

والعقود الجائزة كالشركة والوكالة والمضاربة والعارية والوديعة والجعالة جوز الشيخ دخول الخيارين فيها ، خيار المجلس وخيار الشرط ، وتبعه ابن البراج وابن إدريس ، ومنع في الخلاف من دخول خيار المجلس دون خيار الشرط.

والعلامة منع من دخول الخيارين في هذه العقود ؛ لأنها عقود جائزة ، لكل منها الفسخ في كل آن ، فلا معنى لدخول الخيار فيها ، بل لو شرطاً عدم الفسخ لم يصح ، فلا فائدة في شرط الخيار ، فهذه العقود كلها يدخلها خيار الشرط ، والذي لا يدخله فهو النكاح والطلاق والخلع والوقف ، على خلاف يأتي أن شاء الله تعالى في بابه ، والعتق إلا على رواية إسحاق بن عمار ، وهي التي أشار إليها المصنف ، والإقالة والإحارة والشفعية والهبة والإبراء ، وكل ما لا يدخله خيار الشرط لا يدخله خيار غيره.

الرابع : خيار المغبون ، وهو يثبت في كل عقد يشتمل على المعاوضة ، كالبيع والصلح ، إلا إذا وقع على ما في الذمم ، وكان مجھولاً ، فهذا لا يثبت فيه خيار الغبن إذا علم بعد عقد الصلح وظهر غبن أحدهما ، وكذلك إذا وقع على إسقاط دعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقيقة ما يدعيه ، وكان مغبوناً فيما صالح عنه ، فلا خيار له ، لما قلناه في خيار الشرط ، وثبتت في الإحارة والمزارعة والمساقاة ، وما شاكل ذلك مع شروطه المعتبرة من جهالة المغبون ، وكون الغبن لم تجر به العادة بالتعابين بمثله ، وأما خيار عدم التقاضي وخيار الرؤية فهو مقيد بما يحصل هذان الشرطان فيه ،

(٦٧) لم يرد في « ن ».

فلا يفتقر الى تفصيل.

قال ﷺ : الميع بملك بالعقد ، وقيل : به وبانقضاء الخيار ، والأول أظهر .

أقول : الأول هو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن العقد سبب ^(٦٨) انتقال الملك يدور معه وجوداً وعدهما ، ولعدم منافاة الخيار للملك ، والثاني مذهب الشيخ ، وظاهر ابن الجينيد ، لقصور العقد المشترط فيه الخيار عن غير المشترط فيه ، والقصور سبب عدم ^(٦٩) افاده الملك ، والا لزم المساواة وهو باطل ، والحق عدم المساواة ، لأن العقد المشترط فيه الخيار غير لازم ، بل هو متزلزل قابل للفسخ بخلاف غير المشترط فيه ، ففائدة الخيار عدم اللزوم لا عدم الملك .

قال ﷺ : خيار الشرط يثبت من حين التفرق ، وقيل : من حين العقد ، وهو أشبه .

أقول : ثبوته من حين التفرق مذهب الشيخ وابن إدريس ، لثبوت خيار المجلس قبل التفرق ، فلو ثبت خيار الشرط قبل التفرق لزم اجتماع المثلين ، وهو غير جائز ، والمشهور ثبوته من حين العقد ، وهو المعتمد ، لأن إطلاق المدة يقتضي الاتصال بالعقد كغيره من الأرمنة المشترطة في العقود ، ويلزم من قول الشيخ الجمالية بالمبتدإ ، لأن وقت التفرق غير معلوم ، وجهاً لأحد الطرفين توجب بطلان العقد ، واجتماع المثلين غير مانع ، لأن الخيار واحد وأسبابه مختلفة ، فلا مانع من ذلك ، كما لو ظهر عيب وهو في المجلس فان له الخيار بسبب العيب وبسبب المجلس .

(٦٨) في « م » : (يفيد) بدل (سبب) .

(٦٩) لفظة (عدم) ليست في « م » و« ن » و« ر » .

فروع :

الأول : إذا قيد الفسخ برد الشمن فليس له الفسخ بدون رده أو مثله ، ولو فسخ قبل ذلك كان لاغيا ، وان لم يقييد برد الشمن جاز الفسخ مع حضور الشمن وعدمه ، وكذا لو كان الخيار للمشتري ، فإن قيده برد المبيع أو مثله^(٧٠) لم يجز الفسخ قبل الرد ويجوز مع الإطلاق ، ولو أتى بعض الشمن أو بعض المبيع لم يجز له الفسخ الا مع اشتراطه مع الإتيان بذلك البعض ، ثم ان كانت المدة طرفا للفسخ والاسترجاع كان له الفسخ متى جاء بالشمن ووجب قبوله ، وان كانت غاية لم يجب عليه قبض الشمن قبل مضيّها ولا يجوز الفسخ قبل ذلك.

الثاني : إذا جعلا الخيار عبد أحدهما مولاهم الخيار ، وان جعلاه عبد أجنبي لم يملكه مولاهم ، ولو مات العبد لم ينتقل الى مولاهم ، وكذا لو مات الأجنبي لم ينتقل الى وارثه ، لأنهما لم يرضيا بغير نظره ، بخلاف ما لو كان لأحدهما ، فإنه ينتقل الى وارثه ، وإذا جعلا الخيار عبد الأجنبي لم يتوقف على رضا مالكه ، الا ان يمنع شيئا من حقوقه ، فيتوقف حينئذ.

الثالث : لا يبطل الخيار بتلف المبيع ، فان كان مثليا طالب بالمثل مع الفسخ ، والا بالقيمة.

الرابع : يجوز اشتراط مدة متأخرة عن العقد ويلزم بينهما ، لأصالحة الجواز ، ولعموم : « المؤمنون عند شروطهم »^(٧١) ، ويحتمل العدم ، لأن الواجب لا ينقلب جائزا.

الخامس : لو جعل الخيار لاثنين ، فاختيار أحدهما الإمضاء ، والآخر الفسخ انفسخ البيع ، وكان الحكم لاختيار الفسخ ، لأن اختياره ناقل والآخر مقرر ،

(٧٠) في « ن » و« ر ٢ » بزيادة : إن كان مثليا.

(٧١) تقدم فيما سبق ص ٤٤ .

والناقل أولى من المقرر مع التعارض.

السادس : إذا جعل الخيار لأجنبي ولأحد المتابعين معا ، فاختلفا احتمل اختيار الأجنبي ، والا لم يكن لذكره فائدة ، واحتمل اختيار الفاسخ منهما ، لما قلناه أولا ، وأنه مع اعتبار اختيار الأجنبي دون اختيار الآخر لم يكن في جعله للآخر مع الأجنبي فائدة أيضا ، وهذا هو المعتمد.

في أحكام العقود

قال ﷺ : ولو باع بشمن حال وبأزيد منه الى أجل قيل : يبطل ، والمروي انه يكون للبائع أقل الشهرين في أبعد الأجلين .

أقول : العمل بمضمون الرواية مذهب المفید والسيد المرتضی ، والرواية إشارة الى ما رواه السکونی ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن آبائه ، عن علي ؓ .^(٧٢) والبطلان مذهب الشیخ في المبسوط ، واختاره ابن إدريس والعلامة أبو العباس ، لجهل ^(٧٣) الشمن حالة العقد ، فكان كما لو قال : بعثك هذا أو هذا بكذا ، وهو غير جائز ، وهذا هو المعتمد .

فرعان :

الأول : لو باعه بشمن واحد بعضه نقدا وببعضه نسیئة صح البيع قطعا ، وكذا لو باعه سلعتين في عقد واحد واشترط تأجيل أحدهما وحلول الآخر بشرط

(٧٢) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢ ، أحكام العقود ، حديث ٢ .

(٧٣) في « ي ١ » و « ر ٢ » : لتجهيز .

تعيين المؤجل أو النقد.

الثاني : لو طال الأجل بحيث يعلمان عدم بقائهما إليه عادة كألف سنة مثلا ، احتمل بطalan العقد لخروج الشمن عن الانتفاع ، ويحتمل الصحة ، لأن الأصل مضبوط ويحل ^(٧٤) بموت المشتري ، وهذا اختيار الشهيد ، وأبطله فخر الدين.

قال ﷺ : وان ابتعاه بجنس ثمه بزيادة أو نقضة ، فيه روايتان ، أشبههما الجواز.

أقول : عدم الجواز مذهب الشيخ في النهاية لرواية خالد بن الحجاج ^(٧٥) ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، والجواز مذهب ابن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة للأصل ، ولعموم قوله تعالى ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْع﴾ ^(٧٦) ولرواية عبيد بن زراة ^(٧٧).

قال ﷺ : فان امتنع من أخذه ثم هلك من غير تفريط ولا تصرف من المشتري كان من مال البائع على الأظهر.

أقول : كل من عليه حق حال فدفعه إلى من له الحق وجب على صاحب الحق قبه ، فإذا امتنع من قبه فعزله من عليه الحق ثم تلف من غير تفريط ، هل يكون من مال من عليه الحق أو لا؟ قال الشيخ في النهاية بالثاني ، وبه قال المغید وسلام وابن البراج وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة في المختلف ، لأن الدين يتبع المديون ، فإذا هلك بعد تعينيه كان من المدين.

وفي المبسوط دفعه إلى الإمام أو نائبه ليقبضه عن مالكه ، لأن الحاكم قائم

(٧٤) في « ر ٢ » : ويحتمل ، وفي « ن » : ويحمل.

(٧٥) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٢ ، من أبواب السلف ، حديث ٣.

(٧٦) البقرة : ٢٧٥.

(٧٧) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٦ من أحكام العقود ، حديث ٢.

مقام المالك مع امتياز المالك من قبض الحق ، فان لم يدفعه الى الحاكم أو نائبه ثم هلك كان من ضمان المديون ، فان الدين لا يتعين الا بقبض المدين أو نائبه ، والتقدير انه لم يقبضه هو ولا نائبه ، فيكون من ضمان المديون ، وهذا هو الحق مع القدرة على الحاكم أو نائبه ، والا اشهد على عزله وتعيينه ، فان تلف بعد ذلك من غير تفريط كان من مال المدين ، سمعناه مذكرة.

قال عليه السلام : ومن اتباع شيئاً بشمن مؤجل وأراد بيعه مراجحة فليذكر الأجل ، فإن باع ولم يذكر كان المشتري بالخيار بين رده وإمساكه بما وقع عليه العقد ، والمرجح انه يكون للمشتري من الأجل مثل ما كان للبائع.

أقول : القائل بثبوت الخيار هو الشيخ في الخلاف والمبسot ، وبه قال ابن إدريس ، والمصنف والعلامة ، لأن الأجل له قسط من الشمن في عرف المعاملة ، فلما باعه بالشمن الذي اشتراه ولم يذكر الأجل كان مدلساً ، فيثبت الخيار بين الرد والإمساك بجميع الشمن ، وذهب الشيخ في النهاية الى عدم الخيار ، ويثبت له من الأجل مثل ما للبائع ، لرواية هشام بن الحكم ^(٧٨) ، عن الصادق عليه السلام ، والأول هو المعتمد.

(٧٨) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٥ ، أحكام العقود ، حديث ٢.

فيما يدخل في المبيع

قال عليه السلام : وفي دخول المفاتيح ، تردد ، ودخولها أشبه.

أقول : من أنها ليست من المبيع ولا من اجزائه فلا تدخل ، لأصالة بقاء الملك على مالكه ما لم يعلم الانتقال ، ومن اقتضاء العادة دخولها ، ولأنها من حقوقها فيدخل في المبيع.

قال عليه السلام : ولو كان في الدار نخل أو شجر لم يدخل في المبيع ، فإن قال بحقوقها ، قيل : يدخل ، ولا أرى هذا شيئاً.

أقول : القائل بالدخول هو الشيخ ، وتبعه ابن البراج وابن حمزة ، وهو ظاهر كلام ابن إدريس بناء على ان النخل والشجر من حقوق الدار ، فظاهر المصنف عدم الدخول الا ان يقول : (وما أغلق عليه بابها) ، وهو اختيار العلامة ، لأصالة بقاء الملك على بائمه^(٧٩) ما لم يعلم السبب الناقل ، ولم يثبت ان النخل والشجر من حقوق الدار.

قال عليه السلام : ولو باع النخل ولم يكن مؤبرا فهو للمشتري على ما أفتى به

^(٧٩) في « ن » : مالكه.

الأصحاب.

أقول : لا خلاف في أن الشمرة للمشتري مع عدم التأثير ، وإنما استند المصنف إلى فتوى الأصحاب ، لأن هذا الحكم يثبت بإجماعهم إذا الروايات ^(٨٠) الدالة على هذا الحكم ليست مصريحة فيه ، بل هي دالة من حيث المفهوم ، ودلالة المفهوم ضعيفة ، لكن الإجماع عضدها ، فلذلك نسب الحكم إلى أصحاب لا إلى الروايات الواردة فيه ، لضعف دلالتها عليه.

قال ﷺ : الأحجار المخلوقة : في الأرض والمعادن تدخل في بيع الأرض ، لأنها من أجزائها ، وفيه تردد.

أقول : منشئه مما قاله المصنف : (لأنها من أجزائها) ، ومن عدم صدق اسم الأرض عليها ، لأنها مخالفة لها بالاسم وبالماهية ، والأصل بقاء الملك على مالكه.

(٨٠) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٣٢ من أحكام العقود.

في التسليم

قال ﷺ : إطلاق العقد يقتضي تسليم المبيع والثمن ، فإن امتنع أحبرأ ، وإن امتنع أحدهما أحبر الممتنع ، وقيل : يجبر البائع أولاً ، والأول أشبه ، سواء كان الثمن عيناً أو دينا .
أقول : إذا قال البائع : (لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن) ، : وقال المشتري : (لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع) ، قال الشيخ في (المبسوط والخلاف) : الأولى أن يقال : على الحاكم أن يجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم يجبر بعد ذلك المشتري على تسليم الثمن ، لأن الثمن تابع للمبيع ، وتبعه ابن البراج .

وذهب المصنف إلى أن الحاكم يجبرهما معاً مع الامتناع دفعة واحدة . واختاره العالمة والشهيد ، وهو المعتمد ، لأن حالة انتقال المبيع إلى المشتري هي حالة انتقال الثمن إلى البائع ، فلا أولوية .

وقوله : (سواء كان الثمن عيناً أو ديناً) ، أراد بالدين الموصوف في الذمة مع كونه حالاً يجب تسليمه في الحال ، ولا يتوجه أحد أن مراده بالدين الموصوف بالذمة المؤجل ، لأن المؤجل لا يجب تسليمه إلا مع حلول الأجل مع وجوب

تسلیم عوضه حالا ، فلا يتصور إجبارهما معا ، ولا يتصور كون الثمن والثمن مؤجلين ، لأن ذلك بيع الدين بالدين فلا يجوز ، بل المراد ما قلناه.

قال ﷺ : والقبض هو التخلية ، سواء كان المبيع مما لا ينقل كالعقار ، أو مما ينقل ويحول كالثوب والجواهر والدابة. وقيل : فيما ينقل القبض باليد أو الكيل فيما يقال أو الانتقال في الحيوانات ، والأول أشبه.

أقول : التفصيل هو المشهور بين الأصحاب ، ذكره الشيخ في المسوط ، وبه قال ابن البراج وابن حمزة ، واختاره العلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ، لأنه المتعارف بين الناس وعادة الشرع رد الناس إلى ما يتعارفونه فيما لم ينص على مقصوده باللفظ كالأنبياء ، ويفيده صحيحه معاوية بن وهب ^(٨١) ، عن الباقي عليه السلام.

وقيل : هو التخلية بعد رفع اليد مطلقا ، واختاره المصنف.

قال ﷺ : وإذا تلف المبيع قبل تسلیمه إلى المشتري فهو من مال بائعه ، وكذا إن نقصت قيمته بحدث فيه كان للمشتري رده ، وفي الأرش تردد.

أقول : منشأه من انه لو تلف اجمع لكان من مال البائع ، فكذا أبعاضه وصفاته ، لأن المقتضي لثبت الضمان في الجميع . وهو عدم القبض . موجود في الصفات والأبعاض فثبت الحكم ، ومن أصالة عدم ثبوت الأرش.

وانما أوجبنا الخيار بين الرد والقبول بجميع الثمن لدفع الضرر اللاحق بإيجاب القبول ، والأول مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وأبو الصلاح ، واختاره العلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد ، والثانى مذهب الشيخ في الخلاف ، واختاره ابن إدريس.

(٨١) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٦ من أحكام العقود ، حديث ١١ ، لكن الرواية فيه عن أبي عبد الله عليه السلام .

قال ﷺ : إذا احتلط المبيع بغيره في يد البائع احتلاطا لا يتميز ان دفع الجميع إلى المشتري حاز ، وإن امتنع البائع قيل : ينفسخ البيع لتعذر التسليم ، وعندي أن المشتري بالخيار إن شاء فسخ وإن شاء كان شريكا للبائع ، كما إذا احتلطا بعد القبض.

أقول : وجوب القبول مع دفع الجميع مذهب الشيخ ، لأنه زاده فضلا فلا يتسلط على الفسخ ، لزوال العيب بزوال الشركة ، المعتمد عدم وجوب القبول ، لأن الزيادة تكون هبة والمبة لا يجب قبولها ، ويثبت الخيار بين الفسخ . لحصول العيب بالشركة . وبين الإمساء ويكون شريكا ، ولو كان الامتزاج بعد القبض لزم العقد ولم يثبت الفسخ وكان شريكا ، فان علمت حصة كل واحد منهما كانا شريكين بالنسبة ، والا وجب ان يصطلحا ، وهذا حكم مطرد في جميع ما يحصل معه الشركة .

قال ﷺ : ولو باع شيئاً فغصب من يد البائع ، فإن أمكن استعادته في الزمن اليسير لم يكن للمشتري الفسخ ، وإلا كان له ذلك ولا يلزم البائع أجراً المدة ، على الأظهر .

أقول : إذا لم يمكن استعادة العين الا بعد فوات شيء من منافعها ثبت خيار الفسخ ، فإذا لم يفسخ هل له ان يطالب البائع بالأجرة؟ يتحمل ذلك ، لأنه ضامن للعين قبل القبض ، فيكون ضامناً للمنافع ، ومن أصلالة براءة الذمة ، وأنه لو لم يغصب وبقيت في يد البائع مدة طويلة لم يكن ضامناً للأجرة ما لم يطلبها المشتري فيمنعه فيضمن حينئذ ، لأنه كالغاصب ، وقبل ذلك لا يضمن شيئاً ، سواء كانت في يده أو غصبت منه ، وذهب المصنف ، والعلامة في التحرير ، والشهيد الى عدم الضمان .

قال ﷺ : إذا ابْتَاعَ مِتَاعًا وَلَمْ يَقْبُضْهُ ، ثُمَّ أَرَادَ بِيعَهُ كَرْهًا ذَلِكَ إِنْ كَانَ مَا

يکال أو يوزن ، وقيل : إن كان طعاما لم يجز ، والأول أشبه . وفي رواية : يختص التحرير من بيعه بربح ، أما التولية فلا .

أقول : في هذه ثلاثة أقوال :

الأول : المぬ في جميع ما يکال أو يوزن ، وهو مذهب ابن أبي عقيل .

الثاني : اختصاص المぬ بالطعام ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط .

الثالث : الجواز في الجميع على كراهة فيما يکال أو يوزن ، ويكون قبض المشتري نائبا عن قبض البائع ، لأصلحة الجواز ، ولعموم ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْع﴾^(٨٢) ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والمفید ، واحتاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، ورواية علي بن جعفر ، عن أخيه عليهما السلام : « عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه إذا كان بربح ، والجواز إذا كان تولية »^(٨٣) . وبضمونها أفتى العلامة في التحرير .

قال ﷺ : وكذا إذا دفع إليه مالا ، وقال : اشترب به طعاما ، فإن قال : اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك ، صح الشراء دون القبض ، لأنه لا يجوز أن يتولى طرف العقد^(٨٤) ، وفيه تردد .

أقول : إذا دفع من عليه طعام إلى ديانته مالا ، وقال : (اشترب به طعاما) ، فان قال : (اشترب لنفسك) بطل الشراء ، لأنه لا يجوز أن يشتري الإنسان لنفسه بمال غيره . وإن قال : (اشترب لي واقبضه لنفسك) ، جاء الخلاف السابق في جواز بيع الطعام قبل قبضه ، أما الشراء للأمر فلا إشكال في صحته ، لأنه وكيل ، وما

. ٢٧٥) البقرة : .

(٨٣) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٦ من أحكام العقود ، حديث ٩ .

(٨٤) في الشرائع : القبض .

القبض لنفسه ففيه الخلاف ؛ لأنَّه قبضه عوضاً عما له عليه قبل أن يقْبضه صاحبه.
وان قال : (اقْبضه لِي ثُمَّ اقْبضه لِنفْسِكَ) ، صَح الشراء والقبض بلا خلاف ، واما
قبضه لنفسه ، فهو مبني على جواز تولي الواحد طرف العقد وعدمه ، وقد مضى
الخلاف فيه في باب البيع ، وقد منعه هنا الشيخ وابن البراج ؛ لأن الإيجاب والقبول لا بد ان
يكونا صادرين عن اثنين فلا يجوز فعلهما من واحد ، والمعتمد الجواز .

قال ﷺ : لو أسلفه في طعام بالعراق ، ثُمَّ طالبه بالمدينة ، لم يجب عليه دفعه ، ولو
طالبه بقيمتها ، قيل : لم يجز^(٨٥) ؛ لأنَّه بيع الطعام (على من هو عليه)^(٨٦) قبل قبضه ،
وعلى ما قلناه يكره ، ولو كان قرضاً جازأخذ العوض بسعر العراق ، فإنَّ كان غصباً لم
يجب دفع المثل ، وجاز دفع القيمة بسعر العراق ، والأشبه جواز مطالبة الغاصب بالمثل
حيث كان ، وبالقيمة الحاضرة عند الإعواز .

أقول : هنا ثلاثة مسائل :

الأولى : إذا أسلفه في طعام في العراق مثلاً ، ثُمَّ طالبه بالمدينة مثلاً وهذا لا يجب عليه
الدفع ، لاختلاف القيمة في موضع الأسلام وموضع المطالبة ، ولو اتفقا على الدفع
جاز ، فكما لا يجب على من عليه الطعام دفعه كذا لا يجب على من له الطعام قبضه ؛
لأنَّه في حمله معونه ، ولو طالبه بالقيمة لم يجب دفعها ، قال الشيخ : ولا يجوز ، بناء على
مذهبه من عدم جواز بيع الطعام قبل قبضه ، والمعتمد الجواز على كراهيته .

الثانية : إذا أقرضه طعاماً في العراق فطالبه في المدينة ، فالحكم فيه كما

(٨٥) في « ي » : لم يجب .

(٨٦) من الشرائع المطبوع .

(٨٧) هذه اللفظة ليست في « ن » و« ر ». ٢

سلف ، إلا فيأخذ القيمة ، فلا خلاف في جواز أخذها بسعر العراق ، ويجبر المقترض على دفعها إليه ؛ لأنه يجب عليه دفع حق المقرض مع المطالبة ، وقد تعتذر المثل لعدم وجوب دفعه في المدينة ، فيجب القيمة بسعر العراق .

الثالثة : لو غصبه طعاما في العراق ، ثم طالبه في المدينة ، فعند الشيخ وابن البراج حكمه كالقرض سواء ، وذهب المصنف إلى جواز مطالبة الغاصب بالمثل ، ومع تعتذر المثل يجب القيمة بسعر موضع المطالبة ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ؛ لأن الغاصب مخاطب بأشق الأحوال ففي أي موضع طالبه برد المغصوب وجوب عليه ، فإن أعزك كان عليه قيمة موضع الإعواز .

في الشرط

قال ﷺ : ويجوز ابتياع الملوك ، بشرط أن يعتقه أو يدبره أو يكتبه ولو شرط ان لا خسارة ، أو شرط أن لا يعتقها أو لا يطأها ، قيل : يصح البيع ويبطل الشرط.

أقول : البحث هنا في مقامين :

الأول في اشتراط فعل أحد هذه الأمور الثلاثة :

« أ » : ان يشترط عليه العتق ، ولا خلاف بين علمائنا في جواز هذا الشرط ، لأنه غير مخالف للكتاب ولا السنة فيجب الوفاء به ، فاذا باع بشرط العتق وجب الوفاء به ، وهل يكون حقا لله ، أو للعبد ، أو للبائع؟

يتحمل الأول ، لأنه كالملزم بالذر في حقهما ، ولأنه شرط يقتضي زوال الملك عن جميع الملائكة ، فلا يكون حقا لغير الله .

ويتحمل الثاني : لأن غايته ملك العبد نفسه وخروجه عن الرق وتسلطه على تصرفات الأحرار وتملكه لكتبه ، فكان حقا له .

ويتحمل الثالث ، لأنه ثبت بفعل البائع لتعلق غرضه به ، وربما تسامح لأجل

هذا الشرط ببعض الشمن فيكون حقا له ، وهو مذهب العلامة في القواعد ، وهو ظاهر التحرير ، لأنه استقرب عدم إجبار المشتري على العتق ، وهو يدل على انه حق للبائع لا لله ، وظاهر الشهيد انه حق لله.

فعلى القول بأنه حق لله تكون المطالبة للحاكم ويجبره مع الامتناع ، ولا يسقط بإسقاط البائع.

وعلى القول بأنه للبائع تكون المطالبة له ويسقط بإسقاطه ولا يجبر المشتري ، ومع الامتناع يتخير البائع بين الفسخ والإمساء.

وعلى القول بأنه للعبد يكون هو المطالب بالعتق ، ومع الامتناع يرفعه إلى الحاكم ليجبره على ذلك ، وكسبه قبل العتق للمشتري على جميع التقادير.

ويتفرع هنا فروع :

الأول : لو مات العبد أو قتل ، قبل العتق فال الخيار بحاله ، فإن فسخ رد الشمن الذي أحده وطالب المشتري بالقيمة يوم القبض ، لأنه وقت انتقال الضمان إلى المشتري ، وبحتمل يوم التلف ، لأنه قبله كان يجب رد العين ، وإنما وجبت القيمة بعد التلف ، وإن امضى رجع بما يقتضيه شرط العتق ، فإذا قيل : (قيمته لو بيع مطلقا مائة ، وبشرط العتق خمسة وسبعون) ، زيد على الشمن مثل ثلثه ، هذا مذهب العلامة في القواعد ، واستضعفه الشهيد لأن الشروط لا توزع عليها الشمن ، ومع الفسخ يتبين أنه مات على ملك البائع ، فمئونة التجهيز عليه ، والمحاكمة له لو كان قتيلا ، ومع عدم الفسخ ينعكس الحكم.

الثاني : هل يجوز إعفاقه عن الواجب على المشتري كالكافارة والنذر ، كما لو نذر عتق نسمة غير معينة؟ نقول : إن اشترط (البائع عتقه عن الواجب جاز ذلك قطعا ، ويكون فائدة هذا الشرط تخصيص هذا العبد بالعتق ، وإن اشترط)^(٨٨)

(٨٨) ما بين القوسين لم يرد في « ن ».

العقد مطلقاً لم يجز ، لوجوب العقد عليه بمقتضى الشرط ، فلا يجوز عن واجب غيره.

الثالث : أثبتت العالمة في القواعد الولاء للمشتري ، وهو مشكل ، لأن العقد واجب

، والعقد الواجب لا يثبت فيه ولاء.

وقد يجاب بأن مذهب العالمة أنه حق للبائع ، فلا يجبر المشتري على العقد ، بل هو مخير أن شاء أعتق وان شاء ترك ، فيتخير البائع حينئذ ، فإذا أعتق كان عتقه تبرعاً ، لكونه غير معين عليه لجواز الإخلال به ، أما على القول بأنه حق الله فلا يثبت فيه الولاء ، لإجباره على العقد لو أخل به.

الرابع : لو نكل به عتق ، ولم يجز^(٨٩) عن الشرط فيتخير البائع بين الفسخ والإمساء ، كما لو مات ، أو قتل ، وقد سبق^(٩٠) البحث فيه.

الخامس : لو باعه أو وقفه تخير البائع ، فإن اختار الإمساء نفذت العقود ، وإن اختار الفسخ بطلت العقود ، لوقعها في غير ملك تام ، ولو قلنا أنه حق الله وقعت العقود باطلة من رأس ، لتحتم العقد ، فلا ينفذ تصرف غيره.

السادس : لو باعه بشرط العقد احتمل الصحة ، لحصول غرض البائع وهو العقد ، واحتمل البطلان ، لأن العقد حق واجب عليه ، فلا يجوز نقله إلى غيره.

السابع : لو اشتري من يعتنق عليه بالملك بشرط العقد لم يصح ، لتعذر الوفاء بالشرط وهو العقد بعد الملك ، وهذا يعتنق عليه بنفس الملك من غير إعتاق بل قهراً.

«ب» : لو باعه بشرط التدبير ، صح هذا الشرط بلا خلاف ووجب الوفاء به ،
فإن ذرها فلا بحث ، وإن امتناع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ واسترجاع

(٨٩) في «ي ١» : يخرج.

(٩٠) ص ٦٢.

العبد ورد الشمن وبين الإمضاء ، فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقاً وقيمتها بشرط التدبير ، وهل يجوز الرجوع (في هذا التدبير؟) يحتمل ذلك ، لأن التدبير عقد جائز يجوز الرجوع فيه)^(٩١) فيسلط البائع على الفسخ كما لو لم يدبره ، ويحتمل العدم ، لوجوب الوفاء بالشرط ، وأنه تدبير واجب بمقتضى العقد فهو كالمذور ، فلا يجوز الرجوع فيه ، وأنه إبطال حق الغير وهو غير جائز .

ج : لو باعه العبد بشرط أن يكتبه فإن أطلق الشرط تخيير في المكاتبة بأي قدر شاء ، وإن عين قدرأ)^(٩٢) تعين ، فلو كتبه بأزيد تخيير بين الإجازة والفسخ ، ولو إلزامه بالكتابة بالقدر المشترط ، وكذا لو كتبه في صورة الإطلاق)^(٩٣) بأزيد من القيمة ، ولم يرض العبد ، فللبائع الخيار بين الفسخ والإمضاء ، وبين إلزامه بالمكاتبة بالقيمة . فإن امتنع تعين الفسخ أو الإمضاء ، ولا يجب على المشتري المكاتبة بأقل من القيمة إلا مع الشرط ، ومع الإطلاق يتخيير بين المطلقة والمشروطة ، ولو عين أحدهما تعين .

المقام الثاني : لو اشتري جارية بشرط أن لا خسارة عليه لو باعها ، أو)^(٩٤) لا يطأها ولا يعتقها ، فهذا الشرط ينافي عقد البيع ، لأن مقتضاه التسلط على جميع التصرفات ، وأن الربح له والخسران عليه ، وإذا كان منافياً كان باطلاً .

وإذا بطل الشرط ، هل يبطل البيع؟ ذهب العلامة والشهيد إلى بطلانهما معاً ، لأن الشرط يزيد الشمن باعتباره وينقص ، فإذا بطل الشرط بطل ما قابله من الشمن أو المثمن ، فيتحقق الجهة إلى الباقى ، وجهاً لأحد العوضين توجب بطلان

(٩١) ما بين القوسين من « ي ١ » ، وفي باقي النسخ كلمة : (فيه) بدل ما بين القوسين.

(٩٢) في « ن » : بقدر.

(٩٣) في « ي ١ » بزيادة : ويتخيير.

(٩٤) في « ي ١ » : (وأن) بدل (أو).

العقد ، ولعدم حصول الرضا بدون سلامة الشرط ، فمع بطلانه تكون تجارة عن غير تراض .
وقال الشيخ وابن البراج وابن الجنيد : يبطل الشرط دون العقد ، لأن الأصل صحة البيع ، ولعموم قوله تعالى ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبِيْعَ وَحَرَمَ الرِّبَا﴾^(٩٥) ، ولأن الشرط فرع على صحة البيع ، فلو كان الحكم بصحة البيع موقوفا على صحة الشرط لزم الدور .
تببيه : قال العالمة في المختلف^(٩٦) : المشهور بين علمائنا الماضين ومن عاصرناهم الا من شدّ انه يجوز بيع الشيء اليسير بأضعف قيمته بشرط ان يقرض البائع المشتري شيئاً ، لأنهم نصوا على جواز ان يبيع الإنسان شيئاً ويشترط الإقراض أو الاستئراض أو الإجارة أو السلف ، أو غير ذلك من الشروط السائغة ، وكان بعض من عاصرناه يتوقف في ذلك .
إلى هنا كلامه .

وأشار بالمتوقف الى شيخه المحقق نجم الدين ابن سعيد مصنف هذا الكتاب المشروح ،
نص على انه الحق ، صاحب الدرس ، قال : ولو باعه بأضعف القيمة ليقرضه أو ليرحل
ما عليه صح ، وتوقف فيه الحق ولا وجه له .

احتاج القائل بالجواز بعموم قوله تعالى ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبِيْعَ﴾^(٩٧) ، وهذا بيع فيكون داخلاً في العموم ، وبإجماع على جواز بيع الشيء بأضعف قيمته وبدون قيمته ، وانضمام الشرط اليه لا يغير حكمه ، لأنه شرط سائع يجوز انضممه إلى سائر عقود المعاوضة ، فلا مانع منه ، لعموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند

. ٢٧٥) البقرة : ٩٥

(٩٦) في « ر ١ » : التحرير .

. ٢٧٥) البقرة : ٩٧

شروطهم »^(٩٨).

ولهم على الجواز روایات ^(٩٩) كثيرة ، أعرضنا عنها لغلا يطول الكتاب .
واحتاج المانع بالروايات الواردة بالمنع ^(١٠٠) عن القرض إذا جرّ نفعا .
وأحیب بأنه غير صورة النزاع ، لأن الممنوع منه هو القرض مع اشتراط البيع بالمحاباة ،
والنزاع في العكس ، وهو البيع بالمحاباة مع اشتراط القرض ، فالمانع لا يصلح للمانعية .

فروع :

الأول : قال العلامة في التذكرة : لو باعه شيئاً بشرط أن يبيعه إياه لم يصح ، سواء
التحد الشمن قدرأ أو وصفاً أو عيناً أو لا ، والا جاء الدور ، لأن بيده له يتوقف على ملكه
المتوفّق على بيده له فيدور ، وأما لو شرط أن يبيعه على غيره صح عندنا ، لعدم منافاته
للكتاب والسنّة .

لا يقال : ما الزتموه من الدور وارد هنا .

لأننا نقول : الفرق ظاهر لجواز أن يكون جاريًا على حد التوكيل أو عقد الفضولي ،
بحلّال ما لو شرط البيع على البائع . هذا آخر كلامه بِهِمْ ، وهو يشعر بعدم حصول الملك
للمشتري قبل حصول الشرط ، لقوله في توجيهه الدور : لأن بيده له يتوقف على ملكه
المتوفّق على بيده ، فدل هذا على عدم حصول الملك قبل حصول الشرط ، (والا لم
يتوقف على البيع الذي هو شرط ^(١٠١) ، ويدل أيضًا

(٩٨) تقدم ص ٤٤ .

(٩٩) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٦ ، أبواب الخيار .

(١٠٠) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٢ ، أبواب الربا .

(١٠١) في « ر ٢ » : مشروط .

على عدم الانتقال قبل حصول الشرط)^(١٠٢).

قوله : (جاري على حد التوكيل أو عقد الفضولي) ، دل هذا الكلام على عدم انتقال الملك اليه وبقائه على ملك البائع ، والا لم يكن في بيته على الغير وكيلا ولا فضوليا ، وهذا واضح لا غبار عليه.

إذا ثبت هذا فالجمع بين تملك المشتري للنماء المتجدد بعد عقد البيع وقبل فعل الشرط ، واستقرار ملكه عليه لو فسخ البائع لأجل المخالفة بالشرط ، وأخذ البائع العين مجردة دون النماء ، وبين عدم ملكه للمبيع قبل فعل الشرط مشكل ، لأن النماء تابع للأصل ، فكيف يملك النماء ولا يملك الأصل مع كونه قابلا بهذه الأحكام ، ومع التحقيق يجب المصير إلى عبارة الدروس ، لأنه قال : ولو شرط بيع المبيع على البائع بطل لا للدور ، بل لعدم قطع نية الملك ، وهذا هو الصحيح الذي لا غبار عليه.

الثاني : لو صالح على إسقاط الشرط بعوض صح الا ان يكون عتقا ، وقلنا : انه حق الله ، ولو شرط في عقد آخر سقوط اللازم له بالعقد السابق صح أيضا ، ولو شرط تأجيل الدين الحال أو حلول الدين المؤجل لزم بنفس العقد.

الثالث : إذا شرط رهنا معينا أو ضمينا لزم الشرط ، فلو تلف الرهن أو مات الضميين ، فان كان بعد الرهن والضمان لم يؤثر ، وإن كان قبله كان له الفسخ.

الرابع : يجوز اشتراط رهن المبيع على ثمنه ، ومنعه الشيخ ، ولا يكفي عقد البيع عن عقد الرهن ، ولو جمع بينهما في عقد واحد وقدم الرهن بطل ، وإن قدم البيع ، مثل ان يقول : (بعتك الدار بألف وارتحنت العبد بها) ، فقال : (اشتريت ورهنت) ، فيه وجهان ، أقرهما المنع ، لعدم ثبوت الحق حال الرهن.

الخامس : لو شرط ان بيته على زيد ، فامتنع زيد من الشراء احتمل ثبوت

(١٠٢) ما بين القوسين لم يرد في « ن ».

الخيار للبائع ، لعدم حصول الشرط ، واحتلمل لزوم البيع ، إذا التقدير ان يبيعه على زيد ان اشتراه ، فإذا امتنع لزم العقد ، لأن الأصل في العقود اللزوم ، اما لو امتنع الضمين المشروط بعقد البيع كان له الفسخ ، لأن نفع الضمان عائد اليه ولم يرض بدونه ، وهو لم يحصل فتسلط على الفسخ.

قال ﷺ : ولو باعه أرضا على أنها جريان معينة ، وكانت أقل ، فالمشتري بالخيار بين الفسخ وأخذها بحصتها من الثمن ، وقيل : بل بكل الثمن ، والأول أشبه. ولو زادت كان الخيار للبائع بين الفسخ والإجازة بالثمن.

أقول : إذا باعه عشرة أجربة مثلا ، ظهرت خمسة ، قال الشيخ في الم نهاية : يتخير بين الفسخ وأخذها بحصتها من الثمن ، وتبعه أكثر الأصحاب ، واحتاره المصنف والعلامة في المختلف ، وقال في المبسوط بتخيير المشتري بين فسخ البيع وبين الإمضاء بجميع الثمن ، (وتبعه ابن البراج ، واحتاره العلامة في القواعد وفخر الدين في شرحه وأبو العباس في مقتضيه ، وهو المعتمد ، لأن العقد وقع على المبيع بجميع الثمن)^(١٠٣) فليس له الا الفسخ أو الإمضاء بالجميع ، لوقوع العقد عليه.

واحتاج الأولون بأنه وحده ناقصا فله مقابله من الثمن ، كما لو اشتري الصبرة على أنها عشرة أقفرزة ظهرت خمسة ، ولرواية عمر بن حنظلة ، عن الصادق ع ، وفي هذه الرواية : « إن كان للبائع أرض بجنب تلك الأرض لزم البائع أن يوفيه منها »^(١٠٤).

واستقرب في القواعد ان الخيار في طرف النقيضة للمشتري بين الفسخ والإمساء بجميع الثمن في متساوي الأجزاء و مختلفها ، وفي طرف الزيادة للبائع الخيار كذلك في المتساوي والمختلف ، المشهور ان متساوي الأجزاء يسقط الثمن

(١٠٣) ما بين القوسين لم يرد في « ن ».

(١٠٤) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٤ من أبواب الخيار ، حديث ١ .

على اجزاءه في الزيادة والنقصان.

فرع : على القول بأنه يرجع بالقسط من الشمن ، هل يثبت للبائع الخيار؟ يتحمل ذلك ، لأنه إنما رضي بيعها بالشمن أجمع ، فإذا لم يصل إليه كان له خيار الفسخ ، فلو بذل المشتري جميع الشمن لم يملك الفسخ حينئذ لوصول ما رضيه إليه .

في أحكام العيوب

قال ﷺ : التصرية تدلّيس يثبت بها الخيار بين الرد والإمساك ، ويرد معها مثل لبنيها أو قيمته مع التعذر ، وقيل : يرد ثلاثة امتداد من طعام ، وتحتبر بثلاثة أيام وتثبت التصرية في الشاة قطعا ، وفي الناقة والبقرة تردد.

أقول : التصرية تحين الشاة وجمع لبنيها في ضرعها بأن يتركها أوقاتا لا يخلبها ثم يخرج بها إلى السوق ، فираها المشتري فيرغب في شرائها لظنها أن هذا قدر حلبها ، ولا خلاف في جواز ردّها مع تحقق ذلك ، وإنما الخلاف في موضعين :

الأول : في حكم اللبن المحتلب منها ، والمشهور رده أن كان موجودا ، ومثله أن كان مفقودا ، وقيمه مع التعذر ، وهذا هو المعتمد ، لأن اللبن من ذوات الأمثال ، فعند حضوره يجبر البائع على أحذنه ، لأنه عين ماله ، ومع فقده يجب مثله ، فإن تعذر المثل وجبت القيمة كغيره من الأعيان المضمونة.

وقال الشيخ في الخلاف والميسوط يرد صاعا من تمر أو بر على ما نص (١٠٥)

(١٠٥) راجع الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٣ ، أبواب الخيار ، حديث ٢ ، ٣ وليس فيهما البر ، والمستدرك باب ١١ ، أبواب الخيار ، حديث ١ ، ٣ ، ٤ ، ٥.

عليه النبي ﷺ ، قال : دليلنا إجماع الفرقـة واحـبارـهم ، فإن الأخـبارـ الـوارـدةـ عنـ النبي ﷺ تـضـمـنـتـ الـبـيرـ أوـ التـمـرـ ، فـمـنـ قـالـ بـغـيرـهـماـ فـعـلـيـهـ الدـلـالـةـ ، وـمـثـلـهـ قـالـ فيـ المـبـسـطـ ، ثـمـ قـالـ فـيـهـ : فـانـ تـعـذـرـ . يـعـنيـ الصـاعـ . وجـبـتـ قـيمـتهـ وـانـ أـتـىـ عـلـىـ قـيمـةـ الشـاةـ ، ثـمـ تـرـدـدـ مـعـ بـقـاءـ عـيـنـ الـلـبـنـ بـيـنـ إـجـبـارـهـ عـلـىـ أـخـذـهـ ، لـأـنـهـ عـيـنـ مـاـ لـهـ ، وـبـيـنـ الـعـدـمـ وـإـلـزـامـ الـمـشـتـريـ بـالـصـاعـ لـعـمـومـ النـصـ .

وـجـزـمـ ابنـ البرـاجـ فـيـ المـهـذـبـ عـلـىـ عـدـمـ إـجـبـارـ الـبـائـعـ عـلـىـ أـخـذـ عـيـنـ الـلـبـنـ ، وـحـمـلـهـ العـلـامـةـ فـيـ الـمـخـتـلـفـ عـلـىـ تـغـيـرـ صـفـاتـ الـلـبـنـ ، لـأـنـ مـنـ شـائـنـهـ التـغـيـرـ ، وـهـوـ يـدـلـ عـلـىـ اـنـهـ مـعـ التـغـيـرـ لـاـ يـجـبـ عـلـىـ الـبـائـعـ أـخـذـهـ ، وـالـشـهـيدـ الزـمـ أـخـذـهـ^(١٠٦) مـعـ الـأـرـشـ ، وـهـوـ فـتـوىـ الـقـوـاعـدـ ، وـهـوـ الـمـعـتمـدـ .

وـقـيلـ : رـدـ مـعـهـ ثـلـاثـةـ أـمـدـادـ مـنـ طـعـامـ ، رـوـاهـ الـخـلـيـيـ «ـ فـيـمـ اـشـتـرـىـ شـاةـ فـأـمـسـكـهـ ثـلـاثـةـ أـيـامـ ثـمـ رـدـهـاـ وـقـدـ شـرـبـ لـبـنـهـ »^(١٠٧) ، وـلـمـ يـذـكـرـ الـمـصـرـةـ ، وـمـثـلـهـ قـالـ الشـيـخـ فـيـ الـنـهـاـيـةـ . وـابـنـ إـدـرـيسـ قـيـدـهـ بـالـمـصـرـةـ .

الـثـانـيـ : فـيـ ثـبـوـتـهـ فـيـ النـاقـةـ وـالـبـقـرةـ ، وـبـعـدـ ثـبـوـتـهـ قـالـ الشـيـخـ فـيـ المـبـسـطـ وـابـنـ البرـاجـ وـابـنـ الجـنـيدـ وـابـنـ إـدـرـيسـ ، وـادـعـيـ الشـيـخـ إـلـجـمـاعـ ، وـاـخـتـارـهـ الـعـلـامـةـ فـيـ الـقـوـاعـدـ وـالـتـحـرـيرـ ، وـتـوـقـفـ فـيـ الـمـخـتـلـفـ ، لـأـصـالـةـ لـزـومـ الـعـقـدـ وـسـقـوـطـ الـخـيـارـ مـعـ الـتـصـرـفـ ، خـرـجـ مـنـ الشـاةـ لـوـقـوعـ الـاـتـفـاقـ ، يـقـىـ الـبـاقـيـ عـلـىـ الـأـصـلـ ، وـهـوـ اـخـتـيـارـ فـخـرـ الـدـينـ . اـحـتـجـ الـمـبـتـونـ بـالـخـادـ الـعـلـةـ .

تـبـيـهـ : مـدـةـ خـيـارـ الـتـصـرـفـ ثـلـاثـةـ أـيـامـ ، وـهـلـ هـيـ ثـلـاثـةـ الـثـابـتـةـ لـلـحـيـوانـ ، أـوـ

(١٠٦) فـيـ «ـ نـ »ـ : إـجـبـارـهـ .

(١٠٧) الـوـسـائـلـ ، كـتـابـ التـجـارـةـ ، بـابـ ١٣ـ ، مـنـ الـخـيـارـ ، حـدـيـثـ ١ـ .

هي ثابتة للتصرية؟ نص الشيخ على الأول ، وهو ظاهر التحرير ؛ لأنه قال فيه : مدة الخيار في المقدرة ثلاثة أيام كغيرها من الحيوانات ، وروى العامة أنها ثابتة للتصرية^(١٠٨) . وتظهر الفائدة لو أُسقط خيار الحيوان ، فان قلنا بالمخايرة فخيار التصرية باق ، وإن قلنا بالاتحاد سقط.

والتصرية تثبت بإقرار البائع ، وبنقص حلبيها في الثلاثة عن الخلبة الأولى ، فإن تساوت الخلبات ، أو زادت الأخيرة فلا خيار ، واستشكل في التحرير بشبوته قبل انقضاء الثلاثة بعد فتواه بعدم الثبوت.

وقال في القواعد : ولو علم بالتصرية قبل الثلاثة تخير على الفور ، ولعل فتوى التحرير أقرب ، لعدم ثبوت الخيار إلا بعد تحقق التصرية ولا تتحقق إلا بنقص حلبيها في الثلاثة عن الخلبة الأولى ، فلا بد من الاختبار مدة الثلاثة ، وتحمل فتوى القواعد على حصول العلم بإقرار البائع ، فحينئذ تتحقق التصرية ويثبتت الفسخ.

ولو تصرف بغير الخلب سقط الرد ولا يثبت بالتصرية أرش ؛ لأنها تدليس ، (وهو لا يثبت الأرش ، بل الخيار بين الرد والإمساك ، ويسقط خيار التدلisis)^(١٠٩) بالصرف عدا حلب المقدرة.

قال عليه السلام : تحمير الوجه ووصل الشعر تدلisis يثبت به الخيار دون الأرش ، وقيل : لا يثبت به خيار ، والأول أشبه.

أقول : قال الشيخ في الخلاف : لو بيض وجهها بالطلاء ، ثمَّ أسمر ، أو حمر خديها بالذمار وهو الكلكون ، ثمَّ اصفر لم يكن له خيار ، وقال في المبسوط :

(١٠٨) سنن البيهقي ٥ : ٣١٨ - ٣١٩.

(١٠٩) ما بين القوسين سقط في « م ».

يثبت له الخيار ، ثم قال : ولو قلنا ليس له الخيار ، لأنه لا دليل في الشرع على كونه عيناً يوجب الرد ، كان قوياً.

وقال ابن البراج : له الخيار بين الرد والإمساك ، واختاره ابن إدريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لأنه تدلّيس فأوجب الخيار كغيره ، وأن الأغراض تختلف ، فربما شاهده المشتري على صفتة ، فرغب إليه لتلك الصفة ، ولم يسلم له ، فيثبت له الخيار.

فرع : لو أشبع الشافة فامتلأ خواصرها فظنها المشتري حبل ، أو سود أنامل العبد أو ثوبه ، فظننه كتاباً فلا خيار ، لأنه لا يتعين في الجهة التي ظنها ، إذ قد يسود أنامل غير الكاتب ومتلئ حاصرة غير الحبل .

قال رَجُلُ اللَّهِ : إذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض ، كان للمشتري رده ، وفي الأرض تردد . ولو قبض بعده وحدث في الباقي حدث ، كان الحكم كذلك فيما لم يقبض .
أقول : أما منشأ التردد في حدوث العيب بعد العقد وقبل القبض ، فقد مضى في باب قبض المبيع فلا وجه لإعادته ، وأما قوله : لو قبض بعده وحدث في الباقي حدث كان الحكم كذلك فيما لم يقبض فغير مسلّم ، بل يتخير في الجميع ، لعدم حواز تبعيض الصفقة .

في المراقبة والملاعبة

قال ﷺ : فلو باع مراقبة فبان رأس ماله أقل ، كان المشتري بالخيار بين رده وأخذه بالثمن وقيل : يأخذه بإسقاط الزيادة ، ولو قال اشتريته بأكثر ، لم يقبل منه ولو أقام بينة ، ولا يتوجه على المبتاع يعين الا أن يدعى عليه العلم.

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الأول : إذا بان الثمن انقص مما وقع عليه العقد ، قال الشيخ في المبسوط وابن الجنيد : يأخذه بإسقاط الزيادة . واحتلما بما قابل الزيادة من الربح ، فالشيخ أسقطه تبعاً لمقابلة من الأصل ، وابن الجنيد أثبته ان كان درهماً معيناً ، لأنّه باع برأس ماله وربح هذا المعين ، فإذا ظهر الكذب في رأس المال سقطت الزيادة ، ولا يسقط شيء من الربح ، لأن الربح مقابل رأس المال ، والزيادة ليست من رأس المال ، فلا يقابلها شيء من الربح ، فان كان الربح غير معين بالدرارهم ، بل يجزئ من الثمن بأن يقول : بعتك برأس مالي وهو مائة مثلاً وربح ثلث الثمن ثم ظهرت الزيادة سقطت هي ومقابلتها من الربح ، والمشهور ثبوت الخيار بين الفسخ والإمساء بجميع ما وقع عليه العقد ، وهو المعتمد ، لأن العقد يتناول هذا القدر ،

وقد رضي المشتري به وانعقد البيع على ذلك ، وظهور النقيصة لا يوجب البطلان ، بل يثبت الخيار.

الثاني : إذا ادعى الغلط وان رأس ماله أكثر مما ذكره ، فالمصنف لم يتردد في عدم قبول دعواه ولا بينته للتکذيب ، وقال الشيخ في المبسوط : (ولو قال وكيلي كان اشتراه بأزيد) واقام بذلك بینة ، قبلت بيته ، قال : ولو قلنا أنها لا تقبل ، لأنها كذبها بالقول الأول كان قويا ، والشهيد اختار قبولها إذا أقامها على مشتري الوكيل ، واختار العلامة في المختلف قبولها مطلقا ، لأنه لو صدقه المشتري قبل ، فله إقامة البينة مع التکذيب ، وفي القواعد لم يتردد بعدم القبول ، بل نقل عبارة الشرائع كما هي ، وكذلك في التحرير ، الا انه زاد فيه ما قابله الشيخ في دعوى شراء الوكيل .

قال عليه السلام : إذا حطَّ البائع بعض الثمن ، حاز للمشتري أن يخبر بالأصل ، وقيل : إن كان قبل لزوم العقد ، صحت ولحق بالثمن ، وأخیر بما بقی ، وإن كان بعد لزومه كانت هبة مجدة وجاز الإخبار بأصل الثمن .

أقول : التفصيل مذهب الشيخ في المبسوط بناء على مذهبه من ان المبيع لا ينتقل إلا بعد مدة الخيار ، والمشهور عدم التفصيل ، وهو المعتمد ، لأن العقد ناقل ، ومضي مدة الخيار سبب اللزوم ، لا سبب النقل ، ولا لها مدخل فيه ، فالإسقاط بعد العقد هبة مجدة ، سواء كان في مدة الخيار أو بعدها .

في الربا

قال ﷺ : فيجوز بيع المتجانس وزنا بوزن نقدا ، ولا يجوز مع زيادة ، ولا إسلاف أحدهما في الآخر على الأظهر.

أقول : إذا تماثل الشمن والمثمن في الجنس ، وكانا ربيعين جاز البيع نقدا من غير زيادة في أحدهما بلا خلاف ، والمشهور بين الأصحاب عدم جواز إسلاف أحدهما في الآخر وإن لم تحصل الزيادة. قال العالمة في المختلف : ولا أعرف في ذلك خلافا الا قولا شادا للشيخ ذكره في الخلاف ، فإنه قال فيه : ويجوز بيع الجنس بعضه ببعض مماثلا يدا بيد ، ويذكره نسيئة. قال : لكن الشيخ قد يطلق على المحرم اسم المكروه ، كما قال في هذا الكتاب : يكره الأكل والشرب من آنية الذهب والفضة ، وقصده التحرير.

قال ﷺ : وإذا اختلف الجناس ربيعتان جاز التماثل ^(١١٠) والتفضيل نقدا ، وفي النسيئة تردد ، والأحوط المنع.

أقول : إذا اختلف أحناس الربيعات جاز البيع مع التفضيل نقدا بلا

(١١٠) من الشرائع المطبوع.

خلاف ، وهل يجوز نسيئة؟ قال الشيخ في النهاية : يجوز ، وهو قول ابن حمزة ، وقال المفيد وسلاط بالكراء ، وهو اختيار ابن إدريس والعلامة أبي العباس في المقتصر.

احتج ابن حمزة بقوله عليه السلام : « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » (١١١).

واحتاج المانعون بقوله عليه السلام : « إنما الربا في النسيئة » (١١٢).

واحتاج القائلون بالكراء بأنه جمع بين الأدلة.

وإذا كان الشمن والمثمن عوضين غير ربوين كالثياب والعبيد حاز البيع مع التفاضل بلا خلاف ، وهل يجوز نسيئة؟ منعه الشيخ في النهاية والخلاف ، وهو قول ابن أبي عقيل وابن الجنيد ، وقال في المبسوط : انه مكروه ، وابنا بابويه أطلقوا الجواز ، واستند الجميع الى الروايات (١١٣).

قال عليه السلام : والخنطة والشمير جنس واحد في الربا على الأظهر ، لتناول اسم الطعام

لهمـا.

أقول : هذا مذهب الشيختين وسلاط وأبي الصلاح وابن البراج وابن حمزة ، واحتاره المصنف والعلامة والشهيد ، وهو المعتمد ، ولم يذكر عليه روايات (١١٤) كثيرة.

وقال ابن الجنيد وابن أبي عقيل : انهما نوعان ، واحتاره ابن إدريس ، لاختلافهما صورة وساها وطعمها.

قال عليه السلام : والحمام جنس واحد ، ويقوى ان كل ما يختص باسم واحد.

(١١١) المستدرك ، كتاب التجارة ، باب ١٢ ، أبواب الربا ، حديث ٤.

(١١٢) كنوز الحقائق ، ص ٧٥.

(١١٣) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٣ من الربا.

(١١٤) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٨ من الربا.

فهو جنس على انفراده ^(١١٥) كالفحات والورشان وكذا السموك.

أقول : هنا مسئلتان :

الأولى : في الحمام ، ويحتمل ان يكون جنسا واحدا لشمول اسم الحمام له ، ويحتمل ان كل ما يختص باسم فهو جنس على انفراده ، لاختلاف لحوم الحيوان باختلاف أسمائه مع شمول اسم الحيوان لها ، والأول اختيار العلامة والشهيد ، وانما يتصور الربا في الطير إذا بيع لحمه وزنا .

الثانية : في السموك ، وقوى الشيخ أنها جنس واحد ، وقواه الشهيد ، وجزم به العالمة في القواعد ، وقال في التحرير : كل ما اختص باسم وصفة فهو صنف مخالف للصنف الآخر.

قال رحمه الله : ويجوز التفاضل بينهما نقدا وفي النسيئة تردد.

أقول : قد سبق ^(١١٦) البحث في ذلك.

قال رحمه الله : ولو كان معدودا كالثوب بالثوبين والثياب ، والبيضة بالبيضتين والبيض نقدا ، وفي النسيئة تردد.

أقول : قد سبق ^(١١٧) البحث فيه أيضا.

قال رحمه الله : ويشتت في الطين الموزون كالأرمني على الأشبه.

أقول : هذا مذهب الشيخ في المسوط ، وبه قال ابن البراج ، واما ما يدخل في الأدوية من الطين الأرمني والخراساني ، فلا يجوز بيعه ، لأنه حرام ، فلا معنى لدخول الربا فيه ، المعتمد الأول ، لأن تحريم الأكل لا يستلزم تحريم البيع إذا كان فيه منفعة ، وإذا جاز بيعه دخل الربا فيه إذا بيع وزنا ، والأرمني قيل : انه طين قبر

(١١٥) (على انفراد) من الشرائع.

.٧٧ (١١٦) ص

.٧٨ (١١٧) ص

الإسكندر ، وقيل : انه طين احمر يجلب من الأرمن يعالج به الأطباء.

قال ﷺ : والاعتبار بعادة الشرع مما ثبت انه مكيل أو موزون في عصر النبي ﷺ نبني عليه ، وما جهلت الحال فيه رجع الى عادة البلد ، ولو اختلفت البلدان فيه كان لكل بلد حكم نفسه ، وقيل : نغلب جانب التقدير ونثبت التحرير عموماً.

أقول : قال الشيخ في المسوط : المماثلة شرط في الربا ، وإنما تعتبر المماثلة بعرف العادة بالحجاز على عهد رسول الله ﷺ ، فإذا كانت العادة فيه الكيل لم يجز الاكيلا فيسائر البلاد ، وما كان العرف فيه الوزن لم يجز الا وزنا في سائر البلاد ، والمكيل مكيال أهل المدينة ، والميزان ميزان أهل مكة ، هذا كله بلا خلاف ، فان كان مما لا يعرف عادته في عهد النبي ﷺ حمل ذلك على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء ، فإذا ثبت ذلك الشيء فما عرف كيلا لا يباع الاكيلا ، وما عرف فيه الوزن لا يباع الا وزنا ، وتبعه ابن البراج ، واحتاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لأن لكل بلد عرفا خاصا ، فإذا انتفى العرف في عهد رسول الله ﷺ انصرف الى عرف ذلك البلد ، ولأصالحة عدم التحرير ، فان كان عرف ذلك البلد يبعده جزافا جاز فيه التفاضل ، وان كان عرفه كيلا أو وزنا ، حرم فيه التفاضل .

وقال المغید : يحكم بالأغلب عند الاختلاف ، فان كان الأغلب فيه الجراف جاز فيه التفاضل ، وان كان الأغلب فيه الكيل أو الوزن لم يجز ، وتبعه ابن إدريس ، لأن المعلوم من عادة الشرع اعتبار الأغلب واطراح النادر.

وفي النهاية غلب جانب التقدير وحرم التفاضل في الجميع ، لأن الأصل في الأشياء التقدير ، ولل الاحتياط حذرا من الوقوع في الربا ، وتبعه سلار.

قال ﷺ : ولو باع لحاما نيا بمقدار متساوية ، جاز وكذا لو باع بسرا

برطب ، وكذا لو باع حنطة مبلولة ببابسة لتحقق المماثلة ، وقيل : بالمنع نظراً لتحقق النقصان عند الجفاف ، أو إلى انضياف أجزاء مائة مجهلة ، وفي تحريم بيع الرطب بالتمر تردد ، والأظهر اختصاصه بالمنع اعتماداً على أشهر الروايتين.

أقول : هنا مسائل متعددة ، والعلة فيها متحدة ، وقد اختلف الأصحاب في جواز بيع الرطب باليابس من جنسه متساوياً نقداً ، مع اتفاقهم على المنع من بيعه نسيئة ومتفاضلاً.

فالمぬ مطلقاً في كل رطب مع يابسه مذهب ابن الجنيد ، واختاره العلامة ، للاشتراك في العلة المنصوصة^(١١٨) ، وهي النقص عند الجفاف.

والجواز مطلقاً في كل رطب مع يابسه مذهب الشيخ في الاستبصار ، وبه قال ابن إدريس ، قال : لأن بيع الجنس بالجنس مثلما يمثل جائز سائع ، والمنع يحتاج إلى دليل ، قال : وقول شيخنا في النهاية : لا يجوز بيع التمر بالرطب (والزيسب بالعنبر)^(١١٩) ، لأنه إذا جف نقص . ، غير واضح ، بل يجوز ذلك ، ومذهبنا ترك التعلييل والقياس.

وابن حمزة اقتصر على المنع ، من بيع التمر بالرطب والزيسب بالعنبر ، وهو مذهب الشيخ في النهاية.

وفي الخلاف اقتصر على المنع من بيع التمر بالرطب والحنطة المبلولة بالجافة ، لفقدان الطريق إلى العلم بمقدار ما فيها من الماء ، قال : وما الزبيب بالعنبر أو قرفة رطبة ببابتها ، مثل التين الرطب بالجاف واللحم^(١٢٠) الرطب بالمقدار وأما أشبه ذلك ، فلا نص لأصحابنا فيه ، والأصل جوازه ، لقوله تعالى : ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ﴾

(١١٨) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٤ من الربا حديث ١ و ٢.

(١١٩) لم يرد في « ر ٢ ».

(١٢٠) (اللحم) من « ي ١ » وفي الباقي (الخوخ).

البيع ^(١٢١) ، والمصنف خصص المنع ببيع التمر بالرطب ، للرواية ^(١٢٢) المشهورة عن الصادق ع ^{عليه السلام} وذكر ع ^{عليه السلام} علة المنع ، وهي النقص عند الجفاف ، فعداها ابن الجنيد والعلامة إلى كل مشارك في العلة.

قال ^{عليه السلام} : إذا كان في حكم الجنس الواحد وأحدهما مكيل والآخر موزون ، كالحنطة والدقيق فيبيع أحدهما بالآخر وزنا جائز وفي الكيل تردد ، والأحوط تعديلهما بالوزن.

أقول : الحنطة من المكيل وكذا الدقيق ، لأن أصله الحنطة ، فإذا بيع الحنطة بالدقيق

قال الشيخ وابن إدريس : يباع وزنا احتياطا ، واختاره المصنف والعلامة في التحرير ، لأن الوزن أصل الكيل فيرجع إليه إذا حصل في الكيل تفاوت كالحنطة والدقيق فإن الحنطة ثقيلة والدقيق خفيف ، يتغافل في المكيال ، فإذا بيعا كيلا حصل التفاضل المفضي إلى الربا ، فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر كيلا.

وقال العالمة في المختلف : لا يجوز بيع أحدهما بالآخر وزنا ، والا جاء الربا ، لأن تساويهما في الوزن يقتضي التفاضل بينهما فيما جعله الشارع معيارا لهما ، فلا ربا وإن اختلفا فيما سواه ، لأنه غير معيار لهما.

والأول أشهر بين الأصحاب أما لو بيع ما أصله الكيل كالحنطة بما أصله الوزن كالخبز

، بيع وزنا لينزول ^(١٢٣) التفاضل.

قال ^{عليه السلام} : بيع العنب بالزيسب جائز ، وقيل : لا طردا لعلة الربط بالتمر ، والأول

أشبه ، وكذا البحث في كل رطب مع يابسه.

(١٢١) البقرة : ٢٧٥ .

(١٢٢) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٤ أبواب الربا ، حديث ١.

(١٢٣) في « م » و« ي ١ » : لزوال.

أقول : سبق البحث في هذه ^(١٢٤) فلا وجه لإعادته.

قال ﷺ : ويشت بين المسلم والذمي ، على الأشهر.

أقول : بثبوته قال الشيخ وابن البراج وابن إدريس ، واحتاره المصنف والعلامة والشهيد وأبو العباس ، وهو المعتمد ، لعموم ^(١٢٥) النهي عن الربا ، ولأن أموالهم معصومة ، فلا يجوز أنخذها بعقد باطل كالمسلمين.

وبعد التثبت قال المفید والسيد المرتضى وابنا بابويه ، لما رواه ابن بابويه عن الصادق ^ع « قال : ليس بين الذمي والمسلم ولا بين المرأة وزوجها ربا » ^(١٢٦) ، وحملت هذه الرواية على غير الملزوم بشرط الذمة ، لأن غير الملزمين بالشروط لا تحرم أموالهم على المسلمين ، وحكمهم حكم أهل الحرب في حل أموالهم على المسلمين ، وعدم ثبوت الربا بينهم وبين المسلمين.

تنبيه : كل اثنين لا يثبت الربا بينهم كالوالد والولد وأن الزوج والزوجة والعبد وسيده على القول بأن العبد يملك ، يجوز لكل واحد منهماأخذ الفضل من صاحبه ، الدرهم بالدرهرين والدينار بالدينارين ، وغير ذلك الا المسلم والحربي فإن المسلم يجوز لهأخذ الفضل من الحربي ، ولا يجوز ان يعطيه بأن يأخذ منه درهما ويعطيه درهرين ، لما رواه ابن بابويه عن رسول الله ^{صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ} : « ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا نأخذ منهم ولا نعطيهم » ^(١٢٧).

ولا فرق في الزوجة بين الدائم والمنقطع ، قاله الشهيد ، ورئما قيل باختصاص الدائم دون المنقطع ، لأن لها التصرف بماله بغير اذنه بمثل المأذون

(١٢٤) ص ٨١

(١٢٥) البقرة : ٢٧٥ و ٢٧٨ ، آل عمران : ١٣٠ .

(١٢٦) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٧ أبواب الربا ، حديث ٥ .

(١٢٧) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٧ أبواب الربا ، حديث ٢ .

كاملح والخل واللحم ، وجميع ما يؤتدم به ، بخلاف الممتع بها ، فإنها لا يجوز لها التصرف بشيء من ماله .

قال ﷺ : لا يجوز بيع لحم الحيوان من جنسه ، كلحم الغنم بالشاة ، ويجوز بغير جنسه ، كلحم البقر بالشاة ، لكن بشرط أن يكون اللحم حاضرا .

أقول : حزم المصنف بعدم جواز بيع اللحم بحيوان من جنسه ، وهو المشهور بين الأصحاب .

وقال ابن إدريس : يجوز ذلك إذا كان اللحم موزونا ، سواء اتفق الجنس أو لا يدا ييد ، وسلفا أيضا إذا كان اللحم معجلا دون العكس ، إذ لا يجوز السلف في اللحم ويجوز في الحيوان ، لأن المقتضي وهو قوله تعالى ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١٢٨) موجود . والمانع وهو الربا منتف ، إذ الربا إنما يثبت في الموزون والحيوان ليس بموزون ، واحتاره العلامة في التحرير ، قال فيه : ومنعه الشيخ رحمه الله توبيلا على رواية ضعيفة السندي قاصرة عن افاده المطلوب .

وال الأول مذهب الشيخ والمفيد وسلامر وابن البراج وابن الجنيد وابن حمزة ، واحتاره المصنف والعالمة في المختلف والشهيد قال : قال العالمة في المختلف : لنا انه أحوط وأسلم من الربا ، ولم نقف هنا على مخالف ، وابن إدريس قوله محدث لا يعول عليه ولا يثلم في الإجماع ، وأن الشيخ ادعى في الخلاف الإجماع ، وقوله حجة .

قال ﷺ : ويشترط في صحة بيعها زائدا على الريويات التقادب في المجلس ، فلو تفرقا قبل التقادب يبطل الصرف على الأشهر^(١٢٩) .

أقول : هذا هو المشهور حتى ان العالمة في التحرير ادعى عدم الخلاف في

. ٢٧٥) البقرة : (١٢٨)

(١٢٩) في « ر ١ » : الأظہر .

اشتراط التقابض في المجلس ، وقال محمد بن بابويه بعده ، لأصالة الصحة وأصالة عدم الاشتراط ، والمعتمد الأول ، لقوله عائلاً : « الذهب والفضة يباعان يداً بيد »^(١٣٠).

فرع : لو أوقعنا العقد على دينار معلوم بدرهم معلوم ، ثم تقابضا جزافا ليزناه في مكان آخر جاز والزائد يكون امانة ، وان نقص بطل البيع فيما قابل النقيصة ، وصح فيما قابل المقبوض ، ويثبت الخيار لبعض الصفة.

قال عليه السلام : لو كان له عليه دراهم ، فاشترى بها دنانير ، صح وإن لم يتقابضا ، وكذا لو كان له دنانير فاشترى بها دراهم ، لأن النقادين من واحد.

أقول : ظاهر المصنف ان الذي له الدرارم هو الذي باشر الشراء من عليه ، وهذا لا يصح الا مع قبض الدنانير التي هي عوض الدرارم في المجلس ، لاشتراط التقابض في الصرف ، اما لو أمر من له الدرارم من عليه تحويلها الى الدنانير ، كما جاء في الرواية^(١٣١) فحييئذ يكون وكيلا في الشراء والقبض ، وقد اجازه الشيخ في النهاية وابن الجنيد ، ومنعه ابن إدريس.

واحتاج الشيخ برواية إسحاق بن عمار^(١٣٢) ، ورواية عبيد بن زارة^(١٣٣).

واحتاج ابن إدريس باشتراط التقابض في الصرف ، فلا يصح بدونه.

وذهب فخر الدين الى اختيار ابن إدريس ، لأن العمل بمضمون الرواية متتيب على قواعد وهي مشكوك فيها.

منها : ان ما في الذمة مقبوض.

(١٣٠) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢ أبواب الصرف ، حديث ٣.

(١٣١) لاحظ المصادرتين التاليتين.

(١٣٢) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٤ أبواب الصرف ، حديث ١.

(١٣٣) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٤ أبواب الصرف ، حديث ٢.

ومنها : انه ليس بيع دين بدين.

ومنها : جواز تولي الواحد طرف العقد.

ومنها : ان قبض الوكيل قبض الموكل ، وهذه القواعد التي ذكرها فخر الدين . وان كانت مشكوكا فيها . فان عليها عمل أكثر الأصحاب ، وإذا كانت الرواية من الصاحح المشاهير لا ينافيها الشك في هذه القواعد العامل بها أكثر الأصحاب ، بل لو لم يعمل بهذه القواعد احد وجب المصير الى النص ما أمكن العمل به ولو على وجه من التأويل ، فكيف إذا كانت هذه الأصول مقوية للنص؟ لأن أكثر الأصحاب على العمل بهذه الأصول ، وان وقع في بعضها خلاف فهو متروك عند الأكثر ، فلا يصلح لمعارضة النص.

قال عليه السلام : إذا اشتري دراهم في الذمة بمثلها ، ووُجِدَ ما صار إليه غير فضة قبل التفرق ، كان له المطالبة بالبدل ، فإن كان بعد التفرق يبطل الصرف ، وإن كان البعض ، يبطل فيه ، وصح فيباقي ، فان لم يخرج بالعييب عن الجنسية كان خيرا بين الرد والإمساك بالثمن من غير أرش ، وله المطالبة بالبدل قبل التفرق قطعا ، وفيما بعد التفرق تردد.

أقول : فرض المسألة ان الثمن والمثمن من جنس واحد ، فإذا تقابلوا في المجلس ، ثم وجد أحدهما فيما صار اليه عيوبا من جنسه كخسونة الجوهر واضطراب السكة كان خيرا بين ثلاثة أشياء : الفسخ ورد المبيع ، وبين الإمساك مجانا من غير أرش حذرا من الربا ، وبين المطالبة بالبدل ، لأن المعقود غير معين فلا يتعين المعيوب بالقبض ، وإذا لم يتعين جاز له رده وأخذ بدله ما داما في المجلس.

وهل يجوز أخذ البدل بعد التفرق من المجلس؟ ذهب اليه الشيخ وابن حمزة والعلامة في القواعد ، ونازع في المختلف في جواز الفسخ الا مع تعذر

الإبدال ، لأن المعيب لم يتعين بالقبض ، والعقد تناول السليم من العيب ، فله المطالبة بما تناوله العقد وليس له الفسخ ، لأصلالة لزوم البيع.

وعلى قول المختلف بعدم جواز الفسخ بعد التفرق مع حصول البدل ، فعدم جوازه

قبل التفرق مع حصوله أولى.

وتردد المصنف في جوازأخذ البدل بعد التفرق من ان البدل هو المبيع لظهور المعيب غير المبيع والا لم يجز البدل ، وإذا كان البدل هو المبيع وقد قبضه بعد التفرق بطل الصرف ، عدم التقابض في المجلس.

ومن ان المبيع قد لزم لحصول^(١٣٤) القبض في المجلس ، ورده عليه وأخذ بدله ففسخ متجدد بعد انعقاد البيع ، فلا يقبح في الصحة ، وعلى المنع منأخذ البدل بعد التفرق يتتعين الرد وأخذ المبيع مجانا ، وان كان الثمن والمثمن مختلفين كالذهب والفضة ثم ظهر العيب الجنسي في أحدهما كان لهأخذ الأرش ما داما في المجلس من الأثمان وغيرها ، وان فارقاها لم يجز أحدهما من غير الأثمان.

وللعلامة في القواعد هنا عبارة موهمة ، قال : فإن أخذ الأرش من جنس السليم بطل فيه ، وان كان مخالفًا صحيحاً ، وظاهر هذه العبارة جوازأخذ الأرش من جنس المعيب بعد التفرق ، وهو غير جائز ، لما قلناه من ان الأرش جزء من الثمن أو المثمن فيحب قبضه في المجلس ، وقد صرحت في التحرير بما قلناه. ولو فارقاها لم يجز أن يأخذ من الأثمان وجاز من غيرها ، وهذا هو المعتمد.

قال عليه السلام : إذا اشتري دينارا بدینار فدفعه ، فزاد زيادة لا يكون إلا غلطأ أو عمداً ،

كانت الزيادة في يد البائعأمانة ، وكانت للمشتري في الدينار مشاعة.

أقول : وجه كونها أمانة عدم الضمان ، ولأنه لم يقبضها بالبيع الفاسد ولا

(١٣٤) في « م » و« ي ١ » : بحصولة.

بالسوم فكانت امانة ، وهو مذهب الشيخ والشهيد ، وقال في القواعد : ويحتمل ان تكون مضمونة ، لأنه قبضه على انه عوض ماله ، واحتاره فخر الدين ، أما لو دفع إليه أزيد من الدينار ليزنه في وقت آخر كانت الزيادة أمانة قطعاً.

قال عليه السلام : روي جواز ابتعاد درهم بدرهم ، مع اشتراط صياغة خاتم ، وهل ي تعدى الحكم؟ الأشبه لا.

أقول : الرواية إشارة الى ما رواه الحسين بن سعيد ، عن محمد بن الفضل ، عن أبي الصباح الكناني ، « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول للصائغ : صغ لي هذا الخاتم وابدلك درهما طازجا بدرهم غلة ، قال : لا بأس » ^(١٣٥). والبحث هنا في موضوعين : الأول : في جواز بيع الدرهم بالدرهم مع اشتراط صياغة خاتم ، وجوزه الشيخ في النهاية ، لهذه الرواية ، وهي كما تراها ليست دالة على البيع ، بل جعل ابدال الدرهم بالدرهم شرطاً في العمل وهو جائز إذا اشترطه الصائغ على صاحب الخاتم مع استحقاقه لأجرة الصياغة.

ومنع العالمة العامل بما قاله الشيخ في النهاية ، وأنه باع المثل بالمثل واشترط زيادة وهو غير جائز ، إذ لا فرق بين الزيادة الحكمية والعينية.

الثاني : في تعديه هذا الحكم على القول بجوازه ، كما لو باع درهما بدرهم واشترط صياغة سوار وخياطة ثوب أو غير ذلك ، أو يتعدى إلى الشمن والمشن ، كما لو باع ديناراً بدينار واشترط العمل ، أو عشرة دراهم بعشرة دراهم ثم اشترط العمل ، فنقول : على الجواز يحتمل التعديه ، لأن الزيادة المذكورة ان أوجبت الربا لزم التحرير في الجميع ، وإن لم توجبه جاز في الجميع ، ويحتمل عدم التعديه اقتصاراً على مورد النص ، إذ لو لا النص في الأول لما جاز العمل به

(١٣٥) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٣ أبواب الصرف ، حديث ١.

فيقتصر عليه ، وترك العمل بهذه الرواية أحوط.

نببيه : قوله : (في الرواية درهما طازجا بدرهم غلة) الطازجة بالطاء غير المعجمة والزاي المعجمة والجيم ، الدرارم البيض الجيدة ، والدرارم الغلة هي المكسرة ، فيكون قد شرط له ان يعطيه درهما أيضا حيدا فیأخذ منه درهما مكسورا على ان يصوغ له خاتما.

قال رحمه الله : وان بيعت بجنس الخلية ، قيل : يجعل معها شيء من المتع ، وبيع بزيادة **عما فيها تقريبا ، دفعا لضرر النزاع .**

أقول : اما مع العلم بمقدار الخلية ، فإن باع بالجنس فلا بد من زيادة تقابل الفضل ، وان باع بغير الجنس باع كيف شاء ، واما مع الجهل بمقدار الخلية ، قال الشيخ في النهاية : يجعل معها شيئا من المتع وبيع بزيادة **عما فيها ،** ولعله سهو القلم ، لأن الضمية يحب ان تكون الى الثمن ليس لم من الربا يقينا ، ولعله أراد ذلك أو أراد مع الضمية (يكثر الثمن) ^(١٣٦) فيكثر الثمن ، فزيد على قدر الخلية زيادة تقابل الفضل وان قلت الزيادة ، وان أراد ان **بيع الخلية منفردة غير جائز ،** لجهالتها فيضم إليها المحل أو غيره ، وهذه التأويلات كلها متعرضة.

قال رحمه الله : لو باع ثوبا بعشرين درهما ، من صرف العشرين بالدينار ، لا يصح **لجهالته .**

أقول : إطلاق عدم الصحة غير جائز ، بل هو مقيد بتنوع الصرف بالسعر المذكور أو مع جهله ، أما لو اتحد الصرف في نوع واحد من الدرارم بالسعر المذكور وهم يعلمونه حالة العقد صح البيع ، والمصنف رحمه الله تبع إطلاق الشيخ في المبسوط ، لأنه قال فيه : لو اشتري ثوبا بعشرين درهما من صرف عشرين

(١٣٦) في « ر ٢ » : بكثرة الثمن.

درهما بدينار لم يصح الشراء ، لأن الشمن غير معين ولا موصوف بصفة صيرها ^(١٣٧) معلوما ، والمعتمد التفصيل الذي ذكرناه.

قال ﷺ : لو باع مائة درهم بدينار الا درهما لم يصح لجهالتة. وكذا ذلك ثنا لما لا ريا فيه ، ولو قدر قيمة الدرهم من الدينار جاز لارتفاع الجهة.

أقول : هذا قول الشيخ في المبسوط لجهالة الشمن ، لأنه لا يدرى كم حصة الدرهم من الدينار الا بالتقويم ، والرجوع الى أهل الخبرة ، فيكون مجهولا حالة العقد.

والتحقيق : ان كان الشمن والمشمن ربوين ، وكانا يعلمان نسبة المستثنى من ^(١٣٨) المستثنى منه حالة العقد صبح البيع ، وان كان أحدهما غير ربوبي وكان البيع نقدا فالحكم كذلك ، وان كان سلفا فان شرطا استثناء الدرهم المتعامل به وقت العقد ، أو أطلقها فكالأول أيضا يصح مع العلم بنسبة المستثنى منه ، ويبطل مع الجهل ، وان شرطا استثناء الدرهم المتعامل به وقت الحلول بطل البيع للجهالة ، ولقول علي عائشة : « لعل الدينار يصير بدرهم » ^(١٣٩).

(١٣٧) كذا.

(١٣٨) في « ر ٢ » : (و) بدل (من).

(١٣٩) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٣ ، أحكام العقود ، حدث ٢.

في بيع الشمار

قال ﷺ : فأما النحل فلا يجوز بيع ثمرته قبل ظهورها عاما ، وفي جواز بيعها كذلك عامين فصاعدا تردد ، والمروي الجواز .

أقول : أما عدم الجواز قبل ظهورها عاما واحدا فهو إجماع والمشهور عدم الجواز أزيد من عام أيضا ، وادعى عليه ابن إدريس الإجماع ، قال : وقد يشتبه على كثير من أصحابنا ذلك ، ويظنون أنها يجوز بيعها سنتين وان كانت فارغة وقت العقد . والمعتمد عدم الجواز قبل ظهورها مطلقا ، لأنه بيع عين مجهلة معروفة ، فلا يصح العقد كغيرها من المجهولات .

وقال محمد بن بابويه في المقنع بالجواز ، لرواية يعقوب بن شعيب ^(١٤٠) ، وحملت على ظهور الشمرة قبل تأثيرها ، واحتمل ابن إدريس جواز بيعها قبل ظهورها عاما واحدا منضمة إلى غيرها ، قال : فان قيل هذا غرر ، قلت : الشيء المنضم يخرج عن كونه غررا ، ثم قال : والذي اعتمد عليه واعمل فيه وافتي به : انه لا يصح بيعها قبل ان تطلع ومعها شيء آخر ، وهذا هو المعتمد .

(١٤٠) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١ ، بيع الشمار ، حديث ٨.

قال عليه السلام : ولا يجوز بيعها قبل بدو الصلاح عاما ، إلا أن يضم إليها ما يجوز بيعه ، أو يشترط القطع أو عامين فصاعدا ، ولو بيعت عاما من دون الشروط الثلاثة ، قيل : لا يصح ، وقيل : يكره وقيل يراعي السلامة ، والأول أظهر.

أقول : لا خلاف في جواز بيعها مع أحد الشروط ، وبذونها فيه ثلاثة أقوال :

الأول : الجواز على كراهة ، وهو مذهب الشيخ في التهذيب والاستبصار ، وبه قال المفید وسلاط ابن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة والشهید ، وهو المعتمد ، لأصله الجواز ، ولعموم ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١٤١) ولرواية الحلبی ^(١٤٢) ، عن الصادق علیه السلام .

الثاني : البطلان ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والمبسot وخلاف ، وبه قال الصدوق وابن الحجید وابن حمزة ، والدلیل الروایات ^(١٤٣) .

الثالث : قال سلاط : يجوز البيع ويكون مراعی ، فان سلمت الشمرة فھي للمشتري ، وللبايع الشمن ، وان خاست كان الحاصل منها للبايع ، ويرجع به المشتري ، ودلیله الجمع بين القولین .

تنبيه : قال العلامة في القواعد : (ولو بيعت على مالك الأصل أو باع الأصل واستثنى الشمرة فلا شرط إجماعا) .

مراده : إذا كانت الشمرة له والأصل لغيره ، فباع الشمرة بعد ظهورها وقبل بدو صلاحها على مالك الأصل صحة البيع ، ولا يشترط ان يضم إليها أحد الشروط

(١٤١) البقرة : ٢٧٥ .

(١٤٢) الوسائل : كتاب التجارة ، باب ١ ، بيع الشمار ، حدیث ٢ .

(١٤٣) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١ و ٢ ، بيع الشمار .

الثلاثة المتقدمة ، ووجه الصحة أنه كالجمع بين الأصل والثمرة في عقد واحد.

وقال في التحرير : (لا فرق عندها بين بيعها على مالك الأصل والأجنبي) .

أراد : كما لا يجوز بيعها على الأجنبي لا يجوز على مالك الأصل) ، فقد خالف ما قاله في القواعد ، مع انه لم يتزد في أحد القولين ، بل ادعى الإجماع على مذهب القواعد ، ومذهبـه في التحرير هو المعتمـد ، لعدم وقـوع العـقد عـلـى الجـمـيع ، فلا تكون منضـمة إلـى الأـصـل ، فـلا فـرق حـيـنـذـ بـيـنـهـ وـبـيـنـ مـالـكـ الأـصـلـ لـلـمـسـاـوـةـ فـيـ عـدـمـ الضـمـيمـةـ ، فـيـتـسـاوـيـانـ فـيـ الـحـكـمـ مـنـ غـيـرـ فـرقـ لـعـدـمـ حـصـولـ الفـارـقـ .

قال ﷺ : ولو أدركت بعض ثمرة البستان ، جاز بيع ثمرته أجمع ، ولو أدركت ثمرة بستان ، لم يجز بيع ثمرة بستان آخر ولو ضم اليه ، وفيه تردد .

أقول : هذا تفريع على اشتراط بدو الصلاح ومنشأ التردد ، من ان لكل بستان حكم نفسه ، فـكـماـ لاـ يـصـحـ بـيـعـهـ مـنـفـرـاـ لـاـ يـصـحـ بـيـعـهـ مـنـضـماـ ، وـلـاـ رـوـاهـ عـمـارـ^(١٤٤) ، عـنـ الصـادـقـ عـلـيـهـ لـيـلـاـ ، وـمـنـ إـلـيـجـاعـ عـلـىـ جـوـازـ بـيـعـ مـاـ لـمـ يـبـدـ صـلـاحـهـ مـنـضـماـ إـلـىـ غـيـرـهـ ، وـلـاـ شـكـ فـيـ جـوـازـ بـيـعـ مـاـ بـدـاـ صـلـاحـهـ ، فـيـجـوزـ ضـمـ مـاـ لـمـ يـبـدـ صـلـاحـهـ إـلـيـهـ ، لـرـوـاـيـةـ إـسـمـاعـيـلـ بـنـ الـفـضـلـ^(١٤٥) ، عـنـ اـبـيـ عـبـدـ اللـهـ عـلـيـهـ لـيـلـاـ ، وـهـذـاـ هـوـ الـمـعـتـمـدـ .

قال ﷺ : اما الأشجار : فلا يجوز بيعها حتى يبدو صلاحها ، وحدهـهـ أـنـ يـعـقـدـ الـحـبـ ، وـلـاـ يـشـرـطـ زـيـادـهـ عـلـىـ ذـلـكـ ، عـلـىـ الـأـشـبـهـ .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : بـدـوـ الصـلـاحـ يـخـتـلـفـ ، فـاـنـ كـانـتـ الثـمـرـةـ مـاـ تـحـمـرـ وـتـسـوـدـ أـوـ تـصـفـرـ ، فـبـدـوـ الصـلـاحـ مـنـهـاـ حـصـولـ هـذـهـ الـأـلـوـانـ ، وـاـنـ كـانـتـ مـاـ تـبـيـضـ فـبـأـنـ تـنـمـوـ ، وـهـوـ اـنـ يـنـمـوـ فـيـ الـمـاءـ الـحـلـوـ وـيـصـفـوـ لـوـنـهـ ، وـاـنـ كـانـ مـاـ لـاـ يـتـلـوـنـ

(١٤٤) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢ ، بيع الشمار ، حديث ٥.

(١٤٥) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢ ، بيع الشمار ، حديث ٥.

كالتفاح ، فبأن يخلو ويطيب أكله ، وان كان مثل البطيخ فبأن يقع فيه النضج ^(١٤٦) ، قال : وقد روى أصحابنا ان التلون يعتبر في ثمرة النخل خاصة .
فأما ما يورد فبدو صلاحه ان ينشر الورد وينعقد ، وفي الكرم ان ينعقد الحصر ^(١٤٧) .
وهذا هو المشهور عند المتأخرين .

قال عليه السلام : وهل يجوز بيعها بستين فصاعدا قبل ظهرها؟ قيل : نعم ، والأولى المنع لتحقق الجمال ، وكذا لو ضم إليها شيئا قبل انعقادها .
أقول : الخلاف في ثمرة الأشجار كالخلاف في ثمرة النخل وقد سبق ^(١٤٨) .
قال عليه السلام : ولو كان بعد القبض وهو التخلية لم يرجع على البائع بشيء ، وهو الأشبه .

أقول : هذا هو المعتمد ، لأن حكم القبض انتقال الضمان إلى المشتري ، وقوى الشيخ انساخ البيع في قدر التاليف ورجوع المشتري بنسبة من الثمن .

قال عليه السلام : ويجوز بيع الثمرة على أصولها بالأثمان والعروض . ولا يجوز بيعها بشمرة منها ، وهو المزابنة ، وقيل : بل هي بيع الثمرة في النخل بشمر ولو كان على الأرض ، وهل يجوز ذلك في غير ثمرة النخل من شجر الفواكه؟ قيل : لا ، لأنه لا يؤمن الربا ، وكذا لا يجوز بيع السنبل بحب منها ، وهو الحاقلة ، وقيل : بل هي بيع السنبل بحب من جنسه كيف كان ، ولو موضوعا على الأرض ، وهو الأظهر .

أقول : هنا ثلاثة مسائل :

الأولى : في المزابنة ، وهي محمرة إجماعا ، وفي تفسيرها خلاف ، قال الشيخ في النهاية : المزابنة بيع الثمرة في رؤوس النخل بالثمر من ذلك النخل ، وذهب في

(١٤٦) في « ر ٢ » : النضيج .

(١٤٧) راجع المبسوط ٢ : ١١٤ ، والرواية في الكافي ٥ : ١٧٥ .

(١٤٨) ص ٩٣ .

الخلاف الى تحريم بيعها بالتمر مطلقا ، سواء اتخد الثمن والثمن ^(١٤٩) أو اختلفا ^(١٥٠) ، وهو مذهب المفید واحتاره المصنف والعلامة والشهید ، وهو المعتمد حذرا من الربا.
احتج على مذهبہ في النهاية بأصالة الصحة ، وبالآية ^(١٥١) ، وفي الطرفين روایات

^(١٥٢).

الثانية : في تعدية التحریم الى غير ثمرة النخل من شجر الفواكه بحث ^(١٥٣) ، لا يجوز بيع ثمرة شجرة بشمر منها أو ثمر من مثلها على الخلاف ، يحتمل التعديۃ ، فإنه بيع احد الممااثلين بالآخر وحيثند لا يتساویان ويلزم الربا.

ومن حيث ان الربا اىما يكون في المكيلين أو الموزونين ، وهاهنا ليس كذلك ، لأن الشمرة على رأس الشجرة لا يشترط في بيعها الكيل ولا الوزن فلا ربا حيثند ، وذهب المصنف والعلامة إلى التحریم.

الثالثة : في المحاقلة ، ولا خلاف في تحريمها ، وإنما الخلاف في تفسيرها كخلاف في تفسير المزابنة ، والمعتمد التحریم مطلقا ، سواء اتخد الثمن والثمن أو اختلفا إذا كان من الجنس.

قال عليه السلام : يجوز بيع العرایا بخرصها تمرا ، والعربية هي النخلة تكون في دار الإنسان ،
قال أهل اللغة : أو في بستانه وهو حسن ، وهل يجوز بيعها بخرصها من تمرا؟ الأظهر لا.

(١٤٩) لم ترد في « ر ٢ ».

(١٥٠) في « ر ٢ » : (اختلف) بدل (اختلفا)

(١٥١) « وأحل الله البيع » البقرة : ٢٧٥ .

(١٥٢) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٣ ، بيع الشمار.

(١٥٣) في بعض السخن : (بحیث).

أقول : أجمع الأصحاب على استثناء العربية من المزابنة ، وخالفوا في محلها بعد اتفاقهم على أنها النخلة ، قال الشيخ في المسوط : العرايا جمع عربة ، وهي النخلة لرجل في بستان غيره يشق عليه الدخول إليها ، ومثله قوله في الخلاف ، واحتاره ابن إدريس والمصنف والعلامة واقتهم ابن البراج في المذهب ، وفي الكامل ، قال : هي النخلة تكون في دار الإنسان لغيره.

والمعتمد الأول ، لنص أهل اللغة عليه ، ولاشتراك الموضعين في الحاجة الداعية المنشورة ، وهي كراهة صاحب الدار دخول مالك النخلة إلى داره ، وهذه العلة حاصلة في ملك البستان ، ويحتمل الاختصاص بالدار لرواية السكوني^(١٥٣) المخصصة بكونها في الدار. وهل يجوز بيعها بشمرة منها؟ ظاهر ابن حمزة تحريمها والا لزم اتحاد الشمن والمثمن وهو غير جائز ، ويحتمل الجواز ، لإطلاق الإذن به ، ولو وجود المقتضي وهو الرخصة ، والمعتمد عدم الجواز ان شرطه في العقد ، وان لم يشرطه وصبر عليه الى صدوره ثمرا ، جاز دفع الشمن من ثمرها ، واما العقد فيجب ان يكون حالا.

فروع :

الأول : لا فرق في جواز البيع على مالك الدار أو مستأجرها ومالك البستان ومشتري ثمرته ، للاشتراك في العلة وهي التضرر بدخول الغير.

الثاني : لو أجاز أحد هؤلاء البيع على الغير ، احتمل الجواز لوجود المقتضي للإباحة . وهو دفع ضرر المالك بدخول الغير داره . إذ التقدير عدم تضرره عرض بدخول من اجازه ، ويحتمل العدم ، لعموم تحريم المزابنة خرج منها بيع العربية على أحد هؤلاء ، يبقى الباقي على المنع.

(١٥٣) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٤ بيع الشمار ، حديث ١.

الثالث : لو تعددت العرايا في الدار الواحدة وتعددت المالك بتنوع العرايا حاز شراء الجميع ، ولو اتحد المالك لم يجز للاقتصار على مورد النص ^(١٥٤).

الرابع : هذا البيع رخصة لوجود المقتضي للمنع وهو تحريم المزابنة ، ولو نذر ان لا يفعل رخصة حتى بإيقاعه ، ولو نذر ان يفعل رخصة بر ^(١٥٥) بفعله.

قال عليه السلام : لو قال : (بعتك هذه الصبرة من التمر أو الغلة بهذه الصبرة من جنسها سواء بسواء) لم يصح ولو تساويا عند الاعتبار إلا أن يكونا عارفين بقدرهما وقت الابتياع ، وقيل : يجوز وإن لم يعلما ، فان تساويا عند الاعتبار صح وإلا بطل. ولو كانتا من جنسين حاز إن تساوتا وإن تفاوتا ولم يتمانعا بأن يبذل صاحب الزيادة أو قنع صاحب النقيصة وإن فسخ البيع ، والأشبه انه لا يصح على تقدير الجهة وقت الابتياع.

أقول : القائل بالجواز . مع عدم العلم حالة العقد إذا تساويا عند الاعتبار مع اتحاد الجنس ، ومع الاختلاف والتفاوت فإذا لم يتمانعا . هو الشيخ عليه السلام ، وهو بناء على الاكتفاء بالمشاهدة فيما يكال أو يوزن ، والتمانع أشار إليه المصنف ، وهو إن لا يقنع صاحب النقيصة ولا يبذل صاحب الزيادة ، وعدم التمانع عكسه .

(١٥٤) وهي رواية السكوني المتقدمة.

(١٥٥) في « ر ٢ » : برع.

في بيع الحيوان

قال ﷺ : وَيُمْلِكُ الْقَيْطَنَدُ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ ، وَلَا يُمْلِكُ مِنْ دَارِ الإِسْلَامِ ، وَلَوْ بَلَغَ فَأَقْرَرَ
بِالرَّقِيَّةِ ، قِيلَ : لَا يَقْبَلُ ، وَقِيلَ : يَقْبَلُ ، وَهُوَ الأَشَبُهُ.

أقول : قال ابن إدريس : لا يقبل إقراره عند محصلي أصحابنا ، لأن الشارع حكم عليه بالحرمة ، والمشهور القبول ، لقوله عائشة : « إقرار العقلاء على أنفسهم جائز » ، وحكم الشارع بالحرمة بناء على الأصل ما لم يعرف ^(١٥٦) بالعبودية ، ولا فرق بين اللقيط وغيره من الجهولين ، ولو جاء رجل مجاهول النسب فأقر على نفسه بالعبودية قبل منه.

تنبيه : المراد بدار الإسلام التي يحكم بحرية لقيطها وإسلامها : هي ما ينفذ فيها حكم الإسلام ولا يكون فيها كافر إلا معاهداً. والمراد بدار الكفر : هي التي ينفذ فيها أحكام الكفار ولا يكون فيها مسلم إلا مسلماً لأهلهما ، ولقيطها محكوم بكفره ورقة إلا ان يكون فيها مسلم ولو تاجراً إذا كان مقيناً ، وكذا لو كان أسيراً أو محبوساً ، ولا يكفي مرور المسلمين فيها من غير اقامة ، ولو كانت الدار للمسلمين

(١٥٦) في « ر ١ » : يعترف.

فاستولى عليها الكفار فهي كدار الكفار الا ان يعلم فيها مسلم.

قال ﷺ : وهل يملك هؤلاء من الرضاع؟ قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الأشهر.

أقول : القول بمساواة الرضاع للنسب قول الشيخ في النهاية والخلاف ، وهو اختيار ابن البراج وابن حمزة ، واختياره العلامة وفخر الدين ، لرواية عبد الله بن سنان في الصحيح ، « قال : سئل أبو عبد الله عَلَيْهِ الْبَشَرَى بِحُضُورِهِ عَنْ امْرَأَةٍ أَرْضَعَتْ غَلَامًا مَمْلُوكًا لَهَا مِنْ لَبَنِهَا حَتَّى فَطَمَتْهُ ، هَلْ يَحْلُّ لَهَا بَيْعٌ؟ قَالَ : لَا وَهُوَ ابْنُهَا مِنَ الرَّضَاعِ حَرْمٌ عَلَيْهَا بَيْعٌ وَأَكْلُ ثُمَّنِهِ ، ثُمَّ قَالَ عَلَيْهِ الْبَشَرَى : أَلَيْسَ قَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسْبِ؟! » ^(١٥٧).
والقول بعدم المساواة وجواز البيع قول المفيد في المقنعة وسلام وابن أبي عقيل وابن إدريس ، لأصالة بقاء الرق ، ولم يعلم عليه احاديث ^(١٥٨).

قال ﷺ : إذا حدث في الحيوان عيب ، بعد العقد وقبل القبض ، كان المشتري بالخيار بين رده وإمساكه ، وفي الأرض تردد.

أقول : قد سبق البحث في باب القبض إذ لا فرق بين الحيوان وغيره هنا.

قال ﷺ : ولو قبضه ثُمَّ تلف ، أو حدث فيه عيب في ثلاثة ، كان من مال البائع ، ما لم يحدث فيه المشتري حدثا ، ولو حدث فيه عيب من غير جهة المشتري ، لم يكن ذلك العيب مانعا من الرد ، وهل يلزم البائع أرشه؟ فيه تردد ، والظاهر لا.

أقول : إنما كان تلفه بعد القبض من مال البائع ، وحكم القبض انتقال الضمان إلى المشتري ، لأنه تلف في مدة خيار المشتري ، فيكون تلفه من ليس له خيار ،

(١٥٧) الوسائل ، كتاب العنق ، باب ٨ ، حديث ٣ مع اختلاف يسير.

(١٥٨) المصدر ، حديث ١ ، ٢ ، وغيرها فلا حظ.

ومنشأ التردد في جواز أحد أرش العيب من ان الجملة مضمونة عليه ، وضمان الجملة يستلزم ضمان الأبعاض ، ومن أصالة عدم وجوب الأرش في تخيير المشتري بين الرد والإمساك بمحانا ، وبالجملة الإشكال كإشكال في تعينه قبل القبض ، وقد سبق (١٥٩).

قال عليه السلام : **وإذا باع الحامل فالولد للبائع على الأظهر.**

أقول : هذا مذهب الشيخ في النهاية والمفید وسلاط ابن إدريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لأن البيع تعلق بالأم فلا يتناول الحمل ، لعدم دلالة اللفظ عليه ، والأصل بقاء الملك على المالك.

وقال الشيخ في المبسوط وابن البراج في المذهب : **وإذا باع دابة أو أمة حاملا واستثنى الحمل لنفسه لم يجز** ، وهو بناء على ان الحمل جزء من الحامل ، فهو كعضو من اعضائها ، فكما لا يصح استثناء العضو لا يصح استثناء الحمل.

وقال ابن حمزة : يكون للمشتري الا ان يستثنيه البائع.

ويتفرع على مذهب الشيخ في المبسوط انه لو باع الجارية الحامل بحر لم يصح البيع ، لأن الحر لا يدخل في البيع فيكون مستثنى ، وهو لا يصح استثناؤه ، فيبطل البيع.

قال عليه السلام : **ولو باع واستثنى الرأس والجلد صح ، ويكون شريكًا بقدر قيمة ثنياه من دار الحرب على رواية السكوني. وكذا لو اشتركت اثنان أو جماعة ، وشرط أحدهم لنفسه الرأس أو الجلد ، كان شريكًا بنسبة ماله.**

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : الصحة ، ويكون شريكًا بقيمة ثنياه ، فيقال : كم قيمة هذا الحيوان لو بيع جميعه؟ فإذا قيل : عشرة مثلا ، قيل : وكم قيمته منزوع الرأس والجلد؟

فإذا قيل تسعه مثلا صار البائع شريكًا بالعشر ، لأنهأخذ قيمة تسعه أعشاره وبقي له عشرة ويلغو التعين ، وهو قول الشيخ في النهاية وفي المبسوط والخلاف ، وبه قال ابن البراج .

الثاني : صحة البيع والشرط معا ، وهو مذهب السيد والمفيد وسلام وابن الجنيد وابن إدريس ، لأنه استثنى معلوما من معلوم فلا مانع من صحته .

الثالث : بطلان البيع الا ان يكون الحيوان مذبوحا أو المقصود منه الذبح ، وهو مذهب العلامة ، وهو المعتمد .

وأما وجه البطلان مع عدم الشرطين فلا فضائه إلى الضرر والتنازع ، لأن المشتري قد يختار تقبية هذا الحيوان ، وهو يؤدي إلى عدم انتفاع البائع بحقه ، وان اختار البائع ذبحه ليتوصل إلى حقه كان فيه منع المشتري من التصرف بهما بما يختار من التصرفات ، وربما كان التقبية أفعى له من الذبح ، فيؤدي إلى التنازع .

وأما وجه الصحة مع الشرطين ، لأنه استثناء المعلوم ولا غير فيه ولا ضرر ، فكان جائز .

فرع : لو استثنى رطلا معلوما من اللحم ، ظاهر سلام جوازه ، وقال ابن الجنيد لا يجوز ، لأن مواضع اللحم تتفاصل بالجودة وعدمها ، فان عين المكان بما لا يختلط بغيره جاز ، واستحسن العلامة .

قال ﷺ : ولو قال : (الريح لنا ولا خسران عليك) ، فيه تردد ، والمروي الجواز .

أقول : الجواز مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج ، واختاره العلامة في المختلف ، وهو ظاهر الدروس ، لأنه شرط سائغ فيجب الوفاء به ، لقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم » ^(١٦٠) ولعموم **﴿ وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾** ^(١٦١) ، ولما

.٤٤ (١٦٠) تقدم ص

.٢٧٥ (١٦١) البقرة :

رواه رفاعة^(١٦٢) ، عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ ، ومنع ابن إدريس من صحة هذا الشرط ، ونسب قول الشيخ الى عدم الوضوح وعدم الاستقامة ، لأن الخسران على رؤوس الأموال بلا خلاف ، فإذا شرط على أحد الشريكين كان هذا الشرط مخالفًا لكتاب والسنة ، وقواه العالمة في التحرير ، (واختاره العالمة في القواعد) ، وأبطله في المختلف.

قال ﷺ : ويكره وطي من ولدت من الزنا بالملك والعقد ، على الأظهر.

أقول : منع ابن إدريس من ذلك بناء على كفرها ، لأنه يقول بـ كفر ولد الزنا ، والمشهور الإباحة على كراهيته.

أما الإباحة ، فلعموم قوله تعالى ﴿أَوَ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾^(١٦٣) وأما الكراهة فلما رواه أبو خديجة ، قال : « سمعت أبا عبد الله عَلَيْهِ الْكَفَافُ يقول : لا يطيب ولد الزنا ابدا »^(١٦٤).

قال ﷺ : العبد لا يملك ، وقيل : يملك فاضل الضريبة ، وهو المروي ، وأرش الجنایة على قول ، ولو قيل : يملك مطلقا ، لكنه محجوز عليه بالرق حتى يأذن المولى ، كان حسنا.

أقول : نفي الملك عن العبد مطلقا مذهب ابن إدريس والمصنف في المختصر ، واختاره العالمة وابنه (فخر الدين)^(١٦٥) وأبو العباس ، وهو المعتمد ،

(١٦٢) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٤ بيع الحيوان ، حديث ١.

(١٦٣) النساء : ٤.

(١٦٤) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٩٦ من أبواب ما يكتسب به ، حديث ٨.

(١٦٥) كما في هامش بعض النسخ.

لأنه ملوك ، والمملوك لا يكون مالكا ولقوله تعالى ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ﴾^(١٦٦).

وقال الشيخ : يملك فاضل الضريبة وأرش الجنابة وما يملكه المولى ، لما رواه زراة في الصحيح^(١٦٧) ، عن الバاقر علیه السلام ، وقال الصدوق وابن الحنيد : يملك لا مستقرا ، بل للسيد منعه من التصرف.

قال ﷺ : من اشتري عبدا ، كان ماله لمواه ، إلا أن يشترطه المشتري ، وقيل : إن لم يعلم به البائع فهو له ، وإن علم فهو للمشتري ، والأول أشهر.

أقول : التفصيل مذهب ابن البراج في المذهب ، وقال ابن الحنيد : إن علم البائع وسلمه مع العبد فهو للمشتري ، والا فهو للبائع ، والأول هو المشهور ، لأن البيع إنما يتناول رقبة العبد فلا يدخل ماله إلا مع الشرط ، فإذا اشترطه المشتري دخل.

وهل يشترط أن يكون الثمن أزيد من ماله ليس لمسلم من الريا؟ قال الشيخ في النهاية والمفید وسلام : إذا اشترط المبتاع كان له ، سواء كان أكثر من ثمنه أو أقل ، وأطلقوا من غير تفصيل بين الريوي وغيره ، وفصل ابن الحنيد ، قال : إن كان الثمن وماليه ربيعين لا بد من زيادة عن ماله تقابل العبد ، وإن كان أحدهما غير ربوبي لم يشترط الزيادة ، وهو مذهب الشيخ في الخلاف ، لأنه قال فيه : لو كان مع العبد مائة درهم وباعه بمائة درهم لم يصح ، ولو باعه بمائة ودرهم صح ، واختاره العلامة تفصيا من الريا ، وأطلق الجميع القول في ذلك.

وفصل الشهيد ، قال : ولو اشتراه وماليه صح ، ولم يشترط علمه ولا

. (١٦٦) النحل : ١٦.

(١٦٧) الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٢٤ ، حديث ١.

التفصي من الربا ان قلنا : انه يملك ، وان أحلفنا ذلك اشترط ^(١٦٨) ، وهذا التفصيل صحيح على مذهب المبسوط والقواعد ؛ لأن مذهبهما على القول بأن العبد يملك يكون اشترط المشتري للمال إبقاء له على ملك العبد ولا يملكه المشتري ، فعلى هذا لا يكون جزءاً من المبيع ، فلا يجري فيه الربا ، ولا يتشرط فيه العلم.

قال في المبسوط : وإذا باع عبداً قد ملكه ألفاً بخمس مائة صح البيع على قول من يقول انه يملك ، ولو باع ألفاً بخمس مائة لم يصح ، والفرق بينهما انه إذا باع العبد اثنا يتبع رقبته مع بقاء ملكه عليه فيصح ذلك ، وفي القواعد : ولا يتناول ماله الذي يملكه مولاه الا ان يستثنى المشتري ان قلنا ان العبد يملك وينتقل إلى المشتري مع العبد ، وكان جعله للمشتري إبقاء له على العبد ، فيجوز ان يكون مجھولاً أو غائباً ، فقد عرفت ان مذهب المبسوط والقواعد ، عدم انتقال مال العبد ، الى ملك المشتري وان اشترطه ، بل فائدة الشرط بقاوه على ملك العبد.

قال عليه السلام : ولو قال اشتري ولك على كذا ، لم يلزمك وان اشتراه ، وقيل : إن كان له مال حين قال ، ألم وإلا فلا ، وهو المروي.

أقول : الأول هو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن العبد لا يملك شيئاً ، والثاني مذهب الشيخ في النهاية ، لرواية وردت عن أبي عبد الله عليه السلام ^(١٦٩).

قال عليه السلام : التفرقة بين الأطفال وأمهاتهم قبل استغنانهم ، محمرة ، وقيل : مكروه ، وهو الأظهر. والاستغناء بحصول بلوغ سبع سنين. وقيل : يكفي استغناؤه عن الرضاع ، والأول أظهر.

أقول : البحث هنا في موضوعين :
الأول : في تحريم التفرقة أو كراحتها ، وبالتحريم قال الشيخ في باب بيع

(١٦٨) في « ر ٢ » : اشترطنا.

(١٦٩) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٩ من بيع الحيوان ، حديث ١ و ٣.

الحيوان من النهاية ، وبه قال المفید وسالار وأبو الصلاح وابن الجنید ، وطرد الحكم إلى الأخوة ، ودلیلهم الروایات ^(١٧٠).

وحكمة المفید والشیخ في المبسوط والخلاف بفساد البيع ، وهو ظاهر الروایات ^(١٧١) ، والکراہیة مذهب الشیخ في باب العتق من النهاية ، وتبعه ابن إدريس والمصنف والعلامة ، وأبو العباس في المقتصر ، لأن الناس مسلطون على أموالهم يتصرفون فيها حيث شاؤوا ، وحملت الروایات الواردة بالمنع على الكراہة.

الثاني : في الغایة التي ينزل معها التحریم أو الكراہة ، والخلاف هنا مبني على الخلاف في مدة الحضانة ، والشیخ في النهاية يجعله مدة الحولین في الذکر وسبعاً في الأنثی ، وتبعه ابن إدريس وابن حمزة . وابن الجنید جعلها سبع سنین في الذکر والأنثی واختاره المصنف . وقال المفید : إنما مدة الحولین في الذکر وتسعاً في الأنثی . وقال ابن البراج في المهدب : هي سبع في الذکر وتسعاً في الأنثی ، واحتاره أبو العباس في مقصصه ، لأن المقصود قيام الأم بالشفقة عليه وainاسه ، ولا يحصل الاستغناء عن ذلك بأقل من هذه المدة.

قال بِهِمْ : من أولد ، ثم ظهر أنها مستحقة انتزاعها المالك ، وعلى الواطئ عشر قيمتها إن كانت بکرا ، ونصف العشر إن كانت ثیبا ، وقيل : يجب مهر أمثلها ، والأول

مروي .

أقول : وجوب مهر المثل مذهب الشیخ وابن إدريس ، والتفصیل مذهب العلامة .

(١٧٠) الوسائل ، کتاب التجارة ، باب ١٣ من بيع الحيوان .

(١٧١) نفس المصدر السابق .

قال عليه السلام : ويرجع على البائع بما اغترمه من قيمة الولد ، وهل يرجع بما اغترمه من مهر واجرة ، قيل : نعم ، لأن البائع أباحه بغير عوض وقيل : لا لحصول عوض في مقابلته.

أقول : عدم الرجوع مذهب ابن إدريس وهو بناء على أن المغرور إنما ^(١٧٢) يرجع على الغار بما لم يحصل له في مقابلته نفع كالعمارة والنفقة وقيمة الولد ، أما ما حصل له في مقابلته نفع كالثمرة والسكنى وعوض البعض فلا ، والمعتمد الرجوع في الجميع ، لأنه دخل على اباحة هذه الأشياء بغير عوض ، فإذا غرم عوضها رجع به المغرور ، ولو كان المشتري عالما بالاستحقاق والتحريم ، فهو زان وولده رق ، ولا يرجع بشيء إلا بالشمن معبقاء عينه.

قال عليه السلام : ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الإمام ، يجوز تملكه في حال الغيبة ووطني الأمة ، ويستوي في ذلك ما يسببه المسلم وغيره ، وإن كان فيها حق للإمام ، أو كانت للإمام.

أقول : كل سرية غزت بغير إذن الإمام كانت غنيمتها له ، فعلى هذا يكون جميع ما يسبى في الغيبة له ، لعدم اذنه في ذلك ، ولا فرق بين سبي المسلمين أو الكفار ، وقد أباحوا لشيعتهم المناكح والمساكن في حال الغيبة ، لتطيب ولادتهم ، وأما الذي فيه الخمس خاصة فهو ما أخذ من دار الحرب غيلة أو خبأ من غير قتال فهو لآخره ، وعليه فيه الخمس لأربابه ، فيكون للإمام فيه حق ، فلا يجب إخراج حصة الإمام عائلاً ولا حصة أرباب الخمس ، لعموم الاذن بإباحة الرقيق حال الغيبة ، ونافع ابن إدريس في ذلك ، ومنع من وطني ما يختص بالإمام.

تبنيه : إذا ثبت ان المسيي حالة الغيبة للإمام ، وإنما أباح تملكه لشيعته

(١٧٢) من « ر ٢ ».«

خاصة ، للعلة المذكورة ، ثبت ان المخالفين لا يملكون ما اختص بالإمام عليه السلام ، ولا يباح لهم ما كان شريكا فيه ، لعدم اباحته لهم ، لأنه مال الغير فيتوقف على تملكه واباحة التصرف فيه على اذن مالكه ، وهو لم يأذن لغير شيعته ، فلا يباح لغيرهم اقتصارا على اذن المالك.

وهل يملكون ما اشتروه من الشيعة؟ يحتمل ذلك ، لأن الشيعة ملكوه بالسي أو بالشراء ، فاذا اشتراه المخالف منهم فقد ملكه ، لأنه اشتراه من مالك بعقد صحيح ناقل فيملكه.

ويحتمل العدم ، لأن سبب التحرير قبل الشراء من الشيعي كونه مخالف الدين الشيعة ، وهذا السبب موجود بعد الشراء ، فيوجد المنع لوجود السبب ، لأن كل سبب مانع من شيء لا يباح ذلك شيء مع ذلك السبب المانع من الإباحة ، والا لم يكن مانعا فيكون البيع باطلا ، لأن بيع الشيء على من ليس يملكه بالشراء غير جائز ، هذا فيما كان جميعه للإمام.

اما ما كان له بعضه كالمغتال والمتهم ، فان المخالف يملكه أربعة أحmasه وللإمام وأرباب الخمس الباقى ، فلا يجوز للمخالف الوظي قبل دفع الخمس إلى أربابه ودفع حصة الإمام الى من يقوم مقامه من فقهاء الشيعة ، لأنها قبل ذلك مشتركة ، والمشتركة لا يجوز وطئها لأحد الشريكين وان اذن الآخر على الأقوى.

فعلى هذا التحرير بجواز للشيعي قهر المخالف على الرقيق المعلوم ان جميعه للإمام ، لكونه مباحا له حرم على المخالف ، ما لم يشر فتنة ، فلا يجوز حينئذ لتحرر إثارة الفتنة.

فرع : يحرم على الشيعي بيع الأمة على المخالف ، لما فيه من التسلط على الفروج المقصومة ، فيكون كالجماع بين اثنين للزنا ، بل أبلغ من ذلك لسقوط

اختيار الأمة بسبب فعل البائع ، فهو كالمكره لها على الزنا.

قال ﷺ : إذا دفع إلى مأذون مالاً ليشتري نسمة ، ويعتقها ، ويحج بباقي المال.

فاشترى أباه ، ودفع إليه بقية المال يحج به. وخالف مولاه وورثة الأمر ومولى الأب فكل يقول اشتري بمالك. قيل : يرد إلى مولاه رقا ، ثم يحكم به من أقام البيينة ، على روایة ابن أشيم وهو ضعيف ، وقيل : يرد على مولى المأذون ما لم يكن هناك بينة ، وهو أشبه.

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : رده إلى مواليه رقا ، وهو قول الشيخ في النهاية ، فمن أقام البيينة بعد ذلك من ورثة الأمر ومولى المأذون أخذه ، وتبعه ابن البراج على ذلك لرواية موسى بن أشيم الدالة على هذا الحكم.

الثاني : كون المعتق رقا لمولى المأذون وبطلاً عنقه ، لأن جميع ما في يد العبد فهو لسيده ، وهو مذهب ابن إدريس واحترمه المصنف هنا ، وبه قال العلامة.

الثالث : إمضاء ما فعله المأذون ، وهو الحكم بصحة البيع والعتق ، وهو مذهب المصنف في المختصر وقواه الشهيد ، ثم اعتراض بما فيه من طرح الرواية المشهورة. وإنما كان قول المختصر قويا ، لأن حكم المأذون حكم الوكيل فيقبل إقراره بما في يده وبعدي تصرفه فيه ، وظاهر الشهيد العمل على الرواية.

فرع : لو أقام كل واحد من الثلاثة بيضة فان رجحنا بيضة ذي اليد ، فالحكم لبيضة مولى المأذون ، لأن ما في يد العبد في يد المولى ، وان قدمتنا بيضة الخارج أسقطنا بيضة مولى المأذون ، وهل يقدم بيضة دافع المال إلى المأذون أو بيضة مولى الأب؟ يحتمل الأول ، لأن العمل بيضة الدافع يقتضي صحة البيع ، فيكون

الترجح لها ، لأن العمل بما يقتضي الصحة أولى من العمل بما يقتضي الفساد ، ويحتمل الثاني ، لادعائه ما ينافي الأصل . وهو فساد البيع . فتكون بيته ناقلة وبينة الأول مقررة ، والناقلة أولى من المقررة .

قال ﷺ : إذا اشتري عبدا في الذمة ، ووضع البائع عبدين ، وقال : (اختر أحدهما) فأبقي واحد . قيل : يرتفع نصف الثمن ، فإن وحده اختاره ، وإنما كان الموجود لهما ، وهو بناء على انحصر حقه فيهما ، ولو قيل : التالف مضمون بقيمته ولو المطالبة بالعبد الثابت بالذمة كان حسنا ، أما لو اشتري عبدا من عبدين ، لم يصح العقد ، وفيه قول موهم .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : إذا اشتري عبدا في الذمة . المسألة ، والقول بارتفاع نصف الثمن وكون الموجود لهما والتخيير مع وجود الآبق هو قول الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج ، لرواية محمد بن مسلم (١٧٣) ، وعن الباقر عليهما السلام .

قال المصنف : وهو بناء على انحصر حقه فيهما ، لأنه مع انحصر حقه فيهما يكون شريكًا للبائع ، وإذا ذهب من الشريك بعض مال الشركة من غير تفريط كان على جميع الشركاء ، ولو قيل : إن كان التالف مضمونا بقيمة ولو المطالبة بالعبد الثابت في الذمة كان حسنا .

اما كان حسنا ، لأن المقبوض بالسوء مضمون ، والثابت في الذمة غير متعين ، فيتضمن التالف ، لكونه مقبوضا بالسوء ، ويطلب بالثابت في الذمة ، فإن كانا متصفين بالصفات المذكورة في العقد اختار أحدهما ، فإن اختيار التالف تهاترا ، وان اختار الموجود أحدهه ودفع إلى البائع قيمة التالف ، وان كانا غير متصفين بالصفات المذكورة في العقد ضمن الآبق ودفع اليه الموجود وطالب

(١٧٣) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٦ من بيع الحيوان ، حديث ١ .

بالموصوف بالصفات المذكورة في العقد ، وهذا هو المعتمد.

الثانية : إذا اشتري حر^(١٧٤) عبدا من عبدين معينين على ان يختار أحدهما ، فالمشهور في هذه المسألة البطلان ، لعدم تعين المبيع عند المتابعين حالة العقد ، وقال الشيخ في موضع من الخلاف بـالجواز ، واستدل بإجماع الفرقة ، وقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(١٧٥) ، وإنما نسبة المصنف إلى الوهم ، لأنه بيع مجھول ، والبيع المجهول لا يصح ، وحمل العلامة قول الشيخ على تساوي العبددين من كل وجه.

والمعتمد البطلان وان تساوايا لعدم التعين ، وهو شرط في صحة البيع المشاهد.

قال عليه السلام : إذا وطئ أحد الشركين مملوكة بينهما ، سقط الحد مع الشبهة ، ويثبت مع انتفاءها ، لكن يسقط منه بقدر نصيب الواطي ، ولا يقوم عليه بنفس الوظي ، على الأصح ، فلو حملت ، قرمت عليه حصص الشركاء ، وانعقد الولد حررا ، وعلى أبيه قيمة حصصهم يوم ولد.

أقول : لا خلاف في سقوط الحد مع الشبهة كما لو توهم حل المشتركة وثبتت مقدار نصيب الشركاء مع انتفاء الشبهة ، وإنما الخلاف في حكمين :

الأول : هل تقوم بنفس الوظي أو لا تقوم إلا مع الحمل؟ بالأول قال الشيخ في النهاية ، والمشهور عدم التقويم إلا مع الحمل.

الثاني : هل تقوم بقيمتها العادلة يوم التقويم أو بأكثر الأمرين من القيمة يوم التقويم والشمن الذي اشتريت به؟ المشهور الأول ، وقال الشيخ بالثاني ،

(١٧٤) من « ر ٢ ».

(١٧٥) تقدم ص ٤ .

رواية عبد الله بن سنان (١٧٦) ، عن الصادق علیه السلام : «إذا حملت تعلق بها حكم أمهاط الأولاد فتقوم عليه ، لأن الاستيلاد منزلة الإتلاف ، لحرميء بيعها ووجوب عتقها بموت سيدها ، ولا يدخل في ملكه مجرد الحمل ، بل بالتقويم ودفع القيمة أو الضمان مع رضاء الشريلك.

فروع :

الأول : قبل التقويم هي مشتركة لهم استخدامها وعليهم نفقتها وهم كسبها.

الثاني : لو مات قبل التقويم أخذ القيمة من تركته ولا تحسب الجارية من التركية ، لأن الاستيلاد إتلاف ، فلو ضاقت التركية اختص الشركاء بالجارية ، لأنها تباع بثمن رقتها ، فإن فضل منها شيئاً عن حصة الشركاء كان الباقى للغرماء.

الثالث : إنما يجب عليه قيمة الولد يوم سقوطه حيا إذا لم تقوم عليه وهي حامل ، فإذا قومت عليه قبل الولادة صارت ملكه ، فلا يجب عليه قيمة الولد ، وإذا لم تقوم حاملاً كانت عليه قيمة الولد يوم سقوطه حيا ، ويسقط عنه قدر نصيبيه منه ، وتقوم الأم حينئذ بأعلى القيم من حين الإحتجال إلى حين التقويم ، ويسقط قدر نصيبيه.

الرابع : لو كانت بکرا وجب عليه أرش البکارة ، وان كانت ثیا وجب عليه المهر إذا
كانت جاهلة أو مكرهة ، لا مع العلم أو المطاوعة.

الخامس : لو سقط الولد ميتا لم يلزمها شيء.

السادس : لو سقط بجناية جان لزم الجاني دية جنين حر (١٧٧) للأب ، وعلى الأب دية جنين الأمة عشر قيمة أمه إلا قدر نصيبه ، ويحتمل ان لا يجب

(١٧٦) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٧ من بيع الحيوان ، حديث ١.

(١٧٧) في «ر ٢» : حتى.

على الأب شيء للشركاء ، لأنهم قالوا : (وعليه قيمة الولد يوم سقوطه حيا) ، والمعتمد الأول ، لأن وجوب الدية على القاتل يقوم مقام سقوطه حيا.

قال عليه السلام : المملوكان المأذون لهما ، إذا ابتاع كل منهما صاحبه من مولاه حكم بعقد السابق ، فإن اتفقا في وقت واحد ، بطل العقدان. وفي رواية يقرع بينهما ، وفي أخرى : تذرع الطريق ويحكم للأقرب ، والأول أظهر.

أقول : لا يخلو الحال من ثلاثة وجوه : اما ان يعلم السبق أو الاقتران أو يجهل الحال :

الأول : ان يعلم سبق أحدهما فيصبح عقد السابق ويبطل عقد المتأخر ، لبطلان تصرفه بخروجه عن ملك مولاه.

الثاني : ان يعلم الاقتران ، وفيه ثلاثة أقوال.

« أ » : بطلان العقددين معا ، لتدافعهما ، وهو قول ابن إدريس ، واحتاره المصنف.

« ب » : يقرع بينهما ، وهو اختيار الشيخ وابن البراج ، لأنه أمر مشكل ، وكل أمر مشكل فيه القرعة ^(١٧٨).

« ج » : قول العالمة في المختلف والقواعد ، وهو ان كانا وكيلين صح العقدان ، وان كانوا مأذونين كان العقدان موقوفين على الإجازة ، لأن كل واحد بطل اذنه ببيع مولاه فإذا اشتري الآخر صار كالفضولي ، فيكون عقده موقوفا ، يصح مع الإجازة ويبطل مع الرد.

الثالث : ان يشتبه الحال بمعنى عدم العلم بالسبق والاقتران ، وفيه قولان : أحدهما : تمسح الطريق من موضع افتراقهما إلى موضع سيدهما مع تساويهما بالقوة ويحكم للأقرب منهما ، ومع تساوي الطريقين يقرع ، وهو قول

(١٧٨) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٨ بيع الحيوان ، حديث ١.

الشيخ في الاستبصار ، لما رواه الشيخ ^(١٧٩) ، عن أبي جعفر عَلَيْهِ الْكَفَافُ .
والآخر البطلان ، ولجواز سبق ذي الطريق البعيدة لسرعة سعيه ، وهو مذهب العلامة.

قال بِحَمْدِ اللَّهِ : من اشتري جارية سرقت من أرض الصلح ، كان له ردتها على البائع ، ولو مات أحد من ورثته ، ولو لم يختلف وارثاً استسعت في ثمنها ، وقيل : تكون بمنزلة اللقطة ، ولو قيل : تسلم إلى الحاكم ولا تستسعى كان أشبه .
أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : ردتها على البائع وأخذ الثمن منه ، فإن مات فعلى ورثته ومع عدم الورثة يستسعى ، وهو قول الشيخ والقاضي عبد العزيز بن البراج ، والمستند روایة مسکین السمان ^(١٨٠) .

الثاني : يكون بمنزلة اللقطة ، وهو قول ابن إدريس ، لعدم جواز دفعها إلى البائع وهو يعلم أنه غير مالكها ، ولا يجوز استساعتها وهي مملوكة الغير ، مما بقي إلا ردتها إلى مالكها إن عرفه ، والا عرفها كاللقطة ، أو دفعها إلى حاكم المسلمين ، ويجتهد على ردتها من سرقت منه ، لأنها الناظر في مثل ذلك .

الثالث : قول المصنف وهو أن يدفعها إلى حاكم المسلمين ابتداء ولا يجوز التصرف بغير ذلك ، لأنها مال الغائب ، فيكون وليه الحاكم ، واحتاره العلامة ، وهو المعتمد ، وأما حكم الثمن ، فإن كان المشتري عالماً بالحال فلا رجوع مع ذهاب عينه ، وإن كان جاهلاً رفع به ، فإن تعذر سقط ولا يجوز استساعتها ، لأنها مملوكة الغير ، ونفقة الجارية من كسبها إن كانت ذات كسب ، والا فمن بيت مال المسلمين .

(١٧٩) التهذيب ، ٧٢ : ٧٢ ، حديث ٣١٠ .

(١٨٠) الوسائل ، كتاب التجارة باب ٢٣ من بيع الحيوان ، حديث ١ .

في السلف

قال عليه السلام : وهل ينعقد البيع بلفظ السلم ، كأن يقول : أسلمت إليك هذا الكتاب بهذا الدينار؟ الأشبه نعم ، اعتباراً بقصد المتعاقدين.

أقول : يحتمل الانعقاد ؛ لأن السلم نوع من البيع فيجوز استعماله في الجنس مجازاً تبعاً للقصد ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد ، ويحتمل العدم لعدم انتقال الملك إلا بما جعله الشارع نacula ، ولم يثبت أن الشارع جعل هذا اللفظ نacula لغير هذا النوع المخصوص به ، وذهب الشيخ في المبسوط والخلاف إلى عدم جواز استعمال السلم إلا مع ذكر الأجل.

قال عليه السلام : ولو شرط الأجدود ، لم يصح لتعذرها ، وكذا لو اشترط الأردا ، فلو قيل في هذا بالجواز ، كان حسناً لإمكان التخلص.

أقول : أما عدم جواز اشتراط الأجدود ؛ لأنه ما من حيد إلا وفوقه أجود منه فيحصل الجهة لعدم الضبط ، وهذا لا خلاف في عدم جوازه ، وأما لو شرط الأردى فقد قال الشيخ : لا يصح للجهة أيضاً ؛ لأن الأردى لا يضبط بالوصف كالأجدود. واستحسن المصنف الجواز لا مكان التخلص ؛ لأنه إذا دفع أجود من

المشترط وجوب القبول فبأي صفة دفع كان أجود من المشترط ، والمعتمد البطلان.

قال ﷺ : وفي الجلود تردد ، وقيل : يجوز مع المشاهدة وهو خروج عن السلم.

أقول : القول بالجواز مع المشاهدة قول الشيخ في النهاية وقول ابن البراج في الكامل ، وعدم الجواز مذهب ابن إدريس واختاره العلامة ؛ لأن الجلود لا يمكن ضبطها بالوصف لاختلاف خلقها.

واحتاج المجوزون بأصالة الصحة ، وعموم الآية ^(١٨١) ، ولم ينكر عليه روایات ^(١٨٢) ،

والعمل به ينافي حقيقة السلف ، لأنه بيع مضمون إلى أجل معلوم ، والشاهد ليس كذلك.

قال ﷺ : ويجوز في شاة معها ولدها : وقيل : لا يجوز ، لأن ذلك مما لا يوجد إلا

نادرا ، وكذا التردد في حارية حامل لجهالة الحمل.

أقول : هنا مسألتان.

الأولى : في جواز الإسلاف في شاة معها ولدها ، والمراد أن يكون منفصلا عنها ،

قال الشيخ : لا يجوز ، لعدم إمكان ضبط الولد بالوصف ، لإمكان ان لا تلد كذلك وهو مما يعز وجوده.

والجواز مذهب المصنف والعلامة وفخر الدين ، لأصالة الصحة ، وإمكان وجوده

على الصفات المذكورة في العقد.

الثانية : في جواز الإسلاف في شاة حامل أو حارية كذلك ، قال الشيخ وابن الجينيد

ـ انه مجھول لا يمكن ضبطه بالوصف ، والمعتمد الجواز ؛ لأن الحمل تابع لا يضر جهالته ،

ـ والا لما جاز بيع الحبل نقدا ، فلو كانت جهالة الحمل مانعة منعـ

(١٨١) البقرة : ٢٧٥ .

(١٨٢) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٤ من السلف ، حديث ٧ .

في الموضعين.

قال ﷺ : وفي الإسلاف في جوز القرن تردد.

أقول : منشئه من ان القر فيه دود ان كان حياً أفسده ؛ لأنه يقرضه ويخرج ، وان كان ميتاً فالميتة لا يجوز بيعها ، ومن ان الدود غير مقصود في البيع ، فلا فرق بين ان يكون حياً أو ميتاً ؛ لأصالة الصحة ، ولا بد أن يشترط كونه طرياً أو يابساً ، والأول مذهب الشيخ ، والثاني مذهب العلامة.

قال ﷺ : ولو شرط ان يكون من الثمن من دين عليه ، قيل : يبطل ، لأنه بيع دين بمثله ، وقيل : يكره ، وهو أشبه.

أقول : القول بالبطلان قول الشيخ وابن إدريس ، واختاره العلامة في القواعد والمختلف والشهيد في دروسه ، لما قاله المصنف : (من انه بيع دين بمثله) ، وقيل بالكرابة ، واختاره المصنف ، لأن ما في الذمة مقبوض وبيع الدين بالدين المنهي عنه عند المصنف هو ما كان في ذمتين غير ذمتى المتباعين ، أما ما كان في ذمتى المتباعين لا يكون بيع دين بدين ، واختاره العلامة في التحرير.

ولو لم يعينه من الدين بل جعله موصوفاً في الذمة ثم حاسبه بعد العقد في المجلس صح على ما اختاره في القواعد ، ويلزمه ان العقد وقع على دين بدين ، فيشكل صحته.

قال ﷺ : وهل يجوز الإسلاف في المعدود عدّا؟ الوجه لا.

أقول : عدم الجواز مذهب الشيخ ، والجواز مذهب ابن الجنيد ، وفصل العلامة ، قال : ان كان مما يتفاوت يسيراً كالجوز واللوز حاز وزناً وعدداً ، وان كان يتفاوت كثيراً كالبطيخ والبيض والبازنجان لا يجوز إلا وزناً ، واختاره الشهيد ، وهو المعتمد.

قال ﷺ : ولو اشتراه حالاً ، قيل : يبطل ، وقيل : يصح ، وهو المروي.

أقول : قد تقدم^(١٨٣) البحث في هذه ، ويكون بيعاً بلفظ السلم.

قال ﷺ : ولو قال إلى شهرين فان كان في أول الشهر ، عد شهرين اهلة ، وان أوقع العقد في أثناء الشهر ، أتم من الثالث بقدر الفائت من شهر العقد ، وقيل : يتم ثلاثة يوما ، وهو أشبه.

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : إتمام الناقص بقدر الفائت من شهر العقد ، فان كان وافياً أتمه ثلاثة ، وان كان ناقصاً أتمه تسعة وعشرين ، وقواه الشيخ بحصول إتمام الشهر باستثناء ما فات منه.

الثاني : عد المنكسر ثلاثة سواءً كان ناقصاً أو تماماً ، لأن الشهر اما عدة بين الملالين او ثلاثة يوما ، والأول قد تعذر ، فيتعين الثاني.

الثالث : عد الجميع ثلاثة ، لأن الأول قد انكسر ولا يعقل دخول الثاني حتى يكمل الأول ، فيجب ان يكون إكماله مما يليه فينكسر الثاني ، وهكذا فينكسر الجميع ، فيجب إتمام الجميع ثلاثة.

والعمل على الأوسط من الأقوال ، ويفقىء اليوم إذا وقع العقد في أثناءه ، بأن يأخذ من يوم آخر بقدر ما فات من يوم العقد ، ولا عبرة بقصر اليوم وطوله للتسامح بمثل ذلك.

قال ﷺ : ولا يشترط ذكر موضع التسليم على الأشبه ، ولو كان في حمله مئونة.

أقول : اشترط الشيخ في المسوط والخلاف ذكر موضع التسليم إذا كان في حمله مئونة ، ولم يشترط في النهاية غير ذكر الجنس والوصف والأجل ، وهو يدل على عدم اشتراط ذكر موضع التسليم ، ولم يشترطه ابن إدريس ، واحتاره

المصنف ، لأصالة براءة الذمة من وجوب الاشتراط ، ولعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(١٨٤) وعموم ﴿وَأَحَلُّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾^(١٨٥) ، ولاقضاء العقد التسليم في بلد العقد ، فلا يفتقر إلى ذكر الموضع.

واحتاج المستطردون بأن مع ذكر موضع التسليم يقطع بصحة العقد ، ومع عدمه لا دليل على صحته ، وقال العالمة : إن كان في برية أو بلد ليس قصدهما الاجتماع فيه ، وجب ذكر موضع التسليم ، لأنه لا يمكن التسليم في موضع العقد وليس أحد الأمكنته أولى من الآخر ، فإذا لم يذكر موضع التسليم أفضى إلى الجهالة والتنازع ، وإن كان العقد في موضع هما مجتمعان فيه لم يجب ذكر موضع التسليم ، لاقتضاء العقد وجوبه في بلد العقد فلا يجب ذكره ، هذا مذهب العالمة في القواعد والمختلف ، وفي التحرير لم يشترطه وإن كانوا في برية ، فعلى هذا يجب التسليم في بلد البائع ، لأصالة البراءة ذاته من وجوب حمله إلى غير بلده ، ولو اشترطه في موضع غير بلد العقد وجب اتباع الشرط ، ومذهب القواعد هو المعتمد.

قال ﷺ : إذا اشتري كرا من طعام بمائة ثم اشترط تأجيل خمسين ، بطل في الجميع على قول.

أقول : لا يجوز كون الشمن مؤجلا في السلف ، لعدم جواز بيع الدين بالدين ، فإذا اشترط تأجيل البعض احتمل البطلان في الجميع ، لجهالة ما يقابل المقبوض ، ويحتمل الصحة ثم يوزع فيما بعد ، كما لو اشتري سلعتين بعقد واحد ثم استحق أحدهما . وعلى القول بالصحة والتقييد يثبت الخيار لبعض الصفقة عليهما .

. ١) (١٨٤) المائدة : ١.

. ٢٧٥) البقرة : (١٨٥)

قال رحمه الله : ولو دفع خمسين ، وشرط الباقي في دين على المسلم إليه ، صح فيما دفع ، ويبطل فيما قابل الدين ، وفيه تردد .
أقول : سبق ^(١٨٦) البحث في هذه .

قال رحمه الله : يجوز بيع الدين بعد حلوله ، على الذي عليه وعلى غيره ، فإن باعه بما هو حاضر ، صح وإن باعه بمضمون حال ، صح أيضا ، وإن اشترط تأجيله ، قيل : يبطل ، لأنه بيع دين بدين ، وقيل : يكره ، وهو الأشبه .

أقول : البطلان مذهب ابن إدريس ، لأن بيع الدين بالدين كما قاله المصنف ، واختاره العلامة في المختلف والشهيد في الدروس ، وقال الشيخ في النهاية : انه مكروه ، واختاره المصنف ، لأصالة الصحة ، ولأن بيع الدين بالدين المنهي عنه هو ان يبيعه دينا في ذمة زيد بدين في ذمة عمرو ، وهذا ليس كذلك ، والأول أحوط .

واما الدين المؤجل فقد جوز ابن إدريس بيعه على من هو عليه ومنع من بيعه على الغير ، وجوزه العلامة في المختلف مطلقا على من هو عليه وعلى غيره ، لأصالة الجواز ، وفي التحرير منع من بيعه مطلقا ، واختاره صاحب الدروس ، الا انه عكس مذهب ابن إدريس سهوا ، لأنه قال : قال ابن إدريس : لا خلاف في تحريم بيعه على من هو عليه ، ويلزم بطريق التنبية تحريمه على غيره ، وجوز الفاضل بيعه على من هو عليه فيباع بالحال ، هذا كلامه رحمه الله .

وهو سهو ، لأن مذهب العكس ، وهذه عبارته : الدين لا يخلو إما أن يكون حالا أو مؤجلا ، فإن كان مؤجلا فلا يجوز بيعه بغير خلاف على غير من هو في ذاته ، وإن كان حالا فلا يجوز بيعه بالدين آخر لا من هو عليه ولا من غيره بغير خلاف أيضا ، هذا كلامه رحمه الله .

وخص المぬ من البيع على غير من هو عليه ، يدل بمفهومه على جواز البيع على من هو عليه ، فلهذا قلنا انه يجوز بيعه على من هو عليه ، وتحوير العلامه بيعه على غير من هو عليه يدل على جوازه على من هو عليه بطريق الأولى ، وهو عكس ما نقله صاحب الدروس .

والظاهر ان سبب سهو الشهيد غلط نسخة المختلف التي نقل منها مذهب ابن إدريس ، ومذهب العلامه ، ولهذا قال : وجواز الفاضل بيعه على من هو عليه .
ومراده بالفاضل العلامه ، مع انه مذهبه في المختلف جواز بيعه على غير من هو عليه ، وهذه عبارته : قال ابن إدريس : الدين المؤجل لا يجوز بيعه على غير من هو عليه بلا خلاف والوجه عندي الكراهيـة ، للأصل الدال على الجواز ، والإجماع منـوع . هذا كلامه للجهة في المختلف ، وهو دال على جواز بيعه على غير من هو عليه .

لكن الظاهر ان النسخة التي نقل منها الشهيد مخدوف منها (غير) من كلام ابن إدريس سهوا من الناسخ ، فحصل الغلط في نقله عن ابن إدريس ، وعن العلامه .
وأبو العباستابع الشهيد على سهوه في النقل عنـهما للجهة جميعا وجزاهم الله عـنا خيرا ، وسائل من الله العصمة من الزلل الموجب للخلل .

تنبيه : لو باع الدين بأقل من ثمنه ، قال الشيخ وابن البراج : لم يلزم الغريم ان يدفع الى المشتري أكثر مما دفع الى البائع وبراً من الباقي ، لرواية محمد بن الفضل ، « قال : قلت للرضا عليه السلام رجل اشتري دينا على رجل ، ثم ذهب الى صاحب الدين ، فقال له : ادفع ما لفلان عليك فقد اشتريته منه ، فقال : يدفع إليه قيمة ما دفع الى صاحب الدين وبراً الذي عليه المال من جميع ما بقي

عليه »^(١٨٧).

وأنكر ابن إدريس هذا إنكاراً عظيماً ، والمعتمد صحة البيع ووجوب دفع الجميع إلى المشتري ، إذ لا خلاف في جواز بيع الدين بأقل من قيمته مع علم البائع بالقيمة. فرع : إذا تذر قبض المبيع من المديون لفسمه أو هرمه أو دفعه للمسطري ، رجع على البائع بالشمن الذي دفعه إليه ، لعدم حصول العوض الذي قابله.

قال عليه : إذا أسلف في شيء وشرط أصوات نعحات ، قيل : يصح ، وقيل : لا ، وهو الأشبه. ولو شرط أن يكون الثوب من غزل امرأة معينة ، أو الغلة من قراح معينة ، لم يضمن.

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : إذا أسلف في غنم واشترط أصوات نعحات معينة مشاهدة ، وقد منع منه ابن إدريس واحتاره المصنف ، لأن السلم في المشاهد لا يجوز ، لأنه يبع مضمون إلى أجل ، والمشاهد ليس كذلك ، وأن بيع الصوف على ظهور الغنم لا يجوز عنده للجهالة. وجوزه الشيخ واحتاره العالمة جواز البيع بلفظ السلم عنده ، وعدم اشتراط الأجل ، وصحة بيع الصوف على ظهور الغنم لمشاهدته وانتفاء الغرر فيه ، فلا مانع من ذلك ، وهو المعتمد.

الثانية : إذا أسنن السلف إلى معين ، كما لو شرط الثوب من غزل امرأة معينة أو الغلة من قراح معين ، قال المصنف : لم يضمن ، وظاهره صحة البيع ، إلا أنه لا يضمن من المعين ، وهو بناء على أن الشرط الفاسد لا يفسد العقد. والمعتمد بطلان البيع ، وهو مذهب العالمة في قواعد ، والشهيد في دروسه ،

(١٨٧) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٥ من أبواب الدين والقرض ، حديث ٣.

بطلان الشرط الموجب لبطلان البيع.

اما بطلان الشرط فلمنافاته العقد ، لأن السلف ابتعاد مضمون في الذمة ، والمضمون في الذمة لا يشخص من دون القبض ، فتشخيصه بأحد الأمور المذكورة خروج عن حقيقة السلم فيكون منافيا ، ولأنه يؤدي إلى الغرر ، لاحتمال موت المرأة أو تلف غلة القراب ، فيتعذر التسليم ، إذ لا بد ان يكون وجود المسلم فيه عاما عند الحلول ، وهذا الشرط ينافيه. واما بطلان البيع فلعدم الرضا بدون سلامه الشرط ، فيكون تجارة من غير تراض ، فتكون باطلة.

قال عليه السلام : إذا تقايلا رجع كل عوض إلى مالكه ، فإن كان موجوداً أحده ، وإن كان مفقوداً ضمن بحثه إن كان مثلياً ، وإلا بقيمه ، وفيه وجه آخر.

أقول : المراد بالوجه الآخر عدم صحة التقابل مع تلف العوض المتقابل عليه ، لفوات محل ما وقع عليه الإقالة.

قال عليه السلام : ولو شرط الصاحح عوض المكسرة ، قيل : يصح ، والوجه المع.

أقول : الجواز مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابي الصلاح وابن حمزة ، لرواية يعقوب بن شعيب في الصحيح ، « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يفرض الرجل الدرارهم الغفلة فيأخذ الدرارهم الطازحة طيبة بما نفسه؟ قال : لا بأس ، وذكر ذلك عن علي عليه السلام »^(١٨٨) ، وليس في الحديث دلالة على ذكر الشرط.

والطازحة بالطاء المهملة والزاء المعجمة والجيم الدرارهم البيض الجيدة ، ومنع ابن إدريس والمصنف من ذلك واحتاره العلامة ، وهو المعتمد ، لما رواه

(١٨٨) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٢ أبواب الصرف ، حديث ٥.

الحلي في الحسن ، عن الصادق عليه السلام : « قال : إذا أقرضت الدرهم ثم أتاك بخيار منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط »^(١٨٩) ، وهو يدل على ثبوت البأس مع الشرط.

تببيه : جوز العلامة اشتراط ان يبيع المقرض المقترض سلعة أو يؤجره دار بشمن المثل وأجرة المثل ، أو ان يقرضه المقترض أو يبيع المقترض على زيد مثلاً أو يقرضه عمروا ، ولو عين الشمن في اشتراط البيع على زيد لزم وان كان أقل من ثمن المثل ، ولو اشترط الرهن أو الكفيل على القرض لزم ، ولو اشترطه على دين آخر جوزه في القواعد ، ومنعه في التحرير ، لما فيه من جر النفع ، وإذا فسد القرض بفساد الشرط كان مضموناً عليه ، لأن قبضه على ان يكون ضامناً له ، وقال ابن حمزة : يكون أمانة ، لأنه لم يملكه فيكون أمانة ، لأصله عدم الضمان.

قال عليه السلام : وما ليس كذلك ، يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم ، ولو قيل : يثبت مثله أيضاً ، كان حسناً.

أقول : إذا افترض المثلبي وجوب رد المثل إجماعاً ، فإن تعذر المثل وجبت القيمة يوم القبض ، لأنه وقت ثبوته في الذمة ، ويحتمل وقت التعذر ، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة.

وإذا افترض القيمي وجوب عليه القيمة يوم القرض على المشهور بين الأصحاب ، واستحسن المصنف رد المثل في القيمي أيضاً ، وهو ظاهر الشيخ في الخلاف ، لأن النبي ﷺ أخذ قصة امرأة كسرت قصة أخرى ، وضمن عائشة إماء حفصة وطعامها بمثلها^(١٩٠) ، وهو محمول على التراضي.

وانما يحصل المغالطة مع الاشتراك في جميع الصفات التي لها مدخل في القيمة ،

(١٨٩) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٢٠ من الدين والقرض ، حديث ١.

(١٩٠) سنن البيهقي ٦ : ٢١ و ٩٦.

فإذا دفع المماطل في جميع الصفات وجب قبوله على قول المصنف ، ولا يجب على المشهور بين الأصحاب ولو تغيرت أسعار القيمي وحيث القيمة يوم القبض على المشهور ، وعلى قول المصنف يجب القيمة يوم دفع العوض.

قال ﷺ : ويجوز اقتراض الجواري . وهل يجوز اقتراض اللئالي؟ قيل : لا ، وعلى القول بضم القيمة ينبغي الجواز .

أقول : يجوز اقتراض المثلثي إجماعا ، وكذا القيمي الذي يمكن السلف فيه ، وفي ما (١٩١) لا يضبطه الوصف ، ولا يجوز السلف فيه كاللآلئ واللحم والجلود قولهان ، مع اتفاقهم على جواز إقراض الخبر عددا وزنا عملا بالعرف ، والمنع في الجوهر وشبهها مذهب الشيخ ، والجواز مذهب ابن إدريس ، لأصله الجواز ، وهو المعتمد .

قال ﷺ : القرض يملك بالقبض لا بالتصرف ؛ لأنه فرع التملك ، فلا يكون مشروطا به . وهل للمقرض ارجاعه؟ قيل : نعم ، ولو كره المقترض ، وقيل : لا ، وهو أشبه ؛ لأن فائدة الملك التسلط .

أقول : ذهب الشيخ في الخلاف إلى اشتراط التصرف في حصول الملك ، والمشهور حصوله بالعقد ؛ لأن التصرف فرع الملك ، فلو كان مشروطا به لزم الدور ، ويتفرع عليه جواز انتزاع العين ، فعلى اشتراط التصرف له ذلك قبله ، وليس له على عدم الاشتراط . ويتفرع عليه أيضا عتق القريب بنفس القبض ، وهو المعتمد .

قال ﷺ : ولو شرط التأجيل في القرض لم يلزم ولو أجل الحال لم يتأجل ، وفيه رواية مهجورة .

أقول : الدين الحال لا يتأجل إلا بأحد أمور ثلاثة :

(١٩١) في « ر ١ » : وما .

الأول : ان يشترط التأجيل في عقد لازم ، مثل ان يقول : (بعترك العبد مثلا بمائة على ان تؤجلني بالدين أو القرض أو المهر سنة مثلا) ، فيقول : (قبلت) ، وكلما يجوز تأجيله في العقد اللازم يجوز إسقاط الأجل فيه أيضا ، ولو أقرضه واشترط تأجيل الحال عليه أو حلول المؤجل على المقترض لم يصح وبطل القرض.

الثاني : يتأنجلي بالوصية ، فإذا أوصى بتتأجيل ما على فان سنة مثلا تأجل ، ولا يحتسب الدين من الثالث ، لعدم خروجه عن ملك الورثة بالتأجيل ، بل يخرج من الثالث ما قابل الأجل ، فيقال : لو بيع هذا الدين الذي قيمته مائة مثلا بمؤجل إلى سنة بكم يباع؟ فإذا قيل بمائة وخمسين علمنا ان قسط الأجل ثلث الثمن ، فيخرج ثلث الدين من الثالث وهكذا ؛ لأنه مقدار الفائت بالوصية ، فيقتصر عليه.

الثالث : يتأنجلي بالنذر والعهد واليمين.

قال ﷺ : من كان عليه دين ، وغاب صاحبه غيبة منقطعة ، يجب أن ينوي قضاءه ، وأن يعزل ذلك عند وفاته ويوصي به ليصل إلى ربه ، أو إلى وارثه إن ثبت موته ، وإن لم يعرفه اجتهد في طلبه ، ومع اليأس ، يتصدق به على قول .

أقول : ما حکاه المصنف مذهب الشيخ في النهاية ، وهو مشتمل على أحكام :
الأول : وجوب نية القضاء.

الثاني : العزل عند الوفاة ، وهو واجب عند الشيخ والمصنف ، وأنكره ابن إدريس وادعى الإجماع على عدم وجوبه.

الثالث : وجوب الوصية بدونه ، وهذا لا خلاف فيه.

الرابع : وجوب الصدقة مع اليأس من الوارث ، وهو مذهب الشيخ وابن البراج ، واختاره المصنف وأبو العباس ، لئلا يتعطل المال ويخرج عن الانتفاع ،

ولا حتیاج من هو عليه الى تفريغ الذمة ، ولا سبیل غیر الصدقۃ ، فإن ظفر بالوارث بعد ذلك
قضاه دینه إذا لم يرض بالصدقۃ.

وقال ابن إدريس : يدفعه الى الحاكم إذا لم يعلم له وارثا ، فان قطع بعدم الوارث كان
للإمام ، واحتاره فخر الدين والمقداد ؛ لأن الإمام وارث من لا وارث له ، وقال العلامة : إذا
لم يعلم انتفاء الوارث وجوب حفظه ؛ لأن مال معصوم فيجب حفظه على مالكه ، فإن
أليس من وجوده والظفر به أمكن ان يتصدق به.

قال ﷺ : إذا باع الدين بأقل منه ، لم يلزم المديون أن يدفع إلى المشتري أكثر ما
بذلك على رواية.

أقول : سبق (١٩٢) البحث في هذه فلا فائدة في الإعادة.

واعلم انه لو كان على الدين رهن انتقل إلى المشتري تبعا للدين ، نص عليه فخر
الدين في شرح قواعد أبيه في باب الكفالة ، في قوله : (والأقرب انتقال حق الكفالة إلى
الوارث) ، فلما قرر المسألة : قال : وظهر الفرق بين الكفالة والرهن ؛ لأن الرهن تابع
لاستحقاق الدين لتعلق نفس الدين بالرهن ، فالى من انتقل الدين انتقل الرهن بأي وجه
كان ، ففي الوارث انتقل لسبعين بانتقال نفس الرهن بالإرث ، وبانتقال الدين إلى مشتري
الدين بسبب واحد وهو انتقال الدين ، انتهى كلامه ﷺ .

في دين المملوک

قال ﷺ : المملوک لا يجوز له أن يتصرف في نفسه بإجارة ولا استدانة ولا في غير ذلك من العقود ، ولا بما في يده ببيع ولا هبة إلا بإذن سيده ، ولو حكم له بملكه ، وكذا لو أذن له المالك ان يشتري لنفسه ، وفيه تردد ، لأنه يملك وطئ الأمة المشاعة مع سقوط التحليل في حقه .

أقول : العبد محجور عليه في أنواع التصرفات بغير اذن سيده عدا الطلاق ، سواء قلنا : انه يملك أو أحلانا ذلك ، قال المصنف : (وكذا لو اذن له المالك ان يشتري لنفسه). وهذه من المسائل الغامضة التي لا يدركها غير الحصول لهذا الفن ، فان مراده انه إذا دفع اليه السيد ما لا ليشتري به العبد لنفسه فإنه لا يملك التصرف فيه أيضا ، لفساد الاذن على كلا التقديرين ، اما على تقدير انه لا يملك فقد اذن له بالمحال ، فيكون الاذن باطلًا ، وأما على تقدير انه يملك فملكه محصر بما يملكه مولاه من فاضل الضريبة وأرش الجناية ، والسيد لم يملكه الثمن بل أمره ان يشتري بما هو مملوک للسيد لنفسه ، فكان الاذن باطلًا ؛ لأنه يجري مجرى تمليكه مال الغير ، وهو غير جائز.

وتردد المصنف في بطلان التصرف ؛ لأنه لو اذن له ان يشتري امة لنفسه فاشترى على ذلك الاذن ملك وطأها بسبب الاذن ، فلو لم يجز التصرف لما حاز الوطى ، لأن علة جوازه اذنه بالملك المستلزم للتسلط على جميع التصرفات ومن جملتها الوطى ، ولا يكون حل الوطى من جهة التحليل ، لأنه متعدر في حقه ، لأن الأصحاب على قسمين ، منهم من منع جواز تحليل السيد أمته لعبدة ، ومنهم من جوز ذلك لكن شرط التعين ، والأمر ليس كذلك ، لأنه قبل الشراء لم تكن معينة ولا مملوكة ، فلا وجه للتخليل ولم ينوه غير الاذن.

قال العالمة : وهل يستبيح العبد البضع؟ الأقرب ذلك لا من حيث الملك ، بل لاستلزمته الاذن.

وصاحب التردّدات جعل منشأ التردد من ان العبد لا يملك ، ومن انه يستبيح الوطى ولا سبيل غير الملك ، فيلزم انه يملك ، وهو غلط ، لأن قول المصنف : (وكذا لو اذن له بالشراء لنفسه) معطوف على المنع من التصرف وان حكم له بالملك ، وحكم المعطوف حكم المعطوف عليه ، فيكون المراد ما قلناه ، ويدل عليه قوله العالمة : (لا من حيث الملك ، بل لاستلزمته الاذن).

ومما يدل على ما قلناه استشكال العالمة صحة الشراء لبطلان الاذن المستلزم لتمليك ما لا يصح تملكه ، والمعتمد صحة الشراء وعدم حل الوطى ، أما صحة الشراء فلأنه مشتري مأذون فيه ، وجعله للعبد لا يطاله ، لأن جميع ما للعبد فهو لسيده ، وأما عدم حل الوطى فلانتفاء أسبابه ، لأن سببه العقد أو ملك الرقبة أو المنفعة ، وليس هاهنا شيء منها ، فلا يباح بدون السبب المبيح له.

قال ﷺ : فإن اذن له في الاستدانة ، كان الدين لازما للمولى إن استبقاه أو باعه ، وإن اعتقه ، قيل : يستقر في ذمة العبد ، وقيل : يكون باقيا في ذمة المولى ، وهو أشهر الروايتين .

أقول : كونه باقيا في ذمة المولى مذهب الشيخ في الاستبصار ، وبه قال ابن حمزة واحتاره المصنف والعلامة في القواعد ، وأبو العباس في المقتصر ، لأن اذن السيد موجب لتعلق الدين في ذمته فلا ينتقل عنه بالعتق ، وقال في النهاية : يستقر في ذمة العبد إذا أعتقه ، لرواية عجلان ^(١٩٣) ، عن الصادق عليه السلام ، وتابعه ابن البراج ، واحتاره العلامة في المختلف.

قال عليه السلام : ولو أذن له في التجارة دون الاستدابة ، فاستدان وتلف المال كان لازما لذمة العبد ، وقيل : يستسع فيه معجلا.

أقول : السعي معجلا مذهب الشيخ في النهاية ، لأن السيد قد غر الناس بالإذن بالتجارة ، ولصحيحه أبي بصير ^(١٩٤) ، عن الصادق عليه السلام . والاستساع بعد العتق مذهبة في المبسوط ، واحتاره ابن إدريس ، وهو المعتمد ، لأن سعي العبد لمالكه ، فتصرفة فيما لم يأذن فيه غير جائز.

وقال ابن حمزة : إن علم الديان أن المولى لم يأذن في الدين كان في ذمة العبد ، يتبع به بعد العتق ، وإن لم يعلم استسعي العبد عاجلا.

وقال العلامة : إن كان الدين لضرورات التجارة لزم المولى ، لأن الاذن في التجارة يستلزم الاذن في الاستدابة لضرورتها ، وإن كان لغير ذلك يتبع به بعد العتق ، وهو حسن ، لكن العمل على الصبر إلى بعد العتق من غير تفصيل.

فرع : لا يثبت اذن العبد في التجارة بمجرد قوله ، لأصلالة عدم الاذن ، وقوله غير حجة ، بل لا بد من البيينة على الاذن أو الشياع على ما اختاره العلامة وابنه والشهيد ، لتعذر إقامة البيينة عند كل معامل.

قال عليه السلام : وإذا باع واشترى ، فأجرة ما يبيع على الأمر بيده ، وأجرة

(١٩٣) الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥٤ من العتق حديث ١.

(١٩٤) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٣١ من الدين والقرض حديث ١.

الشراء على الأمر بالشراء ، ولا يتولاهاما الواحد.

أقول : السمسار في البيع والشراء فإذا باع كانت أجرته على البائع ، وإذا اشتري كانت أجرته على المشتري ، وقال المصنف هنا : (ولا يتولاهاما الواحد) ، وفي المختصر : ولا يجمع بينهما واحد ، وعبارة القواعد كعبارة المصنف هنا ، وهي دالة على المنع من تولي الواحد ، ودلالي البيع والشراء في سلعة واحدة ، لأن الوكيل يجب عليه مراعاة الأصلح لموكله ، وهو ممتنع هنا ، والا لزم اجتماع الضدين ، ولأنه يكون موجباً قابلاً ، وهو ممنوع عند بعضهم.

وأما عبارة المختصر النافع فهي دالة على عدم جوازأخذ الأجرتين لشخص واحد عن سلعة واحدة من البائع والمشتري ، بل يأخذ من هو وكيل له وعاقد عنه ، فإن أمره بالبيع والابتياع كانت الأجرة على السابق بالأمر ، وقيل : يأخذ منهما أجرة واحدة ، وكذا إن اقتننا في الأمر أو تعاقبنا وكان الغرض مجرد العقد ، وإن كان الغرض السمسرة لكل منهما كان للواسطة أجرتان على قدر عمله.

كتاب الرهن

في الرهن

قال ﷺ : هل القبض شرط؟ قيل : لا ، وقيل : نعم ، وهو الأصح.

أقول : باشتراط القبض قال الشيخ في النهاية وابن البراج وأبو الصلاح والمفید وابن الجنید ، واختاره المصنف والشهید ، لقوله تعالى ﴿ فَرِهانٌ مَقْبُوضَةٌ ﴾^(١) ولو رواية محمد بن قيس ، عن الバقر علیہ السلام ، « قال : لا رهن الا مقبوضا »^(٢).

وبعدم الاشتراط قال الشيخ في الخلاف ، واختاره ابن إدريس والعلامة وابنه وأبو العباس ، وهو المعتمد ، لأصالة عدم الاشتراط ، ولقوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُهُودِ ﴾^(٣) ، وهذا عقد فيجب الوفاء به .

وأحابوا عن الآية بكونها بيانا للإرشاد إلى حفظ المال ، وهو لا يتم الا بالقبض ، وعن الرواية بضعف السند ، وعلى القول باشتراط القبض لا يشترط

(١) البقرة : ٢٨٣ .

(٢) الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ٣ في أحكام الرهن ، حديث ١ .

(٣) المائدة : ١ .

دومه إجماعا ، بل لو رده إلى مالكه بعد القبض انعقد الرهن .
 وقبضه كقبض المبيع الا انه يشترط فيه اذن الراهن بخلاف المبيع ، إذ لو قبضه بغير اذن البائع صح القبض ، والفرق بينهما ان القبض شرط في صحة العقد وهو من تمامه هنا ، فيقف على الرضى كإيجاب والقبول ، بخلاف البيع إذ القبض ليس شرطا في انعقاده فلا يشترط اذن البائع ، لأنه قبض حقه ولا يفتقر إلى رضى البائع في ذلك .
 ولا يشترط مقارنة القبض لعقد الرهن ، بل لو طالت المدة بعد العقد ثم قبض انعقد الرهن .

ويتفرع على اشتراط القبض وعدمه فروع كثيرة لا فائدة في ذكرها لظهورها عند ورودها .

قال ﷺ : ولو أقر الراهن بالإقباض ، قضي عليه ، ما لم يعلم كذبه ، ولو رجع لم يقبل رجوعه . ويسمع دعواه لو ادعى مواطاة على الإشهاد ، ويتوجه اليمين على المرتحن ، على الأشبه .

أقول : هذا فرع على اشتراط القبض فلو أقر الراهن قضي عليه ، قال المصنف : (ما لم يعلم كذبه) وذلك مثل ان يقول بمكمة : رهنت اليوم زيدا داري بالمدينة فاقبضته إليها ، وهذا يعلم كذبه ، لأن خرق العادة يلحق بالحال ، فيكون محلا ، فان رجع بعد إقراره الممكن ، وقال : أقررت مواطاة بيني وبينه ، لإقامة رسم القبالة ، أو لورود خط وكيلي ، ثم ظهر الخلاف ، أو ظننت ان القول كاف من دون التسليم ، هل يقبل رجوعه بمعنى انه تكون دعوى صحيحة بحيث يطالب بالبينة ومع عدمها يحلف المرتحن ، أو تكون الدعوى باطلة لا يلتفت إليها ؟

يتحمل الأول ، لأنه ادعى شيئا مكنا قد جرت العادة به فيسمع ، ولأنه لو اعترف له المرتحن بما ادعاه ثبتت دعواه ، فمع عدم الاعتراف يطالب بالبينة ، فان

لم يكن حلف المرتمن.

ويحتمل الثاني ، لأنه مكذب ، لإقراره بحق الغير ، فلا يقبل دعواه ولا يكون لها حكم ، والأول هو المعتمد.

قال عليه السلام : ولا يجوز تسليم المشاع إلا بإذن شريكه ، سواء كان مما ينقل أو لا ، على الأشبه.

أقول : قال الشيخ إنما يعتبر إذن الشريك في المنقول كالجوهر والسيف ، والمعتمد اعتبار اذنه مطلقا ، لأن قبض المشاع إنما يتم بتسليم الجميع ، فان كان مما ينقل فلا بد من نقل الجميع ، لعدم تمييز حق الشريك قبل القسمة ، وإن كان مما لا ينقل فالقبض فيه التخلية . وهو أن يسلطه على التصرف بعد رفع يده عنه . وهو لا يتم إلا بالتسليم على الجميع ، والتسليم على مال الغير بغير اذنه غير جائز ، فلا فرق بين المنقول وغيره.

تنبيه : إذا امتنع الشريك من الازن في القبض ، فإن رضي المرتمن بكونه في يد أحدهما جاز ، وإن امتنع أيضا نصب الحاكم عدلا من جهته يق卜ض لهما ، وحينئذ يسقط اعتبار رضي الجميع ، وهذا على القول باشتراط القبض أو بكونه مشروطا في العقد.

في شرائط الرهن

قال عليه السلام : وفي رهن المدبر تردد ، والوجه أن رهن رقبته إبطال لتدبيره. أما لو صر
برهن خدمته ، مع بقاء التدبير ، قيل : يصح التفاتا إلى الرواية المتضمنة جواز بيع خدمته ،
وقيل : لا ، لتعذر بيع المنفعة المنفردة ، وهو أشبه.

أقول : إذا رهن المدبر قبل ابطال تدبيره ، قال الشيخ في الخلاف : فان لم يقصد في
الرهن فسخ التدبير بطل الرهن ، ثم قال : ولا دلالة على بطلان التدبير ، ولا دلالة على
صحة الرهن ، فينبغي ان يكون باطلا ، ثم قال بعد ذلك : ولو قلنا انه يصح التدبير والرهن
، لأنه لا دلالة على بطلان واحد منهما كان قويا.

وقال في المسوط . بعد ان حكم ببطلان التدبير . : ولو قلنا الرهن صحيح والتدبير
بحاله كان قويا ، ومثله قال ابن إدريس ، وتردد المصنف من هذه الحقيقة ، ثم اختار ان رهن
الرقبة إبطال للتدبير ، وهو يدل على اختياره صحة الرهن ، وبه قال العلامة وهو المعتمد ،
لأن المدبر مملوك يجوز التصرف فيه بأنواع التصرفات فلا مانع من صحة ورهنه ، والتدبير
وصية بجواز الرجوع فيها ،

والرجوع أعم من ان يكون بالقول أو الفعل ، فالرهن يكون رجوعا في التدبير كما هو رجوع بالوصية ، لتعلق حق المركن فيه ، أما لو صرخ برهن خدمته خاصة فقد ذكر المصنف وجهي الصحة والبطلان ، والبطلان هو المعتمد.

قال ﷺ : ولو رهن المسلم خمرا ، لم يصح ، ولو كان عند ذمي . ولو رهنها الذمي عند المسلمين ، لم يصح أيضا ، ولو وضعها على يد ذمي ، على الأشبه.

أقول : قال الشيخ في المبسوط والخلاف : إذا استقرض الذمي من مسلم مالا ورهن عنده بذلك خمرا على يد ذمي آخر يبيعها عند محل الحق ، فباعها واتي بشمنها جاز له أحذه ولا يجبر عليه ، لعدم الدليل على إجباره ، وله ان يطالب بما لا يكون عوضا عن حرام ، وفي هذا الكلام حكمان :

الأول : جواز ارتكان الخمر للمسلم إذا وضعه على يد ذمي ، والمعتمد عدم جوازه ، لأن يد الوكيل يد الموكل ، فكما لا يجوز له مباشرة لا يجوز توكيلا.

الثاني : عدم إجبار المسلم على قبض ثمن الخمر من الذمي ، والمعتمد وجوب القبض أو إبراء ذمته كما لو دفع من غير ذلك ، لأنه مال مملوك.

قال ﷺ : ولو رهن مالا يصح إقباضه ، كالطير في الهواء ، والسمك في الماء ، لم يصح رهنها . وكذا لو كان من يصح إقباضه ولم يسلمه ، وكذا لو رهن عند لكافر عبدا مسلما أو مصحفا ، وقيل : يصح ويضع على يد مسلم ، وهو أولى.

أقول : جواز رهن المصحف والعبد المسلم عند الكافر إذا وضع على يد مسلم مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في القواعد وابنه في شرحه والشهيد في دروسه ، وهو المعتمد ، لأصلحة الجواز ، والمانع إنما هو ثبوت السبيل وهو منتف هنا ، لأن الرهن ليس تملكا ولا يوجب استحقاقا ، بل يستلزم أشياء ، وهي غير مانعة :

الأول : ان يباع بالدين مع عدم الافتراك ، وهو غير مانع ، لأن البائع هو

المسلم أو وكيله أو الحاكم ، فلا سبيل للكافر عليه.

الثاني : انه يستوفي دينه من ثمنه ، وهو غير مانع أيضا ، إذ لا خلاف في جواز إيفاء الكافر دينه من ثمن العبد المسلم أو المصحف.

الثالث : منع المسلم من التصرف وهو غير مانع أيضا ، لأن الكافر منوع أيضا من التصرف ، فلا سبيل له عليه ، وان لم يحصل سبيل يوجب السبيل للكافر ، فلا مانع من الجواز.

وظاهر ابن الجنيد المنع من ذلك ، واحتاره العلامة في المختلف ، لما فيه من المنافاة لتعظيم ما يجب تعظيمه.

قال ﷺ : ويصح الرهن في زمان الخيار ، سواء كان للبائع ، أو للمشتري أو لهما ، لانتقال المبيع بنفس العقد على الأشبه.

أقول : سبق البحث في هذه المسألة في باب البيع ، إذ الجواز وعدمه مبني على ان انتقال المبيع هل هو بنفس العقد أو بانقضاء الخيار؟ وقد سبق ذلك (٤).

قال ﷺ : ويصح رهن العبد المرتد وان كان عند فطرة والجاني خطأ ، وفي العمد تردد ، والأشبه الجواز.

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في جواز رهن المرتد ، وقد أطلق الشيخ جواز رهنه ، واحتاره المصنف والعلامة في القواعد والتحرير ، لأصالة الصحة ، ولعدم خروجه عن الملك بالارتداد من دون القتل ، والتقدير انه فات السلطان.

ومنع ابن الجنيد من جواز رهنه مطلقا ، سواء كان عن فطرة أو ملة ، لاشتراط كون ملك المرهون ثابتا ، والمرتد مستحق للقتل فلا يصح رهنه.

وفصل العلامة في المختلف بين المرتد عن فطرة والمرتد عن ملة ، وأبطل

رهن الأول وأجاز الثاني ، أما البطلان في الأول ، فلعدم جواز إبقاءه فلا يجوز رهنـه ، وأما الجواز في الثاني ، لأن وجوب قتله ليس مطلقا ، بل لعدم شرط الرجوع ، فقتله غير متحقق وهو لم يخرج بالارتداد عن الملك فيجوز رهنـه ، وكذلك الحرارة ، لعدم وجوب قتلها بالارتداد.

والمعتمد الأول ، ولو جهل المركـن حالـه كان له فسخ البيع المشروط فيه ارتكـانـه إلا ان يكون عن ملة ثم يتوب قبل علمـه ، فلا خيار حينـذ ، لزوال العـيب ، ولو علم فلا خيار ، سواء قـتل أو لم يـقتل ، ولو لم يـعلم حتى قـتل احتمـلـ أن يكون كما لو خـرجـ مستـحقـا ، فيـتـخـيرـ في فـسـخـ البيـعـ المشـرـوطـ فيهـ وإـمـضـائـهـ ، وـهـوـ المعـتمـدـ ، ويـحـتـمـلـ عدمـ الفـسـخـ كماـ لوـ خـرجـ معـيـباـ.

الثانية : في جواز رهن القاتـلـ ، وأـبـطـلـهـ الشـيـخـ فيـ الـخـلـافـ مـطـلـقاـ ، سواءـ كانـ القـتـلـ عـمـداـ أوـ خـطاـ ، لأنـهـ انـ كـانـ عـمـداـ استـحـقـ القـتـلـ ، وـاـنـ كـانـ خـطاـ تـعـلـقـتـ بـرـبـتـهـ فـلاـ يـصـحـ^(٥) . وـذـهـبـ المـصـنـفـ وـالـعـلـامـةـ وـالـشـهـيدـ إـلـىـ جـواـزـ مـطـلـقاـ ، وـهـوـ المعـتمـدـ ، لـعـدـمـ المـنـافـاةـ ، إـذـ حـقـ الجـنـيـ عـلـيـهـ مـقـدـمـ عـلـىـ الرـهـنـ ، فـاـنـ قـتـلـ فيـ الـعـدـمـ وـاسـتـرـقـ جـمـيـعـهـ فيـ الـخـطاـ بـطـلـ الرـهـنـ ، وـاـنـ فـادـاـهـ مـوـلـاـهـ أـوـ عـفـيـ الجـنـيـ عـلـيـهـ بـقـيـ رـهـنـاـ ، وـاـنـ اـسـتـرـقـ بـعـضـهـ كـانـ الـبـاقـيـ رـهـنـاـ ، وـيـثـبـتـ الـخـيـارـ فيـ إـمـضـائـهـ الـبـيـعـ المشـرـوطـ فيهـ وـفـسـخـهـ معـ دـعـمـ الـعـلـمـ لـاـ مـعـ عـفـوـ الجـنـيـ عـلـيـهـ قـبـلـ الـعـلـمـ ، ولوـ قـتـلـ فيـ الـعـدـمـ قـبـلـ الـعـلـمـ ، فـكـمـاـ لوـ قـتـلـ المـرـتـدـ.

فرعـانـ :

الأول : إذا ظـهـرـ فيـ الرـهـنـ عـيـبـ سـابـقـ عـلـىـ الرـهـانـةـ كـانـ لـهـ رـدـهـ بـالـعـيـبـ ، فـاـنـ كـانـ الـبـيـعـ مشـرـوطـاـ بـهـ تـخـيرـ فيـ فـسـخـهـ وإـمـضـائـهـ بـغـيـرـ رـهـنـ ، هـذـاـ إـذـاـ كـانـ بـالـصـفـةـ التـيـ قـبـصـهـاـ ، أـمـاـ لوـ حدـثـ عـنـدـهـ عـيـبـ أـخـرـ أـوـ مـاتـ العـبـدـ لـمـ يـكـنـ لـهـ رـدـهـ بـالـعـيـبـ السـابـقـ ،

(٥) في « ر ٢ » : يصلـحـ.

ولا أخذ الأرش ، بخلاف البيع ، وهو قول الشيخ في المبسوط.

ولو قيل : ان الموت وحدوث العيب عند المرتهن لا يمنع من الرد بالعيوب السابق كان وجها ، لأنه لم يرض بالبيع الا مع الوثيقة على الشمن ، ولم يرض بالوثيقة الا مع كونها على الصفات المشترطة بها أو المزية ، فإذا لم يظهر كذلك كان له ردتها وفسخ البيع المستتر بها ، لأن حدوث العيب عنده وموت العبد من غير تفريط غير مضمون عليه ، لأن أمانة عنده فلا يمنع من الرد ، بخلاف البيع إذ الشمن أو المثمن مضمون على القابض ، فإذا حدث فيه عيب فهو من ضمانه ، فلا يجوز رده معينا أو ميتا ، بل يأخذ أرش العيب السابق ، والرهن لا يجب فيه للعيوب أرش ، ولا يجبر المرتهن على قبضه معينا فلم يبق غير الرد أو الرضا بغير رهن .

الثاني : لو أقر العبد المرهون بالجناية ، فإن صدقاه كان الحكم فيه كما لو علما بالجناية قبل الراهنة ، فإن قلنا بجواز رهن الجاني لم يبطل الراهن والا بطل ، وان صدقه الراهن خاصة لم يمض في حق المرتهن ولا يمتن على المرتهن ، ما لم يدعى عليه العلم ويقدم حق المرتهن على حق المجنى عليه ، فان افتک تعلقت به الجناية ، وان بيع بالدين غرم الراهن للمجنى عليه ، لاعترافه بجناية المملوك ، وقد أحال بينه وبين حقه بالرهانة وان صدقه المرتهن خاصة لم يمض على الراهن .

وهل ينفسخ الراهن على القول بعدم جواز رهن الجاني؟ يحتمل ذلك إذا لم يعف المجنى عليه ، أو يفتک أحدهما ، لأنه اعترف بسبق حق الغير على حقه ، والتقدير انه مانع من صحة الراهن فيبطل ، ويحتمل العدم ، لأن إقراره غير مقبول في حق الراهن وهو معترض بصحة الراهن فلا يبطل ، والمعتمد الأول ، لأنه لو لم يفتكه الراهن لم يجز للمرتهن بيعه والاستيفاء من ثمنه ، لعلمه باستحقاق غيره له ، فلا يباح له بتكميد الراهن .

قال عليه : ولو رهن ما يسرع اليه الفساد قبل الأجل ، فإن شرط بيعه ،

جاز. وإن بطل ، قيل : يصح ويجبر على بيعه.

أقول : إذا رهن ما يسرع اليه الفساد كالاطعمة ، وكان الأجل متاخرًا عن مدة بقائها ، فإن شرط بيعه وإبقاء الشمن رهناً صحيقًا ، وإن لم يشترط ذلك احتمل البطلان ، لاشترط كون الرهن مما يصح الاستيفاء منه عند الأجل وهذا ليس كذلك ، ولعدم بقائه إلى الأجل ، ويحتمل الصحة ، لأن الأصل في العقود الصحة ويكون الرهن قرينة دالة على البيع ، يجعل الشمن رهناً فهو كالإذن في ذلك صوناً لفعل العاقل عن اللغو والفساد والعبث ، إذ لو كان مقصوده الرهن على غير هذه الصفة كان عابشاً لا غياً لعلمه بفساد رهنه ، فحمله على الصحة مع الإمكان أولى من الحمل على الفساد ، وهذا هو المعتمد.

فرع : لو رهن ما يصح عليه البقاء ثم طرأ عليه ما عرضه للفساد كتعفيف الحنطة وتسويس التمر ، وجب بيعه وجعل ثمنه رهناً ويجبر المالك على البيع في موجبه ، فإن تعذر باع عليه الحكم ، فان تعذر باع المركب.

في الحق

قال بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ : وكذا مال الكتابة ، ولو قيل بالجواز كان أشبه .

أقول : الكتابة المطلقة لا كلام في جوازأخذ الرهن على مالها ، أما المشروطة فقد اختلف فيها ، قال الشيخ وابن البراج وابن إدريس : لا يجوز ، لأن للمكاتب فنسخ الكتابة بتعجيزه نفسه ، فلا يكون المال ثابتًا في الذمة ، وأنه لو امتنع من دفع مال الكتابة كان لسيده رده في الرق فلا فائدة في الرهن .

والمشهور عند المؤخرين جوازأخذ الرهن على ذلك ، وهو المعتمد ، لأن مال ثابت في الذمة فيجوزأخذ الرهن عليه ، وليس له تعجيز نفسه مع القدرة ، بل يجبره الحاكم أو المالك على السعي ، لأن الكتابة عقد لازم فليس له فسخها اختيارا ، ولو سلمنا جواز الفسخ لم نسلم بطلاق الرهن لجوازه في مدة الخيار مع جواز الفسخ .

قال بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ : ولا يصح على ما لا يمكن استيفاؤه من الرهن ، كالإجارة المتعلقة بعين المؤجر مثل خدمته . ويصبح على ما هو ثابت بالذمة ، كالعمل المطلق .

أقول : ربما يشتبه تصوير هذه المسألة على المبتدئ ، ومراده : إن الإجارة

إذا تناولت منفعة شيء معين لم يجز أحد الرهن على تلك المنفعة ، كما لو اجره عبدا معينا للخدمة سنة ، أو دارا معينة للسكنى سنة ، أو دابة معينة لحمل شيء معين ، فإذا أراد أن يرهن عنده شيئا على هذه المنافع لم يجز ، لعدم جواز استيفاء المنفعة من غير المعين الذي وقع عليه العقد.

أما لو وقع العقد على منفعة في الذمة كخياطة ثوب ، أو بناء دار ، أو حمل شيء معين حاز أخذ الرهن على المنفعة ، وبياع عند تعذر العمل أو يستأجر من يفعل ذلك ، لعدم تعلقها بمعين ، بخلاف الصورة الأولى.

قال عليه السلام : ولو رهن على مال رهنا ، ثم استدان آخر ، وجعل ذلك الرهن عليهما ،
جاز.

أقول : هذا إذا كان الدين الثاني من الديان الأول ، أما لو كان من غيره فإنه لا يصح إلا مع اجازة المرتمن الأول ، وإذا حصلت الإجازة من الأول احتمل بطلان حقه مطلقا ، ويصير جميعه رهنا للثاني ، لأنه أجاز تعلق حق الغير به ، فينتفي تعلق حقه ، لحصول المنافاة ، لأن مقتضى الرهن اختصاص المرتمن وتقدمه على غيره من الغراماء بشمن الرهن ، فلا يجوز اجتماع حقيقين متصفين بهذه الصفة بعين واحدة لحصول المضادة.

ويحتمل البطلان فيما قابل دين الثاني خاصة ، كما لو كان دين الثاني عشرة مثلا وكان قيمة الرهن عشرين مثلا ، يكون قد سقط حق الأول من نصف الرهن ، لأن المقصود من الرهن عند الثاني والإجازة من الأول وفاء حقه من الرهن ، وهو يحصل بما قابله فيبقىباقي على رهانة الأول ، لعدم المنافاة بينهما.

ويحتمل عدم بطلان حق الأول مطلقا ، لأنه لم يصرح بإسقاط حقه ، والأصل بقاوته ، وصدور الإجازة منه غير دالة على إسقاط حقه ، ولا منافية لشبوته ، إذ لا مانع من تعلق دينين بعين واحدة مع تقدم أحدهما على الآخر ، فان

فضل عن الأول شيء كان للثاني.

فروع :

الأول : لو أسقط الثاني حقه من الرهانة ، فإن قلنا بسقوط حق الأول مع إجازته بقي الرهن مطلقا لا حق متعلقا فيه ، وإن قلنا بسقوطه فيما قابل حق الثاني سقط ذلك القدر خاصة ، وإن قلنا بعدم السقوط ، بلفائدة الإجازة تعلق حق الثاني فيما فضل عن الأول لم يسقط شيء بإسقاط الثاني حقه وإن زادت قيمة الرهن عن دين الأول ، لعدم تتحقق الفضلة قبل الاستيفاء لاحتمال تلف الزائد قبله.

الثاني : لو لم يعلم الأول بالرهانة الثانية حتى مات الراهن ، هل يختص الثاني بالفاضل عن الأول؟ يحتمل ذلك لأنه لازم من جهة الراهن ما لم يطاله الأول ، وهو لم يطاله ، فيكون لازما من جهته ، والمانع من اختصاص الثاني تعلق حق الأول وقد زال ، فلا مانع حينئذ.

ويحتمل عدم الاختصاص ، لأن صحة رهانة الثاني مشروطة بالإجازة ، وهي لم تحصل فتنتهي الصحة لانتفاء شرطها ، والأصل عدم اختصاصه من دون الغرماء بشيء ما لم يتحقق السبب المخصوص ، وهو لم يتحقق فلا تخصيص لشيء ، وهو المعتمد.

الثالث : لو أجاز المركن الأول الرهانة الثانية بعد موت الراهن ، لم تؤثر الإجازة شيئاً لخروج الرهن عن ملك الراهن بالموت ودخوله في ملك الغير ، فلا يؤثر في ملك من انتقل إليه ، لعدم رضاه بالرهانة ، وكذا^(٦) لو مات الفوضولي البائع لمال الغير ، ثم أجاز المالك العقد بعد موت العاقد ، فإن هنا يصح على القول بوقوف بيع الفوضولي على الإجازة ، لأن المميز هنا هو المالك والعائد غيره ، فلا فرق بين موته وحياته ، لعدم تغير الحال في ذلك ، إذ لا حق للعاقد في المعقود

(٦) في « ر ٢ » : ولا كذلك.

عليه ، فلا يتغير الحكم بموته ، بخلاف الراهن ، إذا العاقد هو المالك والجiz غيره ، وبموت المالك ينتقل الملك إلى الغير فلا يؤثر إجازة غير المالك في ملك غير العاقد فافترقا.

قال رحمه الله : وليس للمالك فسخ الوكالة ، على تردد ، وتبطل مع موته ، دون الرهانة.

أقول : الرهن قابل للشروط السائعة ، فإذا شرط أن يكون وكيلًا في بيع الرهن عند حلول الأجل صح هذا الشرط ، وهل للراهن فسخه؟ تردد المصنف في ذلك من ان الوكالة عقد جائز من الطرفين ، وقضية الجائز حواز الفسخ فيكون جائزًا هنا ، فإذا فسخ تخير البائع حينئذ في فسخ البيع المشترط فيه الرهن والوكالة ، وفي إمضائه وبقاء الرهن بغير وكالة ، ومن أنها اشترطت في عقد لازم فيلزم ، لأن كل جائز يشترط في عقد لازم صار لازما ، لقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(٧) فلا يجوز فسخها ، وهو المعتمد ، فلو مات الراهن انفسخت الوكالة دون الرهانة ، لأن الوكالة تبطل بالموت.

فإن قيل : إن الوكالة صارت عندكم لازمة ، والعقود اللاحمة لا تبطل بالموت فيبطلانها بالموت ينفي كونها لازمة.

لأننا نقول : تغيير حكم الوكالة لا يوجب تغيير حقيقتها ، لأن حقيقة التوكيل هي استنباطة الوكيل بإيقاع الفعل عن الموكل ، وهذه الحقيقة تتنتهي بالموت ، لعدم حواز إيقاع الفعل هنا عن الميت لانتقال متعلق الوكالة إلى الغير ، ومع انتفاء الحقيقة يتنتهي الحكم ، لأن الجواز واللزوم من أحکام الوكالة ، ولا بقاء للحكم مع انتفاء الحقيقة ، وموت المركب موجب لبطلان الوكالة أيضًا دون الرهانة ، إلا أن يشترط في العقد انتقالها إلى ورثته بعد موته ، فتننتقل حينئذ.

.(٧) تقدم ص ٤٤.

فرع : لو أقر المرهن بالدين الذي ارتهن عليه ، واشترط الوكالة فيه انتقال الدين والرهن الى المقر له دون الوكالة ، بل يبقى لمن اشترطت له ولا تبطل بإقراره بالدين للغير ، وكذا لو اشترط غير الوكالة ، فإنه يكون لمن اشترطت ولا تبطل)^(٨) ولا ينتقل الى المقر له بالدين.

قال ﷺ : **والمرHen أحق باستيفاء دينه من غيره من الغماء ، سواء كان الراهن حيا أو ميتا ، على الأشهر.**

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ؛ لأن فائدة الرهن اختصاص المرهن بالاستيفاء ، وتقديمه على غيره من الغماء ، وقد وردت رواية بعدم الاختصاص إذا مات الراهن ، وهي رواية عبد الله بن الحكم ، « قال سألت أبا عبد الله عَلَيْهِ الْمُبَارَكَةَ عن رجل أفلس عليه دين لقوم ، وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم ، فمات ولا يحيط ما له بما عليه من الديون؟ قال : تقسيم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على أرباب الدين بالحصص »^(٩).

ورى ما عضد الرواية كون الموت موجبا لتعلق الدين بالتركة فيتساوى الجميع بأعيانها ، بخلاف حالة الحياة إذ الدين متعلق بالذمة فافتلقا ، وقد يمكن استيفاء غير ذي الرهن حالة الحياة من الكسب المتجدد بعد قسمة أمواله ، ولا يمكن ذلك في حالة الموت فيتضمر غير المرهن بسقوط جميع حقه ، والمشهور هو المعتمد ، وإلا لانتفت فائدة الرهن.

قال ﷺ : **وإن كان للرهن مئونة كالدابة ، أنفق عليها وتقاصا ، وقيل : إذا أنفق عليها كان له رکوها أو يرجع على الراهن بما أنفق.**

أقول : الإنفاق على ما يحتاج اليه الرهن واجب على المرهن ؛ لأن حفظ

(٨) لم يرد في « ر ٢ ».«

(٩) الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ١٩ في أحكام الرهن ، حديث ١.

الرهن واجب عليه ، وهو لا يتم إلا بالإنفاق فيكون واجبا ، فإذا أنفق ، قال في النهاية : له الانتفاع بالظاهر والدار مقابل نفقته ، وهو قول أبي الصلاح الحلي ، لرواية أبي ولاد حفص بن سالم ^(١٠) ، عن الصادق علیه السلام .

وقال ابن إدريس : لا يجوز التصرف في ذلك ، لوقوع الإجماع على منع الراهن والمرهن من التصرف ، ثم قال : فإن أنفق تبرعا فلا رجوع له ، وإن نوى الرجوع وشاهد على ذلك رجع بما أنفق اشترط في الرجوع الأشهاد ، والشهيد اشتترط في الرجوع بالنفقة اذن المالك أو الحاكم ، فان تعذر فالإشهاد ، والمصنف والعلامة أطلقوا التقاض لم يقيدا بشيء ، وصرح أبو العباس بعدم الاشتراط ، بل يرجع مع نيته ، ولا يفتقر إلى اذن ولا إشهاد ، لأنه أمين والإنفاق واجب عليه فيقبل قوله من غير بينة ، والأحوط مذهب الشهيد ، والاعتماد على عدم وجوب غير بينة الرجوع .

أما التصرف بالرهن بالركوب والحلب فإنه لا يجوز إلا مع اذن المالك أو الحاكم أو افتقار الدابة إلى ذلك وتضررها بتتركه ، ويقضى حينئذ بالتقاض ويرجع صاحب الفضل بفضلة .

قال عليه السلام : ولو وطئ المرهن الأمة مكرها ، كان عليه عشر قيمتها أو نصف العشر ، وقيل : عليه مهر أمثالها .

أقول : هذا مبني على ما يجب على الواطئ للأمة بشبهة أو أكراه ، وسيأتي ان شاء الله تعالى في باب نكاح الإماماء .

قال عليه السلام : ولو باع أو وهب ، وقف على إجازة المرهن . وفي صحة العتق مع الإجازة تردد ، والوجه الجواز . وكذا المرهن . وفي عتقه مع إجازة الراهن تردد ، والوجه المنع ، لعدم الملك ما لم يسبق الإذن .

(١٠) الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ١٢ في أحكام الرهن ، حديث ١ .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في تصرف الراهن في الرهن ، ولا شك في المنع منه بغير إذن المرتمن إذا كان التصرف ناقلاً للملك كالبيع والهبة ، أو ينقص به المال كالوطء المفضي إلى الاحتمال الموجب لنقص المالية ، وأما ما ليس كذلك كتأثير النخل ، وختان العبد ومداواته ، ورم المستهدمن من الدار ، وزرع الأرض ، وحلب الدابة وما شاكل ذلك فلا يمنع منه.

إذا عرفت هذا فان عقوده الناقلة كالبيع والهبة تصح مع اجازة المرتمن ، وهل عتقه يصح مع الإجازة؟ تردد المصنف في ذلك من ان العتق لا يقع موقوفاً ولا يقبل التعليق فيقع باطلاً ، لاشتراط التجيز فيه ، ومن ان العتق مبني على التغليب ، ولهذا يسري في ملك غيره ، فيقع صحيحاً ويكون مراعي ، والإجازة كافية ، فإن أجاز المرتمن تبيناً وقوع العتق من حينه ، وان رد تبيناً بطلانه من رأس ، وهذا هو المعتمد ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والمصنف والعلامة ، والمنع قول الشيخ في المسوط.

فرع : لو انتفت الإجارة والرد ثم افتاك الراهن لزمت العقود ، لعدم وقوعها باطلة ، وهي لازمة من جهة الراهن ، وقد زال المانع فتلزم.

الثانية : في تصرف المرتمن ، وهو من نوع من جميع التصرفات مطلقاً بغير إذن إلا مع افتقار الراهن إلى التصرف فيه ، وحصول الضرر عليه مع عدم التصرف ، فهذا النوع من التصرف جائز بغير إذن المالك ، وهل يقف عتقه على اجازة المالك؟ تردد المصنف في ذلك ، من حصول الإجازة من المالك وهي تقتضي صحة العتق^(١١) ، ومن ان العتق لا يكون إلا في ملك^(١٢) ، والمرتمن غير

(١١) في « ر ٢ » : العقد.

(١٢) الوسائل ، كتاب العتق ، باب ٥ من أبواب العتق.

مالك ، فيقع العتق باطلاق ، والإجحافة لا تؤثر فيما يقع باطلاق ، بخلاف الراهن ، لوقوعه من المالك ، والمعتمد البطلان ما لم يسبق الاذن ، لكونه وكيلًا حينئذ.

قال رَجُلُ اللَّهِ : ولو وطع الراهن فأجلبها ، صارت أم ولد ، ولا يبطل الرهن ، وهل تبع؟

قيل : لا ، ما دام الولد حيًا ، **وقيل :** نعم ، لأن حق المركن أسبق ، والأول أشبه.

أقول : قال في المسوط : لا يبطل الرهن ، لأنها مملوكة ، وتبعه ابن إدريس واحتاره العالمة ، وهو مذهب المصنف ، لسبق حق المركن ، فلا تبطل بتعدي الراهن في الوطع ، وهو المعتمد.

وقال في الخلاف : ان كان موسرا لزم قيمتها ويكون رهنا ويبطل الرهن فيها ، لحرية ولدها ، وان كان معسرا بقي الرهن بحاله وجاز بيعها بالدين.

ومذهب المصنف جمع بين عدم بطلان الرهن وعدم جواز بيعها بالدين وبه قال العالمة في التحرير ، فعلى هذا تكون الفائدة منع الراهن من التصرف بشيء من التصرفات ويغير على فكرها ، بخلاف غيرها من الرهون فان الراهن لا يجبر على الفك ، بل له ان يوفى الدين من الرهن ، والمعتمد إجباره على فكرها مع القدرة عند حلول الدين لا قبله ، فان تعذر الفك جاز بيعها ، ولا يجب على المركن الصبر الى يسار المالك ، ولا فرق في عدم بطلان الرهن بين ان يكون الوطع بإذن المركن أو بغير اذنه ، جزم به في القواعد.

قال رَجُلُ اللَّهِ : ولو غصبه ثم رهنه صح ، ولم ينزل الضمان ، وكذا لو كان في يده بيع فاسد. ولو أسقط عنه الضمان صح.

أقول : في هذا الكلام ثلاثة مسائل ، جزم المصنف بها ولم يتعدد في شيء منها ، وكل مسألة لا تخلو من إشكال :

الأولى : إذا كان الرهن مغصوبا ، ثم رهنه المغصوب منه عند الغاصب صح

الرهن بلا خلاف وان اشترطنا القبض ، لأنه مقبوض في يد الغاصب.

وهل يزول الضمان بمجرد العقد؟ جزم المصنف بعدم زواله ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف ، واحتاره الشهيد ، وهو المعتمد ، لأنه قبل الرهن كان مضمونا على الغاصب فكذا بعده ، لأصالة بقاء الضمان ، ولقوله عائلاً : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » ^(١٣).

وذهب العلامة في القواعد الى زوال الضمان ، لأنه صار مأذونا له في الإمساك فلا تكون يده غاصبة ، وقوى في المختلف مذهب الشيخ.

الثانية : إذا كان مقبوضا بالبيع الفاسد ثم رهنه المالك عند من هو في يده صح الرهن بلا خلاف ، وهل يزول الضمان؟ جزم المصنف بعدم زواله ، ولم يفرق بينه وبين ما كان مغصوبا للعلة المذكورة في الغصب ، وهو كونه مضمونا قبل الرهن ، فكذا بعده.

وذهب العلامة في القواعد الى زوال الضمان ، واحتاره فخر الدين ، وهو المعتمد ، لأن ضمانه أخف من ضمان الغاصب ، ولأن قبضه السابق مأذون فيه من جهة المالك ، وإنما كان مضمونا عليه ، لأنه قبضه لنفسه قبضا فاسدا ، لكون العقد غير ناقل ، وبعد الاركان صار مقبوضا مالكه فيصير امانة ، فهذا فرق بينهما.

الثالثة : إذا أبرأ الغاصب من ضمان الغصب وهو في يد الغاصب ، هل يبرأ أم لا؟
جزم المصنف هنا بصحة الإبراء وسقوط الضمان وهو مذهب الشيخ رحمه الله ، (لوجوب رد)
^(١٤) السبب الموجب لضمان القيمة عند التلف ، وهو الغصب.

وذهب في القواعد الى عدم سقوط الضمان ، وهو المعتمد ، لأنه ليس له في ذمة الغاصب شيء ما دامت العين باقية ، بل حقه متعلق بالعين ، وإنما يتنتقل إلى

(١٣) مستدرك الوسائل ، كتاب الغصب ، الباب ١ ، حديث ٤.

(١٤) في « ر ٢ » موجوده.

الذمة بعد تلف العين ، فإذا أبرأه والعين قائمة كان إبراء ما لم يجب ، وهو باطل.

فروع :

الأول : إذا أودع المغصوب منه العين المغصوبة عند الغاصب قبل أن يقبضها المالك ، أو آجره إليها قبل قبضها صحت الوديعة والإجارة ، وهل يزول الضمان؟ يحتمل العدم ، لما قلناه في الرهن ، ويحتمل الزوال ، لأن الاستئمان في الإيداع أقوى منه في الرهن ، لأنه استئمان محض ، واستثنابة في الحفظ والاستئجار مع كونه امانة فقد صرفه فيه ، وسلطه على منافعه ، وملكه إليها فيزول الضمان ، وهو المعتمد.

الثاني : إذا أعاد العين المغصوبة للغاصب ، هل يزول الضمان؟ يحتمل ذلك ، لأنه قد سلطه على منافعه كإجارة ، ويحتمل العدم ، لأصلالة بقاء الضمان ، وللحصول الفرق بين إمساك المستأجر المستعير ، فإن إمساك المستأجر بحق لازم عقد مقابل العوض الذي دفعه إلى المالك فصار قبضه كقبض المالك ، وإمساك المستعير غير لازم ، وإمساكه لنفسه بغير عوض ولا عقد لازم ، فإمساكه أضعف من إمساك المستأجر ، فلا يزول عنه الضمان ما لم يسلمه إلى المالك ، وهو المعتمد.

الثالث : إذا أوكل الغاصب في بيع المغصوب أو عتقه ، هل يزول الضمان بمجرد الوكالة قبل البيع والتسليم إلى البائع أو العتق؟ يحتمل ذلك ، لأن الوكيل كالمستودع ، فيزول الضمان بمجرد الوكالة ، لأن يد الوكيل يد الموكيل ، ويحتمل العدم ، لأصلالة بقاء الضمان ، وللفرق بينه وبين المستودع لثبت الأجرة له ما لم يتزعزع ، والمعتمد عدم زوال الضمان.

قال عليه السلام : ولو حملت الشجرة أو المملوكة ، كان الحمل رهنا كالأصل على الأظهر.

أقول : النماء المتجدد بعد الارتحان ، إن كان متصلة اتصال مازحة كالسمن

والطول دخل في الرهن إجماعا ، وان كان منفصلا أو يقبل الانفصال كالثمرة والولد والصوف والشعر ، قال الشيخ في النهاية بدخوله ، وهو مذهب المفيد وابن البراج وابي الصلاح وابن حمزة ، واحتاره ابن إدريس وادعى عليه الإجماع ، واحتاره المصنف.

وقال الشيخ في الخلاف والمبسوط بعدم الدخول ، واحتاره العلامة وابنه ما لم يشترط دخوله ، لأصله عدم الدخول وكونه غير جزء من الرهن ، ومذهب العلامة هو المعتمد.

قال ﷺ : وإذا رهن النخل لم تدخل الشمرة ، وإن لم تؤبر. وكذا إن رهن الأرض لم يدخل الزرع ولا النخل والشجر ولو قال بجميع حقوقها دخل فيه ، وفيه تردد ، ما لم يصرح.
أقول : منشئه من انه قال بحقوقها فيدخل جميع ما هو متصل فيها ، ومن ان الزرع والشمرة ليسا جزءا من الأرض والنخل ، والأصل عدم دخوله ما لم يصرح مالكه بالدخول ، وهذا هو المعتمد.

فرع : إذا رهن الجدار ، هل يدخل الأنس تحته ، أو يدخل المغرس تحت الشجرة إذا رهنها من دون الأرض؟ يحتمل ذلك ، لأن منفعتهما لا تتم الا بهما ، ولا يمكن وجود الرهن من دون المصاحبة لهما ، ويحتمل العدم ، لعدم دخولهما في البيع من دون الشرط ، ولأنهما ليسا من اجزاء الرهن ولا من مسماه ، والأصل عدم دخولهما من دون الشرط وهو المعتمد ، نعم يجب إيقائهما فيما أبدا ما لم ينهدم الجدار وتنقلع الشجرة ، وليس له الإعادة حينئذ.

قال ﷺ : وهل يجبر الراهن على الإزالة ، قيل : لا ، وقيل : نعم ، وهو الأشبه.

أقول : إذا نبت في الأرض شيء من الشجر المحترم بعد الرهن ، هل يجبر

الراهن على إزالته؟ يتحمل ذلك ، سواء أنتهت الراهن أو أجنبى أو الله تعالى ما لم يكن من فروخ الشجر المرهون ، لأن بقاءه يضر^(١٥) في الأرض ، كما لو وضع متابعا في الدار ، فإنه يجبر على إزالته فكذا هنا ، وهو مذهب المصنف والعلامة فخر الدين ، الا انه قيد وجوب الإزالة عند الانتفاء عادة لغلا يخرج عن الانتفاء فيحصل الضرر ، وهو المعتمد.

وقال الشيخ في الخلاف : لا يجبر على الإزالة ، واحتاره العلامة في التحرير ، لأنه تصرف في المنافع ، وهي غير داخلة في الرهن فلا يمنع منها ، ولا يجبر على إزالة ما له من ماله ، ولو كان الغرس من فروخ الشجر المرهون لم يمنع منه ، ولا يجبر على إزالته إذا كانت الفروخ موجودة حالة الارهان ، لكونها داخلة في الرهن ، فلا ضرورة على المرتكن في ذلك ، بخلاف ما ليس داخلة في رهنه.

قال رحمه الله : ولو رهن لقطة مما يلتقط كالخيار ، فإن كان الحق يحل قبل تجدد الثانية ، صح ، وإن كان متآخرا تأخرا يلزم منه اختلاط الرهن بحيث لم يتميز ، قيل : يبطل ، والوجه أنه لا يبطل.

أقول : القول بالبطلان قول الشيخ في المسوط ، لعدم الاستيفاء من الرهن ، لأن كل ما يصح رهنه وجب أن يصح بيده عند الأجل ، وعنده أن هذا لا يصح بيده ، لعدم تمييزه من غيره ، وما لا يصح بيده عند الأجل لا يصح رهنه ، لعدم الفائدة في ذلك واحتار المصنف الصحة ، وكذا اختيار العلامة وابنه ، وهو المعتمد ، ويحكم فيه كما يحكم في الأموال الممتزجة وهو القضاء بالصلح ، لأن مقدار كل لقطة غير معلوم ، وكذا حكم كل مالين امتزجا ولم يعلم المقدار فيهما ولا في أحدهما.

(١٥) في « ر ٢ » : تصرف.

قال ﷺ : ولو رهن من مسلم خمرا ، لم يصح . فلو انقلب في يده خلا ، فهو له على تردد ، وكذا لو جمع خمرا مراقا ، وليس كذلك لو غصب عصيرا .

أقول : منشأ التردد من ان الخمر لا يجوز إثبات اليد عليه لغير التخليل ، والأول قد أسقط حقه منه بدفعه الى المرthen ، فإذا صار خلا في يده ملكه ، لأن قبل صدورها خلا لا ملك لأحد عليها ، فهي لمن تخللت في يده . ومن احتمال عود الملك إلى الأول ، لأن يده أسبق عليها وكان له إثبات اليد عليها للتخليل ، وقد دفعها بغير نية الإعراض عنها ، لعدم سقوط حق الراهن من الرهن ، والأول هو المعتمد .

وكذا الخلاف لو كان معه خلا وارقه فجمعه جامع فتخلل في يده كان ملكه لمن تخلل في يده ، بل ملك الثاني هنا أقوى ، لأن الأول ارقه بنية الإعراض عنه .
والمعتمد في المسألتين ان قبضه الثاني بنية التخليل كان أحق به ، لأنه قبضه قبضا مباحا ، وان كان ليس كذلك فال الأول أحق به ، لأن الثاني قبضه قبضا منها عنده ، والأول يده أسبق ، ويقبل قوله في قصد نية التخليل وعدمه .

قوله : (وليس كذلك لو غصب عصيرا) ، أي إذا غصب عصيرا فتخلل في يده لم يملكه الثاني ، لأن العصير مملوك للأول ، ولا يخرج عن الملك الا بصدوره خمرا ، بل يكون للأول بغير خلاف ، ويضمن التفاوت لو نقصت قيمة الخل عن العصير .

قال ﷺ : إذا فرط في الرهن ، لزمه قيمة يوم قبضه ، وقيل : يوم هلاكه ، وقيل : أعلى القيم ، فلو اختلفا في القيمة ، كان القول قول الراهن ، وقيل : القول قول المرthen ، وهو الأشهى .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في القيمة التي يغرمها المرthen إذا ثبت تفريطه بإقراره أو بالبينة ، في

ذلك خمسة أقوال :

الأول : قول المصنف ، وهو قيمته يوم قبضه ، وهو قول نادر لم يذكره غيره ، ونقله العالمة في القواعد. قال عميد الدين : وأما القول بأن عليه القيمة يوم قبضه فشيء نقله المصنف وابن سعيد ، ولم نقف على ذلك الا من نقلهما.

الثاني : قيمته يوم هلاكه ، وهو قول المفید والشیخ في النهاية ، لأنه يوم استقرار الضمان وانتقاله إلى ذمة المرکن.

الثالث : أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف ، قال أبو العباس في مذهبه ومقتصره : نقله المصنف . يعني مصنف المختصر . وهو يشعر بأنه لم يقف عليه إلا من قوله ، والظاهر أنه اشتبه عليه بالقول الأول الذي اختاره المصنف هنا ، وهو ضمان القيمة يوم القبض ، لأنه لم يذكره غيره وغير العالمة ، وأما هذا القول فهو قول الشیخ في المبسوط ، وهو قول مشهور نقله عنه فخر الدين واحتاره ، ونقله عنه المقداد أيضا ، وهو مشهور في المصنفات.

الرابع : أعلى القيم من يوم التلف إلى يوم حكم الحاكم عليه بالقيمة ، وهو قول ابن الجنيد.

الخامس : أعلى القيم من يوم التفريط إلى يوم التلف ، وهو قول العالمة في المختلف ، وهو المعتمد ، لأنه زمان الضمان ، إذ قبل التفريط لم يكن مضمونا ، وبعد التلف لا يلتفت إلى زيادة القيمة ولا نقصانها ، لذهاب العين وانتقال الضمان إلى الذمة.

الثانية : إذا اختلفا في القيمة ، قال الشیخ : القول قول الراهن ، وبه قال ابن البراج وابن الجنيد وسلام وابن حمزة وأبو الصلاح الحلبي ، لسقوط عدالة المرکن بتفریطه فلا يلتفت إلى قوله ، وقال ابن إدريس : القول قول المرکن ، واحتاره المصنف والعالمة ، وهو المعتمد ، لأنه منكر ، وقال عائيل : « البينة على

المدعى واليمين على من أنكر »^(١٦) ، وسقوط عدالته لا يوجب سقوط هذا الحكم.

قال ﷺ : لو اختلفا فيما على الرهن ، كان القول قول الراهن ، وقيل : قول المرthen ، ما لم تستغرق دعواه ثمن الرهن ، والأول أشهر.

أقول : الأول مذهب جمهور الأصحاب وهو المعتمد ، لأن الراهن منكر للزيادة فيكون القول قوله فيها ، لأصالة براءة الذمة من الزائد عما اعترف به.

والثاني : مذهب ابن الجنيد معولاً على رواية السكوني ^(١٧) ، عن الصادق عليه السلام الدالة على مطلوبه ، وهي مع مخالفتها للأصل ضعيفة السند ، لأن السكوني عامي المذهب.

قال ﷺ : لو اختلفا في متع ، فقال أحدهما : هو وديعة ، فقال الممسك : هو رهن ، فالقول قول المالك ، وقيل : القول قول المرthen والأول أشبه.

أقول : الأول مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال أبو الصلاح وابن البراج وابن إدريس واحتاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ، لأن الممسك مدع والمالك منكر.

والثاني : مذهب السيد المرتضى والشيخ في الاستبصار ، لرواية عبادة بن صهيب في المؤتّق ^(١٨) ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، وشنع ابن إدريس هنا على الشيخ تشنيعاً عظيماً ، ولم يذكر السيد بشيء مع انه أسبق من الشيخ.

(١٦) الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢ ، كيفية الحكم واحكام الدعوى ، حديث ٢.

(١٧) الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ١٧ في أحكام الرهن ، حديث ٤.

(١٨) الوسائل ، كتاب الرهن ، باب ١٦ في أحكام الرهن ، حديث ٣.

كتاب المفلس

في منع التصرف

قال عليه السلام : أما إذا أقر بدين سابق صح ، وشارك المقر له الغرماء ، وكذا لو أقر بعين دفعت إلى المقر له ، وفيه تردد ، لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله.

أقول : اختلف الأصحاب في هذه المسألة ، فالشيخ في المبسوط احتار قبول الإقرار بالدين والعين معا ، وبه قال العالمة في التحرير ، الا انه استشكل إخلاف المقر مع تكذيب الغرماء انه لم يقر مواطاة ، ثم فرع على وجوب اليمين ونکوله عنها إشكالا في إخلاف الغرماء على ان إقراره مواطاة أو إخلاف المقر له على عدم المواطاة.

والشيخ في الخلاف حكم بالمشاركة بالدين وتردد في العين ، والعالمة في الإرشاد حكم بصحة الإقرار بالدين ومنع من مشاركة الغرماء بل يتبع به بعد فك الحجر عنه ، وأبطل الإقرار بالعين.

ووجه قول المبسوط والتحرير عموم قوله عليه السلام : « إقرار العقلاة على أنفسهم جائز »^(١) ، ولمساواة الإقرار للبينة ، إذ لو اقام المدعى ببينة بدعواه

(١) المستدرك ، كتاب الإقرار ، الباب ٢ ، حديث ١.

شارك الغرماء أو يتبع العين ، فكذا مع الإقرار ، ووجه المنع تعلق حق الغرماء بأعيان ماله ، وفي إقراره بالعين ضرر عليهم فلا يكون مقبولاً.

ووجه الفرق بين العين والدين ان حق الغرماء تعلق في أمواله ، فلو قبل إقراره بالدين لشارك المقر له الغرماء فيما ثبت انه ماله ، والعين لم يثبت أنها ماله ، فإذا أقر بها ، قبل ، لعدم ثبوت ملكه لها ، وهو فرق ضعيف.

والمعتمد عدم الفرق بين الإقرار بالدين والعين ، فإن لم يكن متهمماً قبل إقراره فيهما ، وإن كان متهمماً بطل بالنسبة إلى الغرماء فيهما ، وصح في حق نفسه يتبع بالدين بعد فك الحجر ، وتأخر العين ، فإن فضلت عن الغرماء دفعت إلى المقر له ، وإن استغرقتها حق الغرماء وجب عليه دفع قيمتها بعد فك الحجر إلى المقر له .

قال الله : ولو قال هذا المال مضاربة لغائب ، قيل : يقبل قوله مع يمينه وأقر في يده .

وإن قال حاضر وصدقه ، دفع إليه ، وإن كذبه قسم بين الغرماء .

أقول : هذا قول الشيخ في المبسوط نقله المصنف هنا والعلامة في القواعد ، ولم يتعرض لها بقوة ولا ضعف ، والمعتمد عدم الفرق بين هذا الإقرار والإقرار المذكور في المسألة السابقة ، لاتحاد العلة فيهما فيتحد الحكم في يمين (المقر هنا) ^(٢) إثبات حق الغير ^(٣) ، وهو غير جائز ، فإن قبل إقراره قبل بغير يمين ، وإن لم يقبل لم يثبت باليمين .

(٢) لم يرد في « ر ٢ ».

(٣) كذا

في اختصاص الغريم بعين ماله

قال عليه السلام : ومن وجد منهم عين ماله ، كان له أخذها ، ولو لم تكن سواها ، وله أن يضرب مع الغرماء بدينه ، سواء كان وفاء أو لم يكن ، على الأظهر.

أقول : هذا مذهب الشيخ في الخلاف ، وبه قال ابن الجنيد وابن البراج وابن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة وهو المعتمد ، لما رواه عمر بن يزيد في الصحيح ، عن الكاظم عليه السلام ، « قال : سأله عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه ، قال : لا يحاصه الغرماء » ^(٤) ، وأنه لم يسلم له العوض ، فكان له الرجوع إلى الموضع .

وقال الشيخ في النهاية والاستبصار بعدم الاختصاص مع قصور مال المفلس عن أداء الدين ، لأن دينه دين غيره متعلق بذمته وهم مشتركون في ذلك ، فلا وجه للتخصيص ، ولأن المال قد انتقل إلى المفلس بعقد البيع ، فلا يعود

(٤) الوسائل ، كتاب الحجر ، باب ٥ في أحكام الحجر ، حديث ٢.

إلى مالكه إلا بوجه شرعي ، لرواية أبي ولاد^(٥) ، عن الصادق عليه السلام .

قال عليه السلام : هل الخيار في ذلك على الفور؟ قيل : نعم ، ولو قيل بالتراخي ، جاز.

أقول : إذا وجد الغريم عين ماله كان مخيراً بينأخذها والضرب مع الغرماء ، وهل الخيار على الفور؟ قال الشيخ في المسوط : فيه قولان ، وجعل الفورية أحوط ، والعلامة في القواعد اختيار الفورية ، وهو المعتمد ، لأن التأخير يفضي إلى تضليل الغرماء بتأخير حقهم فأأشبه الأخذ بالشفعة ، ولما في ذلك من الأخذ بالاحتياط .

وظاهر المصنف هنا والعلامة في التحرير أن الخيار على التراخي ، لأن الخيار قد ثبت له بالزمان الأول ، والأصل بقاوه.

قال عليه السلام : ولو وجد بعض المبيع سليماً ، أخذ الموجود بحصته من الثمن ، وضرب بالباقي مع الغرماء ، وكذا لو وجده معيناً بعيب ، قد استحق أرشه ، ضرب بأرش النقصان .

أقول : لم يتردد المصنف في هذه المسألة ، وأطلق الضرب بأرش النقصان ، وهي مسألة غامضة تحتاج إلى كشف وإيضاح .

وتحقيق البحث أن نقول : إذا وجد المبيع ناقضاً ، فإن كان النقص يمكن افراده بالبيع كالعبد من العبدين أخذ السليم بحصة من الثمن وضرب مع الغرماء بما يخص التالف . وإن كان النقص لا يمكن افراده بالبيع كقطع اليد وقلع العين أو ذهاب شيء من جوارحه ، فهذا النقص لا يمكن افراده بالبيع ، لأنه لا يمكن تقسيط الثمن على أطراف العبد ، فلا يصح افرادها بالبيع ، فلا يخلو إما أن توجب الجناية أرشاً كما

(٥) الوسائل ، كتاب الحجر ، باب ٥ في أحكام الحجر ، حديث ٣ .

إذا كانت من أجني ، أو لا يوجب كما إذا كانت من المشتري أو من قبله تعالى ، فان كان الثاني فليس له إلا أخذه معيناً أو الضرب بالشمن مع الغرماء ، وان كان الأول كان مخيراً بين الضرب بالشمن وترك العين ، وبين أخذ العين والضرب بجزء من الشمن على نسبة نقصان القيمة ان كان الشمن أقل من القيمة ، وان كان أكثر منها (أو مثلها) ^(٦) ضرب بنقصان القيمة دون الزائد عليها.

وقول المصنف : (ضرب بأرش النقصان) ، مراده نقصان القيمة لا أرش الجنائية مطلقاً ، لأنه قد يكون كل الشمن كما لو اشتري عبداً بمائة يساوي مائتين ثم قطعت يده ، فإن أرשהا يكون مائة ، فلو أوجبنا الأرش لأخذ العبد الشمن وهو باطل .

والتحقيق ان نقول : لا يخلو اما ان يكون الشمن أقل من قيمة العبد ، أو أكثر منها ، أو مثلها .

الأول : ان يكون أقل من القيمة كما لو كانت قيمته عشرين ثم باعه بعشرة ثم قطعت يده ، فإنه ينظر الى قدر ما نقص من قيمته بسبب الجنائية ، فيضرب بنسبة من الشمن فان كان نصفاً ضرب بنصف الشمن وان كان ثلثاً ضرب بثلث الشمن ، وهكذا ، وان لم ينقص شيئاً بسبب الجنائية لم يكن له الا الضرب بالشمن أو أخذه بمحانا ، وهذا معنى قولنا : (ضرب بجزء من الشمن على نسبة نقصان القيمة) ولا يجوز هنا الضرب بما نقص من القيمة ، لأنه يؤدي الى أخذ الشمن والمشمن أو أزيد من ذلك ، كما لو فرضنا انه نقص بالجنائية ثلاثة أرباع القيمة ، فلو أوجبنا الضرب بنقصان القيمة لأخذ ثلثاً ونصفاً والمشمن ، وهو باطل .

فان قيل : انه يلزم في هذا الفرض ان يأخذ أكثر من الشمن على ما ذهبت إليه ، فإنه يأخذ العبد وفيته خمسة ، ويأخذ ثلاثة أرباع الشمن ، وهو سبعة

(٦) من « ر ٢ » .

ونصف ، فتجمع له اثنا عشر ونصفا ، وهو أكثر من الشمن بدرهمين ونصف ، فان الشمن عشرة دراهم .

فانا نقول : هذا غير مانع ، لأن حكم اقتضاه التقسيط ^(٧) ، لأن كل جزئين من العبد يقابل جزءا من الشمن ، فالراجح اليه من العبد خمسه ، وهو مقابل درهمين ونصف درهم من الشمن ، فإذا أخذ سبعة ونصفا لم يأخذ أكثر من الشمن لما بيناه ان الخمسة تقابل درهمين ونصف درهم ، ألا ترى لو كان العبد سليما من العيب كان له أخذته وهو يساوي عشرين والشمن عشرة ، ولا يجب عليه ان يرد على الغرماء شيئا ، فلو كان قدر المحاباة محسوبا عليه ، لما جاز أخذ العبد الا بعد رد عشرة دراهم .

وهذا لم يقل به احد غير العالمة في التذكرة ، فإنه منع من أخذ العبد إذا زادت قيمتها لزيادة السعر أو اشتريت بدون ثمن المثل ، وهو قول نادر ولم أجده له موافقا ، والخلاف انما هو إذا زادت القيمة للنماء المتصل كالشمن والطول لا مع الزيادة لغير ذلك ، وقد حزم في القواعد بالرجوع وان زادت لزيادة النماء المتصل .

وقال في التحرير : وإذا اختار الرجوع الى العين كانت له سواء كانت السلعة متساوية لشمنها أو أقل أو أكثر ، وهذا هو المعتمد .

الثاني : ان يكون الشمن أكثر من القيمة كما لو كانت القيمة عشرة فاشتراه بعشرين فإذا جنى عليه فصار يساوي خمسة ضرب بنصف القيمة وهي خمسة ، ولا يضرب بنصف الشمن ، لأن العشرة الزائدة محاباة من المفلس لم يأخذ مقابلها عوضا ، فلا يجب على الغرماء أداء تبرعاته ، بل أداء ما أخذ مقابلها عوضا .

ولو لم ينقص من القيمة التي هي عشرة شيء لم يضرب بشيء كما قلناه أولا ، وهو معنى قولنا : (ضرب بنقصان القيمة دون الزيادة عليها) ، اي دون

(٧) في « ر ٢ » : بالتقسيط .

نقصان الرائد من الشمن على القيمة.

الثالث : ان يكون الشمن بقدر القيمة ، فهنا يضرب بمقدار ما نقص من الشمن بسبب الجنائية ، لعدم التفاوت بينه وبين القيمة ، وقال العلامة في التحرير : فينظر كم نقص من القيمة فيرجع بذلك الجزء من الشمن لا من القيمة ، وأطلق القول في ذلك ولم يفصل بين ان يكون الشمن أقل من القيمة أو أكثر ، والمصنف أطلق الرجوع بأرش النقصان ، وقد بينا ان مراده نقصان القيمة لا أرش الجنائية ، لأن ذلك لم يقل به أحد ، الا انه لم يفصل بين ان يكون الضرب بنقصان الشمن أو نقصان القيمة ، ولا فرق بين ان يكون الشمن أقل من القيمة أو أكثر ، والشيخ في المبسوط أطلق الرجوع بقسط ما نقص بالجنائية من الشمن ولم يفصل أيضا.

إذا عرفت هذا ، فعبارة المصنف والتحرير والنهاية ^(٨) والمبسوط متفقة معنى وان اختلف اللفظ ، والمعتمد التفصيل الذي ذكرناه وحققناه ، وهو مذهب العلامة في القواعد ، الا ان عبارته فيها غامضة لا يدركها غير الحصول لهذا الفن الحق له.

قال عليه السلام : ولو كان النماء متصلة ، كالسمن أو الطول ، فزادت لذلك قيمته ، قيل :
له أحده ، لأن هذا النماء يتبع الأصل ، وفيه تردد.

أقول : اما النماء المنفصل فلا خلاف في كونه للمفلس لا يجوز الرجوع فيه ، واما المتصل الذي يزيد بسببه القيمة فقد اختلف فيه ، قال الشيخ في المبسوط : انه تابع للأصل ، فإذا فسخ البيع فيه تبعته الزيادة ، واختاره ابن البراج ، وجزم به العلامة في القواعد ، وقال ابن الجنيد : يأخذ العين بقيمتها ويرد الزيادة على الغماء ، واختاره العلامة في المختلف ، لأن الزيادة مملوكة للمفلس ، فلا تخرج عن ملكه بمحانا ، واختار في الإرشاد سقوط حقه من العين ، وهو يدل على المنع

(٨) من « ر ٢ ».

وان بذل قيمة الزيادة ، وبالغ في التذكرة بأن أسقط حقه من العين مع زيادة قيمتها لزيادة السعر أو كان الشراء بدون ثمن المثل ، وهو نادر.

فقد ظهر ان للعلامة أربعة أقوال في هذه المسألة ، أشهرها قول القواعد ، وأقواها قول المختلف.

قال : إذا اشتري أرضا ، يغرس المشتري فيها ثم أفلس ، كان صاحب الأرض أحق بها ، وليس له إزالة الغuros ولا الأبنية. وهل له ذلك مع بذل الأرش؟ قيل : نعم ، والوجه المنع. نعم يباعان ويكون له ما قابل الأرض.

أقول : اختار المصنف هو المعتمد ، وقال في المبسوط : له الإزالة مع بذل الأرش.

قال : ولو اشتري زيتنا ، فخلطه بمثله ، لم يبطل حق البائع من العين ، وكذا لو خلطه بدونه ، لأنه رضي بدون حقه. وان خلطه بما هو أحوج ، قيل : يبطل حقه من العين ، ويضرب بالقيمة مع الغرماء.

أقول : بطلان حقه من العين مع الخلط بالأحوج مذهب الشيخ في المبسوط ، واختياره العالمة في القواعد والتحرير ، وهو المعتمد ، لأنها ليست موجودة من طريق المشاهدة ولا الحكم ، لأنه ليس له المطالبة بقيمتها إجماعا ، بل بالشمن الذي وقع العقد عليه ، وإذا لم تكن موجودة من الوجهين كانت بمنزلة التالف ، فيتعين الضرب مع الغرماء بالشمن.

وقيل : بيع الزيتان معا ، فيؤخذ الشمن على قدر قيمة الزيتين ، فإذا كان قيمة العين درهما والممتزج فيهما درهرين ، بيعا وأخذ ثلث الشمن ، ووجود عين ماله وإمكان التوصل إليها بما قلناه.

وقال ابن الجنيد : لو كان المبيع مما يكال أو يوزن فاختلط بما لا يتميز بمحضر من شهد ثم أفلس المشتري ، كان للبائع ثمن متاعه به على الغرماء ، ولم

يفصل بين الاختلاط بالأجود أو الأرداً أو المماثل ، واختاره العلامة في المختلف.
ولا فرق بين الزيت وغيره من المكبات والموزنات.

قال رحمه الله : ولو أسلم في متاع ، ثمَّ أفلس المسلم إليه ، قيل : إن وجد رأس ماله أخذه ، وإلا ضرب مع الغرماء بالقيمة ، وقيل : له الخيار بين الضرب بالثمن وبقيمة المتاع ، وهو أقوى.

أقول : إذا أسلم في حنطة مثلاً ثمَّ أفلس المسلم إليه ، فإن وجد عين الثمن الذي دفعه كان له أخذه وكان أحق به من سائر الغرماء ، وإن لم يجد عين ماله ضرب بقيمة الطعام الذي أسلم فيه مع الغرماء ، وهل له مع فقد عين ماله فسخ العقد والضرب بالثمن الذي هو رأس ماله؟ قال الشيخ في المبسوط : قيل له ذلك ، وقواه المصنف هنا ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ، لأنَّه قد تذرع استيفاء المسلم فيه ، فكان للمشتري الفسخ كسائر أصناف السلع.

ويحتمل المنع ، لأصالة لزوم العقد وعدم وجود عين ماله ، فليس له إلا الضرب بقيمة ما في ذمة المفلس . وهو المتاع المسلم فيه . فيقوم قيمة عادلة ثمَّ يضرب بتلك القيمة ، سواء زادت عن الثمن الذي دفعه أو نقصت.

تنبيه : لو وجد مثل المتاع الذي أسلم فيه في مال المفلس لم يكن له الاختصاص به ، ولا يتبع أخذ حقه منه ، لاشراك الغرماء بأعيان أمواله ، والدين إنما يتبع بالقبض وهو لم يقبضه ، وكونه من جنس ما له لا يكفي في التعين.

قال رحمه الله : وإذا شهد للمفلس شاهد بمال ، فان حلف استحق . وإن امتنع ، هل يخلف الغرماء؟ قيل : لا ، وهو الوجه ، ورما قيل بالجواز ، لأنَّ في اليمين إثبات حق الغرماء .

أقول : القول بمنع يمين الغرماء قول الشيخ رحمه الله ، وهو المعتمد ، لأنَّه لا

يصح للإنسان ان يخلف ليثبت مالا لغيره ، والغرماء يخلفون ليثبتون مالا للمفلس وهو غير جائز. وقال ابن الجنيد : يجوز لهم الحلف ، لأنهم إذا حلفوا كان لهم المطالبة فكان النفع لهم ، والجواب انهم يأخذون عن المفلس لا بالأصلية.

قال ﷺ : وإذا مات المفلس حلّ ما عليه ، ولا يحلّ ماله ، وفيه رواية أخرى مهجورة.

أقول : قال الشيخ في النهاية : يحلّ ما له ، وبه قال أبو الصلاح وابن البراج لما رواه أبو بصير ، « قال : قال أبو عبد الله : إذا مات الميت حلّ ما له وما عليه من الدين »^(٩). والمشهور حلول ما عليه دون ما له ، والفرق حصول الإجماع على حلول ما عليه ، قال السيد المرتضى في المسائل الناصرية : إلى الآن لا أعرف لأصحابنا فيه نصا معينا فأحكيه ، وفقهاء الأمصار كلهم يذهبون إلى أن الدين المؤجل يصير حالا بموت من هو عليه. ويقوى في نفسي ما ذهب إليه الفقهاء ويمكن ان يستدل عليه بقوله تعالى ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^(١٠) علق القسمة بقضاء الدين فلو أخرت تضررت الورثة ، هذا كلامه ﷺ.

نقل عن علماء الأمصار كلهم انهم يذهبون إلى حلول الدين المؤجل بموت من هو عليه ، وهذا هو الإجماع بعينه ، ولأنه مع منع الورثة من التصرف في التركة قبل حلول الأجل يحصل الضرر عليهم ، ومع أمرهم بالتصرف يحصل الضرر على صاحب الدين ، فوجب ان يحل ما عليه دفعا لهذه الضرورة اللاحقة بأحد الفريقين ، بخلاف ما له إذ لا مفسدة في تأخيره إلى حين الأجل ، إذ الأصل عدم الحلول ، خرج ما وقع عليه الاتفاق ، يبقىباقي على الأصل ، ولا فرق بين ان

(٩) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ١٢ أبواب القرض والدين ، حديث ١.

(١٠) النساء : ١١.

يكون الدين سلماً أو دية خطأ تعلقت بمال الجاني أو غير ذلك للعموم.

قال ﷺ : وينظر المعسر ، ولا يجوز إزامه ولا مؤاجرته ، وفيه رواية أخرى مطروحة.

أقول : اختار المصنف مذهب الشيخ في الخلاف وابن إدريس ، واختاره الشهيد ، لأنه لم يوجب التكسب للدين ، وقال ابن حمزة : ان كان المديون معسراً صبر عليه من له الدين حتى يجد ، وإن كان مكتسباً أمره بالإنفاق على نفسه وعياله وصرف الفاضل في دينه ، وإن كان غير مكتسب خلي سبيله حتى يجد ، لما رواه السكوني في الموثق ، عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام : « إن علياً عليهما السلام كان يحبسه في الدين ثم ينظر فان كان له مال دفعه إلى الغرماء ، فيقول لهم : اصنعوا به ما شئتم وأجروه ، وإن شئتم استعملوه » ^(١١).

واختاره العلامة في المختلف ، وهو ظاهر القواعد ، لأنه أوجب عليه السعي في الدين ، ويلزم منه جواز مؤاجرته مع الامتناع ، لأن القادر على التكسب غير معسر ولهذا يمنع من الزكاة ، وغير المعسر يجب عليه أداء الدين.

احتج المانعون بقوله تعالى ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرْهُ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ ^(١٢) ، وبأصله

براءة الذمة من وجوب السعي والمؤاجرة ، وهو المعتمد.

(١١) الوسائل ، كتاب الحجر ، باب ٧ في أحكام الحجر ، حديث ٣.

(١٢) البقرة : ٢٨٠.

في قسمة ماله

قال عليه السلام : ولو اقتضت المصلحة تأخير القسمة ، قيل : يجعل في ذمة ملي احتياطا ،
وإلا جعل وديعة ، لأنه موضع ضرورة .

أقول : إذا باع الحاكم مال المفلس فان كان الغريم واحدا دفع اليه المال ، وان تعدد وأمكنت القسمة عاجلا من غير ضرورة لم يجز التأخير ، وان تعذر أو اقتضت المصلحة التأخير كظن ظهور غريم أو الخوف من ظالم ، أو غير ذلك مما يراه الحاكم من المصلحة .

قال المصنف : (قيل : يجعل في ذمة ملي احتياطا والا جعل وديعة) ، ولم يجزم بذلك ، وجزم به العالمة في القواعد ، وجزم به في التحرير أيضا ، الا انه قيد بتعذر القسمة ، وإنما لم يجزم المصنف بذلك ، لاحتمال عدم جواز تأخير دفع الحق إلى مستحقه مع الإمكان .

قال عليه السلام : وهل يزول الحجر بمجرد الأداء ، أو يفتقر الى حكم الحاكم ، الأولى أنه يزول بالأداء ، لروال سبيه .

أقول ^(١٣) : ومن ان حجره يثبت بحكم الحاكم فلا يرتفع الا بحكمه ، وهو مذهب المصنف .

(١٣) كذلك .

كتاب الحجر

١٧٧

كتاب الحجر

في موجباته

قال عليه السلام : وهو بلوغ خمس عشرة سنة للذكر ، وفي أخرى إذا بلغ عشرًا وكان بصيرا ، أو بلوغ خمسة أشبار جازت وصيته ، وأقيمت عليه الحدود.

أقول : يفهم من كلام المصنف ان الرواية الواردة بلوغ العشر سنين أو بلوغ الخمسة أشبار (واحدة ، و)^(١) انها تضمنت جواز وصيته واقامة الحدود عليه مع بلوغ العشر أو الخمسة أشبار ، وليس الأمر كذلك بل الوارد بالوصفين اللذين ذكرهما وهما بلوغ العشر أو الخمسة أشبار روایتان تضمنتا حكمين ، فرواية بلوغ العشر تضمنت جواز الوصية ، ورواية بلوغ الخمسة الأشبار تضمنت جواز إيقاع الحدود عليه ، فالرواية الأولى هي رواية الصدوق محمد بن بابويه ، عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله ، عن الصادق عليه السلام ، « انه قال : إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته »^(٢).

وروى زرارة ، عن الباقر عليه السلام مثل ذلك الا انه زاد في روايته :

(١) في « ن » : أو حّده.

(٢) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٤ في أحكام الوصايا ، حديث ٣ .

« فإنه يجوز له في ماله إذا أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف »^(٣).

واما الرواية الثانية التي تضمنت جواز اقامة الحدود عليه فهي رواية السكوني ، عن الصادق عَلَيْهِ الْكَفَافُ ، « في رجل وغلام اشتركا في قتل رجل فقتلاه ، فقال أمير المؤمنين عليه الصلاة والسلام : إذا بلغ الغلام خمسة أشبار اقتضى منه ، وإذا لم يكن قد بلغ خمسة أشبار لم يقتضى منه ، وإذا لم يكن قد بلغ خمسة أشبار قضي بالدية »^(٤).

قال ﷺ : الوصف الثاني الرشد : وهو ان يكون مصلحاً ماله ، وهل يعتبر العدالة؟

فيه تردد.

أقول : اعتبار العدالة مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف ، لأن غير العدل سفيه ، والسفيه ليس برشيد ، وقال ابن الجنيد : الرشد هو العقل وإصلاح المال ، واحتاره أكثر المتأخرین ، لأصالة عدم الزيادة على ذلك ، وهو المعتمد ، لأن المفهوم من الرشد هو إصلاح المال مع الأمان من الانخداع في المعاملات ، فإذا ثبت هذا ثبت الرشد ، لأصالة عدم اشتراط الزائد على ذلك.

قال ﷺ : ولو باع فأجاز الولي ، فالوجه الجواز ، للأمن من الانخداع.

أقول : الجواز مذهب المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لما قاله المصنف. وقال الشيخ وابن البراج لا يصح ، لأنه محجور عليه ومنوع من التصرف ، فلا يكون تصرفه صحيحا ، وحكم الاذن له في البيع حكم الإجازة بعده ، ولا فرق بينهما إلا في اشتراط تعين من يبيع عليه أو يشتري منه إذا كان الاذن سابقا.

تببيه : إذا بلغ الصبي وصرف أمواله في وجوه الخير كالصدقات ، وعتق المماليك ، وبناء القنطرات والمساجد ، وما شابه ذلك ، هل يكون ذلك تبذيرا؟

(٣) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٤ في أحكام الوصايا ، حديث ٤.

(٤) الوسائل ، كتاب القصاص ، باب ٢٦ أبواب القصاص في النفس ، حديث ١.

قال في الإرشاد : وصرف المال في وجوه ^(٥) الخير ليس بتبذير مع بلوغه في الخير ، والظاهر ان الضمير في (بلوغه) عائد إلى الصارف ، اي مع بلوغ ذلك الصارف في الخير المبلغ الذي يصير أهلاً أن يصرف جميع أمواله في الخير ، بأن يكون مبالغاً في صنوف اعمال الخير من العلم والزهد والتقوى والمواظبة على جميع الطاعات والقيام بالواجبات والمندوبات ، فمن كان على هذه الصفة لا يكون صرفه جميع أمواله في الخير تبذيراً ، لأن همه اشتغاله في أمر آخرته ، وقد اعرض عن هذه الدنيا وكان رغبته فيما عند الله ، فأوجب هذه المهمة وهذه الرغبة صرف جميع أمواله إلى ما هو مطلوبه ومقصوده فلا يكون مبذراً.

أما لو كان تاجراً همه جمع الأموال في الكدح بالبيع والشراء والأسفار وغير ذلك من أصناف التكسيبات ، فهذا إذا صرف أمواله في أفعال الخير كان مبذراً ، كما لو ألقاه في البحر ، لأنه صرفه بما ليس همته ولا مقصوده ، ولا هو أهل لذلك ، لأن عادته وهمته ومقصوده في جمع الأموال ، فإذا صرفه جميعه بما ليس بمقصود له ولا ملائم لطبعه ، كان سفيهاً مبذراً ، وكان ذلك أما لاحتلال في عقله أو للرياء والسمعة ، فلا يكون لغرض صحيح ، وكل صرف لا يكون لغرض صحيح فهو تبذير ، ولا أرى لتأويل عبارة الإرشاد بغير هذا الوجه وجهاً.

ويحتمل ان يكون صرف التاجر وشبهه لجميع ما له في أفعال الخير لا يكون تبذيراً ، لأن المقصود من المال الانتفاع به ، ولا انتفاع أبلغ من صرفه في هذا الباب ، وهو ظاهر القواعد ، فإنه قال فيه : وصرف المال إلى الخيرات ليس بتبذير ، وأطلق ، والأول هو المعتمد لما بيناه .

ويحتمل ان صرف الأول . وهو المبالغ في أفعال الخير . جميع ما له في الخير تبذير ، لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَى عُنْقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبُسْطِ﴾

(٥) من « ر ٢ » ، وفي بعض النسخ : (صنوف).

فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَحْسُورًا

وهذا الخطاب للنبي ﷺ مع عظم مبالغته في أفعال الخير ، فقد نهي عن صرف جميع ماله في الخير ، فكيف من يكون قاصراً عنه في المبالغة في أفعال الخير؟! وقد أوصى في التحرير إلى شيء من هذا ، فقال : وصرف أكثر المال في صوف الخير مع قناعته بالباقي ليس بتبذير ولا سرف ، وهو يدل بمفهومه على أن صرف الجميع يكون تبذيراً ، بل صرف الأكثر مع عدم القناعة بالباقي يكون تبذيراً وسرفاً ، وليس بعيداً من الصواب . والمراد بالقناعة هنا قدر الكفاية ، أي لا ترك إلا قدر كفايته ، وليس المراد رضى النفس إذ قد لا ترضى بالجميع .

قال ﷺ : وفي منعه من التبرعات المنجزة الزائدة على الثالث ، خلاف بيننا ، والوجه

المنع .

أقول : يأتي البحث في هذا إنشاء الله تعالى في كتاب الوصايا .

(٦) الإسراء : ٢٩ .

في أحكام الحجر

قال ﷺ : لا يثبت حجر المفلس ، إلا بحكم الحاكم . وهل يثبت في السفه ظهور سفهه ؟ فيه تردد ، والوجه أنه لا يثبت إلا بحكم الحاكم ولا يزول إلا بحكمه .

أقول : قال الشيخ في المسوط : حجر السفه لا يثبت إلا بحكم الحاكم ولا يزول إلا بحكمه ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لأن ثبوت الحجر على خلاف الأصل ، لأن الأصل صحة تصرفات البالغ العاقل ، فالمانع من ذلك يفتقر إلى حكم الحاكم ، وإذا ثبت الحجر بحكمه لا يزول إلا بحكمه ، لأصلية بقاء الحجر ، وزوال السفة أمر خفي ، فيفتقر إلى نظر الحاكم كما يفتقر ثبوت الحجر إليه .

وقيل : يثبت الحجر ظهور السفة من دون حكم الحاكم ، لأن علة الحكم ظهور السفة فلا يحتاج إلى الحكم بالحجر ، والا لما كان السفة علة وهو منوع ، فكلما وجد السفة وجد الحجر ، وكلما زال الحجر فلا يفتقر في دفعه إلى حكم الحاكم مع زوال السفة ، لزوال

(٧) السبب الموجب للحجر .

(٧) في « ر ٢ » بعض النسخ ، و« ن » : بزوال .

قال ﷺ : فإذا حجر عليه ، فبايده إنسان ، كان البيع باطلًا . وإن كان المبيع موجودا استعاده البائع وان تلف وبقائه بإذن صاحبه كان تالفا ، وإن فك حجره . ولو أودعه وديعة ، فأتلفها ، ففيه تردد ، والوجه أنه لا يضمن .

أقول : التردد في ضمان الوديعة مع إتلافها إنما هو إذا كان الإيداع بعد الحجر عليه ، أما إذا أودعه قبل الحجر ثم أتلفه بعده كان مضمونا عليه قطعا ، ومنشأ التردد في الأول من اسناد التفريط إلى المالك في إيداعه للمحجور عليه ، فلا يضمن المحجور عليه ، فهو كما لو أودع الصبي أو الجنون فأتلف ، ومن عموم ضمان المخلفات ، فإن الصبي والجنون يضمنان ما أتلفاه من المال في ما همما ان كان لهم مال ، وكذلك السفيه إذا أتلف ما لا ضمه ، فهنا يضمن أيضا .

والمعتمد عدم الضمان ، لحصول الفرق بين الاتلافين ، لأن المالك هنا قد عرض ماله للإتلاف بسبب التسلیط عليه ، بخلاف ما إذا أتلف مالا من غير تسلیط مالكه عليه ، والأصل براءة الذمة ، فهو كما لو قبضه المشتري ثمن ما اشتراه منه ثم أتلفه ، فكما لا يضمن هناك لا يضمن هنا ، ولا فرق بين علم المشتري من السفيه والبائع عليه بالحجر وعدمه في عدم ضمان ما قبضه منها باختيارهما عوضا عما دفعه إليهما ، قاله العلامة في القواعد والتحرير ، وفيه نظر من استحالة تكليف الغافل .

قال ﷺ : إذا حلف انعقد يمينه ، ولو حنت ، كفر بالصوم ، وفيه تردد .

أقول : لا خلاف في انعقاد يمين السفيه في موضع ينعقد فيه يمين غيره ، ولا في وجوب الكفارة عليه مع الحنة ، ولكن هل ينحصر الكفارة في الصيام دون غيره؟ تردد المصنف في ذلك من أنه غير منوع من اليمين ولا من التكفير مع الحنة ، فيكون مخيرا في أنواع الكفارة كغيره ، ومن أنه محجور عليه في جميع

التصرفات المتعلقة بإخراج المال ، وغير الصيام يتضمن إخراج المال فيكون متنوعا منه ، وهو المعتمد.

قال رَجُلُهُ : ويختبر الصبي قبل بلوغه ، وهل يصح بيعه؟ الأشبه أنه لا يصح.

أقول : معنى الاختبار ان نفرض اليه تصرفات أمثاله يتصرف فيها ، فولد التاجر يفوض اليه البيع والشراء ، فان سلم من المعاينة علم رشده ، وأولاد الأشراف الذين يرتفع أمثلهم عن المعاملات يدفع الى الصبي منهم نفقته مدة بعضها في مصالحة ، فان كان حافظا لها يحاسب وكيله ويستوفي منه ويأمره بشراء ما يليق بحاله وينهاه عما لا يليق عرف رشده. والمرأة تختبر بما لا يلائم حالها من حرف النساء ، فان كانت من أهل الغزل والنساجة اختبرت بحما ، وان كانت مرتفعة عن الصنائع اختبرت بالولاية على الخدم في خدمة البيت ، فإن أمرتهم ونحوهم في محل الأمر والنهي ، ومكنتهن فيما شأنهم التمكين فيه ، ومنعهم عما من شأنهم الامتناع عنه ، علم رشدها ، فإذا علم رشد الصبي قبل بلوغه لم يفتقر الى اختبار بعد البلوغ.

إذا عرفت هذا ، فهل تصح العقود التي يختبر فيها قبل بلوغه أم لا؟ يعني ذلك على ان بيع المميز وشراءه بأمر الولي هل هو صحيح أم لا؟

قال العالمة في التحرير : وقت الاختبار قبل البلوغ مع التمييز ، ومع اذن الولي يصح تصرفه وبيعه ، فقد جزم بصحة البيع ، وذهب المصنف هنا الى عدم صحة البيع ، وهو مذهب العالمة في الإرشاد ، قال فيه : ويختبر الصبي قبل بلوغه ولا يصح بيعه ، جزم بعدم صحة البيع ، وقال العالمة في القواعد : وفي صحة العقود حينئذ إشكال ، ولم ينص على الاختبار ، هل هو قبل البلوغ أو بعده ، بل استشكل في صحة العقود.

واختلف الشارحان في منشأ الاشكال بعد اتفاقهما على كون الاختبار بعد البلوغ ، قال فخر الدين : ان ظهر رشده حالة العقود صحت العقود قطعا ، وان ظهر سفهه أو لم يتبيّن شيء بعد ، فهل يحكم بصحّة العقود أو لا؟ والاشكال في هذين الموضعين . ومنشأه ان السفيه يصح تصرفه بإذن الولي ، وهذه العقود مأذون فيها شرعا ، ومن حيث بطّلان تصرفات السفيه وهذا سفيه ، هذا كلامه رحمه الله . جعل منشأه من صحّة بيعه بإذن الولي ، ومن عدم الصحّة .

وقال عميد الدين : منشأه من ان تصرفه موقوف على ثبوت رشده وقبله لم يكن رشده ثابتا ، فلا يكون تصرفه صحيحًا ، ومن استبانة رشده عند وقوع العقد ، فكان صحيحًا ، هذا تعليله رحمه الله .

قلت : الذي أوجب لهما الاختلاف في التعليل فهمهما وقوع الاختبار بعد البلوغ ، فعلل كل واحد منهمما على قدر فهمه ، ومن العجب فهمهما كون الاختبار بعد البلوغ ، وقد نص العلامة في إرشاده وتحريمه انه قبل البلوغ ، ونص عليه نجم الدين هنا .

وقال الشهيد في شرح الإرشاد : كونه بعد البلوغ مذهب بعض العامة ثمّ منعه ، قال : ولو كان بعد البلوغ لأدى ذلك إلى الحجر على البالغ الرشيد ، وهو خلاف الإجماع .

قلت : قول الشهيد هنا منقوض بعدم ثبوت الرشد إلا بعد الاختبار .
فإن قيل : إنّهما تلامذة المصنف وربما انّهما سمعا منه ان مراده في الاشكال إذا كان الاختبار بعد البلوغ .

قلنا : ان عبارة عميد الدين لا تدل على ذلك ، بل على ضده ، لأنّه قال : قال صاحب الشرائع : يختبر الصبي قبل بلوغه ، وهل يصح بيعه؟ الأئمّة انه لا

يصح ، تردد في صحة العقد الصادر منه قبل بلوغه ، والمصنف لم يفصل هل ذلك قبل البلوغ أو بعده ، والظاهر ان المراد ان بلغ الصبي وشك في رشده فإنه يختبر حيئذ بما يلائمه من التصرفات ، هذا كلامه للهـ . وهو دال على انه لم يفهم ذلك الا من إطلاق المصنف ، لأنه لو سمعه منه لأستدله إلى سماعه لا إلى الإطلاق ، وكأنه لم يقف على قول المصنف في الإرشاد والتحرير حالة شرحه لهذه المسألة ، والا لكان ذكر مذهبة فيما كما ذكر مذهب الشرائع .

وعلى القول بان الاختبار بعد ^(٨) البلوغ يكون تعليلاً عميد الدين أنساب للحكم وأليق بمذهب المصنف ، وتعليق فخر الدين غير مذهب المصنف ، لأن مذهب المصنف في القواعد وغيرها جواز بيع السفيه بإذن الولي سواء وقع بعد الاذن أو قبله ثم اجازه الولي ، ولم يتردد في ذلك ، فحمل هذا الاشكال عليه يخالف مذهبة للهـ ، بل حمل الاشكال على كون الاختبار قبل البلوغ كما نص عليه في الإرشاد والتحرير ، وكون منشأه من صحة بيعه إذا كان بإذن الولي كما هو مذهبة في التحرير في هذه المسألة المشروحة ، ومن عدم الصحة كما هو مذهبة في الإرشاد أولى ، لأن حمل إطلاقه في القواعد على ما قيدها في غيرها أولى من حمله على ما ليس بمذكور في مصنف من مصنفات أصحابنا المتداولة بيننا الآن ، وليس هو مذهبنا لهم ، بل لبعض الجمهمور ، كما قاله الشهيد في شرح الإرشاد ، وإذا ثبت ان الاختبار قبل البلوغ ثبت ان منشأ الاشكال ما قلناه ، فلا يحتاج الى تعسف .

(٨) في « ر ٢ » : قبل.

كتاب الضمان

في تعريف الضمان

قال ﷺ : وهو عقد شرع للتعهد بمال أو نفس . والتعهد قد يكون من عليه للمضمون عنه مال ، وقد لا يكون . فهنا ثلاثة أقسام : القسم الأول في ضمان المال من ليس عليه للمضمون عنه مال . وهو المسمى بالضمان بقول مطلق .

أقول : التعهد ان كان بالنفس فهو الكفالة ، وان كان بالمال من عليه للمضمون مال مثله فهو الحوالة ، وان كان من ليس عليه مال فهو الضمان بقول مطلق ، والى هذا أشار بقوله : (فهنا ثلاثة أقسام) .

وقوله : (بقول مطلق) اي من غير تقييد بقولنا : من عليه مثله .

في ضمان المال

قال عليه السلام : ولا يشترط علمه بالمضمون له ، ولا بالمضمون عنه ، وقيل : يشترط ،
وال الأول أشبه .

أقول : هذا مذهب الشيخ في الخلاف و اختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لما
روي : « ان عليا عليه السلام ضمن عن ميت درهرين » ^(١) ، وروي : « ان أبي قتادة ضمن عن
ميت دينارين » ^(٢) ، وكان ذلك منهما بحضور النبي صلوات الله عليه وآله وسلام ، ولم يسألهما عن معرفة صاحب
الدين ولا عن معرفة الميت ، بل لا بد من تمييز المضمون عنه ، كما قاله المصنف ليصح معه
القصد إلى الضمان عنه ، والمعرفة التي لا تشرط هي معرفة الاسم والنسب .

وقال في المبسوط : فيه ثلاثة أقوال ، أحدها : يشترط معرفتهما ، وهو الأظهر ، أما
معرفة المضمون له لينظر هل هو سهل المعاملة أولاً؟ وأما المضمون عنه لينظر هل يستحق
ذلك عليه أم لا؟ حذرا من الغرر .

(١) الوسائل ، كتاب الضمان ، باب ٣ في أحكام الضمان ، حديث ٢.

(٢) الوسائل ، كتاب الضمان ، باب ٣ في أحكام الضمان ، حديث ٣.

قال ﷺ : ويشترط رضى المضمون له ، ولا عبرة برضًا المضمون عنه ، لأن الضمان كالقضاء ، ولو أنكر بعد الضمان لم يبطل على الأصح.

أقول : مذهب الشيخ في الخلاف عدم اشتراط رضاهمها معا ، لضمان علي عليه السلام وابي قتادة ^(٣) ، فإن النبي ﷺ لم يسأل عن رضى المضمون له ، ولا يمكن رضى المضمون عنه ، لأنه ميت.

وذهب في المسوط إلى رضى المضمون له دون ^(٤) المضمون عنه ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد.

أما عدم اعتبار رضى المضمون عنه فلما قاله المصنف : من ان الضمان عنه كالقضاء ، فكما لا يعتبر رضاه في القضاء لا يعتبر رضاه في الضمان.

اما اعتبار رضى المضمون له ، لأن ذلك إثبات حق في الذمة بعقد فلا بد من رضى المتعاقدين فيما وقع العقد عليه كسائر الحقوق.

إذا عرفت هذا ، فإذا أنكر المضمون عنه الضمان اي لم يرض به هل يبطل أم لا؟ ذهب الشيخ في النهاية إلى بطلانه ، وبه قال المفيد في المقنعة ، وهو مذهب ابن البراج وابن حمزة ، وهو بناء على اشتراط الرضى بالضمان.

وقال ابن إدريس بعدم البطلان ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو بناء على عدم اشتراط رضى المضمون عنه ، لقوله عليه السلام : « الزعيم غارم » ^(٥) ، وهو عام.

قال ﷺ : مع تحقق الضمان ، ينتقل المال إلى ذمة الضامن ، ويرأ

(٣) الوسائل ، كتاب الضمان ، باب ٣ في أحكام الضمان ، حديث ٢ و ٣ .

(٤) في « ر ١ » : لا.

(٥) المستدرك ، كتاب الضمان ، باب ١ ، حديث ١ ، مع اختلاف في النص ، وهو موجود في سنن الترمذى ، باب ٣٩ ، وسنن أبي داود ، كتاب الإجارة ، باب تضمين العارية.

المضمون عنه ، وتسقط المطالبة عنه ، ولو أبرا المضمون له المضمون عنه ، لم يبرأ الضامن ، على قول مشهور لنا.

أقول : قال العامة : الضمان هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه ، فيجوز له حينئذ (مطالبة أيهما شاء) ^(٦) . وقال أصحابنا : الضمان ناقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن .

إذا عرفت هذا ظهرت فائدة الخلاف في مسائل :

الأولى : إذا أبرا المضمون له المضمون عنه ، كما قاله المصنف ، فعلى قول أصحابنا لا يبرأ الضامن ، لأن المال قد انتقل إلى ذمته (وبرا المضمون عنه بنفس الضمان ^(٧) ، فقد أبرأ ما ليس في ذمته فكان الإبراء باطلًا ، وعلى قول العامة يبرأ ، لعدم الانتقال إلى ذمة الضامن ، ولو أبرا الضامن براءاً عند العامة ، لأنه لم ينتقل المال إلى ذمته ، فقد أبرأ ما ليس بلازم له .

الثانية : لو مات الضامن قبل الأداء بقي المال على المضمون عنه عندهم ، وعندنا يتعلق بتركة الضامن ، فإن كان له تركه ، والا سقط حق المضمون له ، ولو مات المضمون عنه تخير المضمون له في الرجوع إلى تركته ومطالبة الضامن عندهم ، وعندنا يتغير مطالبة الضامن ، وليس للمضمون له الرجوع على تركة المضمون عنه .

الثالثة : لو ضمن بغير سؤاله ثم أدى بسؤاله رجع عليه عندهم ، لأنه أدى دينه بإذنه عندهم ، وعندنا لا يرجع عليه بشيء ، لانتقال المال إلى ذمته بنفس الضمان ، فاذن لا يرجع على الآذن بشيء .

الرابعة : لو دفع الضامن إلى المضمون له ، فأنكر فشهاد المضمون عنه ،

(٦) في « ن » : مطالبه ان شاء .

(٧) ما بين القوسين لم يرد في « ن ». .

فعندهم لا تقبل هذه الشهادة ، لأنها له فلا تقبل شهادته لنفسه ، وعندنا تقبل ما لم تحصل التهمة ، وهي تتصور في مواضع :

الأول : ان يحجر على الضامن للفلس ويكون المضمون عنه أحد غرمائه ، ويكون الضمان تبرعاً بغير اذن المضمون ، فهنا تتحقق التهمة ، لأن شهادته بالأداء تمنع المضمون له من مخاصمة الغرماء وهو أحدهم.

الثاني : ان يدفع عن الحق عوضاً أقل من قيمته ، فهنا تتحقق التهمة ، لأنه يرجع بقيمة المدفوع خاصة.

الثالث : ان يكون الضامن معسراً والمضمون له غير عالم بحاله ، فهنا تتحقق التهمة أيضاً ، لأن شهادته بالأداء تمنع رجوع المضمون له عليه.

قال عليه : والضمان المؤجل جائز إجماعاً ، وفي الحال تردد ، أظهره الجواز.

أقول : قال الشيخ في النهاية : لا يصح ضمان مال ولا نفس إلا بأجل معلوم ، وهو قول المفيد في المقنعة ، وابن البراج في الكامل ومذهب ابن حمزة ، لأن الضمان إرفاق ، فيشترط فيه الأجل إذ الحال لا إرفاق فيه ، لأن الضمان الحال يسوغ تعجيل المطالبة بالحق المضمون فيتسلط الضامن على مطالبة المضمون عنه ، فتنتفي فائدة الضمان وهي الإرفاق .

وقال الشيخ في المبسوط وابن البراج في المذهب بجواز الحال ، واختاره ابن إدريس والمصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ، لأصالة الجواز ، وعموم قوله عليه : «

الزعيم غارم »^(٨) ، وعموم ﴿ وَأَنَا بِهِ زَعِيم ﴾^(٩).

وأحيب عن حجة المانعين بعدم الخصار الفائدة في التأجيل ، بل في تفاوت الغرماء بحسن القضاء والتقاضي .

(٨) تقدم ص ١٩٤

(٩) يوسف : ٧٢

تبنيه : مراد الشيخ في النهاية ومن تابعه بالمنع من الضمان الحال الإطلاق ، أي سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً ، وليس مرادهم تخصيص المنع بما إذا كان الدين مؤجلاً كما توهمه المقداد في شرح المختصر ، لأنّه قسم الدين إلى حال ومؤجل ، وقسم الضمان إلى حال ومؤجل ، ثم قال : الثاني أن يكون مؤجلاً ويضمن حالاً ، وهذا منعه الشيخ في النهاية ، والمفید في المقنعة ، لأن الضمان وضع للإرفاق ، هذا كلامه رحمه الله.

حضر منع الشيخ والمفید في النهاية والمقنعة فيما إذا كان الدين مؤجلاً وهو سهو القلم ، لأن المراد هنا الإطلاق واحتياط المنع بالمؤجل وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، نقله العالمة عنه في المختلف ، وفي هذه المسألة مذهبـه فيه الجواز ضد مذهبـه في النهاية ، وفي النهاية اشترط تأجيل الضمان مطلقاً ، وفي المبسوط اشترط تأجيلـه إذا كان الدين مؤجلاً ، وجوز حلولـه إذا كان الدين حالـاً وتابعـه المصنـف هنا على مذهبـه فيه ، واحتـيارـه في هذه جوازـ الحلـولـ ، واحتـيارـ فيما إذا كان الدين مؤجلاً اشتـرطـ التـأـجيـلـ ، ذـكرـ ذلكـ في آخرـ بـابـ الضـمـانـ فيـ المسـأـلةـ الـتـيـ تـلـيـ الـحـوـالـةـ ، فـقـدـ ظـهـرـ فـسـادـ ماـ توـهـمـهـ المـقدـادـ.

ومـاـ يـدـلـ عـلـىـ فـسـادـهـ قولـ العـالـمـةـ فيـ التـحـرـيرـ ، قـالـ : ولـشـيـخـ قولـ بالـمنعـ منـ الضـمـانـ الحالـ مـطـلـقاًـ ، وـقـولـ آخـرـ بالـمنعـ منـ الضـمـانـ المؤـجلـ حالـاًـ. أـشـارـ بـالـإـطـلاقـ إـلـىـ قولـهـ فيـ النـهـاـيـةـ الـذـيـ توـهـمـهـ المـقدـادـ أـنـ مـخـتـصـ بـالـمؤـجلـ ، وـأـشـارـ بـالـمـخـتـصـ بـالـمؤـجلـ إـلـىـ قولـهـ فيـ المـبـسـوـطـ. وـأـنـماـ نـبـهـنـاـ عـلـىـ ذـلـكـ لـيـحـصـلـ الـعـلـمـ بـأـنـ هـذـهـ المـسـأـلةـ ^(١٠)ـ وـالـتـيـ بـعـدـهـاـ مـسـأـلـاتـ مـتـغـايـرـاتـانـ ، وـأـنـ مـذـهـبـ المـصـنـفـ غـيرـ مـتـنـاقـضـ ، وـعـلـىـ مـاـ قـالـهـ المـقدـادـ تكونـ مـسـأـلةـ

(١٠) في « ن » بـزيـادةـ : وـاحـدةـ.

واحدة ، فيلزم حينئذ التكرار ^(١١) لغير فائدة ، وحصول التناقض في قوله ، لأنه اختار هنا جواز الضمان حالاً واحتار في التي بعدها عدم جوازه حالاً ، وهو تناقض على القول بأنما مسألة واحدة ، فقصدنا لهذا لتبنيه تحقيق ذلك ، ونسأل من الله المعونة والتوفيق ، (والمهدية إلى التحقيق والعصمة من الزلل الموجب للخلل في القول والعمل) ^(١٢).

فروع :

الأول : إذا اشترط في عقد الضمان الأداء من مال بعينه صح الضمان والشرط ، لتفاوت الأغراض في أعيان الأموال ، فلو تلف المال قبل الأداء من غير تفريط من الضامن ، هل يبطل الضمان ويرجع على الأصل أو لا يبطل ويلزم الضامن بالأداء من غيره؟ يتحمل البطلان ، لفوات الشرط وهو الأداء من ذلك المال المتعيين ، وقد تلف فيبطل الضمان ، ويتحمل عدم البطلان ، لأن الضمان ناقل للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن ، واشتراط الضمان من مال بعينه لا ينافي ثبوته في ذمته ، وإذا كان ثابتاً في الذمة لم يبطل بتلف المال المشترط أداء الدين منه.

والتحقيق : انه إذا اشترط الضمان من مال معين ^(١٣) ، هل يتعلق الدين بذلك المال تعلق الدين بالرهن أو تعلق الأرض برقبة الجناني؟ فعلى الأول لا يبطل الضمان كما لو تلف الرهن ، وعلى الثاني يبطل كما لو تلف العبد الجناني ، فإذا بطل رد على الأصل ، والأول مذهب فخر الدين ، وهو المعتمد.

الثاني : لو لم يف المال الذي اشترط أداء الدين منه بقيمة الدين ، هل يرجع

(١١) في « ن » : بغير.

(١٢) ليس في « ن » و« ر ٢ ».

(١٣) في « ن » : بعينه.

بالباقي على الضامن أو الأصل؟ يبقى على الأصل الذي ذكرناه ، فان قلنا : انه يتعلق به تعلق الأرض برببة الجاني لم يرجع على الضامن ، ويرجع على الأصل ، لأن المال لم ينتقل إلى ذمة الضامن ، بل يتعلق بعين المال فلا يلزمه أكثر من قيمته ، كما لا يلزم السيد أكثر من قيمة الجاني .

وان قلنا : تعلق الدين بالرهن ، رجع على الضامن ، لأن المال قد انتقل إلى ذمته بنفس الضمان ، فإذا قصر ما اشترط الأداء منه عن الدين تهم من غيره ، ورجع على المضمون عنه ان كان الضمان بسؤاله .

الثالث : لو بيع متعلق الضمان وهو المال الذي اشترط الأداء منه بأقل من قيمته لعدم الراغب احتمل الرجوع ب تمام القيمة ، لأنه يرجع بما غرم ، ويتحمل الرجوع بالثمن خاصة ، لأنه القدر الذي قضاه ، قاله في القواعد .

وفي هذا الكلام دلالة على ان المديون يجب عليه بيع ما له بالدين وان كان بدون ثمن المثل ، والا لما احتمل الرجوع ب تمام القيمة ، لأنه لو باع بأقل من ثمن المثل مع عدم وجوب البيع عليه كان متبرعا ببيع غير واجب ، والمتبوع لا يرجع بما يتبرع به قطعا .

وقوله : (ويتحمل الرجوع بالثمن خاصة) ، ليس لأن البيع غير واجب ، بل لما قاله ، لأنه القدر الذي قضاه ، والضامن يرجع بما قضاه لا بما ضمه ، المعتمد الأول ، لأن النقص حصل بسبب الضمان المأذون فيه ، إذ لو لا ذلك لما وجب عليه بيع ما له بأقل من ثمن المثل .

تبينه : قال في القواعد : ولو ضمن كل من المديونين ما على صاحبه تعاكست الأصالة والفرعية فيما إن أحازهما ويتساقطان ، فان شرط الضمان من مال بعينه وحجر عليه للغليس قبل الأداء ، رجع على الموسى بما أدى ، ويضرب الموسى مع الغرماء .

وهذه العبارة لا تخلو من إبهام وغموض ، وسبب الإبهام قوله : (حجر عليه للفلس قبل الأداء) ، ثم قال : (رجع على الموسر بما أدى ويضرب الموسر مع الغرماء) ، فإذا كان الحجر قبل الأداء فكيف يرجع بما أدى وهو لم يؤد شيئاً؟! وبيان ذلك أن نقول إذا شرط الضمان من مال بعينه ثم حجر على ذلك الضامن للفلس اختص المضمون له بذلك المال دون سائر الغرماء ، لأن الضمان حينئذ إما أن يتعلق بذلك المال تعلق الدين بالرهن ، أو تعلق الأرش برقبة الجاني ، وكلاهما يوجب التخصيص ، فإذا اختص المضمون له بهذه العين رجع الضامن بقيمتها على المضمون عنه وتعلقت بها حقوق الغرماء ، ثم يضرب الموسر بما أداه عن المفلس مع الغرماء ، ولا يجوز له أن يصاصه للمفلس بقيمة تلك العين التي دفعها عنه ، لعدم تشخيص ما يستحقه في ذمة المفلس ، فهو شريك للغرماء في قيمة العين وغيرها ، فليس لها التساقة وان اتفقا عليه لتعلق حقوق الغرماء بما يستحقه في ذمة الموسر .

قال ﷺ : وكمال السبق والرمادية ، على تردد.

أقول : اعلم ان الحقوق على أربعة أقسام :

الأول : حق لازم مستقر كالثمن بعد قبض المبيع ، ولزوم العقد والأجرة بعد العمل ، وهذا لا شك في جواز ضمانه.

الثاني : حق لازم ، ولكن غير مستقر كالثمن بعد قبضه وقبل انقضاء مدة الخيار كالمهر قبل الدخول ، وكالأجرة قبل العمل ، وهذا يجوز ضمانه أيضا وان جاز أن تسقط ، إذ جواز السقوط غير مانع من صحة الضمان ، وإلا لكان مانعا في المستقر أيضا ، بل جواز سقوطه بالإبراء أو الرد بالعيوب وغير ذلك.

الثالث : حق غير لازم ، ولا ينبع إلى اللزوم عند بعضهم ، كمال الكتابة ، وهذا لا يجوز ضمانه عند من قال انه غير لازم للعبد ، ويجوز ضمانه عند من قال

بلزومه له ، وهو المعتمد.

الرابع : حق غير لازم ، ولكن يعود الى اللزوم كمال الجعالة قبل الشروع في العمل ، هل يصح ضمانه أم لا؟ أطلق الشيخ في المبسوط جواز ضمانه ، واختاره المصنف ، وجزم به العلامة في القواعد والتحرير ، وهو المعتمد للأصل ، ولعموم : « الزعيم غارم »^(٤) ، وأنه مما ليس تمس الحاجة إليه ، كما لو قال : الق متعاك في البحر وعلى ضمانه . ويحتمل عدم الجواز قبل الشروع بالعمل ، لأنه ضمان ما لم يجب ، لأن العقد غير لازم ، والمآل غير ثابت في الذمة فلا يصح ضمانه.

إذا عرفت هذا ، فمال السبق والرمائية إن قلنا ان العقد لازم صحي ضمانه من غير تردد ، وإن قلنا انه عقد جائز كان حكمه حكم مال الجعالة ، والمعتمد جواز ضمانه أما لو ضمن العمل في الجعالة أو السبق والرمائية فإنه لا يصح قطعا .

فرعان :

الأول : المنافع الثابتة في الذمة يجوز ضمانها كالأموال بخلاف ما لو كانت غير ثابتة في الذمة ، بل متعلقة بعين المؤجر ، كما لو استأجر عبدا معينا للخدمة مدة معينة ، أو دابة معينة لحمل شيء معين ، فإن هذه المنفعة لا يجوز ضمانها ، لعدم جواز استيفائها من غير العين المشخصة .

الثاني : لو ضمن المهر قبل الدخول فارتدت المرأة أو فسخت لعيوب ، فإن كان قبل أن يؤدي الضامن شيئا سقط المال عنه وعن الأصيل ، وإن كان بعد الأداء رجع الضامن على الأصيل إن كان الضمان بإذنه ، ويرجع الأصيل على

(٤) تقدم ص ١٩٤ .

المرأة.

قال ﷺ : وفي ضمان الأعيان المضمونة ، كالغصب والمقبوضة بالبيع الفاسد تردد ،
والأشياء الجواز .

أقول : منشأ التردد من انه مال مضمون على القابض فجاز ضمانه ، ولأصالة الجواز ، ومن انه غير ثابت في ذمة المضمون عنه ، ولا يمكن انتقاله إلى ذمة الضامن ، لأن المضمون هي الأعيان المشخصة ، والواجب رد أعيانها ، فهي غير ثابتة في الذمة ، فلا يصح ضمانها ، وهو مذهب فخر الدين ، ومذهب المصنف والعلامة جواز ذلك ، وهو المعتمد .

قال ﷺ : ولا يشترط العلم بكمية المال ، ولو ضمن ما في ذمته ، صح على الأشياء ، ويلزمه ما تقوم البيئة به .

أقول : للشيخ قولان في هذه المسألة : أحدهما الصحة ، وهو قوله في النهاية ، وبه قال المفید في المقوعة وابن الحنید وسلام وأبو الصلاح وابن زهرة ، وابن البراج في الكامل ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ولأصالة الصحة ، لعموم قوله تعالى ﴿وَإِنَّا بِهِ رَعِيمٌ﴾^(١٥) ، وأشار إلى حمل البعير ، والأصل عدم تعينه ، وعموم قوله عائلاً : « الرعيم غارم »^(١٦) .

وقال في المبسوط والخلاف : لا يصح ، وبه قال ابن البراج في المذهب ، وختاره ابن إدريس ، لأن ضمان المجهول غرر ، لأنه لا يدرى كم المال الذي عليه .
وأحاب العلامة بأن الغرر إنما هو في المعاوضات التي تفضي إلى التنازع ، أما الإقرار والضمان وشبيههما فلا ، لأن الحكم فيها معين ، وهو الرجوع إلى المقر في

(١٥) يوسف : ٧٢ .

(١٦) تقدم ص ١٩٤ .

الإقرار ، والى البينة في الضمان ، فلا غرر حينئذ.

وقد يمكن للشيخ الجواب عن جواب العلامة : بأننا لا نسلم زوال الغرر مع الرجوع الى ما قامت فيه البينة ، لاحتمال قيامها بما يعجز عنه الضامن ، فيحصلضرر المستند الى الغرر .

وقد يمكن للعلامة الجواب عن هذا الجواب : بأن هذاضرر هو الذي أدخله على نفسه فهو مستند الى فعله ، وهو ضمانه للمجهول مع علمه بهذا الاحتمال ، وقد قدم على ذلك ، فيكون كما لو ضمن المعلوم مع عجزه عنه فإذا ضمن ما في ذمة زيد ، قال المصنف : (يلزم ما تقوم به البينة) .

وقال أبو الصلاح : أو أقر به الغريم ، وقال المفید : أو يخلف على ما يدعیه ، والمعتمد هو مذهب المصنف ، وهو اختيار العلامة ، والإقرار لا يلزم غير المقرر ، وأما مع عدم البينة ونکول الغريم عن اليمين ، وخلف المدعى ان قلنا ان يمينه هنا كالبینة وجب على الضامن دفع ما حلف عليه المدعى ، كما لو أقام البينة ، وان قلنا هي كإقرار الخصم ، لم يلزم الضامن شيء .

قال ﷺ : إذا ضمن عهدة الشمن ، لزمه دركه في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من رأس ، أما لو تحدد الفسخ بالتقابل ، أو تلف المبيع قبل القبض ، لم يلزم الضامن ورجع على البائع ، وكذا لو فسخ المشتري بعيوب سابق ، أما لو طالب بالأرش رجع على الضامن ؛ لأنه استحقاقه ثابت عند العقد ، وفيه تردد .

أقول : معنى ضمان العهدة هو انه إذا باع الإنسان شيئاً وخشي ان يظهر الشمن مستحقاً أو خشي بأن يظهر المبيع مستحقاً ، حاز لكل منهما ان يضمن رجلاً على درك الشمن والمشمن إن ظهر مستحقاً رجع المضمون له على الضامن من متى شاء الضامن أو المضمون عنه ، فيكون هذا الضمان ضم ذمة إلى ذمة ، سواء قلنا انه ناقل أو غير ناقل ، لعدم إمكان انتقال الحق هنا حالة الضمان ، وإنما يصح ضمان

عهدة الثمن بعد قبضه لا قبل القبض إذا كان الضمان عن البائع للمشتري ، فإذا خرج المبيع مستحقا طالب أيهما شاء ، وإن كان الضمان عن المشتري للبائع وكان الضامن لثمن المبيع قبل أن يتسلمه البائع ولعهدة الدرك بعد أن يتسلمه ، فالضمان في الحالين لعهدة الثمن سواء كان للبائع أو للمشتري.

والعهدة ، قال في التحرير : هي اسم للكتاب الذي يكتب فيه ووثيقة البيع ، ويذكر فيه الثمن فنقل إلى الثمن المضمون ، وقال صاحب الصلاح : يقال في الأمر عهدة ، وفي العقل عهدة أي ضعف ، وألفاظ ضمان العهدة إن تقول : ضمنت عهده أو دركه ، أو يقول للمشتري : ضمنت خلاصك منه.

لو ضمن خلاص المبيع لم يصح ؛ لأنه لو خرج حرا لم يجز تخليصه.
إذا عرفت هذا ، فإذا ضمن العهدة رجع على الضامن في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من أصله ، دون ما تحدد بسبب الفسخ ، كما قاله المصنف.

أما إذا كان الرد بسبب العيب السابق على العقد ، فقد جزم المصنف هنا بعدم جواز الرجوع على الضامن ، واختاره العالمة في التحرير.

ولو طالب بالأرش تردد المصنف في الرجوع على الضامن بعد أن حكم بالرجوع عليه ، وختار العالمة في التحرير عدم جواز الرجوع عليه.

ومنشأ التردد من أصالة براءة الذمة وإن ضمان العهدة يستلزم الرجوع على الضامن مع خروج الثمن مستحقا وفساد البيع من أصله ، والأمر ليس كذلك ومن أن أجزاء المبيع مقابلة لأجزاء الثمن ، فإذا ظهر في المبيع عيب سابق يقتضي نقص القيمة تبينا ان تلك النقيصة ليست مستحقة للبائع وقد قبضها من غير استحقاق ، فكان البيع باطلًا في مقابلتها من الثمن ، فيجوز له الرجوع على الضامن بتلك النقيصة ، لاستحقاقه لها حالة العقد ؟ لأن الأرش بدل جزء فائت حالة العقد ، فيكون له الرجوع فيه على الضامن ، وهو مذهب المصنف ، والعالمة في القواعد ،

وهو المعتمد.

قال ﷺ : إذا ضمن صامن للمشتري ، درك ما يحدث من بناء أو غرس لم يصح ؛ لأنه ضمان ما لم يجب ، قيل : وكذا لو ضمنه البائع ، والوجه الجواز ؛ لأنه لازم بنفسه العقد.

أقول : ذكر المصنف وجهي الصحة والبطلان ، واستشكل العالمة صحة ضمان البائع في القواعد ، وأبطله فخر الدين ، والعلامة في التحرير ؛ لأنه ضمان ما لم يجب.

قال ﷺ : إذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه ، خرج ما ضمنه من ثلث تركته ، على الأصح.

أقول : ضمان المريض صحيح فإن برأ أو أجاز به الورثة خرج من الأصل ، ولو مات كان خروجه من الأصل أو الثالث مبنياً على تبرعاته ، هل هي من الأصل أو الثالث؟ وسيأتي البحث في ذلك إنشاء الله تعالى.

قال ﷺ : ولو كان الدين مؤجلاً وضمنه حالاً لم يصح ، وكذا لو كان إلى شهرين وضمنه إلى شهر ؛ لأن الفرع لا يرّجح على الأصل ، وفيه تردد.

أقول : اختار المصنف مذهب الشيخ في المبسوط ، لأن الفرع لا يرجح على الأصل معناه ان الضامن ^(١٧) فرع المضمون عنه ، والمالي غير حال على المضمون عنه ، فلا يجوز ان يخل على فرعه ، وهو الضامن لعدم جواز رجحان الأضعف على الأقوى ، لأن الأصل أقوى من الفرع.

واختاره فخر الدين ، قال : لأن الحلول زيادة في الحق ، ولهذا يختلف الشمن به ، وهذه الزيادة غير لازمة للمديون ولا ثابتة في ذمته ، فيكون ضمان ما لم يجب ، فلا يصح عندنا.

(١٧) في « ر ١ » : الضمان.

وترد المصنف لاحتمال الصحة ، لأن المضمون عنه يصح له أن يدفع المؤجل حالا ، فكذا الضامن ، لأن الضمان كالقضاء ، وهو المعتمد ، واليه ذهب العلامة رحمه الله .

وبقي هنا بحث ، وهو إذا ضمن المؤجل حالا ، هل له مطالبة الأصيل قبل حلول الأجل؟ فيقول : لا يخلو اما ان يكون الضمان بسؤاله أو غير سؤاله ، فإن كان الثاني فليس له الرجوع مطلقا ، وإن كان الأول فلا يخلو إما أن يأمره بالضمان مطلقا أو حالا ، فإن أمره بالضمان مطلقا فضمن حالا لم يحل على الأصيل إلا بعد حلول الأجل ، وان أمره بالضمان حالا فضمن كذلك ، لزم الغرم عاجلا ، لأنه أسقط حقه من الأصل بالأمر بالضمان حالا ، فهو كما لو قضاه من نفسه ، وإلا لزم تضرر الضامن وقد قال عليه عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » ^(١٨) .

(١٨) الوسائل ، كتاب الشفعة ، باب ٥ ، حديث ١.

في الحوالة

قال بِهِمْ : ويشترط فيها رضى المخيل والمحال عليه والختال ومع تتحققها يتحول المال الى المحال عليه ، ويبرأ المخيل وإن لم يبرأ الختال على الأظهر .

أقول : هنا مسائلتان :

الأولى : في اعتبار رضى الثلاثة ، وهو المشهور بين الأصحاب ، وقال المصنف في المختصر : وربما اقتصر بعض على رضى المخيل والختال ، قال أبو العباس في شرحه : اعتبار رضى الثلاثة هو المشهور ، واقتصر ابن إدريس على رضى المخيل والختال ، وهو ظاهر المفید هذا كلامه في المقتصر .

وفي المذهب مثله أسندا لاقتصر على رضى المخيل والختال الى ابن إدريس ، مع ان مذهب ابن إدريس اعتبار رضى الثلاثة ، وهذه عبارته : والثلاثة يعتبر رضاهم في صحة عقد الحوالة ، لأنه إذا حصل رضاهم هؤلاء أجمع ، صحت الحوالة بلا خلاف ، وإلا لم يحصل فيه خلاف . وهذا كلامه .

ثم تبعت باب الحوالة في كتابه من أوله إلى آخره فلم أجده له قوله يخالف

هذا القول.

والمقداد رضي الله عنه أسنداً لاقتصر على رضى المخيل والمحطال إلى أبي الصلاح .
وقال العلامة في المختلف : وقال ابن حمزة : تصح الحوالة بشروط عشرة . إلى أن قال : ورضى الحال عليه على الصحيح . وهو يشعر بوجود قول لبعض أصحابنا أنه لا يعتبر ،
هذا كلامه رضي الله عنه .

وهو دال على عدم وقوف العلامة على ذلك القول إلا من ظاهر كلام ابن حمزة ،
وظاهر كلام المفيد ، لأنه استدل بظاهر كلامه أيضاً على عدم اعتبار رضى الحال عليه ، ولو
كان ذلك قول ابن إدريس لأسنداً ذلك إليه ، لأن الإسناد إلى الصریح أولى من الإسناد إلى
الفحوى .

الثانية : في اشتراط إبراء المحطال للمخيل ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وبه قال
ابن البراج وابن حمزة وأبو الصلاح وابن الجينيد ، وهو أن يقول : (أبرأتك مما لي عليك) ،
ودليلهم رواية زرارة الحسنة ^(١٩) ، عن أحد هما عليهما السلام .

وأنكر ابن إدريس ذلك ، واحتاره المصنف والعالمة .

وهو المعتمد ، لأن الحوالة تقتضي تحويل المال من ذمة المخيل إلى ذمة الحال عليه ،
والإبراء إسقاط لما في الذمة ، فإن وقع قبل الحوالة سقط ما في ذمة الغريم ، فلا معنى للحوالة
بعد ذلك ، وإن وقع بعد الحوالة ، فقد انتقل المال إلى ذمة الحال عليه وبرأت ذمة المخيل ،
فلا فائدة ، في الإبراء .

أما على القول بعدم اشتراط رضى الحال عليه وجواز الرجوع على المخيل ، يتصور
للإبراء فائدة وهو عدم جواز الرجوع بعد الإبراء ، والعمل على غير ذلك .

قال رضي الله عنه : ويصبح أن يحيل على من ليس عليه دين ، لكن يكون ذلك

(١٩) الوسائل ، كتاب الضمان ، باب ١١ ، حديث ٢ .

بالضمان أشبه.

أقول : ذهب الشيخ وابن البراج وابن حمزة الى عدم جواز الحوالة على من ليس عليه دين ، لأنها نوع معاوضة عندهم ، وذهب المصنف والعلامة إلى الجواز ، لأصالة الصحة ، لكنها تشبه الضمان ، لأنه تحمل للمال عمن ليس له عليه مال ، فالحوالة مشابهة له.

قال رَجُلُهُ : ويشترط تساوي المالين جنساً ووصفاً تفصياً من التسلط على الحال عليه ،
إذ لا يجب أن يدفع إلا مثل ما عليه ، وفيه تردد.

أقول : منشئه من انه لو لم يعتبر تساوي الحقين لأدى إلى تسلط المحتال على الحال عليه بإلزامه بأداء الحق من غير الجنس الذي عليه وهو غير جائز ، إذ لا يجب عليه الدفع إلا من الجنس الذي لزمه بالعقد السابق.

ومن أصالة الجواز ، ولأنه يجوز الحوالة على غير من عليه حق ، فعلى من عليه بالمخالف أولى ، والضرر مدفوع باعتبار رضاه ، لأننا نشترط رضى الحال عليه في صحة الحوالة ، فإذا رضي أن يدفع من غير الجنس الذي عليه فلا مانع ، كما لو تراضياً بقبض غير الجنس ، وهذا هو المعتمد.

قال رَجُلُهُ : وتصح الحوالة بمال الكتابة بعد حلول النجم ، وهل تصح قبل حلوله؟ قيل
: لا يصح.

أقول : منع الشيخ رَجُلُهُ من الحوالة على العبد بمال الكتابة ، بناءً على مذهبه من أن للعبد أن يعجز نفسه عند الحلول ، فيظهر عدم الاستحقاق ، وعلى القول بلزوم العقد بجواز قبل الحلول وبعده ، لأنه مال ثابت في ذاته ، فيجوز الحوالة به كغيره من الديون.

قال رَجُلُهُ : إذا قال أحلك علية ، فقبض ، وقال الخيل : قصدت الوكالة ، وقال المحتال : إنما أحلكني بما عليك ، فالقول قول الخيل ، لأنه أعرف

بلغفظه ، وفيه تردد.

أقول : إذا اتفقا على إيقاع لفظ الحوالة ، ثمَّ أدعى الحيل قصد الوكالة ، قال المصنف : (كان القول قوله) ، ثمَّ تردد في ذلك من حيث أنه أعرف بلفظه وقصده ، والأصل بقاء حق الحيل في ذمة الحال عليه ، وبقاء حق المحتال في ذمة الحيل ما لم يتفقا على الانتقال ولم يحصل .

ومن احتمال كون القول قول المحتال بشهادة اللفظ له ، لأنَّه أتى بلفظ موضوع للحوالة المقتضية لنقل المال من ذمة الحيل إلى ذمة الحال عليه ، فلا يقبل دعواه في غير ذلك .

وال الأول هو المعتمد ، وهو اختيار العلامة في القواعد ، وبه قال الشيخ ، والثاني اختيار العلامة في التحرير . وعلى التقديرين أنَّ كان الحق قد تلف بعد قبضه ، فقد برئ كل منهما من صاحبه وإنْ كان التلف بتغريط القابض ، لأنَّ المحتال إنْ كان محقاً فقد أتلف ماله . وإنْ كان مبطلاً ثبت لكل منهما في ذمة الآخر مثل ما لآخر في ذمته فيتقاضان وإنْ كان بغير تغريط فالمحظى يقول : قبضت حقي وبراء الحيل بالحوالة والحال عليه بالتسليم ، والحيل يقول : تلف المال في يد وكيلي من غير تغريط فلا ضمان ، وإنْ لم يتلف المال في يد المحتال كان للمحيل الرجوع على المحتال ودفع حقه إليه من غيره ، لأنَّه مخير في قضاء الدين من أي مال شاء فإذا كان من جنس الحق ، ولا يجوز للمحتال أن يقاضيه بما قبضه إلا مع الامتناع من دفعه حقه .

قال ﷺ : إذا كان له دين على اثنين ، وكل منهما كفيل لصاحبِه ، وعليه لآخر مثل ذلك ، فاحاله عليهما صح وإنْ حصل الرفق في المطالبة .

أقول : المراد بالكفالة هنا كفالة المال ، لا كفالة البدن وكفالة المال ناقلة له من ذمة المكفول عنه إلى ذمة الكفيل ، وهي ضمان بالحقيقة .

إذا عرفت هذا قال الشيخ في المبسوط : إذا كان له على رجلين ألف ، ولرجل عليه ألف ، فأحال بما على الرجلين قبل الحوالة كانت جائزة ، فإن كان كل واحد منهما ضامنا عن صاحبه فأحاله عليهما لم يصح ، لأنه يستفيد بما مطالبة الاثنين كل واحد منهما بالألف ، وفي هذا زيادة في حق المطالبة بالحوالة ، وذلك لا يجوز ، وليس له ان يطالب كل واحد منهما بالألف ، وإنما يقبض الألف من أحدهما دون الآخر.

قوله : (وان حصل الرفق في المطالبة) إشارة إلى ما قاله الشيخ وهو حصول الزيادة في حق المطالبة ، لأنه قبل الحوالة كان يستحق مطالبة واحد ، فصار بسبب الحوالة يستحق مطالبة اثنين ، وهذا هو معنى الرفق في المطالبة.

والتحقيق أن نقول : ان كفالة المال ناقلة ، فإذا كفل كل من الرجلين صاحبه ، لا يخلو اما ان يرضى المكفول له بكفالتهما او لا يرضى ، او يرضى بكفاله أحددهما دون الآخر ، فان رضي بحصا معا او لم يرض بشيء لم يكن له مطالبة أحد منهما بأكثر من النصف ، اما على تقدير عدم الرضى ظاهر ، وأما على تقديره فلا انتقال ما في ذمة كل واحد منهما إلى ذمة الآخر ، فهو كما لو لم يكن كفالة ، وان رضي بضمان أحدهما دون الآخر كان له مطالبه بألف ، فليس له على الآخر سبيل ، فلا يتصور التخيير بمطالبة كل واحد بالألف بحيث يحصل الإرافق في أحدهما دون الآخر ، بل المعتمد ما حققناه.

قال رحمه الله : إذا أحال المشتري البائع بالشمن ، ثم رد المبيع بالعيوب السابق ، بطلت الحوالة ، لأنها تبع للبيع ، وفيه تردد.

أقول : منشؤه من ان الحوالة تبع للمبيع ، وقد بطل فتبطل الحوالة ، لاستحالة وجود التابع بدون متبعه ، ومن ان الحوالة ناقلة للمال وقد تحققت ، فيتحقق انتقال المال من ذمة المشتري إلى ذمة الحال عليه ، فلا يسقط بالفسخ

المتعقب ، والأول مذهب الشيخ ، واختاره العلامة بناء على بطلان الحوالة وعدمه على أنها هل هي استيفاء أو اعتراض؟ ثم حكم بالبطلان على القول بالاستيفاء ، وبعدمه على القول بالاعتراض ، ووجه كونها استيفاء عدم اشتراط التقادم في المجلس لو كان الحقان من الأثمان ، وأنه لو كان اعتراضًا لكان بيع الدين بالدين ، ووجه كونها اعتراضًا أنه يقبض ما في ذمة الحال عليه مقابل ما في ذمة المخيل ، وهو معنى الاعتراض.

ووجه البطلان على القول بالاستيفاء أنها نوع إرافق ، وإذا بطل الأصل بطل هبة الإرافق ، وأنه لو اشتري دراهم مكسورة فدفع إليه صاححا ، كان دفع الصاحح إرافقا ، فإذا فسخ البيع رجع بالصاحح ، فيبطل الإرافق.

ووجه عدم البطلان على القول بأنها اعتراض لزوم المعاوضة ، كما لو أخذ ثمن المبيع ثوبا به عيب ، ثم رد المبيع بالعيوب ، فإنه يرجع بالثمن الذي وقع عليه العقد لا بالثوب الذي أخذه عوضا عن المبيع ، والمعتمد بطلان الحوالة.

ويتفرع على القول بالبطلان وعدمه :

فروع :

الأول : على القول بعدم البطلان يرجع المشتري على البائع خاصة دون الحال عليه ، ولا يتغير حقه فيما قبضه البائع من الحال عليه ، لأنه صار ملكه فله دفعه ودفع غيره.

الثاني : لو لم يقبض البائع الحق من الحال عليه ، هل للمشتري الرجوع عليه قبل القبض؟ يحتمل ذلك ، لأنه إذا أحاله بالثمن كان كما لو أقبحه إياه ، ولهذا لا يجوز حبس المبيع بعد الحوالة على الثمن ، ويحتمل العدم ، لأن التغريم إنما هو للمقبوض ولو لم يحصل حقيقة القبض ، وهذا الفرع على القول بعدم البطلان ، ولو قلنا به كان له المطالبة ، وإن لم يقبض.

الثالث : لو قلنا بعدم البطلان ومنعنا من المطالبة قبل القبض ، هل له إلزام البائع بالقبض من الحال عليه ليقبض المشتري من البائع؟ يحتمل ذلك ؛ لأنه إذا ردّ المشتري المبيع ومنعنه من مطالبة الحال عليه . لانتقال ما كان له عليه إلى البائع ، ومنعنه من مطالبة البائع لعدم القبض من الحال عليه ، ولم يوجب على البائع القبض من الحال عليه . ليرجع المشتري عليه لأدى ذلك إلى بطلان حق المشتري ، وهو غير جائز ، ويحتمل العدم ؛ لأنه ليس للإنسان أن يجبر غيره على قبض حق نفسه ، والتقدير ان الحق صار للبائع فلا يجبر على قبضه .

الرابع : على القول بالبطلان ، فان كان البائع قبض ما أحاله المشتري به رده على المشتري ، ولا يرده على الحال عليه ويتquin حق المشتري في المقبوض ؛ لأننا تبيّنا بقاءه على ملك المشتري وعدم استحقاق البائع له ، ببطلان البيع فإن تلف في يده كان مضموناً عليه ؛ لأنّه قبضه لنفسه ، ولو لم يقبحه لم يجز قبضه ، ورجع المشتري على الحال عليه .

قال رحمه الله : أما لو أحال البائع أجنبياً بالشمن على المشتري ، ثمَّ فسخ المشتري بالغيب السابق أو بأمر حادث ، لم تبطل الحوالة ؛ لأنها تعلقت بغير المتابعين ، أما لو ثبت بطلان البيع ، بطلت الحوالة في الموضعين .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : فيما إذا أحال البائع ثالثاً بالشمن ، وقد جزم المصنف بعدم بطلان الحوالة ، وهو مذهب الشيخ رحمه الله ، وادعى عليه الإمام ، لتعلق حق الغير بالشمن ، ويحتمل البطلان ؛ لأن استحقاق الحال فرع على استحقاق الخيل ، وقد بطل الأصل ، فيبطل الفرع .

الثانية : فيما إذا ظهر فساد البيع من أصله ، فهنا تبطل الحوالة في الموضعين ، موضع أحاله المشتري للبائع بالشمن ، وموضع أحاله البائع للأجنبي لظهور فساد

الحالة ، لتعلقها بما لا يستحقه المخيل.

في الكفالة

قال ﷺ : وتصح حالة مؤجلة على الأظهر.

أقول : اشترط المفید والشیخ في النهاية الأجل في الكفالة ، ولم يشترطه في المبسوط ، واختاره ابن إدريس والمصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد.

قال ﷺ : ولو قال : (فإن لم أحضره كان عليٌّ كذا) لم يلزمـه إلا إحضارـه دون المال ، ولو قال : (عليٌّ كذا إلى كذا إن لم أحضره) وجـب عليه ما شرـط من المال.

أقول : هذه المسألة إجماعية ، وليس الفرق من حيث تقدم حرف الشرط وتأخيره ؛ لأن ذلك لا يوجب افتراق الحكم عند أهل العربية ، وإنما الفارق النص الوارد في ذلك ، وهو ما رواه أبو العباس عن الصادق ع عليه السلام « قال : سأله عن رجل تكفل بنفسه بمنزلة رجل الأجل ، فإن لم يأت به فعليه كذا وكذا درهما؟ قال : إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه أبداً إلا أن يبدأ بالدرارهم ، فإن بدأ بالدرارهم فهو لها ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذي

أجله »^(٢٠).

قال ﷺ : ومن أطلق غريما من يد صاحب الحق قهرا كان عليه إحضاره ، أو أداء ما عليه ، ولو كان قاتلا ، لزمه إحضاره أو دفع الديه.

أقول : هذه المسألة إجماعية أيضا ، ووجه الحكم انه رفع اليد المسئولة على ما استحقت الاستيلاء عليه ، فكان عليه اعادة الاستيلاء بإعادة الغريم والتمكين منه ، أو دفع الحق الذي بسببه تثبت اليه ، فان كان قاتلا لم يحضره ، دفع الديه وان كان القتل عمدا ؛ لأن القصاص إنما يجب على المباشر ، وقد تعذر استيفاؤه ، فيجب الديه على المانع منه.

هنا فروع :

الأول : لو دفع الديه ثم حضر القاتل كان لولي المقتول قتله ، ويدفع الديه الى من أخذها منه ؛ لأنه أخذها للحيلولة وقد زالت.

الثاني : لو تمكن من استيفاء القصاص بعد أخذ الديه من المخلص ولم يقتض ، وجب عليه دفع ما أخذه من المخلص ؛ لأنه أخذ المال للحيلولة وقد زلت ، فيجب ردہ الى مالکه.

الثالث : لو تراضى الوارث والمخلص بهذا المدفوع على ما يستحقه الوارث في ذمة القاتل من القصاص أو الديه لم يكن بعد ذلك للوارث مطالبة القاتل بشيء ؛ لأنه رضي بما صار إليه من المخلص مقابل حقه ، فيسقط ما يدعى عن القاتل به ، وإنما يتسلط على القاتل بعد الأخذ من المخلص إذا كان الأخذ غرامة بسبب الحيلولة لا للرضى بكونه عوضا عن حقه ، وكما لا يجوز رجوع الوارث على القاتل مع التراضي بالأخذ ولا يجوز للمخلص أيضا ؛ لأنه أدى دين الغير بغير اذنه ، فلا يجوز الرجوع عليه بشيء.

(٢٠) الوسائل ، كتاب الضمان ، باب ١٠ من أبواب الحكم الضمان ، حديث ٢.

أما لو أخذ منه للعجز عن القاتل بسبب الحيلولة ولم يحصل التراضي بينهما في المأخذ ، فإنه يجوز للمخلص الرجوع على الذي خلصه قصاصا.

قال ﷺ : إذا أحضر الغريم قبل الأجل وجب تسليمه إذا كان لا ضرر عليه ، ولو قيل : لا يجب كان أشبه.

أقول : إذا كفله مؤجلا ثم أحضره قبل الأجل ، هل يجب على المكفول له تسليمه؟

قال الشيخ في المبسوط . وتبعه ابن البراج . : ان كان لا ضرر في تسليمه وجب ، وذهب المصنف الى عدم الوجوب ، واحتاره العالمة ، وهو المعتمد ؛ لأن حقه تسليمه في الأجل ، فلا يجب عليه ان يقاض غير حقه ؛ لأن المقصود قبل الأجل ليس حقه ، فلا يجب عليه قبضه.

قال ﷺ : إذا تكفل بتسليمه مطلقا انصرف إلى بلد العقد ، فإن عين موضعا لزم . ولو دفعه في غيره لم يبرأ ، وقيل : إذا لم يكن في نقله كلفة ، ولا في تسليمه ضرر وجب تسليمه ، وفيه تردد.

أقول : القول المحكي هو قول الشيخ ﷺ في المبسوط ، وتبعه ابن البراج ، وتردد المصنف من ان الشرط اقتضى تسليمه في موضع معين فلا يجب عليه ان يتسلمه في غيره ، كما قلنا في الأجل ، وهو المعتمد.

قال ﷺ : إذا تكفل رجلان برجل ، فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر ، (ولو قيل بالبراءة كان حسنا).

أقول : الأول قول الشيخ ﷺ وابن البراج وابن حمزة ، والمعتمد ما استحسنه المصنف ؛ لأن المكفول لو سلم نفسه برء الكفيل ، فكذا لو سلم أحدهما ؛ لأن المقصود التسليم وقد حصل.

قال ﷺ : لا تصح كفالة المكاتب ، (على تردد)^(٢١).

(٢١) لم ترد في الشرائع.

أقول : عدم جواز كفالة المكاتب مذهب الشيخ رحمه الله بناء على أصالة عدم لزوم الكتابة ، المعتمد الجواز ؛ لأنها عقد لازم عند الأكثر.

تبينه : المشهور بين الأصحاب عدم جواز الكفالة بيدن من عليه الحد ، سواء كان الله كالزنا وشرب الخمر ، أو لآدمي كالقذف ؛ لأن الكفالة إنما تصح في موضع إذا تعذر الحضور وجب على الكفيل أداء الحق الذي على المكفول ، وحق الحد لا يمكن استيفاؤه من غير من وجب عليه ، وجوزوا ^(٢٢) الكفالة بيدن الزوجة لمن يدعى زوجيتها ، مع أنه لا يمكن استيفاء الحق الذي على الزوجة ، وهو تسليمها نفسها إلى الزوج من غيرها.

وفي الجميع بين الحكمين تناقض ظاهر ، واعتمدوا في حكم الزوجة على وجوب حضورها مجلس الحكم ، وهذا الوجوب لازم لمن عليه الحق أيضا.

(٢٢) في « ن » و« ر ٢ » : ويجوز.

كتاب الصلح

في تعريف الصلح

قال عليه السلام : وهو عقد شرع لقطع التجاذب ، وليس فرعا على غيره ، ولو أفاد فائدته ويصح مع الإقرار والإنكار ، إلا ما أحل حراما أو حرم حلالا ، وكذا يصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ، ومع جهلهما به.

أقول : الصلح عقد وضع لقطع المنازعة ، وهل هو أصل بنفسه ، أو فرع على غيره؟

للشيخ في المسوط قولان : أحدهما : انه فرع على غيره ، واختاره ابن البراج.

وعلى القول به فهو فرع على عقود خمسة : البيع والهبة والإجارة والعارية والإبراء ؟

لأنه لا يخلو اما ان يتضمن تمليكا أو إسقاطا ، فإن كان الأول ، فلا يخلو اما ان يكون تملك عين أو منفعة ، وعلى التقديرتين اما ان يكون التملك بعوض أو بغير عوض ،凡 ان تضمن تملك عين بعوض فهو البيع ، وان كان بغير عوض فهو الهبة ، وان تضمن تملك منفعة بعوض فهو الإجارة وبغير العوض فهو العارية ، وان تضمن الاسقاط فهو الإبراء.

وحجة القائل بالفرعية افادته فائدة هذه العقود الخمسة ، فيكون فرعا

عليها.

والقول الآخر للشيخ انه عقد مستقل بنفسه ، واختاره ابن إدريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ؛ لأنه عقد منفرد له صيغة مخصوصة ، فيكون أصلاً بنفسه ، ولمخالفته لغيره في الحكم ، فان طلب البيع إقرار ، وطلب الصلح ليس بإقرار ، والصلح جائز على المجهول مع تعذر استعلامه والبيع غير جائز.

وقول المصنف (إلا ما أحل حراماً أو حرم حلالاً) ، كما لو اصطلاحاً على شرب الخمر أو الزنا ، فهذا يقتضي تحليل الحرام وهو غير جائز ، وكما لو اصطلاح الزوجان على ترك الوطء فهذا يقتضي تحريم الحال ، وهو غير جائز.

وقوله : (ومع جهلهما) لا بد من جهل المصطلحين معاً فيما وقع عليه عقد الصلح أو علمهما ، ولا يصح مع جهل أحدهما وعلم الآخر ، كما لو علم زيد أن في ذمته مائة لعمرو ولم يعلم عمرو بما ، فصالحة زيد على أقل من المائة لم يجز ؛ لأنه يلزم منه تحليل الحرام ؛ لأن منع الحق حرام ، وهذا الصلح يقتضيه فيكون باطلاً.

قال ﷺ : ولو صالحة على دراهم بدنانير أو بدراهم صح ولم يكن فرعاً للبيع ، ولا يعتبر فيه ما يعتبر في الصرف ، على الأشبه.

أقول : هذا مبني على الأصالة والفرعية ، فمن قال : انه فرع البيع ، اشترط فيه التقادس في المجلس ، ومن قال : انه أصل ، لم يشترط التقادس ، وهو المعتمد.

قال ﷺ : ولو أتلف على رجل ثوباً قيمته درهم ، فصالحة على درهرين صح على الأشبه ؛ لأن الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم.

أقول : ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف إلى عدم جواز هذا الصلح ؛ لأنه إذا أتلف الثوب وجب عليه قيمته ؛ لأن الثوب من ذات القيمة ، ومن أتلف فيميها وجب عليه قيمته يوم تلفه ، وإذا كان الثابت ^(١) في ذمته القيمة . وهي درهم . لا

(١) في «ن» و«ر٢» : الفائت.

يجوز ان يصالحه على أكثر من ذلك حذرا من الربا ، وجوزه ابن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة ؛ لأن الصلح وقع على الشوب لا على الدرهم.

وقول الشيخ لا يخلو من قوة على القول الصحيح ؛ لأن القيمي يضمن بالقيمة وان الربا شامل لجميع المعاوضات ، كما هو مذهب المصنف ، و اختيار فخر الدين وابي العباس.

قال عليه السلام : ولو ادعى دارا فأنكر من هي في يده ثم صالح المنكر على سكني سنة ، صحي ، ولم يكن لأحدهما الرجوع ، وكذا لو أقر له بالدار ، ثم صالح ، وقيل له الرجوع ؛ لأنه هنا فرع العارية ، والأول أشبه.

أقول : الخلاف في قوله : (وكذا لو أقر بالدار ثم صالح) ؛ لأنه مع الإقرار يصير الدار للمدعي ، فإذا صالحه من هي في يده على أن يسكنها سنة صحي الصلح بلا خلاف ، وإنما الخلاف في لزومه.

قال الشيخ في المبسوط : له الرجوع فيه ؛ لأن الصلح إذا كان لغير عوض كان فرع العارية وهي تقتضي جواز الرجوع ، المعتمد عدمه ، وقد تقدم البحث في ذلك ^(٢).

في أحكام النزاع في الأموال

قال عليه السلام : يجوز إخراج الرواشن والأجنحة إلى الطرق النافذة إذا كانت عالية لا تضر بالمارأة ، ولو عارض فيها مسلم على الأصح .

أقول : للشيخ قولان في هذه ، قال في المبسوط : إذا عارض مسلم وجوب قلعه ، وتبعه ابن البراج ؛ لأن الطريق حق لجميع المسلمين فإذا أنكر أحدهم لم تغصب عليه .
وقال في الخلاف : لا يجب قلعه ، وهو اختيار ابن إدريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد بجريان العادة في ذلك ، ولأن نفس الطريق ليس ب المملوك ، وإنما يملك المسلمون منافعها ، فلا يلتفت إلى معارضة واحد منهم .

قال عليه السلام : ولو كانت مقدرة وجوب إزالتها ، ولو أظلم بها الطريق ، قيل : لا يجب إزالتها .

أقول : قال الشيخ : ظلمة الطريق بالروشن النافذ ليس بإضارا ، وقال العلامة أنه إضرار ؛ لأن ضعيف البصر يتذرع عليه المشي فيه فيجب المنع منه ، وهو المعتمد .

قال ﷺ : واما الطرق المرفوعة^(٢) فلا يجوز احداث باب فيها ولا جناح ولا غيره إلا بإذن أربابها ، سواء كان ماضراً أو لم يكن ؛ لأنَّه مختص بِهِمْ ، وكذا لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه دفعاً للشبهة.

أقول : رِبَّا يشتبه على المبتدئ معرفة الطريق المرفوعة ، أو معرفة الشبهة التي يمنع من فتح الباب لأجلها ، أما الطريق المرفوعة فهي منسدة الأسفل وهي ضد النافذة وهي مختصة بأهلها ، والنافذة لا تختص بأحد من المسلمين ، لاشتراك الجميع في استحقاق السلوك فيها بخلاف غير النافذة ، فإنَّه يجوز لأهل تلك السكة المنسدة الأسفل منع الأجنبي من دخولها ، لكن يجوز دخولها ما لم يحصل المنع من أحد أربابها.

فإذا عرفت هذا ، فإنَّ أراد بعض أهل الطريق المرفوعة ففتح باب للاستطراف غير بابه المعتادة ، جاز لأهل الطريق منعه ان كانت ادخل من بابه ، سواء سد الأول أو لا ؛ لأنَّه لا حق له في الداخِل عن بابه ، بل يختص به من هو ادخل منه ، وكذا يمنع لو كانت لغير الاستطراف ، بل للاستضاءة دفعاً للشبهة ، أي لئلا تحصل الشبهة على مر الأوقات انما فتحت بحق يوجب استطراف الاستطراف فعلة المنع دفع هذه الشبهة.

فرع : لو اذن أهل الأسفل في إدخال الباب في الطريق المرفوعة ، هل لأهل الأعلى المنع من ذلك؟ يحتمل العدم لعدم استحقاقهم الاستطراف فيه ، فلا يملكون المنع من الاذن فيه ، ويحتمل ان يكون لهم المنع من ذلك لاحتياجهم اليه عند ازدحام الناس والدواب ، وهو المعتمد ، ولهذا لو كان في أسفل الدرج فضلة فهم مشتركون فيها لارتفاعهم بها.

قال ﷺ : ولو صالحهم على احداث روشن ، قيل : لا يجوز ؛ لأنَّه لا

(٢) في « ن » : المعروفة.

يصح افراد الماء بالبيع ، وفيه تردد.

أقول : القول بالمنع قول الشيخ في المبسوط ، بناء على أصله من ان الصلح فرع البيع ، وقد مضى البحث فيه ، والمعتمد الجواز ، ومن انه أصل.

قال رحمه الله : ولو أذن حاز الرجوع قبل الوضع إجماعا ، وبعد الوضع لا يجوز ؛ لأن المراد التأييد ، والجواز حسن مع الضمان ، أما لو اندم لم يعد الطرح إلا بإذن مستأنف ، وفيه قول آخر.

أقول : هنا مسألتان.

الأولى : في جواز الرجوع بعد الوضع ، وعدم الجواز مذهب الشيخ في المبسوط ، لما قاله المصنف من ان المراد به التأييد ، ولأن في القلع إضرار فلا يجوز ، والمعتمد الجواز ؛ لأن ذلك عارية ، والضرر ينتفي بضمان الأرش ان حصل عيب في الجذوع بسبب القلع ؛ لأن سبب العيب حصول الاذن بالوضع ثمّ الأمر بالقلع ، فيكون ضامنا لما يحدث في الجذوع من العيب للغرر.

الثانية : إذا اندم الجدار ثمّ أعاده المالك ، هل يعود الوضع؟ قال الشيخ في المبسوط : ان أعاده بتلك الآلة لم يكن له منعه من رد الخشب والسعف ، وهو بناء على أصله من أنه للتأييد ، والمعتمد ان له منعه لما بناه من انه عارية ولا أرش هنا لحصول التعيب بغير اختياره ، فلو كان هو الذي هدمه كان عليه الأرش.

قال رحمه الله : لو كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع ، قيل : لا يقضى بها ، وقيل : يقضى مع اليمين ، وهو الأشبه.

أقول : إذا تداعيا جدارا مطلقا ، اي غير متصل بناء أحدهما ولا بينة ، فقد ذكر المصنف وجه الحكم فيه ، فلو كان عليه جذوع لأحدهما ، هل يقدم قول صاحب الجذوع؟ قال الشيخ في الخلاف : لا يقدم ، وقال ابن إدريس : يقدم ، واختاره المصنف ، وهو المعتمد ؛ لأن له عليه يدا وتصروا فيقدم قوله لحصول

الرجحان.

قال ﷺ : ولو اختلفا في خصّ قضي لمن اليه معاقد القمط للرواية.

أقول : الرواية رواية عمر بن سمرة ، عن جابر ، عن أبي جعفر عن أبيه ، عن علي عليهما السلام : « انه قضى في رجلين اختصما في خص ، فقال : الخص لمن يليه القمط » ^(٣). وهي قصة في واقعة ، فلا تتعذر ، لاحتمال اطلاعه على ما يوجب الحكم.

قال ﷺ : ولو هدمه من غير اذن شريكه وجب عليه إعادته.

أقول : إذا هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير اذن شريكه ، قال المصنف : وجب عليه اعادته ، والمعتمد وجوب الأرش ؛ لأن الجدار غير مثلي ، وهو مذهب القواعد.

قال ﷺ : ولو تنازعوا في السقف ، قيل : إن حلفا قضي به لهما ، وقيل : لصاحب العلو ، وقيل : هو بينهما ، وهو حسن.

أقول : إذا كان لرجل بيت وعليه غرفة لآخر وتنازعوا في سقف البيت الذي عليه الغرفة ولا بينة ، قال في المبسوط : يخالف كل واحد منهمما على دعوى صاحبه ، فان حلفا كان بينهما نصفين ، والأحوط ان يقرع بينهما وحكم له ، وقال في الخلاف : يقرع بينهما ، فمن خرج اسمه حلف لصاحبه وحكم له ، وان قلنا انه يقسم بينهما نصفين كان جائزا ، واستحسنه المصنف ؛ لأنه أرض صاحب العلو وسماء صاحب السفل.

وقال ابن إدريس : يحكم به لصاحب الغرفة ، وهو المعتمد ؛ لأن الغرفة إنما

(٣) الوسائل ، كتاب الصلح ، باب ١٤ ، حديث ٢ ، والفقيه : أبواب القضايا والأحكام ، باب ٤٢ ، حديث ٢ ، باختلاف يسير ، إضافة إلى أن الراوي فيهما هو (عمرو بن شمر) بدل (عمر بن سمرة).

تحقق بالسقف ، إذ هو أرضها ، والغرفة لا تكون بغير ارض ، والبيت قد يكون بغير سقف ، وقد اتفقا على ان هنا غرفة لصاحبها ، وبدون السقف لا غرفة ؛ لأن تصرفه فيها دون صاحب السفل. هذا في السقف الذي لا يمكن إحداثه بغير بناء السفل ، أما ما لا يمكن إحداثه كالازح الذي لا يمكن عقده على وسط المدار بغير ^(٤) امتداده في العلو فهو لصاحب السفل.

قال عليه السلام : ولو خرجت أغصان شجرة إلى ملك الجار وجب عطفها إن أمكن ، وإنما قطعت من حد ملكه ، وإن امتنع صاحبها ، قطعها الجار ولا يتوقف على إذن الحاكم ، ولو صالحه على إبقاءه في الهواء لم يصح ، على تردد.

أقول : القول بعدم الصحة مذهب الشيخ عليه السلام ؛ لأنه إن كان رطبا فهو يزيد في كل حال ولا يعرف قدر الزيادة ، وإن كان يابسا ، فهو بيع الهواء من غير قرار ، وهو غير جائز ، والمعتمد الجواز لما قد ثبت أن الصلح عقد مستقل بنفسه.

قال عليه السلام : إذا تنازع راكب الدابة وقابض لجامها ، فهي للراكب مع يمينه ، وقيل : هما سواء في الدعوى ، والأول أقوى

أقول : تساويهما في الدعوى مذهب الشيخ في الخلاف ، قال : لعدم دليل على وجوب تقديم أحدهما على الآخر ، والقضاء للراكب مذهب في المبسوط ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لرجحان يد الراتب بالتصريف ، وهو الركوب.

(٤) في « ر ١ » : بعد.

كتاب الشركة

في أقسامها

قال عليه السلام : المشترك قد يكون عيناً وقد يكون منفعة وقد يكون حقاً ، وسبب الشركة قد يكون إرثاً ، وقد يكون عقداً ، وقد يكون مزجاً ، وقد يكون حيازة ، والأشبه في الحياة اختصاص كل واحد بما حازه.

أقول : ذكر المصنف ان الشركة تحصل في ثلاثة أشياء :

الأول : في الأعيان ، وهي تحصل بالإرث ، كما لو ورثا ما عن أيهما ، والعقد ، كما لو اشتريا عينا صفة أو أوصي لهما بعين فقبلاً ، وبالامتناع ، كما لو امتنج مال المالكين بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر ، سواء كان المزاج اختياراً أو غير اختيار.

وبالحيازة ، قال ابن إدريس : واما الشركة بالحيازة ، فهو ان يشتركون في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والاستقاء بعد خلطه وحيازته ، فأما قبل خلطه فلا شركة عندنا بينهم ، لأن الشركة بالأعمال والأبدان باطلة عندنا ، لأنها لا تصح إلا بالأموال المتجانسة المتفقة الصفات بعد خلطها خلطا لا يتميز. الى هنا كلامه عليه السلام ، جعل الحيازة سبباً من الأسباب الموجبة للشركة ثم اشترط

الخلط بعد الحيازة ، فحينئذ لا تكون الحيازة سبباً إلا إذا اقتلعا شجرة دفعه ، أو اغترفا ماء كذلك ، كما قاله المصنف رحمه الله.

الثاني : في المنافع ، كالاشتراك في منفعة الوقف ، ومنفعة العين المستأجرة ، ولا سبب هنا غير العقد.

الثالث : في الحقوق ، مثل حق القصاص ، وحق الشفعة ، وحق القذف ، وخيار الرد بالعيوب ، وخيار الشرط ، وحق الرهن ، وحق الم Rafiq في الطرقات ، ومرافق الدار ، والضياعة ، والشرب ، والبئر والعين وما أشبه ذلك.

قال رحمه الله : ولو اشترط أحدهما زيادة في الربح مع تساوي المالين أو التساوي في الربح والخسران مع تفاوت المالين ، قيل : يتطل الشركـة ، وقيل : تصح الشركـة ، والأول أظهره.

أقول : مقتضى عقد الشركـة كون الربح والخسران على قدر رؤوس الأموال ، فإذا حصل الشرط المنافي . كما فرضه المصنف . فلا يخلو إما أن يكونا عاملين ، أو يكون أحدهما دون الآخر ، أو يكون العامل غيرهما ، فهنا ثلاثة أقسام :

الأول : ان يكونا عاملين وفيه ثلاثة أقوال :

«أ» : بطلان الشركـة والشرط ، وهذا هو مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف ، وبه قال ابن إدريس والمصنف ، ومعنى البطلان : هو بطلان الشرط وما اقتضاه من الاذن في التصرف ، لا بطلان حقيقة الشركـة الحاصلة بعد المزج ، لأنـه لا يمكن وصفها بالصحة والبطلان.

«ب» : صحة الشرط وما اقتضاه ، وهو مذهب السيد المرتضى ، واختاره العالمة ، وهو مذهب أبيه سديـد الدين ، واختـاره أبو العباس في مقتصره ، وهو

المعتمد ، لقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(١) ، والوفاء بها إجراءها على ما وقعت عليه ، وقوله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(٢) ، والتراضي إنما وقع على ما اشترطاه ، فلا يسوغ غيره ، وقوله عَلَيْهِ الْبَصَرُ : « المؤمنون عند شروطهم »^(٣).

وأصحاب الأولون بأن الشركة ليست عقدا ، لحصولها بغير العقد ، وهو الامتزاج ، فلا يدخل تحت الآية ، ولم يتعرض أحد من قال بالصحة للجواب عن هذا الجواب ، مع كونه جوابا حسنا ، وحجة ظاهرة.

وأقول : قد يجاب عن هذا الجواب بأن حقيقة الشركة الحاصلة بالامتزاج مسلم أنها ليست عقدا ، لكن الشرط الذي حرر بينهما عقد لافتقاره إلى التراضي ، ولا يعني بالعقد الذي استدللنا على صحته بالآية غير ذلك ، ولهذا ان القائل بالبطلان مراده بطلان الشرط وما اقتضاه من الاذن بالتصرف ، فيكون المراد بالصحة ذلك أيضا ، وقد ثبت ان الشرط عقد ، فالإيراد غير وارد.

« ج » : كون الزيادة اباحة يجوز الرجوع فيها ما دامت العين باقية ، وهو قول أبي الصلاح الحلبي.

الثاني : ان يكون أحدهما عامل ، والآخر غير عامل ، قال المصنف هنا : (اما لو كان العامل أحدهما وشرطت الزيادة للعامل صح ويكون بالقراض أشبه).
وقال أبو الصلاح : العامل اجرة عمله من الربح وبحسب ماله . ومذهب

(١) المائدة : ١.

(٢) النساء : ٢٩.

(٣) الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب المهر ، حديث ٤. والمستدرك ، كتاب التجارة ، باب ٥ من أبواب المختار ، حدديث ٧ وقد تقدم مراجعا ، لاحظ ص ٤٤ .

العلامة صحة الشرط سواء عملاً أو عمل أحدهما وسواء شرط الفضل للعامل أو لغيره.

الثالث : ان يكون العامل غيرهما ، ويلزم القائل بالصحة مع عملهما القول بما مع عمل غيرهما ، لأن الأدلة الواردة هناك واردة هنا ، وهو ظاهر العلامة ، لأنه جواز اشتراط الزيادة لغير العامل مع عمل الآخر ، فيكون جوازها مع عدم عملهما أولى.

تبنيه : قال العلامة في القواعد : وقيل : بطل إلا ان يشترط الزيادة للعامل ، ولم يتعرض فخر الدين لذكر القائل ، وقال عميد الدين : قوله : (وقيل بطل إلا ان يشترط الزيادة للعامل) إشارة إلى قول أبي الصلاح ، وقد حكيناه والذي حكاه والذي يحيى ضد هذا القول ، وهذه صورة ما حكاه : (وقال أبو الصلاح : لا يلزم الشرط ولصاحب الزيادة الرجوع فيها ما دامت العين باقية ، ولو شرط التفاضل في عقد الشركة صحت الشركة وبطل الشرط ، ولو عمل أحدهما وشرط له زيادة لم يلزم ، وكان له اجرة عمله من الربح وبحسب ماله).

وهذا الذي حكاه عن أبي الصلاح نقله من المختلف ، وهو ضد ما نقله في القواعد ، لأن القول الذي حكاه في القواعد يتضمن الصحة إذا شرط له الزيادة للعامل بدليل قوله : (وقيل بطل إلا ان يشترط الزيادة للعامل) استثنى من البطلان الصحة إذا اشترطت الزيادة للعامل ، وقول أبي الصلاح يدل على البطلان مع اشتراطهما للعامل بدليل قوله الذي حكاه عنه : (ولو عمل أحدهما وشرط له زيادة ، لم يلزم وكان له اجرة عمله من الربح) ، فقد حكم بفساد الشرط والرجوع إلى الأجرة.

ومن العجب اشتباه هذا على السيد مع ذكائه وفهمه وعظم نباهته ، وكون ذلك ليس محلاً للاشتباه والإبهام لوضوحه وظهوره من هو أدنى من السيد ، لكن

السهو جائز على غير المعصوم ، وكأن الحكمة اقتضت وقوع مثل هذا الغلط الظاهر من هذا العالم الحق ليظهر احتياج الإمام إلى العصمة ، وإن غير المعصوم لا يجوز أن يكون إماما ، فسأل الله العصمة من الزلل الموجب للحلل.

وأقول الظاهر أن القول الذي حكاه في القواعد قول المصنف هنا ، لأن مذهبة هنا البطلان إلا مع كون الزيادة للعامل ، قال : (ويكون بالقراض أشيء) ، وإنما كان أشبه ، لأن مقتضاه كون حصته من الربح تقابل عمله ، فهذه الزيادة استحقها بسبب عمله كالعامل بمال القراء.

في اللواحق

قال عليه السلام : هل يفتقر الحizin في تملك المباح إلى نية التملك ، قيل : لا ، وفيه تردد.

أقول : مذهب الشيخ في باب الشركة من المبسوط عدم اشتراط النية ، ومذهبه في باب احياء الموات منه اشتراط النية ، ومنشأ التردد من انه قبل الحيازة لم يكن مملوكا ، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يتحقق الملك ، ولا تفاصيله . غير ابن إدريس . على ان ما يوجد في جوف السمسكة للمشتري ، ولا يجب عليه تعريف الصائد ، ولو ان المباح يدخل في الملك من غير نية التملك لوجب ان يكون ما في جوف السمسكة للصائد دون المشتري ، ومن انه بنفس الحيازة قد استولى عليه وجاز له التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات ، وهذا هو معنى الملك ، والأصل عدم الزيادة على ذلك ، وعلى القول باشتراط النية فهو باق على الإباحة ما لم تحصل النية.

قال عليه السلام : لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما وهو وكيل في القبض وادعى المشتري تسليم الشمن إلى البائع وصدقه الشريك براء المشتري من حقه ،

وقيل : تقبل شهادته على القابض في النصف الآخر وهو حصة البائع لارتفاع القيمة في ذلك القدر ، ولو ادعى تسليمه الى الشريك فصدقه البائع لم يبرأ المشتري بشيء من الشمن ، لأن حصة البائع لم تسلم اليه ولا الى وكيله ، والشريك ينكره فالقول قوله مع يمينه ، وقيل :
تقبل شهادة البائع ، والمع في المتأتدين أشبه .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في قبول شهادة الشريك على البائع في هذه الصورة التي فرضها المصنف ، ولا خلاف في سقوط حق الشريك عن حق المشتري لاعترافه أو بالدفع الى وكيله ، وإنما الخلاف في قبول شهادته على البائع بالنسبة إلى حصة البائع ، وبالقبول قال الشيخ في المبسوط ، وبه قال العالمة في القواعد والتحرير جزما ، وهو المعتمد لعدم التهمة في ذلك ، لأن الأصل قبول شهادة العدل ما لم يحصل المانع من قبولها فيحلف معه ويبرأ منها ، فأما حصة الشريك فلا ثبت في ذمة البائع إلا مع إقامة البينة بالقبض ، سواء أقامها المشتري أو الشريك .

واختار المصنف المنع من قبولها ، لأنها غير مقبولة بالنسبة إلى حصته فلا تكون مقبولة بالنسبة إلى حصة شريكه ، والا لزم تبعيض الشهادة ، وهو غير جائز .

والجواب المنع من حصول التبعيض ، لأنه ليس شاهدا بالنسبة إلى حصته ، لأن الإنسان لا يكون شاهدا لنفسه ، وإنما هو شاهد بالنسبة إلى حصة شريكه فلا تبعيض حينئذ .

الثانية : في قبول شهادة البائع على الشريك إذا اعترف البائع بوصول الشمن اليه ولم يكن وكيلا للشريك في القبض ، وبالقبول قال الشيخ في المبسوط لارتفاع التهمة ، لأن البائع والمشتري معترفان بثبوت حق الشريك على المشتري ، لأن الدفع الى غير وكيله ولم يشارك البائع الشريك فيما قبضه ، فلا تهمة .

واختار المصنف عدم القبول ، وجزم به العلامة ، وهو المعتمد ، لأنه وإن لم يشارك في المقبوض ، فإنه يستفيد في هذه الشهادة اختصاصه بالباقي في ذمة المشتري ، فقد جرّ فيها نفعا ، وكل شهادة جرت نفعا فهي مردودة.

قال عليه السلام : ولو باع اثنان عبدين كل واحد منهما بانفراده صفة ، بشمن واحد من تفاوت قيمتهما ، قيل : يصح ، وقيل : تبطل ، لأن الصفة تجري بجري عقدتين ، فيكون ثمن كل واحد منهما مجھولا.

أقول : القائل بالبطلان الشيخ عليه السلام ، لأن ثمنهما يسقط على قدر قيمتهما ، وذلك مجھول حالة العقد. وقيل بالصحة ، واختاره العلامة وهو المعتمد ، لأن كونهما في حكم العقددين لا يقتضي كونهما عقددين ، بل العقد واحد ، ولهذا لو فسخ البيع في أحدهما لم يجز أحد الآخر ، وهو يدل على أن العقد واحد ولو كانا عقددين كان له رد أحدهما وإمساك الآخر ، وليس كذلك.

كتاب المضاربة

في العقد

قال عليه السلام : ولو شرط ان يشتري أصلاً يشتراكان في نمائه ، كالشجر أو الغنم ، قيل :
يفسد ؛ لأن مقتضاه التصرف في رأس المال ، وفيه تردد .

أقول : القائل بالبطلان هو الشيخ في المبسوط ، وتابعه ابن إدريس وتردد المصنف ،
من ان المضاربة هي الاسترباح بالمال بالبيع والشراء ، وهذا الشرط مناف لها ، وكل شرط نافي
العقد فهو باطل فتبطل المضاربة ، وهو المعتمد .

ومن أصللة الجواز ، وللحصول النساء المتجدد بسبب سعي العامل ، إذ لو لا شراءه لما
حصل ذلك النماء ، ولكونه شرطاً سائغاً ، فيكون صحيحاً .

قال عليه السلام : وينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال على الأظهر .
أقول : هذا مذهب الشيخ في النهاية والخلاف ، وبه قال ابن الجنيد وابن البراج وابن
حمزة وابن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد ؛ لأن سفره لأجل
مال المضاربة ، فكانت نفقته من أصله ، ولما رواه علي بن جعفر في الصحيح ، عن أخيه
موسى عليه السلام « قال : في المضاربة ما أنفق في

سفره فهو من جميع المال ، فإذا قدم بلدہ فما أنفق فمن نصيبه »^(١).

وقال في المبسوط : ان نفقته من خاصته دون مال القراض ؛ لأنه دخل على ان يكون له من الربح سهم معلوم ، فليس له أكثر من ذلك ؛ لأنه ربا لم يربح سوى ذلك القدر.

قال ﷺ : ولو كان لنفسه مال غير مال القراض ، فالوجه التقسيط.

أقول : هذا تفريع على وجوب النفقة من مال القراض ، ووجه كون سفره لأجل المالين ، فتكون النفقة عليهم بالخصوص ، ويتحمل كون النفقة عليه خاصة ، كما ذكره عميد الدين رحمه الله.

قال العالمة في القواعد : ونفقة الحضر على نفسه ، وفي السفر من أصل القراض كمال النفقة على رأي ، ولو كان معه غيره قسط ، ويتحمل مساواة الحضر واحتساب الزائد على القراض .

وقد اختلف الشارحان في تأويل الاحتمال ، فعميد الدين رحمه الله جعله مختصا في المسألة الثانية ، وهي قوله : (لو كان معه غيره قسط) ، قال بعد ان ذكر وجه التقسيط : ويتحمل مساواته للحضر ، لأنه لم يسافر للقراض وإنما سافر في تجارتة ، وأراد ان يزداد في الربح فأخذ مال القراض من غيره مستصحبا ، إذ السفر لأجله فكانت نفقة في خاصته ، كما لو كان حاضرا ، ويتحمل ان ينفق من مال القراض ما زاد عن نفقة الحضر ، لأنه مشغول بمصلحته كما لو كان حاضرا ، وإنما لزمه بسبب السفر القدر الزائد عن نفقة الحضر ، فكان إنفاق ذلك القدر لا غير من مال القراض. إلى هنا كلامه رحمه الله ، حمل الاحتمال على المسألة الثانية دون الاولى.

وفخر الدين حمل الاحتمال على المسألة الأولى ، لأنه قال : البحث هنا في

(١) الوسائل ، كتاب المضاربة ، باب ٦ ، حديث ١ ، باختلاف يسير.

مقامين : الأول : هل نفقة العامل في السفر للتجارة على مال القراض أو على نفسه؟ ثم ذكر قوله الشيخ رحمه الله ، ثم قال : المقام الثاني : على القول بوجوب النفقة على مال القراض ، هل يستحق كمال النفقة ، أو ما زاد بسبب السفر؟

اختار والدي المصنف الأول ، جعل الاحتمال عائدا إلى الأول ، وهو أنساب ، وعليه دلت عبارة التحرير ، لأنه قال فيه : وعلى ما احترناه هل يأخذ كمال النفقة من مال القراض أو الزائد على نفقة الحضر؟ الأقرب الأول ، وقوى الشيخ الثاني على تقدير القول بالنفقة. هذا كلامه في التحرير ، وهو موافق لاختيار فخر الدين وهو أنساب إلى الأصل ، وكلام عميد الدين أنساب إلى متن القواعد.

تبنيه : المراد بالنفقة أمثاله من المأكول أو المشروب والملبوس والمركتوب ، من غير إسراف ولا تقتير ، فلو أسرف حسب عليه ، ولو قتر لم يحسب له.

والمراد بالسفر هو السفر العرفي سواء أوجب القصر أو لم يوجب كما لو وصل ملكاً استوطنه ستة أشهر ، أو نوى الإقامة عشرة وهو مشغول بالبيع والشراء ، أما لو انقضى بيده وشراؤه لم يتأخر الرجوع إلى بلده لعارض فان نفقته تكون على نفسه والا لزم تضرر المالك لاحتمال طول المدة بسبب العارض بحيث يستغرق جميع المال بالنفقة.

فرع : إذا رجع إلى بلده سقطت النفقة عن مال القراض ، فلو بقي عليه ثياب من مال القراض لها قيمة ردت إلى مال القراض ، وله أن يأخذ نفقة كل يوم من مال القراض ثم ينفق من غيره ويستقر ملكه على ذلك ، كما لو دفع إلى زوجته نفقة فقبضتها وأنفقت من غيرها ، لأنه يستحق النفقة في هذا المال ، فله أخذها ولا يتبعن عليه الإنفاق ، بل له أن ينفق من غيرها ، ويملك ما أخذه كالزوجة.

ولو لم يميز النفقة من مال القراض ثم أنفق على نفسه من خاصته ^(٢) على أن يرجع بما أنفقه على مال القراض ، فله ذلك ، كالنوجة إذا أنفقت على نفسها بنية الرجوع ، لأن النفقة حق للعامل تعلقت في مال القراض فله أحده متى شاء ما لم يسقطه ، حزم بذلك في القواعد.

(٢) في «ن» و«ر٢» : خاصة.

في مال القراض

قال ﷺ : وفي القراض بالنقرة تردد.

أقول : قال صاحب الصلاح : النقرة هي السبيكة ، قال الشهيد : وربما كانت في عرف الفقهاء هي الدرارم المضروبة من غير سكة ، فيكون التردد عائدا إلى عرف الفقهاء ، فيكون منشئه من أصلالة الجواز ، ولأنها مما يتعامل بها كالمنقوشة بسكة المعاملة ولعموم : « المؤمنون عند شروطهم »^(٣) ، ومن الاقتصار على مورد الشرع ، وهو لم يثبت إلا في المنشئ.

وعلى القول بأن المراد بالنقرة السبيكة يكون منشئه من أنها تضمن بالقيمة فهي كالثوب ، ومن كونها أصلا للدرارم فتصح بها كما تصح بالدرارم ، وإلى هذا المعنى ذهب صاحب التردّدات ، والأول أحسن ، والمعتمد عدم الجواز على التعريفين.

قال ﷺ : ولا يكفي المشاهدة ، وقيل : يصح مع الجهالة ، ويكون

(٣) الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب المهر ، حديث ٤. والمستدرك ، كتاب التجارة ، باب ٥ من أبواب الحنيار ، حديث ٧.

القول قول العامل مع التنازع في قدره.

أقول : للشيخ في ذلك قولان أحدهما البطلان مع جهالة رأس المال ، وهو قوله في الخلاف ، واختاره المصنف والعلامة في أكثر كتبه لحصول الغرر ، وإفضائه إلى التنازع ، وهو المعتمد.

ونقل في المبسوط عن قوم الصحة ويكون القول قول العامل ثم قواه ، واختاره العالمة في المختلف ، لأصالة الجواز ، ولقوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم » ^(٤).

(٤) المصدر المتقدم.

في الربح

قال ﷺ : ويلزم الحصة بالشرط دون الأجرة على الأصح.

أقول : المشهور بين الأصحاب ان للعامل ما شرطه من الربح نصفا أو ثلثا أو ربعا أو أقل أو أكثر إذا بقي للمالك شيء ، ذهب اليه الشيخ في الخلاف والاستبصار وابن حمزة وابن الجنيد وابن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(٥) وهذا عقد ، قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم » ، ولم يعلم عليه روایات .^(٦)

وقال الشيخ في النهاية والمغید وابن البراج : يكون له الأجرة ، لأن النماء تابع للأصل فيكون الربح للمالك ، كما ان الأصل له وعليه الأجرة ، ولأنها معاملة فاسدة ، لجهالة العرض ، فتبطل ، ويكون الربح بأجمعه لصاحب المال ، وعليه الأجرة للعامل.

قال ﷺ : ولا بد أن يكون الربح مشاعا ، فلو قال : خذه قرضا والربح في فسد ، يمكن أن يجعل بضاعة نظرا الى المعنى ، وفيه تردد ، وكذا التردد لو قال :

(٥) المائدة : ١.

(٦) الوسائل ، كتاب المضاربة ، باب ٣.

والربح لك.

أقول : منشؤه التردد في الصورتين من ان عقد القراض يقتضي المشاركة في الربح ، فإذا اختص بأحدهما دون الآخر احتمل البطلان ، لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد فيكون باطلًا ، وإذا بطل الشرط بطل القراض ، فيكون للعامل الأجرة والربح للمالك ، ويتحمل جعله^(٧) بضاعة مع اختصاص المالك بجميع الربح نظراً إلى المعنى ، وجعله قرضاً مع اختصاص العامل بالجملة نظراً إلى المعنى أيضًا ، والمعتمد أنه إن دخل على أن الربح كله للمالك لم يكن له أجرة ، لأنه دخل على ذلك ، فكان متبرعاً بالعمل فلا أجرة له ، وإن دخل على أنه له كله كان له الأجرة خاصة لفساد العقد.

قال ﷺ : ولو شرط لغلامه حصة معهما صحيحة ، عمل الغلام أو لم يعمل ، ولو شرط الأجنبي وكان عملاً صحيحة ، وإن لم يكن عملاً فسد ، وفيه وجه آخر.

أقول : المراد بالغلام هنا المملوك ، والمراد بالأجنبي ما عداه وإن كان رحمةً كالولد والوالد ، وواجب النفقة كالزوجة ، ووجه الصحة في الغلام أن جميع ما للمملوك فهو مالكه ، فالاشترط له كالاشتراط لنفسه.

واما الأجنبي إذا لم يكن عملاً فلا يجوز الاشتراط له ، لأنه لا مال له ولا عمل ، وعقد المضاربة يقتضي اختصاص الربح فيما ، فإذا اشترط لغيرهما كان مخالفًا لمقتضى العقد فيكون باطلًا ، وهذا هو المعتمد.

ويتحمل الجواز لكونه شرطاً سائغاً ، فيدخل تحت قوله عليه السلام : « المؤمنون عند

شروطهم »^(٨).

(٧) في « ر ٢ » : ان يكون.

(٨) تقدم ص ٢٤٩.

في اللواحق

قال ﷺ : قوله مقبول في التلف ، وهل يقبل في الرد؟ فيه تردد ، أظنه أنه لا يقبل.

أقول : عدم القبول الا مع البينة هو المشهور وهو المعتمد ، لأنه مدع ، وقال في المبسوط بالقبول ، وكأن وجهه كونه أميناً كالمستودع ، والفرق ظاهر ، فان المستودع قبض المال لمصلحة المودع خاصة ، والعامل قبضه لمصلحتهما.

قال ﷺ : إذا اشتري من يعتقد على رب المال فان كان بإذنه صحيحاً وانعدقاً ، فإن فضل من المال عن ثمنه شيءٌ كان الفاضل قرضاً ، ولو كان في العبد المذكور فضل ، ضمن رب المال حصة العامل من الزيادة ، والوجه الأجرة ، وإن كان بغير إذنه ، وكان الشراء بعين المال ، بطل ، وإن كان في الذمة وقع الشراء للعامل ، إلا أن يذكر رب المال . ولو كان المال لامرأة ، فاشترى زوجها ، فإن كان بإذنها ، بطل النكاح ، وإن كان بغير إذنها ، قيل : يصح الشراء ، وقيل : يبطل ، لأن عليها في ذلك ضرراً ، وهو أشبه إذا اشتري العامل أباً.

أقول : هنا ثلاثة مسائل :

الأولى : ان يشتري العامل أبا رب المال ، ولا يخلو اما ان يكون الشراء بإذنه أو بغير إذنه ، فان كان بإذنه صح الشراء وعقد وبطلت المضاربة بمقدار الثمن.

وقال الشيخ : ان كان فيه ربح ضمن المالك حصة العامل من الربح ، وان لم يكن فيه ربح فلا شيء له ، ووجهه ان المضاربة تبطل بالانتعاق لتلف المال بإذن المالك وأن العامل يملك حصته من الربح بالظهور ، فيكون شريكًا للمالك بتلك الحصة ، وحصة المالك قد عتفت باختياره ، فيشتري عليه حصة العامل ويضمن له قيمتها ، فأما مع عدم ظهور الربح فقد أتلف المالك مال المضاربة ولا ربح فيه ، فلا شيء للعامل ، لأنه لا نصيب له في غير الربح.

واختار المصنف وجوب الأجرة للعامل ، واحتاره العلامة أيضا ، وهو المعتمد ، ببطلان المضاربة بالشراء المأذون فيه ، فيكون له الأجرة ، لأنه لم يتبرع بالعمل.

وان كان الشراء بغير اذنه فلا يخلو اما ان يكون بالعين أو بالذمة ، فإن كان الشراء بالعين بطل ، لأنه دفع اليه المال ليشتري له ما يربح فيه ويتتفع به ، وهذا الشراء يستضر به لتلف ماله به ، فلا يكون لازما ، لكونه غير مأذون فيه ، ويكون موقوفا على الإجازة على الصحيح من المذهب.

وان كان بالذمة فلا يخلو اما ان يذكر رب المال أو لا يذكره ، فإن ذكره كان موقوفا على إجازته ، فإن اجازه والا بطل ، فلو ادعى البائع الاذن في الشراء كان القول قول المالك ، وان لم يذكر رب المال كان الشراء للعامل ظاهرا ولا يقبل دعواه القصد انه للمالك.

فرع : إذا اشتري أبا المالك بغير اذنه ، وهو جاهل في النسب بينهما أو جاهل في الحكم . أي لا يعلم انه ينعتق على المالك . احتمل الصحة وكان حكمه كما لو اذن له في الشراء ، لأن عقد المضاربة افتضى شراء ما يرجو في الربح ، وهو

هنا كذلك ، فيقع صحيحًا وينتقم على المالك ويكون كما لو أمره ، وإلا لزم تكليف ما لا يطاق ، لأنه غير مكلف بالعلم بكيفية نسب كل رفيق يشتريه وربما تعذر ذلك.

ويحتمل البطلان لظهور التضرر بهذا العقد الموجب للتلف جميع ما يضمنه من المال ،
إذ لو اشتري بأكثر من ثمن المثل كان باطلا ، لتلف بعض المال في غير مصلحة ، فيكون
بطلانه بتلف الجميع أولى .

الثانية : إذا كان رب المال امرأة وله زوج مملوك فاشتراك العامل ، فإن كان بإذنها صحي الشراء ، وملكته وإنفسخ النكاح وكان من مال القراض ، وإن كان بغير إذنها ، فإن اشتراك بعين المال ، ففيه قولان :

أحدهما : البطلان ، وهو قول الشيخ في المبسوط ، لأن عقد المضاربة اقتضى أن يشتري العامل ما ليس فيه ضرر على رب المال ، وهذا فيه ضرر ، لانفساخ نكاحها بملكها لزوجها وسقوط مهرها ونفقتها فلا يكون صحيحا.

وقيل بالصحة ، لأن القصد من القراض ان يشتري ما يحصل فيه الربح ، وربما كان الربح حاصلا في هذا العبد فيكون الشراء صحيحاً والمعتمد وقوفه على الإجازة ، وإن كان الشراء بالذمة كان موقوفاً على إجازتها ان كان ذكر ان الشراء لها ، والا كان كما قلناه في شراء القريب .

وعلى القول بالصحة من غير افتقار إلى إجازتها يكون العامل ضامناً ل Maherها مع علمه بالزوجية والحكم.

الثالثة : ان يشتري العامل أباً نفسه ، فان لم يكن فيه ربح صحيحة الشراء قطعاً لعدم المانع حيث إن ، فإنه في الحقيقة كالوكيل عن المالك ، ولا خلاف في جواز شراء القريب للغير ، لعدم دخوله في ملك المشتري.

ثمّ ان ظهر فيه ربح بعد الشراء ، فان قلنا ان العامل لا يملك حصته بعد

الربح الا بعد الإنضاض والقسمة كانت المضاربة بحالها ، وان قلنا انه يملك بالظهور ملكا متزلزا عتق عليه حصته ، واختاره العلامه ، لأن الشراء به انما يكون مع الملك الاختياري وهذا لم يملك باختياره ، لأن الملك تحدد بعد العقد بسبب زيادة السعر ولا اختيار له في الزيادة ، ويتحمل التقويم مع اليسار ، لأنه اختيار السبب . وهو الشراء . واختيار السبب يجري مجرى اختيار المسبب وهو الملك.

وان كان فيه ربح حالة الشراء ، فان قلنا : انه لا يملك بالظهور صح الشراء قطعا أيضا ، وان قلنا انه يملك ، فالأقرب الصحة أيضا ، لأنه لا ضرر على المالك ، لأنه ان كان العامل موسرا سرى العتق وأخذ حصته منه ، وان كان معسرا ، فحصة المالك باقية على الرق فلا مانع من صحة الشراء.

ويتحمل عدم الصحة ، لأنه يؤدي الى زوال الملك عن المالك قهرا : وهو مخالف للتجارة ، والمصنف أطلق صحة الشراء ووجوب السعي على العبد مع ظهور الربح ، لاختصاص النص ^(٩) الوارد في السراية بالعتق ، ولأصالحة براءة الذمة من اشتغالها بحق للغير ما لم يتحقق السبب الشاغل ، وهو هنا غير متحقق.

قال ﷺ : إذا فسخ المالك صح ، وكان للعامل أجراً المثل إلى ذلك الوقت ، ولو كان بالمال عروض ، قيل : كان له أن يبيع ، والوجه المنع ، ولو ألزمه المالك ، قيل : يجب أن ينضمّ المال ، والوجه أنه لا يجب وإن كان سلفاً كان عليه جبائته ، وكذا لو مات رب المال وهو عرض كان للعامل البيع إلا أن يمنعه الوارث ، وفيه قول آخر.

أقول : هنا أربع مسائل :

الأولى : في استحقاق العامل للأجرا مع فسخ المالك قبل ظهور الربح ، والمصنف جزم بالاستحقاق ، واستشكله العلامه في القواعد والتحرير ، من أنه

(٩) الوسائل ، كتاب المضاربة ، باب ٨ ، حديث ١.

رضي بالعمل في مقابل الربح ولم يحصل ، فليس له شيء ، والفسخ حصل بإذن الشارع ، لجواز العقد ، فلا ضمان على المالك.

ومن انه عمل عملا محتاما غير متبرع ، ولم يسلم له عوضه . وهو حصول الربح بسبب الفسخ الصادر من المالك . فكان له اجرة مثل ذلك العمل ، واحتاره فخر الدين.

الثانية : إذا فسخ وبالمال عروض ، وطلب العامل بيع العروض ، هل يجب على المالك اجابتـه؟ قال الشيخ : للعامل ان يبيع ، سواء ظهر ربح أو لا ، لجواز ان يرحب فيه من يشتريه بربح . وقال المصنف : الوجه المنع ، وأطلق.

وذهب العلامة في القواعد إلى إجبار المالك على الإجابة مع ظهور الربح وجود من يشتريه بربح ، ثم استشكل ذلك من انه إذا انفسخ العقد لم يجبر المالك على تمكين الغير من بيع ماله ، ومن انه يملك حصته من الربح بالظهور ، ولا يتحقق إلا بالبيع فالممنع منه إضرار بالعامل ، وهو غير جائز ، وهذا هو المعتمد ، الا ان يقوم المالك العروض على نفسه ثم يدفع حصة العامل من الربح اليه ، فيمنع من البيع حينئذ لوصول حقه إليه.

الثالثة : إذا ألزمـه المالك بالبيع بعد الفسخ ، هل يجب عليه ذلك أم لا؟ فنقول : فـان كان فيه ربح ولم يسقط حقه منه وجب عليه البيع قطعا ، اما إذا لم يكن فيه ربح ، أو كان وأسقط العامل حقه منه ، فإنه يتحمل عدم وجوب البيع عليه ، لأنـه إنما يجب عليه البيع مع بقاء عقد المضاربة ، أو فسخـه مع ظهور الربح ليتوصل إلى حقـه ، فـمع انتفـائـها لا يجب عليه ، وهو اختيار المصنـف ، ويـتحمل الـوجـوب ، لأنـه أخذـ المـالـ نـاضـا ، فيـجبـ عليهـ انـ يـرـدهـ كماـ أـخـذـهـ ، ولـأنـ فيـ رـدـهـ إـلـىـ تـلـكـ الحـالـةـ مـؤـنـةـ عـلـىـ المـالـكـ لـاـ يـجـبـ عـلـيـهـ دـفـعـهـ ، وـهـوـ مـذـهـبـ

الشيخ رحمه الله ، واحتـارـهـ العـلـامـةـ فيـ القـوـاعـدـ.

الرابعة : إذا مات رب المال وهو عروض انفسخ القراء و كان للوارث مطالبة العامل بالانقضاض ، وهل له البيع وان كره الوارث؟ قال المصنف : (وله البيع الا ان يمنعه الوارث ، وفيه قول).

قال صاحب الترددات : ان القول يمكن ان يقال : انه يمنع من البيع لانفساخ المقارضة بالموت الا مع اذن الوارث. وهو غلط ، لأن هذا هو مذهب المصنف الذي ذكره ، لأنه قال : (وله البيع إلا أن يمنعه الوارث) ، والقول الذي أشار إليه المصنف هو ان له البيع وان منعه الوارث ، فهو ضد ما اختاره ، إذ لو كان القول هو الذي اختاره كان قال : (على قول) ، لأن المصنف إذا قال : (على قول) كان مذهبة ذلك القول ، وإذا قال : (وفيه قول) كان مذهبة ضد ذلك ، وهذا مما ليس يشتبه على من له ادنى تحصيل . والمصنف بني هذه المسألة على مذهبة ، من انه إذا انفسخ القراء و فيه عروض لا يجب على المالك احابة العامل الى البيع ، والقول المشار اليه ، قول الشيخ رحمه الله بناء على مذهبة أيضا من وجوب اخبار المالك على الإجابة ، كما حكيناه عنه في المسألة الثانية وذكرنا الوجه في ذلك .

والوجه في هذه المسألة ان الفسخ بالموت ليس أبلغ من فسخ المالك فكما يجبر المالك على احابة العامل الى البيع ، فكذا يجبر الوارث ، وهو المعتمد ، مع ظهور الريح أو وجود من يشتريه بربح .

قال رحمه الله : وإن كان بغير اذنه لم يصح القراء الثاني ، فإن ربح كان نصف الريح للمالك والنصف الآخر للعامل الأول وعليه أجرا الثاني ، وقيل : للمالك أيضا ، لأن الأول لم ي العمل ، وقيل : بين العاملين ويرجع الثاني على الأول بنصف الأجرا ، والأول أحسن .^(١٠)

(١٠) في الشرائع : حسن.

أقول : إذا قارض العامل غيره بغير إذن المالك بطل القراض الثاني ؛ لأن المالك لم يرض بنظر غير العامل ، فان عمل الثاني ولم يربح شيئاً أخذ المالك المال ولا بحث.

وان ربح شيئاً ، فقد ذكر المصنف فيه ثلاثة أقوال ، والثلاثة ذكرها الشيخ رحمه الله :

الأول : ان نصف الربح للمالك والنصف الآخر للعامل الأول ، وعليه أجراً الثاني ، ووجهه ان المالك دخل على ان يكون له نصف الربح فلا يستحق أكثر من ذلك ، والعامل الثاني اشتري للأول ، فكان الربح له وعليه للثاني أجراً عمله ؛ لأنه بذل منفعة على عوض ولم يسلم له العوض فكان له الأجرة.

الثاني : ان النصف الآخر للمالك أيضاً ؛ لأن العامل الأول لا مال له ولا عمل ، فلا يستحق شيئاً والثاني تصرفه غير مأذون فيه ، فلا يستحق شيئاً أيضاً ، فيكون الجميع للمالك.

الثالث : النصف بين العاملين ، ويرجع الثاني على الأول بنصف أجراًه ، ووجهه ان الثاني دخل على ما رزق الله من ربح فهو بينهما ، والذي رزق الله هو هذا النصف ، ووجه رجوع الثاني على الأول بنصف أجراًه ؛ لأنه بذل منفعة تقابل نصف الجميع ولم يحصل له غير النصف فيرجع بأجرة النصف.

والمعتمد ان نقول : لا يخلو اما ان يشتري بعين المال أو في الذمة ، فإن كان الأول ، فلا يخلو اما ان يكون الثاني عالما بالفساد أو لم يكن ، فان كان عالما كان العقد عقد فضول للملك احازته وفسخه ، ولا أجراً لعدم الغرر ، وان كان جاهلاً كان له الأجرا على العامل الأول ؛ لأنه غرر ، وان كان الشراء في الذمة كان الربح كله للعامل الثاني ؛ لأنه اشتري في ذمته فيكون الملك له ، الا ان يذكر القراض في العقد فيكون له النصف ، وللمالك النصف فان تلف المال رجع المالك على من شاء

منهما ، فان رجع على الأول رجع الأول على الثاني مع علمه ؛ لأن التلف حصل في يده ، وان رجع على الثاني رجع على الأول مع جهله ؛ لأنه غرّه .

قال ﷺ : إذا تلف مال القراض أو بعضه ، بعد دورانه في التجارة ، أحتسب التالف من الربح ، وكذا لو تلف قبل ذلك ، وفي هذا تردد .

أقول : إذا تلف بعد دورانه في التجارة كان التالف محسوبا من الربح إجماعا ؛ لأن الربح وقاية لرأس المال فان قيل اما مع تلف البعض فإنه يقتدر أنه يبقى ربح يجبر به رأس المال ، فمع تلف الجميع كيف يتقدر ذلك !؟

فانا نقول : يتقدر ذلك كما لو ظهر في مال القراض ربح ثم تلف مقدار رأس المال وبقي مقدار الربح ، فان ذلك الربح يصير رأس المال ، والتالف هو الربح .

اما إذا تلف رأس المال أو بعضه قبل دورانه في التجارة ، أي قبل ان يشتري به ما لا للقراض ، فقد تردد المصنف في انه هل يحسب ذلك من الربح أم لا ؟ ومنشأ التردد من ان عقد القراض اقتضى ان لا يكون للعامل شيء من الربح إلا بعد رأس المال ، فيجب أن يكون التالف محسوبا من الربح ؛ لأن العامل دخل على ذلك .

ومن ان المال إذا تلف قبل دورانه في التجارة يكون قد تلف عين رأس المال ، وإذا تلف عين رأس المال انفسخ القراض فيه ، فلا يكون محسوبا من الربح ويتقدير ذلك كما لو اذن له بالشراء في الذمة فاشترى كذلك ثم تلف المال قبل دفعه الى البائع ، فهنا يجب على رب المال ان يدفع اليه الثمن ثانيا ؛ لأن الشراء وقع له بإذنه كالموكيل ، فيجب عليه نقد ثمنه .

فعلى الأول يكون الجميع رأس المال ، وعلى الثاني يكون رأس المال هو الأول .
واعلم ان الأصحاب اختلفوا هنا ، قال الشيخ في المسوط : إذا دفع إليه ألفا

قراضا ، فاشترى به عبدا للقراض ، فهلك الألف قبل ان يدفعه ، قال قوم : المبيع للعامل والثمن عليه ، ولا شيء على رب المال . وقال قوم : المبيع لرب المال ، وعليه ان يدفع إليه ألفا أخرى ليقضى بما دينه ، ويكون الألف الأول والثاني قرضا ، وهما معا رأس المال . واختاره ابن البراج ، وحکى في الخلاف القولين ، ثم اختار فيه ان يكون المبيع للعامل ، وعليه الثمن ، وقال ابن إدريس : فإن اشتري في الذمة فإن الشراء له وان اشتري بالعين وتلف المال بطل العقد .

وقال العالمة في المختلف : إذا كان أذن له بالشراء في الذمة ، فاشترى في الذمة فالحق ما قاله في المبسوط ، وان اشتري في الذمة بغير اذنه فالحق ما قاله في الخلاف ، وان اشتري بالعين فتختلف قبل القبض ، فالحق ما قاله ابن إدريس من بطلان البيع ، وهذا هو المعتمد .

قال ﷺ : إذا قارض اثنان واحدا وشرط له النصف منهما وتفاضلا في النصف الآخر مع التساوي في المال كان فاسدا ، لفساد الشرط ، وفيه تردد .

أقول : هذه المسألة مبنية على جواز اشتراط التفاوت في الربح والخسران مع تساوي المالين ، أو التساوي مع تفاوتهما ، وقد سبق البحث في ذلك ^(١١) ، فلا وجه لإعادته .

قال ﷺ : إذا اشتري عبدا للقراض فتختلف الثمن قبل قبضه ، قيل : يلزم صاحب المال ثمنه دائمًا ويكون الجميع رأس ماله ، وقيل : إن كان أذن له في الشراء في الذمة فكذلك ، وإلا كان باطلًا ولا يلزم الثمن أحدهما .

أقول : قد ذكرنا ذلك ، والقول الأول قول الشيخ في المبسوط ، والقول الثاني قول ابن إدريس ، وقد سبق ^(١٢) .

(١١) ص ٢٣٤ .

(١٢) ص ٢٦٠ .

قال ﷺ : إذا دفع مالاً قرضاً ، وشرط أن يأخذ له بضاعة ، قيل : لا يصح ؛ لأن العامل في القرض لا يعمل ما لا يستحق عليه أجرًا ، وقيل : يصح القرض ويبطل الشرط ، ولو قيل بصحتهما كان حسناً.

أقول : البضاعة هو ان يدفع الإنسان إلى غيره مالاً أمانة على ان يتجر له فيه ولا حصة له في الربح ، فاذا شرط رب المال على العامل ان يأخذ له بضاعة ، قال الشيخ في المبسوط : لا يصح ، وقد ذكر المصنف وجهه ، ثم قال في المبسوط أيضاً : ولو قلنا : ان القرض صحيح والشرط جائز لكنه لا يجب الوفاء به ؛ لأن البضاعة لا يلزم القيام بها ، كان قوياً

والمعتمد ما استحسنه المصنف ؛ لأنه لا مانع من ان يعمل العامل في مال بعوض وفي آخر بغير عوض لوجود المقتضي ، وهو الشرط السائع فدخل تحت عموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(١٢) ، وهو مذهب العلامة.

قال ﷺ : ولا يجوز للمضارب أن يشتري جارية يطئها وإن أذن لها المالك ، وقيل : يجوز مع الإذن ، أما لو أحلىها بعد شرائها ، صحيحاً.

أقول : القول بالجواز هو قول الشيخ في النهاية ، معولاً على ما رواه مرفوعاً إلى الكاهل ، عن أبي الحسن عليه السلام ، « قال : قلت : رجل سألكم أن أسألكم ، إن رجلاً أعطاه مالاً مضاربة يشتري ما يرى من شيء ، وقال : اشتري جارية تكون معك ، والجارية إنما هي لصاحب المال إن كان فيها وضيعة فعليه ، وإن كان فيها ربح فله ، فللمضارب أن يطأها؟ قال : نعم »^(١٣) . وفي طريقها سعادة ، وهو

(١٢) الوسائل ، كتاب النكاح ، باب ٢٠ من أبواب المهر ، حديث ٤ . المستدرك ، كتاب التجارة ، باب ٥ من أبواب الخيار ، حديث ٧ .

(١٣) التهذيب ، كتاب التجارات ، باب الشركة والمضاربة ، حديث ٣١ (٨٤٥) . وفي الوسائل ، كتاب المضاربة ، باب ١١ ، حديث ١ .

واقفي.

والمعتمد عدم الجواز ؛ لأنه لا يخلو إما أن يظهر فيها ربح أو لا ، فان ظهر فيها ربح وقلنا : انه يملك حصته بالظهور فهي مشتركة ، والمشتركة لا يجوز وطؤها لأحد الشركين على ما يأتي في كتاب النكاح ان شاء الله تعالى. وان قلنا : انه لا يملك بالظهور أو لم يكن فيها ربح ، فهي ملك لرب المال حصل بعد الإذن ، والإذن السابق لا يقبل الإباحة ؛ لأنه لم يصادف ملكا ، أما لو لم يكن فيها ربح وحصل التحليل بعد الشراء ، فإنه يجوز الوظي قطعا.

كتاب المزارعة والمساقاة

في المزارعة

قال ﷺ : أَمَا لَوْ شَرْطَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخِرِ شَيْئاً يَضْمِنُهُ لَهُ مِنْ غَيْرِ الْحَالِ مَضَافاً إِلَى الْحَصَةِ ، قَيلَ : يَصْحُ ، وَقَيلَ : يَبْطِلُ ، وَالْأُولُ أَشَبُهُ.

أقول : القائل بالصحة على كراهيته هو الشيخ رحمه الله ، وتابعه ابن البراج ، واختاره المصنف والعلامة ، ونقل المصنف والعلامة قولًا بالمنع ولم يسمّي قائله . والمعتمد الأول ، لعموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم » ^(١) ، فإن هكذا الزرع بشيء من الآفات سقط الشرط.

قال ﷺ : وَيَكْرَهُ إِجَارَةُ الْأَرْضِ لِلْمَزَارِعَةِ بِالْحَنْطَةِ أَوْ الشَّعِيرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا ، وَالْمَنْعُ أَشَبُهُ ، وَإِنْ يَؤْجِرُهَا بِأَكْثَرِ مَا إِسْتَأْجَرَهَا بِهِ إِلَّا أَنْ يَحْدُثَ بِهَا حَدَّثٌ أَوْ يَؤْجِرُهَا بِجَنْسِ غَيْرِهِ.

أقول : هنا مسائلتان :

الأولى : إن يؤجر الأرض بحنطة أو شعير مما يخرج منها ، والمشهور في هذه عدم الجواز ، لاحتمال لا يخرج منها شيء فتسقط الأجرة ، وهو غير جائز ،

(١) مستدرك الوسائل ، كتاب التجارة ، الباب ٥ ، من أبواب الخيار ، حديث ٧.

وقيل بالجواز على كراهية ، لأصالة الجواز ، ولعموم : « المؤمنون عند شروطهم » ، والأول هو المعتمد ؛ لأن هذا الشرط مشتمل على غرر فيكون باطلًا.

الثانية : في جواز ان يؤجر الأرض الذي استأجرها بأكثر مما استأجرها به إذا كان من جنس ما استأجرها ولم يحدث فيها حدثا ، وبعدم الجواز قال الشيخ والسيد المرتضى وابن الجنيد : حذرا من الربا ، وله عليه روایات ^(٢).

وقال المفید وابن إدريس : انه مكروه . واختاره العلامة ، لأصالة الجواز ، وله عليه روایات كثيرة ^(٣) ، وهو المعتمد.

قال عليه السلام : ولو مضت المدة والزرع باق كان للملك إزالته على الأشبه.

أقول : المعتمد وجوب تعيين المدة في العقد ، فإذا عينا مدة يمكن ادراك الزرع فيها ثم انقضت ولم يدرك ، هل للملك ازالته؟ يحتمل ذلك لأن العقد لم يتناول غير المدة المعينة ، فلا يجب على المالك إبقاء الزرع بعدها ، لكن يجب عليه أرش النقص بسبب القلع ، والأرش هو نقص قيمته مقلوعا عن قيمته قائما ، لأنه نقص دخل على ملك الغير بسبب تخلص ملكه ، فيكون مضمونا.

ويحتمل عدم جواز الإزالة ، لأنه تصرف تصرفا مأذونا فيه ، والقلع فيه ضرر على الزراع ، وقد قال عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار في الإسلام » ^(٤) ، وأنه ليس لعرق ظالم ، ويحتمل وجوب التبقية بالأجرة ، جمعا بين الحقين.

فرع : إذا عينا مدة فأدرك الزرع في بعضها ، فان كان قد عينا المزروع لم يجوز للعامل ان يزرع الأرض مرة ثانية وان يدرك عند انتهاء تلك المدة ، وان لم يعينا المزروع جاز ان يزرع الأرض مرة ثانية ، لأنه يملك التصرف بما شاء من

(٢) الوسائل ، كتاب الإجارة ، باب ٢٢ ، حديث ٢ ، وباب ٢٠.

(٣) الوسائل ، كتاب الإجارة ، باب ٢٢ ، وكتاب المزارعة والمساقاة ، باب ١٥.

(٤) الوسائل ، كتاب الشفعة ، باب ٥ ، حديث ١ وغيرها.

الزرع تلك المدة المعينة.

قال ﷺ : ولو استأجر للزراعة (ما لا ينحصر عنـه الماء لم يجز لعدم الانتفاع ، ولو رضي بذلك المستأجر)^(٥) حاز ، ولو قيل : بالمنع لجهالة الأرض كان حسنا.

أقول : قد ذكر المصنف وجهي المدعى والجواز ، والمعتمد الجواز ان كانت الأرض معلومة أو كان الماء صافيا يمكن مشاهدتها أو كان قليلا يمكن معه بعض الزرع ، وإلا فلا.

قال ﷺ : إذا استأجر أرضا مدة معينة ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة غالبا ، قيل : يجب على المالك إيقاؤه أو ازالته بعد الأرش ، وقيل : له أزالته كما لو غرس بعد المدة ، والأولأشبه.

أقول : لا خلاف في جواز الغرس ، وإنما الخلاف في إن الغارس هل يجبر بعد انقضاء المدة على قلع غرسه بمحانا أو لا يجبر إلا مع بذل أرش النقصان ، وهو التفاوت بين قيمته مقلوعاً وقيمة قائماً؟ فنقول : لا يخلو اما ان يشترط القلع بعد انقضاء المدة أو يطلق العقد ، فإن اشترط القلع وجب ، ولا أرش حينئذ ، لأنه دخل على ذلك.

وان أطلق العقد ، قال الشيخ : لم يجبر على قلعه بمحانا ، ويجب المالك بين أخذ الغرس بالقيمة ويجبر المستأجر على القبول ، وبين الإجبار على القلع مع دفع أرش نقص الغرس ، وبين التبقية بأجرة المثل.

ووجهه انه من استأجر شيئاً ليشغله بحق له إنما يجبر على ازالة حقه منه على ما جرت العادة بنقله منه ، والعادة لم تحر بنقل الغرس إلا بعد جفافه ، فلا يجبر على نقله قبل ذلك ، ولا يجبر المالك الأرض على شغلها بمال الغير بغير عوض ، لما في

(٥) ما بين القوسين لم يرد في الشرائع.

ذلك من الضرر المنفي ، فوجه الجمع بين الحقين ما قاله الشيخ.

قال العالمة في التحرير بعد ان حكى قول الشيخ : وعندى في إجباره على قبول القيمة نظر . وجه النظر ان المعاوضة عقد يفتقر إلى التراضي والإجبار بنا فيه ، وقيل : يجبر على الإزالة ، كما لو غرس بعد انقضاء المدة ، لأن العقد لم يتناول غير المدة المعينة ولا أرض على مالك الأرض ، لأن تفريح الأرض واحب عليه ، وكما قبضها فارغة يجب تسليمها فارغة ، فلا يستحق على فعل الواجب عليه أرشا ، واختاره العالمة في القواعد ، واختار المصنف مذهب الشيخ.

قال ﷺ : إذا تنازعوا في المدة فالقول قول منكر الزيادة مع يمينه ، وكذا لو اختلفوا في قدر الحصة فالقول قول صاحب البذر ، فإن أقام كل واحد منهما بينة ، قدمنت بينة العامل ، وقيل : يرجعان إلى القرعة ، والأول أشبه.

أقول : إنما كان القول قول صاحب البذر مع عدم البينة ، لأن النماء تابع للأصل ، فيقتضي أن الجميع لصاحب البذر إلا ما أخرجه الشرط ، فإذا أدعى زيادة عما اعترف به صاحب البذر كان القول المالك وهو صاحب البذر مع عدم البينة وإنما كان البينة بينة العامل ، لأنه الخارج ولأن القول قول صاحب البذر مع عدم البينة ، فيكون البينة بينة الآخر.

وقال الشيخ ﷺ : يقرع بينهما ، لأن الربح تابع للعمل ورأس المال ولا ترجيح ، فيقرع بينهما ، وهو المعتمد.

قال ﷺ : ولو اختلفا ، فقال الزارع : أعرتنيها ، فأنكر المالك وادعى الحصة أو الأجرة ولا بينة ، فالقول قول صاحب الأرض وبثبت له أجراً مثل مع يمين الزارع ، وقيل : يستعمل القرعة ، والأول أشبه.

أقول : إنما كان القول قول صاحب الأرض ، لأن المنافع مملوكة له كالعين فكما ان القول قوله لو ادعى عليه تملك العين ، فكذا القول قوله إذا ادعى عليه

تمليك المنافع ، وقيل بالقرعة ، لأنهما اتفقا على حدوث المنافع في ملك الزارع ، وصاحب الأرض يقول بأجرة ، والأصل عدم التبرع ، والزارع يقول مجانا والأصل براءة الذمة ، ولا ترجح لأحد الأصلين على الآخر ، فيقع بينهما ، والمعتمد الأول.

في المساقاة

قال ﷺ : ويصح قبل ظهور الشمرة ، وهل تصح بعد ظهورهما؟ فيه تردد ، والأظاهر الجواز إن بقي للعامل عمل ، وإن قل مما يستزد به الشمرة.

أقول : المساقاة جائزة قبل ظهور الشمرة إجماعا ، أما بعد ظهورها إذا بقي للعامل عمل يستزد به الشمرة ، فقد تردد فيه المصنف ثم اختار الجواز ، ومنشأ التردد من أصل الصحة ، ولأن المقصود من المساقاة زيادة النماء بسبب فعل العامل ، والتقدير انه حاصل ، وبه قال الشيخ في الخلاف محتاجا بعموم الأخبار ^(١) الدالة على جواز المساقاة من غير تفصيل ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد.

ومن ان المساقاة معاملة على مجھول فيقتصر فيها على محل الوفاق ، وهو الصحة قبل الظهور دون ما بعده ، ولأن الشمرة إذا ظهرت كانت ملكا للملك ، فإذا ساقاه عليها وشرط له منها جزءا كان قد شرط جزءا من ماله له ، فلا يصح كالمضاربة.

(٦) الوسائل ، كتاب المزارعة والمساقاة ، باب ٩ ، حديث ٢ .

فرع : على الجواز بعد الظهور لو حصلت بعد بدو الصلاح كان زكاة الجميع على المالك خاصة لبدو الصلاح على ملكه من غير مشارك.

قال ﷺ : ولا تبطل بموت المساقى ولا بموت العامل على الأشبة.

أقول : المساقاة عقد لازم كإيجار ، والخلاف في بطلانها بالموت كالخلاف في بطلان الإيجار به ، فالسائل بالبطلان هناك قائل به هنا ، ومن لا فلا.

وعلى القول بعدم البطلان . وهو المعتمد . يقوم الوارث مقام العامل ان كان هو الميت ، فان امتنع الوارث من العمل لم يجبر عليه ، لأن العمل غير واجب عليه ، لأن الأعمال الواجبة على الإنسان إذا تعلقت بيده لا يجب على وارثه القيام بها عدا الصلاة على ما تقدم ، فمع امتناع الوارث من العمل يستأجر الحاكم من تركته ان كان له تركة ، ومع عدم التركة أو تعذر الاستئجار يفسخ المالك ان شاء وعليه اجرة العامل الى حين الموت إذا لم تظهر الشمرة ، وان كانت قد ظهرت بيعت حصة العامل منها ودفعت الى ورثته ، ولا أجرة حينئذ.

قال ﷺ : وفيما لا ثمرة له إذا كان له ورق ينتفع به كالحناء والتوت تردد.

أقول : منشئه من ان المساقاة المشروعة انا هي على الأصول التي لها ثمرة ينتفع بها مع بقاء أصلها ، والورق لا يسمى ثمرة لا باللغة ولا بالعرف . ومن ان الورق هنا يجري بجرى الشمرة المتتجدة كل عام مع بقاء أصله وهو ينتفع به كالانتفاع^(٧) بالشمرة ، فيصح المساقاة عليه ، وهو اختيار العالمة في القواعد والتحرير^(٨) ، وهو المعتمد.

قال ﷺ : وال Kash للتلقيح ، وقيل : يلزم ذلك العامل ، وهو حسن.

(٧) في « ن » : كانتفعاه.

(٨) (التحرير) لم ترد في « ر ٢ ».

أقول : كون الكش على المالك مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة ، لأنه عين ماله ، والعامل لا يجب عليه غير العمل ، وكونه على العامل مذهب ابن إدريس ، لأن العمل لا يتم إلا به ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، واستحسنه المصنف والعلامة ، والأول هو المعتمد.

والخلاف في الثور الذي يدير الدوّلاب ، كالخلاف في الكش.

قال عليه السلام : ولو شرط ان يعمل غلام المالك معه حائز ، لأنه ضم مال الى مال ، ولو شرط ليعمل الغلام لخاص العامل لم يجز ، وفيه تردد.

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : ان يشترط ان يعمل غلام المالك لخاص العامل ، ومنشأ التردد فيه من انه شرط سائع فيدخل في عموم : « المؤمنون عند شروطهم » ، وهذا الشرط يقتضي كون الحصة مقابل بعض العمل ، وهو جائز ، وهو ظاهر المصنف و اختيار العلامة ، وهو المعتمد. ومن انه اشترط ان العوض له والعمل على غيره ، وهو غير جائز.

الثانية : إذا شرط على رب المال أجرة الأجراء ، أو شرط خروج أجراً لهم من وسط الثمرة والباقي بينهما ، وهو لا يخلو اما ان يشترط أجرة الأجراء الذين جرت العادة باستئجارهم والاستعانة بهم وبباقي العمل على العامل ، أو يشترط أن يستأجر على جميع العمل ولم يبق للعامل غير الاستعمال خاصة ، فإن كان الأول فقد قال الشيخ في المبسوط بالبطلان ، لأن المسافة موضوعة على أن من رب المال المال ومن العامل العمل ، فان اشترط أن أجرة الأجراء على رب المال أو من الوسط اقتضى ان يكون على رب المال المال والعمل ، وهو غير جائز ، وتردد المصنف ما قاله الشيخ ، ومن أنه شرط سائع فيجب الوفاء به.

المعتمد الجواز بشرطين : ان تكون الأجرة معلومة مقدرة حالة العقد ،

وان يبقى للعامل شيء من العمل وان قل ، وان كان الثاني وهو أن يستشرط الاستئجار على جميع العمل ولم يبق غير الاستعمال ، وهذا استشكله العالمة في القواعد : من ان العامل لا يملك الحصة ويستحقها الا بعمل الجميع أو البعض ، وهذا لا يعمل شيئا ، والاستعمال لا يسمى عملا.

ومن ان الاستعمال يجري مجرى العمل ، لحصوله بواسطة الاستعمال ، والمعتمد البطلان ، لأن المساقاة معاملة على مجهول فيقتصر فيها على موضع الوفاق ، فيكون له اجرة الاستعمال ، لأنه يجري مجرى الوكيل يجعل.

ونفقة الغلمان الذين يشترط عملهم على سيدهم ، فإن اشتراطها على العامل جاز مع التقدير لا مع عدمه ، ونفقة الأجراء على أنفسهم إلا مع الشرط ، فيجب تقديرها.
قال عليه السلام : ولو شرط مع الحصة من النماء حصة من الأصل الثابت لم يصح ، لأن **مقتضى المساقاة جعل الحصة من الفائدة ، وفيه تردد.**

أقول : منشأه من انه شرط يقتضي مخالفة العقد ، وكل شرط يقتضي مخالفة العقد فهو باطل ، لأن مقتضى عقد المساقاة كون الحصة من النماء دون الأصل ، فإذا اشترط من الأصل شيئا ، فهو كما لو اشترط العامل في مال القراض شيئا من رأس المال مضافا إلى حصته من الربح ، وهو باطل ، فكذا هنا ، وبه قال الشيخ وابن إدريس وفخر الدين ، وهو المعتمد.

ومن انه شرط سائع فيدخل في عموم : « المؤمنون عند شروطهم » ، وأنه كما لو اشترط شيئا غير الحصة من غير الأصل . كما لو اشترط ذهبا أو فضة أو غير ذلك . فهو جائز ، فكذا هنا.

والجواب حصول الفرق بين ان يكون الشرط من غير المال الذي يعمل به ، وبين ان يكون منه ، لأن جعل العوض الحاصل للعامل . وهو الحصة من النماء .

مقابل العمل بجميع المال المعقود عليه ، فإذا صار له جزء من الأصل لم يحصل العمل بجميع المال للملك ، وإذا لم ي عمل بجميع المال المملوك للملك لم يستحق مجموع الحصة المشترطة لا خالله بالشرط ، وهو العمل بالجميع فيبطل العقد ويكون للعامل احرة مثل عمله ، وللملك مجموع الفائدة.

قال ﷺ : ولو ساقاه بالنصف إن سقى بالناضج ، وبالثلث إن سقى بالسائل بطلت المسافة ، لأن الحصة لم تتعين ، وفيه تردد .

أقول : منشئه من أصالة الصحة وعدم حصول الجهالة لتعيين العملين والخصتين ، فائي عمل عمله كانت الحصة عليه معلومة . ومن ان الترديد بين العملين والخصتين يقتضي عدم تعيين المعقود عليه من العمل والخصة ، ومع عدم التعيين يحصل الجهالة المفضية إلى البطلان ، وهو المعتمد .

قال ﷺ : إذا استأجر أحيرا للعمل بحصة منها ، فإن كان بعد بدو الصلاح حاز ، وإن كان بعد ظهورها ، وقيل : بدو صلاحها بشرط القطع صح إن استأجره بالشمرة أجمع ، ولو استأجره ببعضها ، قيل : لا يصح لتعذر التسليم ، والوجه الجواز .

أقول : صحة الإجارة وعدمها قبل بدو صلاحها مبني على صحة البيع قبله ، فمن قال بصحته بشرط القطع قال بالصحة هنا بشرط القطع أيضا ، ومن قال بالصحة مطلقا قال بما هنا أيضا ، والمعتمد بجواز الاستئجار لها بعد الظهور ، سواء كان بالكل أو البعض ، سواء شرط القطع أو لم يشترطه ، بجواز البيع كذلك على الصحيح من المذهب .

قال ﷺ : إذا قال : ساقتك على هذا البستان بكذا على أن أساقيك على الآخر بكذا ، قيل : يبطل ، والجواز أشبه .

أقول : القائل بالبطلان الشيخ رحمه الله ، قال في المبسوط : إذا قال ساقتك

على هذا الحائط بالنصف على ان أساقيك على هذا الحائط الآخر بالثلث ، بطل ، لأنه ييعان في بيعة واحدة ، لأنه ما رضي ان يعطيه هذا النصف إلا ان يأخذ منه الآخر بالثلث ، وهكذا في البيع إذا قال : بعتك عبدي هذا بألف على ان تبيعني عبده بخمس مائة ، فالكل باطل ، لأن قوله : (على ان تبيعني عبده بخمس مائة) ، وعد من صاحب العبد فهو بال الخيار بين الوفاء وبين الترك ، والمعتمد الجواز في الموضعين البيع والمساقاة معا ، لأنه شرط سائع ، فلا مانع منه ، فان حصل الوفاء به ، وإلا كان البائع والمساقى بالخيار بين الفسخ والإمضاء ، وبه قال المصنف والعلامة.

قال عليه السلام : إذا هرب العامل لم تبطل المساقاة فإن بذل العمل عنه باذل ، أو دفع إليه **الحاكم** من بيت المال ما يستأجر عنه ، فلا خيار وإن تعذر ذلك ، كان له الفسخ ، لتعذر العمل ولو لم يفسخ وتعذر الوصول إلى **الحاكم** ، كان له أن يشهد أنه يستأجر عنه ، ويرجع عليه على تردد ، ولو لم يشهد ، لم يرجع.

أقول : المساقاة عقد لازم لا تبطل بهرب العامل ، ولكن صاحب النخل يحتاج إلى ان يرفع امره إلى **الحاكم** ليثبت عنده العقد ، فيطلب **الحاكم** ، فان وجده ألزمته العمل ، وان لم يجده وكان له مال استأجر منه من يقوم مقامه ، وان لم يكن له مال وكان في بيت المال شيء استأجر من بيت المال قرضا على العامل ، فان لم يكن في بيت المال شيء ووجد من يتطلع بإقراضه استقرض عليه ، فان لم يجد المتطلع بالإقراض ولم يتطلع المالك بالإقراض ولا بالعمل ، قال له **الحاكم** : قد تعذر العمل من جهة العامل ، فلنك ان تفسخ ، فإذا فسخ لا يخلو إما ان يكون الشمرة قد ظهرت أو لم تظهر ، فان لم تظهر بعد ، كان على المالك اجرة عمله إلى حين الفسخ ، لأنه عمل عملا غير متبرع به ولم يسلم له الحصة المشترطة ، فيكون له الأجرة ، وان كانت قد ظهرت صار شريكا فيها بنسبة حصته ، فيقال للمالك

أختار ان يبيع نصيبك من الثمرة؟ فإن قال : نعم ، بيعت في موضع يصح بيعها ، وقسمه بالقيمة على قدر الشخص ، وإن بيعت حصة العامل على مالك التخل أو على غيره .
هذا كله مع وجود الحاكم ، وإمكان الوصول اليه ، ومع غيابه أو عدم التمكن من الوصول اليه ، قال المصنف : (كان له ان يشهد أنه يستأجر عنه ويرجع عليه على تردد). ومنشئه من أنه أنفق على مال غيره بغير اذنه ولا اذن الحاكم ، فلا رجوع له لأصالة براءة الذمة .

ومن ان الرجوع هنا لمكان الضرورة ، لأنه لو لم يجز الرجوع عليه بما أنفقه مع وجوب دفع حصته اليه ، لزم الضرر المنفي ، أما لو كان الإنفاق بغير اذن الحاكم مع القدرة على استئذانه ، فإنه لا يرجع إجماعا ، وإن أشهد .

فرع : إذا لم يشهد على ان هذه النفقة دين على العامل ، ونوى ذلك في نفسه ، هل له ان يرجع عليه؟ استشكل ذلك العالمة في القواعد ، ومنشئه : من ان الإشهاد ، هل هو شرط في جواز الرجوع ، أو الشرط هو نية الرجوع ، والإشهاد لأجل الثبوت؟
الظاهر الأول ، لأن الشارع علق جواز الرجوع على استئذان الحاكم مع إمكانه ، أو الإشهاد مع عدمه ، والمشروط عدم عند عدم شرطه ، وأصالة براءة الذمة من اشتغالها بحق للغير ما لم يعلم السبب ، وهو غير معلوم ، مع عدم هذين الشرطين .

ويحتمل الرجوع بمجرد النية ، لأن الإشهاد لا يفيد إثبات حق في ذمة الغير ، وإنما فائدته إثبات عدم التبرع ، وعدم التبرع يحصل بنية الرجوع ، فالمفید للرجوع هو نية عدم التبرع ، فاذا ثبت ذلك بإقرار الخصم حاز له الرجوع ، والأول ظاهر المصنف ، لأنه أطلق عدم الرجوع مع عدم الإشهاد ، وهو اختيار

العلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد.

قال ﷺ : ومع ثبوت الخيانة هل يرفع يده أو يستأجر من يكون معه من أصل الشمرة؟ والوجه أن يده لا ترفع عن حصته من الربح ، وللملك رفع يده عما عداه ، ولو ضم الملك إليه أميناً كان أجرته على الملك خاصة.

أقول : إذا ثبت خيانة العامل إما بإقراره أو بالبينة أو بنكوله عن اليمين مع يمين صاحب النخل ، قال المصنف : (الوجه أنه لا يرفع يده عن حصته) ، ووجه هذا الوجه ان الخيانة توجب رفع اليد عن مال الغير لا عن مال نفسه .
ويحتمل رفع يده عن الجميع ، لأنه لا يتم رفع اليد عن مال الغير إلا مع رفع يده عن الجميع ، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .
والأول اختيار المصنف والعلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد .

تبنيه : صورة رفع يده عن حصة المالك مع بقائهما على حصته هو أن يضم إليه من يشاركه في العمل بمقدار حصة المالك ويكون مستولياً على حصة المالك وعملاً بها ، والعامل يختص من العمل بمقدار حصته مع اشتراك الشمرة بينهما ، ويكون استيلاء العامل الثاني على العمل بمقدار حصة المالك ، وتصرفه بها رفعاً ليد العامل الأول عنها وإن كانت لا تتميز عن حصة العامل ، ولا يتوهם أحد أن رفع يده عن حصة المالك مع بقاء حصته هو أن يقتسموا الشمرة ثم يتصرف كل واحد منها بحصته ، لأن قسمة الشمن قبل الفراغ من جميع ما يحتاج إليه من العمل غير جائز ، لأن العامل لا يستقر ملكه على حصته منها إلا بتمام العمل جميعه على وجه الشياع ، لأن من شرط صحة المسافة كون الحصة مشاعة إلى حين الفراغ من العمل ليكون التالف بينهما والباقي لهما ، فالقسمة قبل ذلك تنافي هذا الحكم ، لاحتمال تلف أحد النصيبيين أو بعضه دون الآخر فيختص الآخر بمجموع البافى أو بأكثر مما شرط له ، وهو غير جائز .

فإذا عرفت هذا فأجرة هذا الأجير من أصل الثمرة كما قاله المصنف ، لأن عمله لهما ، أما كونه للعامل فلأن جميع العمل واجب عليه ، وهذا قد عمل بعضه ، وأما كونه للملك فلأن العمل لمصلحته ليس له ما له من الخيانة ، إذ لو لا مصلحته لما جاز ضم هذا الأجير إلى العامل ، وإذا كان العمل لهما كانت الأجرة عليهما .

ويحتمل كون الأجرة من خاص العامل ، لأن العمل واجب عليه ، وقد تذرع استيفاؤه منه بسبب خيانته ، فيجب عليه بذل العوض ، وهو اجرة العامل ، وهو قوي .
أما لو ضم المالك إليه أمينا حافظا من غير أن يعمل شيئا ولا يرفع يد العامل عن شيء كانت أجرته على المالك خاصة ، لأن عمله له خاصة .

ولو عجز العامل عن القيام بالعمل أو بعضه مع كونه أمينا استؤجر من يعمل جميع العمل أو بعضه ، وكانت الأجرة من خاص العامل ، لأن مجموع العمل له .

فرع : لو لم يمكن الأمين الحفظ لكون العامل قويا باطشا لا يمكن التحرز منه رفعت يده عن الجميع ، والزم اجرة عامل يقوم مقامه ليحصل الجمع بين العمل وحفظ مال المالك .
قال عليه السلام : وقيل له الرجوع على العامل بالجميع إن شاء ، لأن يده عادية ، والأول

أشبه ، إلا بتقدير أن يكون العامل عالما به .

أقول : مذهب المصنف ، وهو الرجوع على العامل بالنصف خاصة ، وهو مذهب الشيخ في الميسوط ، لأنه لم يقبض الثمرة كلها ، وإنما كان حافظا لها نائبا عن العاصب .

وقيل : يرجع عليه بالجميع لما قاله المصنف : (لأن يده عادية) ثم يرجع على العاصب ، لأنه غرّه ، واختاره العالمة ، وهو المعتمد ، لأن الأيدي إذا تعاقبت

على المغصوب تخير المالك في تضمين من شاء.

كتاب الوديعة

٢٨٣

كتاب الوديعة

في العقد

قال عليه السلام : ولو عين له موضع الاحتفاظ ، اقتصر عليه ، ولو نقلها ضمن الا الى الأحرز أو مثله على قول .

أقول : إذا دفع إليه الوديعة لا يخلو إما أن يعين له الحرز أو لا يعينه ، بل جعل النظر إليه أو يعين حرزا ولم ينبهه عن النقل عنه أو نهاد ، وأطلق أي لم يقل : وان تلفت ، أو قال : ولا ينقلها عنه وان تلفت ، فالأقسام أربعة :

الأول : ان لا يعين موضع الحفظ ، فاذا تركها في موضع حاز له نقلها الى غيره ، سواء كان مثل الأول أو أعلى أو أدون إذا كان حرز مثلها ؛ لأن الإيداع اقتضى حفظ الوديعة في حرز مثلها ، ولذلك قد وكل النظر اليه ورضي باجتهاده حيث لم يعين موضع الحفظ ، فله الوضع حيث شاء بشرط ان يكون حرز مثلها ، ولا ضمان عليه في ذلك.

الثاني : عين الحرز ولم ينبهه عن النقل عنه ، قال الشيخ في المبسوط : فان نقلها الى ما يماثله لم يضمن ؛ لأن صاحبها رضي بأن يكون في ذلك الموضع أو مثله ، فصار كما لو استأجر أرضا ليزرعها طعاما فله ان يزرع ما يكون ضرره

مثل ضرر الطعام أو دونه.

واختاره المصنف والعلامة في القواعد ، واحتار في المختلف عدم جواز النقل والضمان به ، بناء على أن الأمر بالشيء يستلزم النهي عن ضده. هذا مع عدم الخوف عليها في ذلك الموضع الذي عيده المالك ، أما مع الخوف فإنه يجب نقلها ولو ترك النقل مع المكنة ضمن ان تلفت.

الثالث : ان يعين الموضع وينزعه من النقل إلى غيره ، ويطلق المنع ، أي لم يقل : وإن تلفت ، هذا يضمن بالنقل ، سواء كان إلى الأعلى أو الأدنى أو المثل ؛ لأن صاحبها قطع اجتهاد المستودع حيث عين الموضع ونهاه عن النقل.

ولو حصل خوف من نحب أو لص أو حريق وجوب النقل ، فلو لم ينقلها مع الخوف احتمل الضمان ؛ لأنـه كان مأمورا بالنقل ولم يفعله ، فيكون ضامنا وهو المعتمد.

ويحتمل عدم الضمان ؛ لأنـهـ المالكـ نـهـاـهـ عـنـ الـنـقـلـ ،ـ فـاـذـاـ اـمـتـشـلـ اـمـرـهـ لـمـ يـكـنـ ضـامـنـاـ.

الرابع : إذا قال : لا تنقلها وإن تلفت ، فحصل الخوف ، حاز نقلها وتركها ، ولو تلفت في أحد الوجهين فلا ضمان ؛ لأنـ الشـارـعـ أـذـنـ لـهـ بـالـنـقـلـ عـنـ الـخـوـفـ ،ـ وـالـمـالـكـ أـذـنـ لـهـ بـالـتـرـكـ عـنـ دـهـ ،ـ فـهـوـ كـمـاـ لـوـ سـلـطـهـ عـلـىـ تـلـفـهـ ،ـ فـلـاـ ضـامـنـ مـعـ اـتـابـعـ أـحـدـ الـأـمـرـيـنـ.

فرع : قال الشيخ في المسوط : إذا ادعى الوديعي النقل خوف الحريق أو النهب أو الغرق ، فإنه لا يقبل قوله إلا بالبينة ؛ لأنـ مثلـ ذـلـكـ لـاـ يـخـفـيـ ،ـ وـكـلـ مـوـضـعـ يـدـعـيـ السـرـقةـ أوـ الغـصـبـ أوـ يـقـولـ :ـ تـلـفـتـ مـنـ غـيرـ تـفـريـطـ ،ـ فـإـنـهـ لـاـ يـقـبـلـ قـوـلـهـ إـلـاـ مـعـ الـيمـينـ ،ـ وـالـفـرـقـ إـمـكـانـ إـقـامـةـ الـبـيـنـةـ عـلـىـ الـأـوـلـ دـوـنـ الثـانـيـ.

وقال العـلامـةـ :ـ يـقـبـلـ قـوـلـهـ مـطـلقـاـ ،ـ سـوـاءـ اـدـعـىـ أـمـرـاـ خـفـيـاـ أوـ ظـاهـراـ ،ـ لـمـ رـوـاهـ

الحلي في الحسن ، عن الصادق عَلَيْهِ الْكَفَافُ « قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤمنان » ^(١).

قال ﷺ : **ولو كان الغاصب مزجها ماله ، ثم أودع الجميع فإن لم يكن المستودع تميز المالين رد عليه ماله ومنع الآخر ، وإن لم يمكن تميزهما وجب إعادتهما على الغاصب.**

أقول : هذه المسألة مخالفة للأصل ، لأنها تتضمن دفع مال الغير إلى غير مالكه مع كونه غاصبا ، وهو غير جائز إلا أن عمل أكثر الأصحاب على ذلك.

قال ابن إدريس : ولو كانت الوديعة من حلال وحرام لا يتميز أحدهما عن الآخر رد جميعها إلى المودع متى طلبها بدليل إجماع أصحابنا. فقد ظهر أن المسألة إجماعية ، والعلامة حكم في القواعد بما هو فتوى الأصحاب ، ثم استشكل ذلك.

قال فخر الدين : منشئه من قول الأصحاب ، ثم نقل قول ابن إدريس هذا الذي نقلناه ، ثم قال : ومن أنه رد الغصب إلى الغاصب وهو لا يجوز ، والأولى رده إلى الحاكم. هذا كلامه عليه السلام ، ولا بأس بالعمل على ما اجتمعت عليه الأصحاب ، لأن الإجماع حجة.

(١) الوسائل : كتاب الوديعة ، باب ٤ ، حديث ١.

في اللواحق

قال ﷺ : إذا أنكر الوديعة أو اعترف وادعى التلف أو الرد ولا بينة ، فالقول قوله ، وللمالك إخلافه على الأشبه ، أما لو دفعها إلى غير المالك وادعى الإذن (فأنكر ، فالقول قول المالك مع يمينه ، وان صدقه على الاذن)^(٢) لم يضمن وان ترك الاشهاد على الأشبه.

أقول : في هذا الكلام مباحث :

الأول : إذا ادعى عليه الوديعة فأنكر ، كان القول قوله مع اليمين بلا خلاف ، لقوله **عليه السلام :** « البينة على المدعي واليمين على من أنكر »^(٣).

الثاني : إذا اعترف بالوديعة ثم ادعى التلف كان القول قوله ، وظاهر المصنف قبول قوله مطلقا ، كما هو مذهب العلامة . والشيخ فرق بين ان يدعى التلف بسبب ظاهر كالنهب والحرق والغرق ، وبين ان يدعى بسبب خفي كالسرقة وما شابه ذلك ، وحكم بعدم قبول قوله بالأول من غير بينة ، لإمكان إقامتها على

(٢) ما بين القوسين لم يرد في الشرائع.

(٣) المستدرك ، باب ٣ من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعاوى ، حديث ٤ .

ما يدعى ، ولقبوها بالثاني من غير بينة مع اليمين ، وقد أشرنا الى ذلك فيما مضى.

الثالث : إذا اعترف بالوديعة ثمَّ ادعى الرد ، قال المصنف فالقول قوله ، وللمالك إخلافه على الأشبه ، وظاهر قوله : (على الأشبه) عائد إلى احتمال عدم إخلافه ، وليس كذلك ، لأنَّه لا خلاف في إيجاب اليمين عليه على القول بأنَّ القول قوله ، بل عائد إلى قوله : (فالقول قوله على الأشبه وللمالك إخلافه).

إذا عرفت هذا : فالقول بأنَّ القول قوله هو المشهور بين الأصحاب ، وعليه فتوى الجميع وان استشكله بعضهم بعد الفتوى ، لاحتمال ان يكون القول قول المالك ، لأنَّه منكر ، وقد قال عَلَيْهِ الْمُبَارَكَةُ : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ^(٤) ، ولم أجده قائلاً بهذا الاحتمال ، بل الفتاوى متطابقة على ان القول قول الوديعي ، لأنَّه أمين قبض المال لمصلحة المالك ، فيكون قوله مقبولاً بالرد ، وهو المعتمد.

تبصيه : إنما يقبل قوله بالرد على من ائمنه خاصة ، أما لو مات المالك فادعى الوديعي الرد على وارثه لم يقبل إلا بالبينة ، لأنَّه غير أمين للوارث ، وكذا لو مات الوديعي فادعى وارثه الرد على المالك ، لأنَّه لم يكن أميناً للمالك ، ولو أراد السفر فأودعها ثقة لتعذر المالك والوكيل والحاكم ، فادعى الثقة ردها على المالك لم يقبل إلا ببينة لما قلناه ، ولو ادعى من ردها إلى المستودع الأول ، قبل قوله مع اليمين ، لأنَّه ادعى على من ائمنه ، ولو ادعى من طير الريح ثوباً إلى داره رده إلى مالكه لم يقبل إلا بالبينة ، لأنَّه لم يكن أميناً له باختياره.

ولو قال المالك : (إذا سافرت أو دعها فلاناً) ، فأودعه ، فادعى الرد على المالك قبل قوله مع اليمين ، لأنَّه ادعى الرد إلى من ائمنه ، ولو ادعى دفعها إلى المستودع الأول لم تقبل إلا بالبينة ، لأنَّه لم يكن أميناً له ، بل هو أمين للمالك.

(٤) تقدم ص ٢٨٩.

وإذا ادعى الاذن بالدفع الى غيره فصدقه على الاذن وأنكر الدفع ، قال المصنف : (لم يضمن وان ترك الاشهاد على الأشبه) ، واحتاره العلامة في القواعد ، لأنه قال : ولو صدق الإذن وأنكر التسليم فكدعوى الرد أي كدعوى الرد على المالك ، وقد اختار ان القول قول المستودع في الرد ، وجزم في التحرير بعدم الضمان وان ترك الاشهاد ، ووجهه كونه أمينا ، والاحتمال الوارد في دعوى الرد على المالك وارد هنا ، فلهذا قال : (على الأشبه).

وفرق الشيخ بين ان يكون الأمر بالدفع الى الغير على سبيل الإيداع له ، وبين ان يكون على سبيل الإبقاء ، وقوى في الأول عدم الضمان مع ترك الاشهاد ، وحكم في الثاني الضمان مع تركه ، لأن الإذن بقضاء الدين للبراءة منه ، وهي لم تحصل بدون الإشهاد ، بخلاف الوداعة فإنها مبنية على الإخفاء ، ولا يشترط الإشهاد.

قال ﷺ : إذا أقام المالك البينة على الوديعة بعد الإنكار فصدقها ثمَّ ادعى التلف قبل الإنكار لم تسمع دعواه (وعدم قبول بيته)^(٥) ، لاشتغال ذمته بالضمان ، ولو قيل : تسمع دعواه وتقبل بيته كان حسنا.

أقول : عدم سماع دعواه وعدم قبول بيته مذهب الشيخ رحمه الله ، لأنه بإنكار الوديعة مكذب لدعوى الملاك ولا تقبل هذه الدعوى ، وإذا كانت الدعوى غير مسموعة لم تقبل البينة بها ، لأن البينة فرع الدعوى.

وقال ابن الجنيد : يقبل دعواه ، لأن إنكاره يجوز ان يكون عن سهو أو نسيان. والمعتمد ان كان صورة الإنكار نفي الإيداع لا تقبل دعواه ولا يسمع بيته.

قال ﷺ : إذا اعترف بالوديعة ثمَّ مات ، وجهلت عينها ، قيل : تخرج

(٥) لم يرد في الشرائع.

من أصل تركته ، ولو كان له غرماء وضاقت التركة حاصلهم المستودع ، وفيه ترد .

أقول : إذا حضرته الوفاة وعنه وديعة كان حكمها كما لو أراد السفر وعنه وديعة ، وهو ردها إلى مالكها أو وكيله ، فان فقدهما فالى الحاكم ، فان تعذر الجميع وجب عليه إظهار أمرها والإشهاد عليها والإيصاء بها إلى الثقة ليدفعها إلى صاحبها ، فان لم يفعل ذلك يكون قد أتلفها على صاحبها ، لانتقال التركة إلى الورثة بالموت ، وقولهم مقبول بعدم الوديعة فلو لم يوص كأن ضامنا ، وكذلك لو اوصى الى الفاسق .

إذا عرفت هذا فإذا اعترف بالوديعة ووصفها بصفتها المميزة لها عن غيرها ثم مات ، وجهلت عينها ، هل يخرج من أصل تركته ويكون صاحبها شريكا للغرماء لو كان عليه ديون؟ تردد المصنف في ذلك ، والظاهر ان تردد المصنف من احتمال الضمان وعدمه . وجده الضمان انه اعترف بوجود الوديعة عنده ، والأصل بقاوها ، وجهل عينها لا يوجب عدم الضمان ، لعموم قوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » ^(٦) .

ووجه احتمال عدم الضمان ان الوديعي أمين لا يضمن إلا مع التعدي أو التفريط ، والأصل عدمه لاحتمال تلف الوديعة من غير تفريط ، والأصل براءة الذمة . واعلم ان العالمة ذكر هذه المسألة في موضوعين من القواعد ، قال في الأول : أما لو قال : (عندي ثوب) ولم يوجد في التركة ثوب ، لم يضمن تنزيلا على التلف قبل الموت على إشكال ، وفي الثاني : لو مات المستودع ولم توجد الوديعة في

(٦) المستدرك ، كتاب الوديعة ، باب ١ وجوب أداء الأمانة ، حديث ١٢ .

تركته ، فهي والدين سواء على اشكال ، فعميد الدين رحمه الله لم يفرق بينهما ، وجعل منشأ الإشكال فيهما من احتمال الضمان وعدمه ، وفخر الدين رحمه الله فرق بينهما ، وجعل منشأ الإشكال في الأول من احتمال الضمان وعدمه ، وجعل موضوعها أصل الضمان ، وجعل موضوع الثانية كيفية الضمان ، بمعنى ان الوديعة ، هل تقدم على الدين ويخرج قيمتها أو لا والنقص يدخل على الغرماء أو حكمها حكمه؟ ثم اختار تقديمها عليه لتعلقها بعين التركة كالرهن.

ولمانع ان يمنع حجة فخر الدين ، لأن الدين متعلق بعين التركة أيضا بلا خلاف ، وإنما الخلاف في صفة تعلقه ، هل هو كتعلق الدين بالرهن أو كتعلق الأرش برقبة الجاني؟ وإذا ثبت ان الدين متعلق بالتركة فلا ترجح ، والقياس على الرهن باطل ، لأن تقدم صاحب الرهن لتعلق حقه بعين مشخصة مميزة عن غيرها ، بخلاف الوديعة ، لأنها غير متميزة ولا مقطوع بيقائهما فافتقدا ، فكما لو كان الرهن مقبوضا بيد المالك ثم مات ولم يوجد في التركة فإنه لا يختص بقيمتها فكذا في الوديعة ، وهذا ظاهر لا يحتاج إلى تأمل.

وقطع العالمة في التحرير بمشاركة الغرماء من غير تردد ، وهذا الحكم مختص فيما إذا اعترف بالوديعة حال موته إذا قامت البينة انه مات وهي عنده.

اما لو كان عنده وديعة حال حياته ، ثم مات ولم يعترض بها ، ولا قامت البينة بأنه مات وهي عنده ، هل يكون ضامنا لها؟ استشكله في القواعد والتحرير ، من عموم قوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » ^(٧) ، ومن أصالة البراءة ما لم يتحقق السبب ، وهو غير متحقق.

فروع :

الأول : لو وجد كيس مختوم في التركة وعليه مكتوب : بأنه وديعة فلان ، لم

(٧) ص ٢٩٢ المصدر المتقدم.

يجب تسليمه اليه إلا بالبينة ، لاحتمال ان يكون اشتراه من مالكه ، وترك العالمة عليه.

الثاني : لو قال : (عندى ثوب وديعة) ، ولم يصفه ، وفي تركته أثوابا ، كان ضامنا

لتغريمه بعدم التمييز ، فهو كما لو خلط الوديعة بغيرها.

ولو وجد في التركة ثوب واحد احتمل تنزيل الوصية عليه ، ويجب دفعه الى الموصى له

، ويحتمل الضمان لعدم التبيين ، وعدم وجوب دفع الثوب الموجود ، لاحتمال ان يكون غير

الموصى به ، وهو قوي.

الثالث : يجب ان يميزها حالة الوصية ، إما بالإشارة إلى عينها بحضور الشهود ، أو

بذكر الجنس والوصف الرافع للجهالة ، فلو قال : (عندى وديعة) ، ولم يميزها بما ذكرناه

فهو كما لو لم يوص لعدم الفائدة حينئذ ، ويكتفى ذكر الجنس من دون الوصف ، ويكتفى

الإشارة وان لم يذكر الجنس والوصف.

قال ﷺ : إذا فرط واختلفوا في القيمة ، فالقول قول المالك مع يمينه ، وقيل : القول

قول الغارم مع يمينه ، وهو أشبه.

أقول : قال الشيخان : القول قول المالك ، لأن المستودع صار خائنا ، فلا يكون

قوله مسموعا. وقال أبو الصلاح : القول قول المستودع. وبه قال ابن حمزة وابن إدريس ،

واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لأنه غارم ، والأصل براءة ذمته.

٢٩٥ كتاب العارية

كتاب العارية

في المستعير

قال عليه السلام : ولو استعار من الغاصب وهو لا يعلم ، كان الضمان على الغاصب ، وللملك إلزم المستعير بما استوفاه من النفقة ، ويرجع على الغاصب ، لأنه أذن له في استيفائها بغير عوض ، والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب .

أقول : يحتمل تعلق الضمان بالغاصب حسب وليس للملك أن يرجع على المستعير بشيء مع جهله بالغاصب ، لأنه تصرف تصرفاً مشروعاً في ظاهر الشرع ، فلا يتعقبه ضمان ، وإلا لزم تكليف العاقل ، وهو محال ، المعتمد كونه خيراً بتضمين المنافع والعين مع تلفها بين أن يضمن الغاصب أو المستعير ، لأن كل يد تترتب على الغاصب يد ضمان ، فان ضمن الغاصب لم يرجع على المستعير مع جهله ، ويرجع عليه مع علمه ، ولو ضمن المستعير لم يرجع على الغاصب مع علمه ، ويرجع عليه مع جهله ، لأنه غيره .

فرع : إذا استعار من الغاصب وهو جاحد بالغاصب استقر الضمان على الغاصب ، لأنه لو رجع على المستعير رجع المستعير على الغاصب ، فلو كانت العين ذهباً أو فضة أو شرط الغاصب الضمان على المستعير ، هل يستقر الضمان على

المستعير مع جهله؟ يتحمل ذلك ، لأنه دخل على انه ضامن ، ويتحمل العدم لظهور فساد الشرط لوقوعه من غير المالك ، وال fasad لا يترب عليه اثر ، والضمان أثر الشرط ، وقد بان فساده.

والمعتمد استقرار ضمان العين ان تلتفت على المستعير ، لأنه دخل على ان يكون ضامنا لها مع التلف ، وقد حصل ، فلا يكون مغرورا.

وأما ضمان المنافع ونقص العين بالاستعمال ، فهو يستقر على الغاصب ، لأن المستعير دخل على عدم الضمان فيهما.

في العين المعاشرة

قال عليه السلام : ويصح استعارة الأرض للزرع والغرس والبناء ، ويقتصر المستعير على القدر المأذون فيه ، وقيل : يجوز ان يستبيح ما دونه في الضرر ، كأن يستعير أرضا للغرس فيزرع ، والأول أشبه .

أقول : قال ابن إدريس : فإذا أذن صاحب الأرض للمستعير في الغراس أو البناء ، فزرع حاز ، لأن ضرر الزرع أخف من ضرر ما اذن فيه . وهو اختيار العلامة في القواعد ، قال : ولو أذن له في زرع الحنطة تخطى إلى المساوي والأدون لا الأرض .

والمصنف اقتصر على مورد الإذن ، لأن التصرف في مال الغير بغير اذنه غير جائز ، وإذا تصرف في غير المأذون فيه يصدق عليه انه تصرف بمال الغير بغير اذنه .

تبينه : لا يجب في العارية تعين جهة الانتفاع وان تعددت وتفاوتت ، فاذا أعاره أرضا وأطلق ، حاز البناء والغرس والزرع ، وان عين الغرس وأطلق غرس ما شاء من الأشجار والنخل ، ولا يجوز البناء لاختلاف ضررها ، لأن

ضرر الغراس تحت الأرض أكثر لانتشار عروقه في الأرض ، وضرره فوق الأرض أقل من البناء ، لأنه يمكن الزرع تحته ، والبناء بالعكس ، لأنه لا يمكن الزرع تحته فيكون ضرره فوق الأرض أكثر وليس له عروق تمتد تحت الأرض ، فيكون ضرره تحت أقل.

ولو أذن في الزرع وأطلق ، زرع ما شاء وليس له الغرس ، وإذا انتهى الزرع لم يكن له أن يزرع غيره إلا بإذن جديد ، قال في التذكرة : وفيه نظر ، لأن المستعير الانتفاع بالعارية المطلقة ما لم ينبهه المالك.

قال ﷺ : ولو أذن له بالبناء والغرس ، ثم أمره بالإزالة ، وجبت الإجابة ، وكذا في الزرع ، ولو قبل إدراكه على الأشبه ، وعلى الآذن الأرش.

أقول : فرق الشيخ وابن إدريس بين الزرع وبين البناء والغرس ، وجوز الرجوع في إذن البناء والغرس بعد الفعل ، لأنهما للتأييد ، فلا يجب على المعير الصبر في ذلك ، ولم يجوز الرجوع في إذن الزرع بعده قبل انتهائه ، لأن له وقتاً ينتهي إليه ، فلا يجوز الرجوع قبله ، لما في ذلك من الضرر على المستعير.

والمصنف اختار عدم الفرق ، وهو مذهب العلامة وابنه ، لأن العارية ليست لازمة ، فللمعير الرجوع متى شاء والضرورة تزول ببذل الأرش ، وهو التفاوت بين قيمته قائماً وبين قيمته مقلوعاً.

والتحقيق : انه لا يخلو اما ان يكون الرجوع في الاذن قبل الفعل أو بعده ، فان كان قبل الفعل ، ثم زرع أو غرس أو بني بعد ذلك ، كان حكمه حكم الغاصب إذا كان عالماً بالرجوع ، ولو لم يعلم بالرجوع فبني أو غرس أو زرع بعده ، فهل للمالك الإزالة من غير أرش؟ يبني على ان المأذون في أمر ، هل يبطل تصرفه مع رجوع الإذن وان لم يعلم المأذون له بالرجوع؟ يأتي ذلك إنشاء الله تعالى في باب الوكالة ^(١).

(١) يأتي ص ٣٣٩.

والمعتمد عدم وجوب الإزالة من غير أرض ، وإلا لزم تكليف العاشر وهو محال ، وإن كان الرجوع بعد الفعل ، فلا يخلو إما أن يقيد الإذن بمدة معلومة أو لا ، وعلى التقديرين إما أن يشترط القلع بعد انتهاء المدة في صورة تقديرها ، أو متى شاء في صورة عدم التقدير ، أو لا يشترط القلع ، فالألقاس أربعة :

الأول : إن لا يعين مدة ولا يشترط القلع ، وهذا لا خلاف في جواز القلع ، وإنما الخلاف في استحقاق الأرض ، قال قوم : لا يجب الأرض ، لأن له المطالبة بتغريم ملكه متى شاء ، لأنه غير مستحق للبقاء ، والعارية لا يتعقبها ضمان ، وقيل : ليس له الإزالة إلا مع ضمان الأرض ، لأنه غرس مأذون فيه ، وفي الإزالة ضرر على مالكه ، فيجب الأرض على المزيل ، لأنه لتغريم ملكه ، وهو المعتمد.

فرع : لو اختار المستعير القلع وكره المالك ذلك ، كان له القلع إجماعا ، وهل عليه طم الحفر؟ يحتمل ذلك ، لأنه نقص ادخله على مال الغير من غير اذنه لتخليص ماله ، فكان عليه أرضه ، وهو طم الحفر ليبعد الأرض كما كانت.

ويحتمل العدم ، لأن المالك لما إعارة الأرض للغرس مع علمه ان له أخذ غروسه متى شاء ، وذلك تشویش الأرض وحرفها كان ذلك إذنا في القلع ، فلا يجب عليه الطم.

الثاني : إن لا يعين مدة ويشترط القلع متى شاء ، وهنا لا يجب على المالك أرض الغرس ولا على المستعير طم الحفر ، لأن المستعير دخل على انه متى امره المعير بالإزالة أزاله ، وهو يعلم ان ازالته تقتضي نقص الغرس ، والمعير أذن في ذلك مع علمه ان الإزالة تقتضي تشویش الأرض ، فهو كما لو أعاره ثوبا فلبسه حتى خلق ثم رده عليه ، فكما لا يضمن ما نقص من الثوب بالاستعمال لعلم المعير بالنقص ، كذلك لا يضمن نقص الأرض بالحفر لعلم المعير به.

الثالث : ان يتقييد الإذن ^(١) بمدة معلومة ولا يشترط القلع بعدها ، وهنا هل يجوز القلع قبل انتهاء المدة؟ قال الشيخ وابن الجنيد لا يجوز ، وقال العالمة بجاوز ، وهو ظاهر المصنف ، لأنه أطلق ذلك لكن بشرط الأرش ، وهو التفاوت بين قيمته مقلوعاً وقيمته قائماً إلى انتهاء المدة ، وأما بعد انقضاء المدة فلا خلاف في جواز القلع ، وإنما الخلاف في الأرش. واحتار العالمة في القواعد والتحرير وجوب القلع مجاناً ، ولو اختار المالك الإزالة قبل انتهاء المدة أو بعدها ، كان له ذلك ، وهل يجب عليه طم الحفر؟ سبق احتمال ذلك في الفرع السابق ، والمعتمد وجوبه ، لأنه نقص دخل على مال الغير لتخليص ماله.

الرابع : ان يقييد بمدة معلومة ثم يشترط القلع بعدها ، وهنا لا يجب أرش نقص الغرس ، ولا يجب طم الحفر سواء اتفقا على القلع بعد انقضاء المدة أو اختلفا ، لاتفاقهما عند الاذن على ذلك ، فلا يؤثر اختلافهما بعده.

قال ﷺ : ولو أغاره حائطاً ليطرح خشبة ، وطالبه بالإزالة كان له ذلك ، إلا أن تكون أطرافها الآخر مثبتة في بناء المستدير فيؤدي إلى خرابه ، وإجباره على إزالة جذوعه عن ملكه ، وفيه تردد.

أقول : منشئه مما قاله المصنف ، ومن ان العارية عقد جائز ، لكل منهما الرجوع ، والنقص الذي يدخل على ملك الغير يجير بالأرش. وعدم جواز الإزالة مذهب الشيخ وابن إدريس ، وجوازها مع ضمان الأرش مذهب العالمة ، وهو المعتمد.

قال ﷺ : ولو اذن له في غرس شجرة ، فانقلعت جاز أن يغرس غيرها استصحاباً للإذن الأول ، وقيل : يفتقر إلى إذن مستأنف ، وهو أشبه.

(١) في «ن» و«ر ٢» : الأول.

أقول : المعتمد عدم جواز الغرس إلا بإذن جديد : لأن الإذن لم يتناول غير تلك الشجرة المعينة ، وهو اختيار المصنف والعلامة ، أما لو انقلعت الشجرة المأذون في غرسها في غير الوقت المعتاد قلعلها فيه ، فله أن يغرسها ثانياً من غير إذن إن كانت صالحة للغرس .

في الأحكام المتعلقة بها

قال رحمه الله : ويجوز للمستعير ان يبيع غروسه وأبنيته في الأرض المستعارة للمعير ولغيره ، على الأشبه .

أقول : قوى الشيخ رحمه الله عدم جواز بيعها على غير مالك الأرض لعدم إمكان التسليم ، وهو مبني على عدم دخول صاحب الغرس اليه بعد رجوع المعير في العاربة ، فيمتنع التسليم حينئذ ، والمصنف والعلامة جواز البيع بناء على جواز الدخول إذا كان لمصلحة الغرس كالسقي والتلقيح ، فإن اتفقا على بيع الأرض والغراس معاً بثمن واحد ثم يقسط على القيمتين ، فيقال : كم قيمة هذه الأرض لو بيعت منفردة عن الغراس مع كون الغراس فيها إلى أن يموت؟ فإذا قيل : مائة مثلاً ، قيل : كم قيمة هذا الغراس لو بيع منفرداً عن الأرض مع استحقاقه للبقاء في الأرض إلى حين يموت ويستقلع؟ فإذا قيل : خمسون مثلاً ، قسط الثمن على القيمتين ، وكان لكل منهما قيمة حقه .

ولو بيع الغرس منفرداً عن الأرض قوم مستحقة للبقاء في ملك الغير حتى يستقلع ، وإذا امتنعاً من البيع وامتنع المعير من بذل الأرش في موضع يجب عليه بذلك عند ارادة القلع ، كان للمعير الدخول إلى أرضه والاستظلال بالشجر دون

الانتفاع به من ربط دابة وغيرها ، وله الانتفاع بالأرض كيف شاء ، وهل للمستعير الدخول إلى شجره؟ يقول ان كان الدخول للتفرج والتنزه منع منه قطعا ، لأن الأرض ملك لغيره ، وقد رجع في إعارتها ، فلا يجوز الدخول إليها لغير حاجة.

وان كان اراده الدخول لسقي الغرس وتلقيح النخل وجذاذ الشمرة ، ولقطع الرطب وما شاكل ذلك ، هل يجوز له ذلك أم لا؟ قوى الشيخ رحمه الله عدم الجواز ، لأن المعير قد رجع في العارية فيبطل حكمها ، إلا في مغارات الشجر خاصة لتعلق حق المستعير بها حتى يقلع .
ونص العالمة على جواز الدخول ، لأن مالك الأرض لما أعارها للغراس مع علمه ان الغراس يقر في أرضه وهو يفتقر إلى السقي والتلقيح والجذاذ وغير ذلك تضمن اذن المستعير الدخول لذلك ، والا تضرر المستعير ، وقد قال عليه السلام : « لا ضرر ولا إضرار » ^(١) ، وهذا هو المعتمد.

قال رحمه الله : ولو قالراكب : أعرتنيها ، وقال المالك : اجرتكها ، فالقول قول الراكب ، لأن المالك مدعى الأجرة ، وقيل : القول قول المالك في عدم العارية ، فإذا حلف سقطت دعوى الراكب ، ويثبت عليه أجرة المثل لا المسمى ، وهو أشبه.

أقول : القول بأن القول قول الراكب ، هو قول الشيخ رحمه الله لاتفاقهما على إباحة المنفعة ، والأصل براءة الذمة من وجوب الأجرة ، والقول بان القول قول المالك فيحلف ويرجع الى أجرة المثل هو قول ابن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة في التحرير .
واختار في القواعد والمختلف انما يتخالفان ويثبت له الأقل من اجرة

(١) الوسائل ، كتاب الشفعة ، باب ٥ ، حديث ١.

المثل وما ادعاه ، هذا وإذا كان التنازع بعد استيفاء المنافع أو بعضها ، أما لو كان قبل استيفاء شيء من المنافع كان القول قول المستعير ، لأصلالة عدم العقد.

قال عليه السلام : لو فرط في العارية كان عليه قيمتها يوم التلف ، إذا لم يكن لها مثل ، وقيل

ـ أعلى القيم من حين التفريط إلى وقت التلف ، والأول أشبه.

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في إن المضمون هل هو القيمة يوم التلف أو أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف؟ المشهور الأول ، لأن العين ما دامت باقية لا يجب غير ردها ولا ينتقل إلى القيمة إلا مع التلف ، فيكون الواجب قيمتها يوم ضمانها بالقيمة ، وهو يوم التلف.

وقيل : أعلى القيم من يوم التفريط إلى يوم التلف ، لأنه من حين التفريط صار قبهه مضمونا عليه كالغاصب ، لأنها بعد التفريط مضمونة عليه في جميع الحالات ، ومن جملتها الحالة العليا.

الثانية : فيما إذا اختلفا في القيمة ، قال الشيخان وسلام وابن حمزة وابن البراج : القول قول المالك ، لأن المستعير صار خائنا بالتفريط فلا يكون قوله مقبولا . وقال ابن إدريس : القول قول المستعير ، لأنه منكر به ، واختاره المصنف والعلامة ^(٣) ، وهو المعتمد.

فروع :

الأول : لو كانت العين مضمونة لا للتفريط ، بل للشرط ثم تلفت واحتللا في القيمة كان القول قول المستعير قطعا لعدم الخيانة ، لأن حجة القائل بأن القول قول المالك صيرورة المستعير خائنا بالتفريط ، فلا يكون قوله مسموعا ، وهذه الحجة منافية هنا ، إذ التقدير انه لم يفرط ، وإنما ضمن لاشترط الضمان عليه.

(٣) لم ترد في « ر ٢ ».

الثاني : لو نقصت العين بالاستعمال ثم تلفت ، وكانت مضمونة عليه لاشترط الضمان أو للتفريط ضمن قيمتها يوم التلف دون ما نقص بالاستعمال ، لأنه مأذون فيه ، إلا على القول بأن المفرط يضمن أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف.

الثالث : لو تلفت العين بالاستعمال كثوب أبلاه اللبس ، احتمل عدم الضمان لاستناد التلف إلى فعل مأذون فيه ، ويحتمل الضمان لانصراف الإذن غالبا ، إلى استعمال غير متلف ، فعلى هذا يضمن قيمة آخر حالات التقويم ، وهي القيمة التي لا يفرض له بعدها قيمة.

الرابع : إذا استعار شيئاً ليرهنه حاز و كان مضموناً على المستعير وان لم يشترط المعير ضمانه ، ولا فرط المستعير ، لأنه معرض للتلف ، وأنه ربما يبع بدينه فكان عوضاً عن دينه ، فيكون مضموناً عليه ، نص الأصحاب على ذلك ، وذكره العالمة في كتاب الرهن من القواعد والتحرير ، وقال في كتاب العارية من التحرير : ولو تلف من غير تفريط لم يكن على أحدهما ضمانه ، يعني الراهن والمرتهن ، والعمل على الأول .

إذا عرفت هذا فان عين المعير قدر الدين أو جنسه أو عين المرتهن أو الحلول أو الأجل لم يجز المخالفه ، فإن خالف كان للمعير فسخ الرهن وانتزاع رهنه ، وان عين أجلا فرهنه إلى أقل منه يكون قد خالف أيضاً ، لأنه ربما لم يوجد ما يفتكه عند ذلك الأجل القريب ، فيتسلط المرتهن على العين ، بخلاف ما لو عين قدرها فرهنه على أقل منه ، لأنه من رضي بالأكثر يكون قد رضي بالأقل ، وان لم يعين شيئاً كان ذلك تفويفاً إلى المستعير فيرهنه على ما شاء إلى أي أمد شاء ، وليس له المطالبة قبل الأجل ، لأنه المالك إذن بعقد لازم ، فليس له المطالبة بغير اختيار المتعاقدين.

كتاب الإجارة ٣٠٩

كتاب الإجارة

في عقد الإجارة

قال عليه السلام : والعبرة الصريحة عن الإيجاب : آجرتك ، ولا يكفي : ملكتك ، أما لو قال : ملكتك سكني هذه الدار سنة مثلا ، صح ، وكذا أعرتك ، لتحقق القصد إلى المنفعة ، ولو قال : بعترك هذه الدار ونوى الإجارة لم يصح ، وكذا لو قال : بعترك سكنها سنة لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان ، وفيه تردد .

أقول : للإجارة عبارتان صريحتان : آجرتك وأكريتك ، بأيهما اتى انعقدت الإجارة إجماعا ، وكذا لو قال : ملكتك سكني هذه الدار سنة بكذا .

ولو قال : أعرتك هذه الدار سنة بكذا ، هل يصح ذلك؟ جزم المصنف بالصحة ، قال : (لتحقق القصد إلى المنفعة) ، وجزم العلامة بعدم الصحة ، واستشكل في التحرير ، المعتمد عدم الصحة لأصالة بقاء الملك على مالكه ، وإنما ينتقل عنه مع تحقق الناقل وهو اللفظ المتفق عليه ، ولفظ العارية موضوع لنقل المنافع بغير عوض نقاًلا غير لازم ، ولفظ الإجارة موضوع لنقل المنافع بغير عوض نقاًلا لازما ، فلا يفيد كل منهما حكم الآخر .

ولو قال : بعترك سكنها ، تردد المصنف في الصحة وعدتها ، من ان

الإجارة تمليك المنافع ببعض ، والبيع موضوع نقل الأعيان والمنافع ، فلا مانع من استعماله في نقل المنافع منفردة عن الأعيان ، ومن أنه لفظ موضوع نقل الأعيان ، والمنافع تبعاً لها ، فلا يجوز استعماله في نقل المنافع خاصة ، لأصالحةبقاء الملك على مالكه ما لم يعلم السبب الناقل ، والعقود متلقاة من الشرع ، فيجب الاقتصار على مورد الاذن فيها ، وهو المعتمد.

قال عليه السلام : **وهل تبطل بالموت؟ المشهور بين الأصحاب نعم ، وقيل :** لا تبطل بموت المؤجر ، وتبطل بموت المستأجر ، **وقال آخرون :** لا تبطل قموم أحددهما ، وهو الأشباه.

أقول : الإجارة من العقود الالزمة التي لا تبطل إلا بالتقايرل^(١) ، أو بأحد الأسباب الموجبة للفسخ ، كتجدد العيب المانع من الانتفاع كغرق الأرض وانهدام الدار وما شابه ذلك ، ولا تبطل بالبيع ، بل يتخير المشتري مع عدم العلم ، ولا تبطل بالعذر ، كما لو أكرى جملاً للحج ثم بدأ له أو مرض ولم يخرج ، لم يكن له فسخ الإجارة ، وكذا لو استأجر دكاناً للتجارة ثم تلف قماشه فليس له فسخ الإجارة ، وكذا لو أجر جمله للحج ثم بدأ للمؤجر ، أو أجر دكانه أو داره وأراد السفر ثم بدأ له عن السفر ، لم يكن له فسخ الإجارة في هذه الموضع وما شاكلها. **وقال أبو حنيفة :** يفسخ بمثل هذه الأعذار.

ولو حصل الخوف في الطريق كان لكل من المؤجر والمستأجر الفسخ حذراً من التغريب ، سواء كان الخوف على النفس أو المال لوجوب حفظهما ، وعدم جواز التغريب فيهما. **وهل الموت موجب للفسخ؟ اختلف الأصحاب في الموت على ثلاثة أقوال :**

(١) في « ر ٢ » : إلا بالموت أو التقابل.

الأول : البطلان بالموت من أيهما اتفق ، وهو مذهب الشيخ وسلاط ابن البراج وابن حمزة ، لتعذر استيفاء المنفعة ان كان الموت للمؤجر ، وتعذر استيفاء الأجرة ان كان الموت للمستأجر ، أما تعذر استيفاء المنفعة ، لأن المستأجر استحق استيفاءها على ملك المؤجر ، وبالموت ينتقل إلى الورثة ويحدث المنافع على ملوكهم ، فلا يجوز استيفاء ما ليس بملك المؤجر ، وأما تعذر استيفاء الأجرة ، لأنه استحق من مال المستأجر وبالموت تنتقل التركة إلى الورثة ، وأنه ربما كان غرض المالك تخصيص المستأجر لتفاوت الأغراض بتفاوت المستأجرين ، وقد تعذر ذلك بالموت ، فتبطل الإجارة.

الثاني : بطلاقها بموت المستأجر دون موت المؤجر ، نقله الشيخ في المبسوط والخلاف عن الأصحاب ، وقال في المبسوط : وهو الأظهر عندهم ، أي عند الأصحاب ، ووجهه ما قلناه أولاً : من انه ربما كان غرضه تخصيص المستأجر دون غيره لتفاوت الأغراض بتفاوت المستأجرين .

الثالث : عدم البطلان بالموت مطلقاً ، وهو مذهب السيد المرتضى وابي الصلاح وابن إدريس ، واحتاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لأن الإجارة عقد ناقل بالإجماع ، وقد اقتضى نقل المنافع إلى المستأجر مدة الإجارة ونقل الأجرة إلى المؤجر ، والأصل البقاء ، والموت لا يسقط حق الغير المتعلق بمال الميت ، ويكون المنتقل إلى الورثة العين مسلوبة المنافع مدة الإجارة ان كان الموت للمؤجر ، وبمجموع التركة مع استحقاق الأجرة فيها ان كان الموت لل المستأجر ، وتكون الأجرة دينا على المستأجر ، وينتقل حق الميت إلى وارثه .

ولو آجر البطن الأول الوقف ثم انقضوا قبل انتهاء المدة ، استقرب العلامه بطلان الإجارة ، لأن البطن الثاني يتلقى الوقف عن الواقع لا عن البطن الأول ، فالبطن الأول قد انقضت مدعى لهم لانقضائهم ، وصار الملك الى غيرهم من

غيرهم ، بخلاف الوراث فإنه يتلقى الملك عن الميت.

قال ﷺ : والعين المستأجرة أمانة لا يضمنها المستأجر إلا ببعد أو تفريط ، وفي

اشترط ضمانها من غير ذلك تردد. أظهره المنع.

أقول : إذا شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين المستأجرة ، هل يصح هذا الشرط؟ تردد المصنف من عموم قوله عليه السلام : « المؤمنون عند شروطهم »^(٢) ، وأنه شرط سائغ فيجب الوفاء به ، لأنه غير مخالف للكتاب ولا للسنة ، ومن كونه شرطاً مخالفًا لمقتضى العقد ، لأن عقد الإجارة يقتضي كون العين أمانة في يد المستأجر لا يضمنها إلا ببعد أو تفريط ، وهذا يقتضي ضمانها مطلقاً فكان مخالفًا لمقتضى العقد ، فيكون باطلًا ، وإذا بطل الشرط بطل العقد ، لعدم حصول الرضى بدونه ، وهو المعتمد.

. (٢) لاحظ ص ٤٤.

في شرائط الإجارة

قال عليه السلام : وكذا المميز إلا بإذن الولي وفيه تردد.

أقول : إذا أوقع الصبي المميز العقد بإذن الولي ، هل تصح الإجارة؟ تردد المصنف في ذلك ، ومنشئه من عموم النص ^(٣) على عدم اعتبار عبارة الصبي ، ومن أنه مميز قد اذن له الولي فانجبر نقصه ، والمعتمد عدم الصحة.

فرع : لو أجر الولي الصبي أو ماله مدة يعلم بلوغه فيها بطلت الإجارة فيما زاد على خمس عشرة سنة من عمره ، وصحت في الباقي ، ولو أجر ابن عشر عشرا ، صحت الإجارة في خمس سنين وبطلت في خمس ، ولو اجره خمسا من عشرة ، فبلغ في أثنائها ، قال الشيخ وابن إدريس : لم يكن للصبي الفسخ ، لأن العقد وقع صحيحًا على الصبي أو ماله ، فمن ادعى أن له الفسخ بعد البلوغ كان عليه الدلالة.

وقال العلامة : له الفسخ ، لأن الولاية تابعة للصغر ، وقد زال فتزول

(٣) الوسائل ، كتاب التجارة ، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع وشروطه ، حديث ٣ ، وكتاب الحجر ، الباب ١ و ٢ ، وكتاب الوصايا ، الباب ٤٥ ، ٤٦ من أبواب أحكام الوصايا.

الولاية ، والعقد تابع لها ، فإذا زالت زال العقد ، ولأنه إذا أوقع العقد إلى مدة يعلم بلوغه في بعضها بطل العقد في الزائد قطعا ، فكذا إذا حصل البلوغ في أثناء المدة التي يمكن بلوغه فيها.

قال بِحَمْدِ اللَّهِ : الثاني أن تكون الأجرة معلومة بالوزن أو الكيل فيما يकال أو يوزن ليتحقق انتفاء الغرر ، وقيل : تكفي المشاهدة ، وهو حسن ، وتكلك الأجرة بنفس العقد .
أقول : هنا مسائل .

الأولى : هل يكفي المشاهدة في مال الإجارة؟ اكتفى بها الشيخ في المسوط ، واستحسنه المصنف لأصالة الجواز وانتفاء الغرر لحصول العلم بالمشاهدة . ومنع ابن إدريس من ذلك ، وأوجب العلم بالكيل أو الوزن ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد ، لأن الجهة مبطلة بالإجماع ، وهي متحققة هنا ، لأن المعهود من عرف الشرع ان المكيل والوزن اما يصح المعاوضة عليه بالكيل أو الوزن ، ولم يكتف الشارع بالمشاهدة في البيع ولا مانع غير الجهة ، وهي ثابتة هنا فتكون مانعة من الإجارة .

الثانية : أطلق الأصحاب وجوب تعجيل الأجرة ما لم يشترط التأجيل . والمعتمد التفصيل ، وهو ان وقعت الإجارة على عين ذات منافع كالدار والعبد والدابة وما شاكل ذلك ملك المؤجر الأجرة بنفس العقد ، واستحق تسليمها اليه ، ولا يشترط استيفاء المدة ولا مضي مدة يمكن فيها ذلك ، وان وقعت على عمل كخياطة ثوب أو نساجة غزل أو بناء دار ملك الأجير الأجرة بنفس العقد أيضا ، لكن لا يجب تسليمها إلا بتسليم العمل ، فان كان العمل بمنزل المستأجر استحق الأجرة بنفس الفراغ ، وان كان في منزل الأجير لم يستحق إلا بعد تسليم العين .

الثالثة : إذا استأجر شيئا ، هل يجوز ان يؤجره بأكثر مما استأجره مع اتحاد الجنس قبل ان يحدث فيه حدثا؟ منع المصنف من ذلك ، وهو مذهب الشيحيين والسيد المرتضى وابي الصلاح وابن البراج في المذهب لثبت الربا ، ولم يلزم عليه

روايات ^(٤).

وأجازه ابن إدريس ، واختاره العالمة وابنه ، لأنه قد ملك المنافع بالعقد وصارت ملكه ، فله المعاوضة عليها بما شاء ، ولم عليه روايات ^(٥) ، وهو المعتمد.

الرابعة : إذا سكن بعض الدار وأجر الباقى بمقدار الأجرة أو أكثر ، هل يجوز ذلك أم لا؟ منع الشيخ منه ، واختاره المصنف هنا لشوت الريا ، وأجازه ابن البراج وابن إدريس والعلامة ، وهو المعتمد لما تقدم.

الخامسة : إذا استأجره ليحمل له متاعا إلى موضع معين بأجرة معينة في وقت معين فان قصر عنه نقص من أجرته شيئاً ، هل يجوز ذلك؟ حزم المصنف بالجواز ، وهو المشهور في كتب الأصحاب ، والمستند رواية محمد الحلبي في المؤوثق ، « قال : كنت قاعدا عند قاض وعنه أبو جعفر عَلَيْهِ الْكَفَافُ جالس ، فأتاه رجلان ، فقال أحدهما : إني تکاريتك إبل هذا الرجل ليحمل لي متاعا إلى بعض المعادن ، واشترطت عليه ان يدخلني المعدن يوم كذا وكذا ، لأنه سوق أخوف أن تفوتي ، فإن أحتبست عن ذلك حطّت من الكري عن كل يوم احتبسه كذا وكذا ، وانه حبسني عن ذلك الوقت كذا وكذا يوما؟ فقال القاضي : هذا شرط فاسد ، أوفه كراه ، فلما قام الرجل أقبل إلى أبي جعفر عَلَيْهِ الْكَفَافُ ، فقال : شرطه بهذا جائز ما لم يحط بجميع كرائه » ^(٦).

ونقل أبو العباس في هذه المسألة أربعة أقوال : الأولى : صحة هذا الشرط والعمل بموجبة ما لم يحط بالأجرة فيجب أجرة المثل ، نقله عن الشيخ في النهاية ،

(٤) الوسائل ، كتاب الإجارة ، باب ٢٠ وباب ٢١ وباب ٢٢ .

(٥) الوسائل ، كتاب الإجارة ، باب ٢٠ وباب ٢١ وباب ٢٢ .

(٦) الوسائل ، كتاب الإجارة ، باب ١٣ ، حديث ٢ .

قال : وافقى به العلامة ، وهو المعتمد.

الثاني : صحة هذا الشرط والعمل بموجبة ما لم يحط بالأجرة ، فيجب القضاء بالصلح ، نقله عن ابن الجينيد.

الثالث : بطلان الشرط وصحة العقد ، فيجب الأجرة بكمالها ، نقله عن ابن إدريس.

الرابع : بطلانهما معا ، فيجب اجرة المثل ، سواء أوصله في الوقت المعين أو في غيره ، سواء إحاطة بالأجرة أو لا ، نقله عن العلامة وفخر الدين.

السادسة : إذا قال : (آجرتك كل شهر بكلذا) ، قال المصنف : صح في شهر بكلذا وله في الزائدة أجرة المثل ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، والمفيد في المقنعة. وقال ابن إدريس : تبطل في الجميع ، ويلزم اجرة المثل في الجميع ، واحتاره العلامة ، وهو المعتمد ، لأن العلم بقدر المنفعة شرط ، وهي مقدرة هنا بالمدة ، والمدة مجھولة فتبطل الإحارة.

احتج الشيخ بأن الشهر الأول معلوم وما عداه مجھول ، فيصح في المعلوم وتبطل في المجھول. والجواب ان المعلوم إذا أضيف إلى المجھول صار مجھولا.

قال ﷺ : لو قال ان خطته فارسيا فلك درهم ، وان خطته روميا فلك درهمان صح.

أقول : الصحة مذهب الشيخ في الخلاف ، واحتاره المصنف لعموم « المؤمنون عند شروطهم »^(٧) ، وهذا شرط سائع ، وأنه استأجره على كل واحد من الفعلين بأجرة معلومة ، فيكون صحيحا.

وقال ابن إدريس : لا يصح هذا العقد ، واحتاره العلامة ، وهو المعتمد ، لأن عقد مجھول لم يعين فيه العوض ولا الموعض ، لأن العقد لم يوجب شيئاً معيناً

.(٧) لاحظ ص ٤٤.

فكان باطلا.

والفارسي هو ما يكون بدرز واحد ، والرومي هو ما يكون بدرزين.

قال عليه السلام : لو قال ان عملت هذا العمل في هذا اليوم فلك درهان وفي غد درهم ، فيه تردد ، أظهره الجواز.

أقول : الجواز مذهب الشيخ في الخلاف ، ودليله ما تقدم ، واختاره المصنف ، وختار ابن إدريس المぬع ، وهو المعتمد ، ووجهه أنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقسيم والتأخير فلا يصح ، كما لو قال : بعتك هذا بدرهم نقدا وبدرهمين نسبيّة شهرين .
قال عليه السلام : ويستحق الأجير الأجرة بنفس العمل سواء كان في ملكه أو في ملك المستأجر ، ومنهم من فرق .

أقول : قد سبق ^(٨) البحث في هذه المسألة ، والفرق هو المعتمد ، وهو مذهب العالمة في التحرير ، لأن العمل إذا كان في ملك المستأجر كان كالمقبوض في يده ، فلا يتوقف استحقاق الأجرة بعد الفراغ من العمل إلى التسلیم لكونها في ملكه ، وتحت يده ، وإذا كانت العين مقبوسة في ملك الأجير وفي تصرفه ، فلا يستحق تسلیم الأجرة إلا بعد تسلیم العمل ، ولا يحصل إلا بتسلیم العين إلى مالكتها .

ومصنف اختار الاستحقاق بنفس الفراغ ، لأنه قد ملك الأجرة بالعقد واستحقها بالعمل ، وإذا استحق الإنسان شيئاً وجب تسلیمه اليه عند طلبه له ، ولا يجوز تأخيره ، وهو مذهب قوي .

ويتفق على المذهبين : ما لو تلفت العين بعد الفراغ من العمل وقبل التسلیم من غير تفريط ، على القول بالاستحقاق بنفس الفراغ لم تسقط أجورته ، وعلى القول بعدم الاستحقاق قبل التسلیم تسقط الأجرة ، كسقوط الثمن مع تلف المبيع

(٨) المسألة الثانية ص ٣١٦ .

قبل قبضه.

قال ﷺ : ويكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطع على الأجرة وأن يضمن إلا مع التهمة.

أقول : الذي سمعناه من مشايخنا عليهم رضوان الله وحشرهم مع الأئمة الطاهرين ان مراد المصنف في كراهة التضمين مع عدم التهمة ، كما إذا ادعى المستأجر رد العين فأنكر المالك ، فهنا يكون القول قول المالك فإنه يكره ان يخلف المالك على عدم الرد ثم يغرن المستأجر مع كونه ثقة غير متهم ، وكما إذا تلفت العين المستأجرة فادعى المالك انها تلفت بتغريط من المستأجر فأنكر المستأجر التغريط ، فهنا يكون القول قول المستأجر ، فلو نكلا عن اليمين كره للمالك تغريمه مع كونه ثقة ، ونقل العلامة عبارة المصنف في القواعد من غير زيادة ولا نقصان .

والذي قاله مشايخنا جيد ، ويدل عليه عبارة الشيخ في النهاية ، قال : ولا ينبغي لأحد ان يضمن صانعا شيئا إلا إذا اتّ晦ه في قوله ، فاما إذا كان ثقة مأمونا وجب ان يصدقه ولا يغرنـه شيئا. وهذه العبارة تدل على ما قاله مشايخنا ، وقول الشيخ : (وجـب ان يصدقـه) ، ليس مرادـه بالوجوبـ للزومـ ، بل الأولـويةـ والاستـحبـابـ . وليس مرادـ المـصنـفـ بـالتـضـمـنـ انـ يـشـترـطـ عـلـيـهـ الضـمـنـ فـيـ الـعـقـدـ ، لأنـ ذـلـكـ يـؤـديـ إـلـىـ بـطـلـانـ الـعـقـدـ عـنـدـ الـمـصـنـفـ ، وـقـدـ ذـكـرـ آـنـفـاـ .

قال ﷺ : ولو أجر غير المالك تبرعا ، قيل : بطلت ، وقيل : وقفـتـ عـلـىـ إـجـازـةـ المـالـكـ ، وـهـوـ حـسـنـ .

أقول : قد سبق الخلاف في باب البيع في عقد الفضولي ^(١) ، هل هو باطل من أصله أو موقفـ علىـ الإـجـازـةـ؟ـ وـالـحـكـمـ فـيـهـمـاـ واحدـ .

قال ﷺ : ولو قدر المدة والعمل ، مثل أن يستأجره ليحيط هذا الثوب

(١) تقدم ص ١٢

في هذا اليوم ، قيل : يبطل ، لأن استيفاء العمل في المدة قد لا يتفق ، وفيه تردد.

أقول : من شرط صحة الإجارة كون المنفعة معلومة لينتفي الغرر والعلم يحصل بأن تكون المدة معلومة والعمل مجهولا ، مثل ان يقول : (آجرتك نفسى شهرا مثلا لابنى أو لأنحيط) ، أو يكون العمل معلوما والمدة مجهولة مثل : (آجرتك نفسى لأنحيط لك هذا الشوب أو لأنسخ لك هذا الكتاب) ، فلو قال : (آجرتك نفسى لأنحيط لك هذا الشوب في هذا اليوم) ، هل يصح ذلك؟ قال الشيخ ابن إدريس : لا يصح ، لأنه ربما خلص منه قبل الغروب ، فيبقى بعض المدة مستحقة بلا عمل ، أو لا يخلص منه في ذلك اليوم ، فيحتاج إلى مدة أخرى فيحصل جهالة المدة والعمل معا وذلك غير جائز.

وتردد المصنف من هذه الحيثية ، ومن احتمال الصحة ، لأن العقد قد وقع على العمل ، والمدة ذكرت للتعجيل ، فان فرغ من العمل قبل انتهاء المدة لم يكن له ان يلزمها في باقيها بعمل غيره ، وان لم يفرغ منه فيها كان المستأجر مخيرا بين الفسخ وإلزامه بالعمل في غيرها ، فان فسخ قبل ان يعمل شيئا فلا اجرة ، وان فسخ بعد بعض العمل كان له من الأجرة بنسبةه ، وإن اختار الصبر لم يكن للأجير الفسخ ، والأول هو المعتمد. وان كان العين ما له عمل كالحيوان جاز تقدير المنفعة بأي الوجهين شاء ، وان كان مما ليس له عمل كالدار والأرض لم يجبر الا بالمدة خاصة.

قال عليه السلام : هل يشترط اتصال مدة الإجارة بالعقد؟ قيل : نعم ، ولو أطلق بطلت ، وقيل : الإطلاق يقتضي الاتصال ، وهو أشبه. ولو عين شهرا متأخرا عن العقد ، قيل : بطل ، والوجه الجواز.

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : في وجوب الاتصال بالعقد ، وبالاشترط قال الشيخ عليه السلام ،

قال في الخلاف والمبسوط : إذا استأجر الدار شهرا ولم يقل من هذا الوقت وأطلق ، بطلت الإجارة.

وقال ابن البراج وابن إدريس : لا يبطل ، وينصرف الإطلاق إلى الاتصال بالعقد ، واحتاره المصنف والعلامة في أكثر كتبه ، وقال في المختلف : والتحقيق ان كان العرف في الإطلاق يقتضي الاتصال فالحق ما قاله ابن البراج ، وإن كان لا يقتضيه فالحق ما قاله الشيخ ، لحصول الجهة على التقدير الثاني دون الأول ، ومذهب المصنف هو المعتمد.

الثانية : لو عين شهرا متأخرا عن العقد ، هل يصح أم لا؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف : لا يصح وهو فرع على اشتراط الاتصال ، ولأن عقد الإجارة حكم شرعي فيقف على الدلالة الشرعية ، ولا دليل على ثبوت الإجارة على هذا الوجه.

وقال ابن البراج وابن إدريس بالصحة ، واحتاره المصنف والعلامة ، لعموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(٩) وهذا عقد ، فيجب الوفاء به ، ولعموم : « المؤمنون عند شروطهم »^(١٠) ، وهذا شرط سائع فيكون لازما ، ولأنها معاوضة على مدة معلومة بأجرة معلومة فتكون صحيحة.

قال ﷺ : وإذا سلم العين المستأجرة ومضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة وجبت الأجرة ، وفيه تفصيل.

أقول : أطلق أكثر الأصحاب لزوم الأجرة ، وكذلك المصنف في المختصر ، وفصل هنا ، ومراده بالتفصيل ان كانت الأجرة مقدرة بالزمان ومضى ذلك الزمان لزمه الأجرة المعينة ولم يجز له استيفاء المنفعة بعدها ، وإن لم تكن مقدرة

. (٩) المائدة : ١.

(١٠) تقدمت الإشارة إلى مصدره ص ٤٤.

بالزمان ، بل بالعمل ثم سلم العين ومضت مدة يمكن فيها استيفاء العمل ولم ي عمل شيئاً وجوب عليه في تلك المدة الماضية أجراً مثل لها ، وله استيفاء المنفعة المقدرة بالأجرا المسمى . وهو تفصيل حسن ؛ لأن العقد وقع على استيفاء منفعة معينة فلا يجوز للملك الفسخ قبل استيفائها ، بل كل ما مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها ولم يستوف وجوب عليه أجراً مثل تلك المدة ، فإذا استوفى المنفعة المعقود عليها وجوب عليه المسمى .

قال عليه السلام : اما لو انقضى بعض المدة ثم تلف أو تجدد فسخ الأجرة صح فيما مضى وبطل في الباقي ، ويرجع من الأجرة بما قابل المختلف من المدة .

أقول : حكم المصنف بالرجوع من الأجرة بما قابل المختلف من المدة ولم يذكر كيفية التقسيط على المديتين ، وربما يتواهم الناظر ان الأجرة توزع ^(١١) على المديتين ، فما قابل المستوفي منها فهو للملك ، وما قابل الباقي فهو للمستأجر ، وليس كذلك .

قال الشيخ وابن البراج وابن إدريس : وإذا استأجر عبداً سنة ثم مات بعد مضي نصفها ، فإن العقد يصح فيما مضى ويبطل فيما بقي ، وله المطالبة بأجراً مثل ، فإن تساوياً أخذه ، وإن كان أجراً الباقي أكثر استحق الزيادة ، مثل أن يكون أجراً الماضي مائة والباقي مائتين ، فإنه يستحق عليه مائتين ، وبالعكس لو انعكس ، هذا كلامهم عليه السلام . وفيه نظر ، لأن ربما ^(١٢) أجراً مثل الباقي تحيط بمجموع الأجرة ، فلا يبقى للملك مقابل المدة الماضية شيء ، كما لو كانت الأجرة مائتين وكان أجراً مثل المدة

(١١) في « ر ٢ » زيادة : سهما .

(١٢) (ربما) لم ترد في « ر ٢ » .

الباقية مائتين فحيئن يخرج المالك بغير شيء ، بل الأجدود ان يقال : ينسب المسمى الى مثل اجرة المدتين ، ثم يسقط ما قابل المخالف من المدة ، وهو ظاهر العالمة رحمه الله.

قال رحمه الله : ويلزم مؤخر الدابة كلما يحتاج إليه في إمكان الركوب من الرحول والقطب والآلة والحزام والزمام ، وفي رفع الحمل وشده تردد ، أظهره اللزوم.

أقول : التردد في رفع الحمل وشده ، هل هو على المكري أو المكتري؟ ومنشأ التردد من أصالة براءة الذمة من وجوب ذلك عليه ، ولأن الحمل غير واجب عليه ولا يجب عليه شده وحله ، ومن انه من الحمولة ، وجميع الأحمال يجب على المكري رفعها وحطتها وشدها وحلها فيكون ذلك واجبا عليه ، وهو المشهور بين الأصحاب ، وهو المعتمد.

فروع :

الأول : كلما يمكن فعله على الراحلة كصلاوة التوافل والأكل والشرب لا يجب على المكري إن يوقفها لأجله ، وما لا يمكن فعله عليها كالصلاحة اليومية الفرض ، وقضاء الحاجة يجب عليه ان يوقفها لذلك ، وليس للمصلبي أن يطول صلاته ، بل يقتصر على إتمام ^(١٣) الأفعال ويختصر الأذكار ، لأن حق الغير قد تعلق به.

الثاني : على الجمال ^(١٤) ان يبرك البعير لركوب المرأة ونزو لها ، لأنها ضعيفة الخلق ، ولأنها عورة ربما انكشفت ، والرجل ان كان مريضا أو سمينا لا يقدر على الركوب ، كان حكمه حكم المرأة ، وإلا فلا ، عملا بالعرف والعادة.

(١٣) في « ر ٢ » : تمام.

(١٤) « ر ٢ » : الحمال.

الثالث : لو كانت العادة تقتضي النزول والمشي عند قرب بعض المنازل لم يجب على الراكب النزول فيه وإن كان جلداً على المشي.

الرابع : إذا استأجر بحيمة ثم ذكر أنها متيبة ، نظر في حاله فان كان ذلك من قبله ، مثل أن يكون لإعادة له بالركوب ولا صير له عليه ، لم يكن له خيار ، وإن كان ذلك من قبل البهيمة كالعثار والصعوبة فإن كان قد اكتراها بعينها مخيراً بين الفسخ والإمساء ، ولا يجب على المالك إبدالها ، وإن كان في الذمة ردها وأخذ بدلها ، لأن ذلك عيب.

الخامس : لو اختلفا في أوقات السير وأماكن النزول ، بأن اختار أحدهما السير بالليل والآخر بالنهر ، كان المرجع إلى العادة.

قال ﷺ : لو حفر بعض ما قطع عليه ثم تذر حفر الباقي إما لصعوبة الأرض أو مرض الأجير أو غير ذلك قوم حفروا وما حفر منها ورجع عليه بحسبه في الأجرة ، وفي المسألة قول آخر مستند إلى رواية مهجورة.

أقول : روى الشيخ في النهاية عن أبي شعيب الحاملي ، عن الرفاعي ، « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قبل رجلاً يحفر له بئراً عشر قامات بعشرة دراهم ، فحفر له قامة ثم عجز ، قال يقسم على خمسة وخمسين جزءاً ، فما أصاب واحداً فهو للقامة الأولى والاثنين للثانية والثلاثة للثالثة ، وعلى هذا الحساب على عشرة »^(١٥) ، ولم يتعرض الشيخ للإفتاء وعدهم.

وقال في المبسot : يقسط المسمى على أجرة المثل ، لأن الحفر مختلف فحفر ما قرب من الأرض أسهل ، لأنه يخرج التراب من قرب ، وحفر ما هو أبعد أصعب ، فإن كان أجرة مثل ما بقي عشرة واجرة مثل ما حفر خمسة كان له ثلث

(١٥) الوسائل ، كتاب الإجارة ، باب ٣٥ ، حديث ٢ ، وفي التهذيب ٦ : ٢٨٧ ، كتاب القضايا والاحكام ، باب ٩٢ في الزيادات في القضايا والاحكام ، حديث ١ (٧٩٤).

المسمي . واختاره ابن إدريس والعلامة والمصنف ، وهو المعتمد.

قال ﷺ : ويجوز استئجار المرأة للرضاع لمدة معينة بإذن الزوج ، فإن لم يأذن فيه تردد ، والجواز أشبه إذا لم يمنع الرضاع حقه .

أقول : ذهب الشيخ إلى اشتراط إذن الزوج ، لأن منافع المرأة مملوكة له بعقد النكاح ، فلا يجوز لها العقد على شيء منها بغير اذنه ، وختاره ابن إدريس ، وذهب المصنف إلى الجواز ما لم يمنع الرضاع حقه وهو الاستمتاع ، وختاره العلامة لأصالة الجواز ، وعموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُود﴾^(١٦) ، ولأن الملوك للزوج منفعة الاستمتاع خاصة ، فإذا لم تمنع الإجارة من الاستمتاع كانت صحيحة لا مانع منها ، وهو المعتمد .

قال ﷺ : وهل يشترط ذكر الموضع الذي يرضع فيه؟ قيل : نعم ، وفيه تردد .

أقول : منشأه من أصالة الصحة وأصالة عدم اشتراط الموضع ، ومن اختلاف الأغراض في ذلك ، لأن الرضاع في بيت المرضعة أسهل عليها ليحصل الجمع بين الرضاع وبين إصلاح منزلاها ، والرضاع في بيت الطفل أصلح للطفل لشرف أبيه عليه وهو أشق على المرضعة ، فيحصل الغرر بعدم اشتراط الموضع ، وبالاشتراط قال الشيخ ، وختاره العلامة ، وهو المعتمد .

فروع :

الأول : لو استأجرها للرضاع لم يكن عليها حضانته ولا غسل حرقه ، ولا غسل الصبي وتنظيفه ما لم يشترط ذلك عليها ، لعدم تناول العقد لغير الرضاع .

الثاني : لو استأجرها بالأكل والكسوة مدة معلومة جاز بشرط تعين الكسوة وتعيين نفقة كل يوم .

. ١٦) المائدة : ١ .

الثالث : لو استأجر زوجته لإرضاع ولده حاز ، وقال الشيخ : لا يجوز ما دامت في حاله.

الرابع : على المرضعة ان تأكل وتشرب ما يكثر به اللبن ويدر ويصلح ، وللمستأجر ان يطالبها به ، لتوقف استيفاء المنفعة عليه.

قال عليه السلام : ولو مات أبوه هل يبطل؟ يبني على القولين.

أقول : المراد بالقولين ان الإجارة هل تبطل بموت المستأجر أو لا؟ وقد تقدم البحث ^(١٧) في ذلك.

قال عليه السلام : وهل يجوز إجارة الحائط المزوق للتنزه؟ قيل : نعم ، وفيه تردد.

أقول : القول بالجواز قول ابن إدريس إذا كان فيه غرض وهو التعلم من البناء المحكم ، كما يجوز اجارة كتاب فيه خط جيد للتعلم منه ، لأن فيه غرضا صحيحا ، وأنه لا مانع يمنع منه ، وقال الشيخ : لا يجوز للمالك المنع من النظر اليه والتفريح عليه ، وكل منفعة ليس للملك منع المنتفع بها لا يجوز إجارتها كالاستظلال بالحائط ، واختاره العالمة في المختلف ، واختار في القواعد والتحرير مذهب ابن إدريس.

قال عليه السلام : ولو آجر عبدا آبقا لم تصح وان ضم إليه شيء ، وفيه تردد.

أقول : منشئه من اشتراط القدرة على تسليم المنفعة ، والآبقي لا يقدر على تسليمه ، ومن جواز بيعه مع الضمية فيجوز إجارته معها ، لأن الإجارة ليست أبلغ من البيع ، وظاهر القواعد الجواز مع الضمية.

قال عليه السلام : ولو منعه المؤجر منه سقطت الأجرة ، وهل له أن يتلزم ويطالب المؤجر بالتفاوت؟ فيه تردد ، والأظهر نعم.

أقول : منشئه من أن المستأجر قد ملك المنافع بنفس العقد فان منعه المالك منها كان غاصبا ، له ان يرجع عليه بالتفاوت بين ^(١٨) المسمى واجرة المثل ان كانت أكثر ، ومن أن استمرار القبض شرط في صحة الإجارة ، ولهذا تبطل مع تلف العين وان كان بعد قبضها ، وإذا لم يحصل القبض كانت الإجارة باطلة ، وإذا بطلت لم يصح الالتزام بالباطل ، والأول هو المعتمد كما لو كان المانع أجنبيا ، ويختص البطلان بالتلف دون المنع من التسليم.

قال ﷺ : ولو أهدم المسكن كان للمستأجر فسخ الإجارة ، إلا أن يعيده صاحبه ويمكنه منه ، وفيه تردد.

أقول : إذا فات شيء من المنافع حاز الفسخ قطعا ، والتردد (اما هو) ^(١٩) إذا أعاده قبل فوات شيء من المنافع ومنشئه من وجود سبب الفسخ ، والأصل بقاوه ، ومن زوال السبب المبيح للفسخ قبل فوات شيء من المنافع فيزول أثره ، والمعتمد بقاء الخيار.

(١٨) في « ن » و« ر ٢ » : من.

(١٩) لم يرد « ن » و« ر ٢ ».«

في أحكامها

قال بِهِ اللَّهُ : إذا تعدى في العين المستأجرة ضمن قيمتها وقت العدوان ، ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المالك إن كانت دابة ، وقيل : قول المستأجر على كل حال ، وهو أشبه .

أقول : قال الشيخ في النهاية : القول قول المالك إن كانت دابة ، وإن كانت غير الدابة ، فالقول قول الغارم ، ومستنده رواية أبي ولاد ^(٢٠) ، عن الصادق عَلَيْهِ السَّلَامُ .

وقال ابن إدريس : القول قول الغارم مطلقا ، واختباره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لعموم قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » ^(٢١) ، والغارم منكر لما يدعيه المالك من الزيادة على ما اعترف به فيكون القول قوله .

(٢٠) الوسائل ، كتاب الإجارة ، باب ١٧ في أحكام الإجارة ، حديث ١.

(٢١) الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٣ أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى مع اختلاف في المتن ، الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢٥ أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث ٣ .

قال عليه السلام : من تقبل عملا لم يجز أن يقبله غيره بنقيصة على الأشهر ، إلا أن يحدث فيه ما يستبيح به الفضل ، ولا يجوز تسليمه إلى غيره إلا أن يأذن له المالك ، ولو سلم من غير إذن ضمان.

أقول : إذا تقبل عملاً كخياطة ثوب بدينار ^(٢٢) مثلاً ، هل يجوز أن يقبله غيره بأدنى من الدينار ، ويأخذ هو الفاضل قبل أن يحدث فيه حدثاً كتفصيله أو خياطة شيء منه؟ منع المصنف من ذلك ، وهو مذهب الشيخ عليه السلام ، ومنع العالمة في التحرير إذا قبله بالجنس ، وجوزه إذا كان بغير الجنس ، وأطلق الجواز في القواعد.

ودليل الشيخ والمصنف الروايات ^(٢٣) ، ودليل العالمة أن المالك استحق عليه العمل المطلق ، فيكون له الاستنابة والاستئجار عليه والفضل له بمقتضى العقدين ، وهو المعتمد ، إلا أنه إن يكون ضامناً مع عدم الإذن ، لأن المالك لم يرض بغير أمانته ، ويتحمل عدم الضمان ، لأنه عمل ما هو مأذون فيه شرعاً ، واذن الشارع لا يتعقبه ضمان.

قال عليه السلام : أما لو تلف في يد الصانع لا بسببه من غير تعد ولا تفريط لم يضمن على الأصح ، وكذا المكاري واللاح لا يضمنان إلا ما يتلف عن تفريط على الأشهر.

أقول : اختلف أصحابنا في تضمين الصناع كالخياطين والقصاريين والحجامين والفصادين وأشباههم ، وفي تضمين الملحين والمكارين ، قال المفید والسيد المرتضی : انهم ضامنون لجميع الأمتعة وعليهم البينة إلا أن يظهر هلاكه ويشتهر بما لا يمكن دفاعه ، مثل الحريق العام والنهب العام.

(٢٢) في «ن» بزيادة : أو خياطة شيء منه.

(٢٣) الوسائل ، كتاب الإجارة ، باب ٢٣ في أحكام الإجارة.

وقال الشيخ وأبو الصلاح وابن إدريس : لا ضمان عليهم إلا فيما جنت أيديهم أو فرطوا في حفاظه . واحتاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لأنهم أمناء ، والأصل براءة الذمة ، ورواية معاوية بن عمارة في الصحيح ^(٤) ، عن الصادق عليهما السلام دالة على عدم الضمان .

احتاج الأولون بعموم قوله عليه السلام : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(٢٥) ، فعلى قول الأولين لا يقبل قول الصناع والمكارين بالتلف إلا مع البينة العادلة ، أو الاشتهر بما لا يمكن رد ، وعلى قول الآخرين يقبل قوله مع اليمين بالتلف من غير تفريط إلا مع قيام البينة بالتفريط وبعد التلف ، ولو تلف بسبب فعلهم ضممنوا ، سواء كان بتفريط أو غير تفريط .

فرع : إذا استأجر عينا ليتسع بها مدة معلومة ثم انقضت المدة ، هل يجب عليه ردتها ومئونة ردها الى مالكها أو لا يجب ، بل الواجب عليه ان يرفع يده عنها إذا طلبها مالكها؟

قال الشيخ في المبسوط : يجب ، ويكون ضامنا مع التأخير ، قال : لأن الإمساك بعد مضي المدة غير مأذون فيه ، ومن أمسك شيئاً بغير اذن صاحبه وتمكن من رده ولم يرده فهو ضامن ، قال : وفي الناس من قال : لا يصير ضامنا ولا يجب عليه الرد ولا مئونة الرد ، وأكثر ما يلزمـه ان يرفع يده عنه إذا أراد صاحبه استرجاعه ، لأنه امانة في يده ، فلا يجب عليه رده كالوديعة ، والى هذا ذهب ابن إدريس والعلامة في القواعد ، واستشكلـه في التحرير والمختلف ، والمعتمد مذهب ابن إدريس.

قال رَجُلُهُ : ولو أجر الوصي صبياً مدة يعلم بلوغه فيها بطلت في المتيقن

(٢٤) الوسائل ، كتاب الإجارة ، باب ٢٩ في أحكام الإجارة حديث ١٤.

٢٩٢ تقدم ص (٢٥)

وصحت في المحتمل ، ولو اتفق البلوغ فيه ، فهل للصبي الفسخ بعد بلوغه؟ قيل : نعم ، وفيه تردد.

أقول : قال الشيخ في الخلاف وابن إدريس : ليس له الفسخ ، لأن العقد على الصبي أو ماله وقع صحيحا بلا خلاف ، فمن ادعى أن له الفسخ بعد بلوغه فعليه الدلالة.

وقال الشيخ في المبسوط : كان له فسخها ، وقيل : ليس له ذلك ، وهو الأقوى ،

قال العالمة في المختلف : والحق أن له الفسخ ، لأن الولاية تابعة للصغر وقد زال فتزول الولاية ، والعقد تابع لها فيزول بزوالها ، ولأنه لو عقد عليه مدة يعلم بلوغه في بعضها بطل في الزائد ، وكذا المجهول مع وقوعه ، لأن العلم والجهل لا مدخل لهما في ثبوت الولاية.

انتهى كلامه رحمه الله ، وهو المعتمد.

في التنازع

قال ﷺ : إذا أدعى الصانع أو الملاح أو المكاري هلاك المتاع وأنكر المالك كلفوا البينة ، ومع فقدها يلزمهم الضمان ، وقيل : القول قولهم مع اليمين ، لأنهم أمناء ، وهو أشهر الروايتين.

أقول : وقد سبق^(٢٦) البحث في هذه أيضا.

قال ﷺ : لو قطع الخياط ثوبا قبله ، فقال المالك : أمرتك بقطعه قميصا فالقول قول المالك مع يمينه ، وقيل : قول الخياط ، والأول أشبه.

أقول : قال الشيخ في كتاب الإجارة من الخلاف وابن إدريس : القول قول المالك ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لأن الأصل عدم الإذن الذي يدعوه الخياط ، وأنه لو اختلفا في الإذن كان القول قول المالك ، فكذا إذا اختلفا في صفتة. وقال الشيخ في كتاب الوكالة من الخلاف : القول قول الخياط ، لأن الأصل عدم تفريطه ، فعلى الأول يجب عليه الأرش والأجرة له ، وعلى الثاني الأرش

عليه ، وله اجرة المثل دون المسمى ان زاد ، لأنّه يثبت ^(٢٧) بقوله.

(٢٧) في بعض النسخ : لا يثبت.

كتاب الوكالة

في العقد

قال عليه السلام : ومن شرطها أن تقع منجزة ، فلو علقت بشرط متوقع أو وقت متعدد لم تصح ، نعم لو بخز الوكالة وشرط تأخير التصرف جاز.

أقول : لا خلاف في بطلان الوكالة إذا علقت على شرط ، مثل أن يقول : (إذا قدم زيد من السفر فأنت وكيلي) ، وكذا إذا علقت على صفة ، مثل أن يقول : (إذا هل الشهر فأنت وكيلي) ، أو (إذا كان يوم الجمعة فأنت وكيلي).

ومع بطلان الوكالة لتعليقها على شرط أو صفة ، هل يصح تصرف الوكيل ويكون لازماً للموكل؟ يحتمل العدم ؛ لأن الفاسد لا يترب عليه أثره ، وهذا عقد فاسد فلا يجوز للوكيل التصرف كما لا يجوز للمشتري بشراء فاسد أن يبيع ما اشتراه ، ولا يجوز للبائع التصرف في ثمنه ، وكل واحد من المتابعين قبض ما صار إليه بإذن مالكه ، فكما لا يجوز للمتابعين التصرف بما صار إليهمَا مع فساد العقد كذا لا يجوز للوكيل التصرف لفساد عقد الوكالة.

ويحتمل الجواز ؛ لأن الموكل قد اذن له في التصرف ، والاذن باق لم يزل بفساد العقد ، وإذا لم يزل الإذن جاز التصرف ، وهو اختيار العالمة في التذكرة ، وكذلك في المختلف ؛ لأنه حكم فيه بصحة تصرف الوكيل بعد عزله نفسه عن

الوكالة اعتمادا على الإذن السابق ، ولا خلاف في بطلان الوكالة إذا عزل الوكيل نفسه عنها.

والفرق بين الوكالة الفاسدة والبيع الفاسد ظاهر ، فان البيع الفاسد وان تضمن الاذن في قبض الشمن والمشن فهو باعتبار تملك الشمن للبائع والمشن للمشتري ، وكل منهما يتصرف فيما قبضه لنفسه فإذا تبين انه غير مملوك كان تصرفه باطل ، بخلاف الوكيل فإنه يتصرف للاذن لا لنفسه ، فكان تصرفه مأذونا فيه.

فإن قيل : إذا جاز التصرف في الوكالة الفاسدة كما يجوز في الوكالة الصحيحة ، فما الفارق بينهما وما فائدة الصحة؟

قلنا : فائدة الصحة استحقاق الوكيل للجعل المسمى على تقدير الصحة ان كانت يجعل وبطلان المسمى والرجوع الى أجرة المثل على تقدير الفساد كالعامل في المضاربة ، وهذا هو المعتمد.

ولو قال : (وكلتك في بيع هذا العبد مثلا ولا تبعه حتى يدخل الشهر الفلاني) ،
جاز قطعا ، وكذا لو قال : (وكلتك في البيع شهرا) صح ، ولا يجوز التصرف بعده.

قال رحمه الله : ولو وكله في شراء عبد افتقر الى وصفه لينتفي الغرر ، ولو وكله مطلقا لم يصح على قول ، والوجه الجواز.

أقول : المراد بالإطلاق بأن وكله في شراء عبد ولم يصفه ، بل أطلق ، قال الشيخ في المبسوط : لا يصح للغرر ، لأن ربه اشتري له ما ليس بمطلوبه ، وذهب المصنف الى الجواز واعتبره العلامة ، وهو المعتمد ، لأن الموكيل قد أقام الوكيل مقام نفسه وفوض اليه الاختيار فتنصرف الوكالة إلى شراء العبد الصحيح بنقد البلد ، والخيار في النوع والصفات الى الوكيل لأصلحة صحة الوكالة.

قال الله تعالى : وللموكل ان يعزله بشرط أن يعلمه العزل ، ولو لم يعلمه لم يعزل بالعزل ،
وقيل : إن تعذر إعلامه فاشهد اعزل بالعزل والإشهاد ، والأول أظهر .

أقول : للأصحاب هنا ثلاثة أقوال :

الأول : عدم الانزال الا مع العلم وتصرفه قبل العلم ماض ، وهو مذهب ابن الجنيد ، واحتاره المصنف والعلامة في الإرشاد ، وأبو العباس في المقتضى ، وهو المعتمد ، لأنه من التكاليف الشرعية وهي لا تلزم إلا بعد الإعلام بها ، وإلا لزم تكليف الغافل ، ولأن في ذلك ضررا ، إذ قد يتصرف تصرفا يؤدي بطلاقه الى الضرر ، كما لو باع جارية فوطئها المشتري ، أو طعاما فأكله ، أو تلف المبيع في يد المشتري ، فان استرجاع ذلك يؤدي الى ضرر المشتري ، ولرواية هشام بن سالم ^(١) ، عن الصادق عليه السلام الدالة على المطلوب.

الثاني : أن ينزعز مع الاشهاد على العزل وان لم يعلم إذا تعذر علمه ، وهو مذهب الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة وابي الصلاح وابن إدريس ، ووجهه الجمع بين الأحاديث ^(٢).

الثالث : انزعاله بنفس العزل من غير شرط الاشهاد والإعلام ، وهو مذهب العلامة في القواعد ، لأن الوكالة من العقود الجائزة ، فلكل منها فسخها وإن لم يعلم صاحبه ، وإلا كانت لازمة ، ولأن العزل رفع عقد لا يفتقر إلى رضي صاحبه ، فلا يفتقر إلى علمه.

قال عليه السلام : إذا باع الوكيل بثمن فأنكر المالك الإذن في ذلك القدر كان القول قوله مع
يمينه ، ثم تستعاد العين إن كانت باقية ومثلها أو قيمتها إن كانت

(١) الوسائل ، كتاب الوكالة ، باب ٢ في أحكام الوكالة حديث ١.

٢) الوسائل ، كتاب الوكالة باب ١ ، ٢

تالفة ، وقيل : يلزم الدلال إتمام ما حلف الموكل عليه ، وهو بعيد.

أقول : هذا قول الشيخ في النهاية ، ووجهه بعده ظهور بطلان البيع لمخالفة الوكيل اذن الموكل ، وإذا بطل البيع ردت العين أو مثلاً لها أو قيمتها . على التفصيل . إلى المالك ، فلا وجه لغارة الوكيل ، ويحمل قول النهاية على ما إذا تعذر استعادة العين وقيمتها من المشتري ، فيغرم الوكيل القيمة ويكون موافقة لما ادعاه المشتري ، وما اختاره المصنف ^(٣) وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، وهو المعتمد .

ولو اشتري جارية بعشرين ، فقال : ما أذنت إلا بعشرة ، قدم قول الموكل ، فان كان الشراء بالعين فذكر ان الشراء للموكل ردت الجارية على البائع ، واسترجع الثمن ، وإن لم يذكر ان الشراء للموكل ، فان صدقه البائع للمشتري في دعواه ان الشراء لغيره ، وأنه لم يرض بالشراء بهذا الثمن ردت الجارية أيضاً إلى البائع وإن كذبه ، فإن ادعى عليه العلم حلفه على نفيه ، ويلزم البيع للوكييل ويغرم للموكيل ، فان كان الوكييل كاذباً فالجارية للبائع ، وعليه دفع الثمن في الباطن لوقوع العقد باطلاقاً ، لمخالفة أمر الموكل ، وإن كان صادقاً والموكيل كاذباً كانت الجارية للموكيل .

فعلى التقديرتين لا يحل للوكييل وطى الجارية لعلمه بعدم استحقاقها ، إلا أن يشتريها من له باطننا ، فان كان الموكل ، قال : (ان كنت أذنت لك بعتك بعشرين) ويقبل الوكييل ، وإن كان البائع ، قال : (ان كنت صادقاً ان الشراء للغير ، وهو باطل فقد بعتك بعشرين) فحينئذ يحل له الوطء ، ولا يقدح هذا الشرط في صحة البيع ، لأنه ليس شرطاً حقيقياً وإن كان بصيغة الشرط ، لأن الشرط الحقيقي هو المتوقع الذي يمكن وقوعه ويمكن عدم وقوعه ، وهذا واقع في الماضي فلا يكون شرطاً ، فان امتنع من هي له من البيع ، جاز للحاكم ان يتولى بيعها .

(٣) كما .

وان كان الشراء في الذمة وأطلق لزمه البيع ، وان ذكر ان الشراء للموكل بطل ، وكل موضع بطل فيه البيع ترجع العين إلى البائع ، وكل موضع يصح البيع يكون العين للموكل ، وانما يلزم الوكيل البيع ظاهرا ، وطريق الاستحلال ما ذكرناه.

في ما لا تصح فيه الوكالة

قال ﷺ : والالتفات والاحتطاب والاحتشاش .

أقول : ذهب المصنف الى عدم جواز التوكيل في حيازة المباحثات ، وهو بناء على أنها تملك بالحيازة من دون النية ، فإذا ملكها بالاستيلاء لم ينتقل عنه الى الموكيل ، ومن قال ان تملك المباحثات يفتقر إلى النية أحجاز التوكيل في ذلك وكان ما يجوزه للموكيل ، لأنه حازه انه موكله ، فلا يدخل في ملك الوكيل ، لأنه لم ينحو التملك لنفسه ، وقد سبق ^(١) البحث في تحقيق افتقار تملك المباحثات إلى النية في باب الشركة ، فلا وجه لإعادته.

قال ﷺ : وفي الجهاد على وجه .

أقول : قال الشيخ في المبسوط : وأما الجهاد ، فلا يصح فيه النيابة بحال ، لأن كل من حضر الصفة توجه عليه فرض القتال وكيلًا كان أو موكلًا ، وقد روي ^(٤) انه يدخله النيابة ، وقال ابن البراج : تدخله النيابة ، واختاره العلامة ، قال : ولهذا قال : صح الاستئجار عليه .

(١) تقدم ص ٢٣٩ .

(٤) الوسائل ، كتاب الجهاد ، باب ٨ جهاد العدو وما يناسبه حديث ١ .

وقوله : (على وجه) أي إذا لم يتعين عليه ، مثل ان يستنيب قبل ان يحضر الصف ولم يكن عينه الإمام للخروج ، فهذا يجوز ان يستنيب في الجهاد لعدم تعينه.

قال رحمه الله : ولو وكله على كل قليل أو كثير ، قيل : لا يصح لما يتطرق من [احتمال] الضرر ، وقيل : يجوز ، ويدفع الحال باعتبار المصلحة ، وهو بعيد عن موضع الفرض ، نعم لو وكله على كل ما يملكه صح ، لأنه يناط بالمصلحة .

أقول : القول بعدم الصحة قول الشيخ في الخلاف ، لأن في ذلك ضررا عظيما ، لأنه ربما ألزمه بالعقود بما لا يمكنه الوفاء به ، أو يؤدي الى ذهاب جميع ماله ، مثل ان يزوجه بأربع حرائر ويطلقهن قبل الدخول ، فيلزمها نصف مهورهن ثم يزوجه بأربع حرائر أخرى ويطلقهن قبل الدخول ، وهكذا ، أو يشتري له من الأرضين والعقارات وغيرها ما لا حاجة له فيه ، وفي ذلك ضرر عظيم ، وما يؤدي الى الضرر فهو باطل ، واختاره فخر الدين.

وقال الشيخ في النهاية والمفيض وسلام رابن البراج وابن إدريس بالحواز ، واختاره العالمة في الإرشاد والمختلف ، لأن كل واحد من الأفعال التي تدخله النيابة يصح التوكيل فيه على حدته ، فإذا عم الوكالة دخل الجميع تحتها ، والضرر الذي ذكره الشيخ مدفوع ، لأن فعل الوكيل منوط بالمصلحة ، سواء كانت عامة أو خاصة ، فكل فعل يفعله إن كان فيه مصلحة للموكل كان صحيحا وإلا كان باطلًا ، وهذا هو المعتمد.

وقول المصنف : (وهو بعيد عن موضع الفرض) مراده إذا خصصنا فعل الوكيل بما فيه مصلحة كان بعيدا عن موضع الفرض ، إذ الفرض انه وكيل في كل قليل وكثير مما للموكل ان يفعله ، وذلك ليس مقيدا بالمصلحة ، فالتقيد بالمصلحة إخراج للمسألة عن موضعها.

والجواب يعلم ما سبق^(٥) من ان فعل الوكيل منوط بالصلاحية بخلاف الموكيل ، فلو وكل في بيع عين مشخصة لم يجز للوكييل ان يبيعها بأقل من ثمن المثل والموكيل له ذلك فقد ظهر انه ليس للوكييل ان يفعل كل ما يفعله الموكيل إذ له ان يتصدق ويذهب ويجابي ، وليس للوكييل ذلك سواء كانت الوكالة عامة أو خاصة.

وقوله : (نعم لو وكله على ما يملك صح ، لأنه ينطاط بالصلاحية) الضمير في ذلك عائد إلى الوكييل ، اي لو قال : وكلتك على قليل وكثير مما يملك فعله ، صح ، لأن الوكييل لا يملك فعل ما ليس بمصلحة فيكون وكالة صحيحة لتقييدها بالصلاحية ، ولا يجوز عود الضمير إلى ما يملكه الموكيل من التصرفات ، لأنه يملك كل قليل وكثير مما فيه مصلحة وما ليس فيه مصلحة ، فلا فرق حينئذ بين المسألتين.

قال ﷺ : ولو بلغ عشرًا جاز أن يوكل فيما له التصرف فيه ، كالوصية والصدقة والطلاق على رواية.

أقول : جواز الوكالة في هذه الأشياء مبني على جواز مباشرتها من الموكيل ، وقد سبق البحث في ذلك في باب البيع ، والمعتمد عدم الجواز مباشرة وتوكيلا.

قال ﷺ : وتصح الوكالة في الطلاق للغائب إجماعا ، وللحااضر على الأظهر.

أقول : منع الشيخ في النهاية من توكييل الحاضر في الطلاق ، وبه قال أبو الصلاح وابن البراج ، لرواية سماعة عن الصادق عليه السلام « قال : لا يجوز الوكالة في الطلاق »^(٦) . فحملوها على الحاضر ، وحملوا الروايات^(٧) الدالة على

(٥) ص ٣٤٤ .

(٦) الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٩ أبواب مقدماته وشرائطه ، حديث ٥ وفيه عن ابن سماعة.

(٧) الوسائل ، كتاب الطلاق ، باب ٣٩ من أبواب مقدماته وشرائطه.

الجواز على الغائب جمعاً بين الأدلة.

وقال ابن إدريس بالجواز ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد لأصالة الصحة ، ولأنه من الأفعال القابلة للنيابة لوقوع الإجماع على جواز توكيل الغائب في الطلاق ، وإذا ثبت قبوله للنيابة حاز نياية الحاضر فيه ، إذ لا مانع من ذلك غير الرواية المذكورة ، وهي مع ضعف سندتها غير دالة على مطلوب الشيخ ، لأنها دالة على المنع مطلقاً وهو لا يقول به . والمراد بالحضور هو الحضور في البلد وإن كان غائباً عن مجلس الطلاق ، فعلى القول بالمنع من وكالة الحاضر لا يصح وكالته عن مجلس الطلاق وحضوره في البلد.

في الوكيل

قال عليه السلام : ويجوز للمرأة ان تتوكل في طلاق غيرها ، وهل يجوز في طلاق نفسها؟ قيل : لا ، وفيه تردد.

أقول : قال الشيخ في المبسوط : واما المرأة فإنما تتوكل لزوجها في طلاق نفسها عند الفقهاء ، وفيه خلاف بين أصحابنا ، والأظهر انه لا يصح ، وتبعه ابن إدريس على عدم الصحة. قال العالمة : والوجه الجواز ، لأنه فعل يقبل النيابة صدر من اهله فكان واقعا عملا بالأصل ، وهذا هو المعتمد.

قال عليه السلام : ولا يتوكى الذمي على المسلم للذمي ولا للمسلم على القول المشهور ، وهل يتوكى المسلم للذمي على المسلم؟ فيه تردد ، والوجه الجواز على كراهة.

أقول : لا يخلو حال الوكيل والموكل عليه عن ثمانية أقسام :
الأول : ان يتوكى المسلم للمسلم على المسلم ، وهذا لا نزاع فيه.
الثاني : ان يتوكى المسلم للمسلم على الذمي ، وهذا لا نزاع في صحته أيضا.

الثالث : ان يتوكّل المسلم على الذمي للذمي ، وهذا صحيح أيضا.

الرابع : ان يتوكّل الذمي على ذمي ، وهذا صحيح أيضا.

الخامس : ان يتوكّل الذمي للمسلم على الذمي وهذا لا شك في صحته.

السادس : ان يتوكّل الذمي للذمي على مسلم ، ولا شك في بطلان هذا القسم.

السابع : ان يتوكّل الذمي على مسلم مسلم. ذهب المصنف الى عدم الجواز ، وهو

المشهور بين أصحابنا لإثبات السبيل على المسلم ^(٨) ، وهو غير جائز.

الثامن : ان يتوكّل المسلم للذمي على مسلم ، وقد تردد المصنف في صحة هذه

الوكالة ثم اختار الجواز ، ومنشأ التردد من أصالة الجواز ، وأن للذمي مطالبة المسلم بالحقوق

، فيكون تولي المسلم لذلك أولى ، وهو مذهب ابن إدريس والمصنف والعلامة.

ومن ان في ذلك سلطنة وسبيلا ، فكما لا يجوز ان يتسلط الذمي على المسلم كذا لا

يجوز أن يسلط المسلم على المسلم وهو مذهب الشيخ في النهاية والخلاف ، وبه قال المفيد

وأبو الصلاح وسلام.

.١٤١) النساء :

في ما به تثبت الوكالة

قال ﷺ : ولا بشاهد ويعين على قول مشهور.

أقول : المشهور بين الأصحاب عدم ثبوت الوكالة بشاهد ويعين ، ولا أعلم في ذلك خلافا ، لأن جميع الولايات لا تثبت بغير الشاهدين العدلين الذكرىين ، والمصنف لما لم يقف على دليل مقنع عنده على ذلك نسبه إلى القول المشهور ، كما جرت عادته في ذلك من ان كل قول يجده مشهورا بين الأصحاب لا يختلفون فيه ولم يجد عليه دليلا وأشار إليه بالمشهور ، وقد أشرنا إلى ذلك في أول هذا الشرح ^(١).

والظاهر ان الذي منع المصنف من الجزم في هذه المسألة نظره الى قاعدتين : إحداهما ان الولايات لا تثبت إلا بالشاهدين ، والأخرى كلما كان مالا أو المقصود منه المال يثبت بشاهد ويعين ، والوكالة قد يكون المقصود منها المال ، كما لو وكل وكيلًا في قبض دينه من زيد ، فدفع زيد الى الوكيل فأنكر الموكل الوكالة ، فأقام الغريم شاهدا واحدا بالوكالة ، فإنه يحتمل ثوتها بالشاهد واليمين ، لأن المقصود هنا إثبات دفع المال وما شابه ذلك ، فلما عمل الأصحاب بالقاعدة

(١) الجزء الأول ص ٣٨ . ٣٩ .

الأولى وتركوا الثانية . مع احتمال جواز العمل بها . لم يجزم بما عملوا به لعدم ترجيح قاعدتهم التي بنوا عليها على القاعدة التي تركوها .

قال ﷺ : ولو اختلفا في لفظ العقد بأن شهد أحدهما أن الموكل قال : وكلتك ، وشهد الآخر انه قال استبتك ، لم تقبل ، لأنها شهادة على عقدين ، إذ صيغة كل واحد منهما مخالفة للأخرى ، وفيه تردد ، إذ مرجعه إلى أنهما شهدا في وقتين .

أقول : قال الشيخ بعدم القبول لما ذكره المصنف ، وقال ابن الجنيد بالقبول ، والمعتمد ان شهدا على الإنشاء لم يقبل وكان الحق ما قاله الشيخ ، وان شهدا على الإقرار قبل وكان الحق ما قاله ابن الجنيد ، ولو قال أحدهما : (أشهد انه وكله) ، وقال الآخر : (أشهد أنه استنابه) ولم يحكى قول الموكل جاز بغير خلاف .

قال ﷺ : لو ادعى الوكالة عن غائب في قبض ماله من غريم فأنكر الغريم فلا يمين عليه . إلى آخر المسألة .

أقول : لا يخلو المال الذي ادعى الوكالة في قبضه من ان يكون عينا أو دينا . وعلى التقديرتين إما ان يعترف الغريم بالوكالة أو لا ، والأول ان يكون المال عينا وينكر الغريم الوكالة ولا بينة ، فليس لهذه الدعوى حكم في وجوب الدفع إجماعا ، سواء صدقه الغريم أو كذبه ، فلا يجب التسليم اليه مع التصديق ، لأن تصادق الغريم والوكيل على ثبوت الوكالة لا ينفذ

(١٠) على الموكل ، وهل يجوز الدفع؟ قال الشيخ في المبسوط بالجواز ، والمشهور عدم .

الثاني : ان يكون المال دينا وينكر الغريم الوكالة ولا بينة ، وهنا لا يخلو إما ان يدعى عليه العلم أو لا ، فان ادعى عليه العلم لا يخلو إما ان يعترف بالوكالة أو ينكراها ، فان اعترف بها ، هل يجب التسليم إليه أم لا؟ قال الشيخ في الخلاف : لا

(١٠) في « ر ٢ » : (يتعلق بحق له) بدل : (ينفذ) .

يجب ، وهو اختيار المصنف والعلامة . وقال ابن إدريس : يجب الدفع إليه ، لأنَّه صار وكيلًا عليه بتصديقه إياه ، لأنَّ إقرار العقلاء على نقوسهم جائز^(١) .

ووجه الأول انه لا يجبر على دفع غير مبرئ ، وهذا الدفع غير مبرئ ، لاحتمال إنكار الوكالة فيكون القول قوله في ذلك ، ومن هذين الوجهين نشأ التردد ، المعتمد عدم وجوب الدفع .

وان أنكر العلم ، هل يجب اليمين؟ قال ابن إدريس : يجب اليمين وهو بناء على قاعدته من وجوب الدفع مع الاعتراف ، وهذه قاعدة مطردة في جميع الأحكام ان كل موضع يجب الحق مع الإقرار يجب اليمين مع الإنكار ، وما لا فلا .

فرعان :

الأول : إذا ادعى إحالة الغائب عليه فصدقه احتمل وجوب الدفع ، لأنَّ الحوالة ناقلة للمال من ذمة الخيل إلى ذمة الحال عليه ، وقد اعترف الغريم بالحوالة فيكون قد اعترف بمال في ذمته فيجب دفعه إليه ، وهو المعتمد .

ويحتمل عدم وجوب الدفع ، لاحتمال إنكار الخيل الحوالة فلا يجبر الغريم بالدفع ، وهو ضعيف ، لأنَّ احتمال إنكار الحوالة . بل تتحقق إنكارها . لا يوجب إسقاط حق الاحتمال عليه ، والفرق بين دعوى الحوالة ودعوى الوكالة ظاهر ، لأنَّ دعوى الحوالة يتضمن إثبات حق لنفسه وقد اعترف له ، فيجب دفعه إليه ، ودعوى الوكالة تتضمن استحقاق إثبات يده على مال الغير .

الثاني : لو ادعى انه وارث الغريم ولا وارث سواه ، فان صدقه وجوب الدفع وان كذبه وحيط اليمين ، فان دفع المال وظهر وارث سواه فلا غرم ، فان كان لتصديقه إياه غرم حصة الوارث .

(١) الوسائل ، كتاب الإقرار ، باب ٣ أبواب الإقرار ، حديث ٢ .

في اللواحق

قال ﷺ : ولو ادعى بعد ذلك ان تلف المال قبل الامتناع ، أو ادعى الرد قبل المطالبة ، قيل : لا تقبل دعواه ولو أقام بينة ، والوجه أنها تقبل .

أقول : إذا طالب الموكيل بالرد فقال : (غداً أرده عليك) مع تمكنه من رده في الحال كان ضامنا ، فان ادعى بعد ذلك التلف ، وذكر انه قبل المطالبة وادعى انه ردّه قبل ^(١٢) لم يقبل قوله ، لأنه صار ضامنا بتأخيره للرد مع الإمكان ، فإن أقام بينة قال الشيخ : فيه وجهان :

أحدهما : أنها تقبل ، وهو الصحيح ، واحتاره المصنف ، لأنه أقامها على تلف أو رد ، ولو صدقه عليه لا يدفع عنه الضمان ، فمع التكذيب تقبل البينة ، وقيل : لا تقبل دعواه ولا بينة ^(١٣) ، لأنه مكذب لها بقوله : (أرده عليك) فلا تكون مقبولة ، وهو اختيار العلامة في المختلف.

قال ﷺ : كل من في يده مال لغيره أو في ذمته له أن يمتنع من التسليم

(١٢) في « ن » و« ر ٢ » : قبلها.

(١٣) كذلك في النسخ.

حتى يشهد صاحب الحق بالقبض ، ويستوي في ذلك ما قبل قوله في رده وما لا يقبل إلا بينة. إلى آخر المسألة.

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، وجزم به العلامة في القواعد والتحرير ، إلا أنه قيد في التحرير ما لم يؤد الإشهاد إلى تأخير الحق ، قال : فإن أدى إلى التأخير ، فالوجه وجوب الدفع فيما قبل قوله فيه مع اليمين ، فإن آخر ضمن ، وأطلق في القواعد كما أطلق المصنف.

وقيل بالتفصيل فان كان الحق مما قبل القول في رده مع اليمين من غير بينة ليس له الامتناع من التسليم لأجل الإشهاد ، لعموم وجوب دفع الحق إلى مستحقه عند الطلب ، خرج منه ما لا يقبل القول برده إلا بالبينة حذرا من الإنكار المؤدي إلى غرم المال ، وإن كان الحق مما قبل القول برده جاز ذلك ، والمشهور الجواز مطلقا ، لأن مع الإنكار يفتقر إلى اليمين وهي محظورة ^(١٤) ، وهذا هو المعتمد.

قال رحمه الله : **الوكيل في الإيداع إذا لم يشهد على الوديعي لم يضمن ، ولو كان وكيلا في قضاء الدين فلم يشهد بالقبض ضمن ، وفيه تردد.**

أقول : الفرق بينهما ان الوداعة مبنية على الإخفاء والكتمان ، وقضاء الدين مبني على الظهور والإعلان ، قال الشيخ رحمه الله : ولو أمره بقضاء الدين فلم يشهد ضمن بترك الاشهاد وان صدقه على القضاء ، لأنه فرط حيث دفعا غير مبرئ ، ومنشأ التردد من الوجه الذي ذكره بترك الاشهاد الشيخ ، ومن انه امتنع ما أمره به وهو القضاء ، والمحظوظ من القابض لا يوجب الضمان على الدافع ، والبراءة في نفس الأمر قد وقعت ، والأول هو المشهور.

فرع : لو أنكر الوديعي الوديعة فصدقه الموكل ، وادعى على الوكيل عدم

(١٤) في « ن » : محظوظة ، وفي « ر ٢ » : محدودة.

الإيداع ، كان القول قول الوكيل ، لأنهما اختلفا في تصرفه فيما هو وكيل فيه وليس للوكيل أن يخلف الوديعي ، لأنه لا يدعى عليه حقا لنفسه ولا لموكله ، لأن موكله لا يدعى عليه شيئا ، لأنه مصدقه على عدم دفع الوكيل اليه ، والوکيل لا یغرم شيئا بحیث یرجع عليه فيه ، ومع عدم تصديق الموكيل للوديعي تكون المخاصمة للموكيل دون الوكيل.

قال ﷺ : إذا أذن الموكيل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع حاز ، وفيه تردد ، وكذا في النكاح.

أقول : قد مضى البحث في هذا في كتاب البيع^(١٥) ، والمنع مذهب الشيخ وابن إدريس وابن الجنيد ، والجواز مذهب المصنف والعلامة ، ومنشأ التردد من أن البيع يفتقر إلى إيجاب وقبول ، ولا يتصور إلا من اثنين ، فالشخص الواحد لا يكون موجبا قابلا . وأحيب بأن الشخص الواحد إذا كان موجبا باعتبار البيع قابلا باعتبار الشراء كان قائما مقام اثنين .

وصورة العقد هنا ان يقول : بعث هذه العين عن موکلي من نفسي بدینار مثلا ، قبلت البيع لنفسي ، وكذا النكاح ، فيقول : زوجت موکلتي من نفسي بكذا ، قبلت الزواج لنفسي .

في التنازع

قال ﷺ : إذا اختلفا في رد المال إلى الموكِل ، فإن كان يجعل كلف البينة ، لأنَّه مدعى ، وإنْ كان بغير جعل ، قيل : القول قوله كالوديعة ، وهو قول مشهور ، وقيل : القول قول المالك ، وهو الأشبه .

أقول : لا يخلو الوكيل من أحد أمرين إما أن يكون وكيلاً بجعل أو بغير جعل : الأول أن يكون بجعل ، وقد افتى المصنف في كتابه أن القول قول الموكِل ، وهو المشهور ، وقال الشيخ في المبسوط : فيه وجهان : أحدهما أن القول قوله الموكِل ، لأنَّ الوكيل قبض المال لمنفعة نفسه وهو الجعل فهو كالمرتَّب والمُستعير . والثاني : إن القول قوله الوكيل ، لأنَّه قبض العين لمنفعة الموكِل ، بخلاف المرتَّب والمُستعير ، لأنَّ حقهما متعلق بالعين .

الثاني : إن يكون بغير جعل ، وهذا ^(١٦) قال ^(١٧) الشيخ . : يكون قوله مقبولاً في الرد ، لأنَّه قبض العين لمنفعة الموكِل دون منفعة نفسه فهو كالمودع ، واختاره

(١٦) في « ر ٢ » : وبهذا .

(١٧) في « ن » : قول .

المصنف في المختصر. وقال ابن إدريس : القول قول الموكيل لعموم قوله عليه السلام : « البينة على المدعى واليمين على من أنكر »^(١٨) ، خرج منه الوديعي بالإجماع ، يبقى الباقي داخلاً في العموم ، واختاره المصنف هنا ، وهو مذهب العلامة وقواه فخر الدين.

قال عليه السلام : إذا ادعى الوكيل التصرف وأنكر الموكل ، مثل أن يقول : بعث أو قبض ، قيل : القول قول الوكيل ، لأنه أقر بما له أن يفعله ، ولو قيل : أن القول قول الموكل أمكن ، لكن الأولأشبه.

أقول : إذا ادعى الوكيل بيع العين التي وُكّل في بيعها أو قبض الشمن الذي وكل في قبضه ، وادعى انه قد تلف بعد القبض فأنكر الموكل دعواه ، كان القول قول الوكيل على قول مشهور بين الأصحاب ، وقد ذكر المصنف وجهه ، ويحتمل ان يكون القول قول الموكل لأنه إقرار في حق الغير فلا يلزم به ، لكن الأول هو المشهور .

قال الله : إذا زوجه امرأة فأنكر الوكالة ولا بينة كان القول قول الموكل مع يمينه ، ويلزم الوكيل مهرها ، وروي نصف مهرها ، وقيل : يحکم ببطلان العقد في الظاهر ، ويجب على الموكل أن يطلقها إن كان يعلم صدق الوكيل وان يسوق لها نصف المهر ، وهو قوي.

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : وجوب المهر كملا على الوكيل ، وهو مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج وقواه ابن إدريس ، لأن المهر يثبت جميعه بالعقد وإنما ينتصف بالطلاق ، وليس هنا طلاق ، لأن ^(١٩) الوكيل منع حقها بترك الاشهاد على الوكالة

^{١٨}) الوسائل ، كتاب القضاء ، باب ٢٥ كيفية الحكم وأحكام الدعوى ، حديث ٣.

(١٩) في «ر١» : ولأن.

فيكون ضامناً.

الثاني : وجوب نصف المهر على الوكيل ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره ابن إدريس ، لأنها فرقة قبل الدخول ، فيكون كالطلاق ، ولرواية عمر بن حنظلة^(٢٠) ، عن الصادق عليه السلام .

الثالث : بطلان العقد في الظاهر ، ولا يجب على الوكيل شيء كما لو اشتري عيناً مدعياً وكالته فأنكر الوكالة ، فإن القول قوله ويبطل البيع ولا يغرن الوكيل شيئاً ، وأن التفريط ليس من الوكيل ، بل هو منسوب إليها كيف أجبت إلى التزويج من لم تثبت وكالتها شرعاً . وإذا حكم ببطلان العقد في الظاهر يبقى الموكل فيما بينه وبين الله تعالى ، فإن كان وكل وجوب عليه أن يطلقها ويدفع اليه نصف مهرها ، فإن لم يفعل كان مأثوماً عند الله تعالى ، وهذا القول نقله المصنف هنا والعلامة ، ولم يسميا قائله ، وقواه المصنف هنا ، والعلامة في المختلف ، وهو قوي لمناسبة لأصول المذهب ، ولا يضمن الوكيل شيئاً إلا أن يضمن لها بعد العقد ، فحيثئذ يغرن الجميع ، وله مقاومة^(٢١) الموكل إن كان صادقاً في الوكالة وأذن له في الضمان ، وإنما فلا .

فروع :

الأول : إذا لم تعلم المرأة صدق الوكيل حاز لها التزويج ظاهراً ، وإن علمت صدقه لم يجز لها أن تتزوج إلا مع الطلاق ، ولو لم يطلق لم يجبر عليه وفسخ الحاكم العقد ، فإن لم يكن هناك حاكم فسخت هي دفعاً للضرورة .

الثاني : لو طلقها وسماها عند الطلاق ، بأن قال : (زوجتي فلانة طالق) ، كان إقراراً بالنكاح ، ويجب دفع نصف المهر إلى الوكيل إن كان قد غرمها ، وإنما إلى

(٢٠) الوسائل ، كتاب الوكالة ، باب ٤ في أحكام الدعوى ، حديث ١ .

(٢١) في « ر ٢ » و« ن » : معاوضة .

المرأة.

الثالث : لا يجوز للوكيل ان يتزوجها في موضع يحکم ببطلان العقد ظاهرا من غير طلاق ، ولا فسخ ان كان صادقا في دعوه لعلمه انها ذات بعل ما لم يمت الموكيل ، فتحل له حيئذ بعد العدة بالنسبة إليه لا إليها.

الرابع : لو ادعى أن فلانا الغائب وكله في زواج امرأة فزوجها له ، ثم مات الغائب لم ترثه إلا ان يصدقه الورثة أو تقوم بذلك ببينة ، ويجب عليها العدة للزوم العقد قبل موته وإنكاره ، وإنما منعت من الإرث ، لأن الأصل عدمه ما لم يتحقق السبب الموجب له وهو غير متحقق ، وليس كذلك لو زوجها فضوليا ثم مات الزوج قبل الإجازة أو الفسخ ، فان هنا لا يجب عليها العدة وان كان العقد لازما من جهتها ، لأنها هنا أوقعت عقدا غير لازم للزوج حالة وقوعه ، وإنما هو موقف على احجازه ، وهناك أوقعت عقدا لازما له في زعمها حالة وقوعه ، وإنما تحدد له الفسخ ظاهرا بسبب الإنكار للوكالة ، والأصل عدمه ، فالفرق حاصل بين عقد يعتقد لزومه حالة وقوعه ، وبين عقد يعتقد عدم لزومه حالة وقوعه.

قال عليه السلام : لو وكل بقبض دينه من غريم له ، فأقر الوكيل بالقبض وصدقه الغريم وأنكر الموكيل ، فالقول قول الموكيل ، وفيه تردد.

أما لو أمره ببيع سلعة وتسليمها وقبض ثمنها ، فتلف من غير تفريط فأقر الوكيل بالقبض وصدقه المشتري وأنكر الموكيل ، فالقول قول الوكيل ، لأن الدعوى هنا على الوكيل من حيث انه سلم المبيع لم يتسلم الثمن ، فكانه يدعي ما يوجب الضمان ، وهناك الدعوى على الغريم ، وفي الفرق نظر.

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : إذا وكل وكيلا في استيفاء دين له على إنسان ، فقال : استوفيته وصدقه الغريم وأنكر الموكيل ، نظر فان قال : استوفيته وهو قائم بيدي فحده ، كان

عليه قبضه من الوكيل ولا معنى لهذا الاختلاف ، وان قال استوفيته وتلف من غير تفريط ، وأنكر الموكل الاستيفاء احتمل ان يكون القول قول الموكل ، لأصالة بقاء الحق فلا يقبل تصادق الوكيل والغريم إلا ببينة ، لأن قولهما على خلاف الأصل ، ويحتمل ان يكون القول قول الوكيل ، لأنه اختلاف في التصرف المأذون فيه ، وهو أمين فيكون قوله مقبولاً فيه.

وفتوى الأصحاب على ان القول قول الموكل في هذه المسألة إلا فخر الدين ، فإنه اختار ان القول قول الوكيل ، واتفقت فتاويمهم على ان القول قول الوكيل ، إذا اختلفا في التصرف المأذون فيه.

الثانية : إذا أمره ببيع سلعة وتسليمها إلى المشتري وقبض الثمن منه فادعى أنه باعها وقبض ثمنها ثم تلف الثمن من غير تفريط ، فأنكر الموكل قبض الثمن من المشتري ، فالقول قول الوكيل على ما تطابقت عليه فتاوي الأصحاب ، لأن الوكيل لا يجوز ان يسلم المبيع حتى يتسلم الثمن ، فلو فعل ذلك كان مفرطاً فيصير ضامناً فإذا أنكر الموكل قبض الوكيل للثمن بعد ثبوت قبض المشتري للسلعة يكون قد ادعى خيانة الوكيل وتفريطه حيث قدم على فعل غير جائز ، وهو تسليم المبيع قبل قبض الثمن ، والأصل عدم الخيانة والتفريط.

قال المصنف : (وفي الفرق نظر) ، وجه النظر ان الداعوى هنا على المشتري أيضاً ، كما ان الداعوى هناك على الغريم ، ووجه قبول قول الموكل في صورة استيفاء الدين كون الداعوى على غير الوكيل وهي هنا كذلك. هذا وجه عدم الفرق الذي نظره رحمه الله ، وهو ضعيف ، لأنه لو قلنا ان القول قول الموكل هنا ، وتعذر استيفاء الثمن من المشتري رجع على الوكيل لتفريطه بخلاف صورة استيفاء الدين فإنه إذا تعذر استيفاؤه من الغريم ليس على الوكيل شيء ، فالفرق ظاهر.

قال رحمه الله : ولو ظهر في المبيع عيب ، ردّها على الوكيل دون الموكل ،

لأنه لم يثبت وحول الشمن اليه ، ولو قيل برد المبيع على الموكيل كان أشبه.

أقول : وجوب رده على الوكيل مذهب الشيخ رحمه الله ، وذهب المصنف والعلامة وفخر الدين الى رده على الموكيل ، وهو المعتمد ، لأنه ملك للموكيل فيكون الرد عليه مع ثبوت الوكالة شرعا ، لأنه قد صار في يد وكيله ، فهو كما لو كان في يده ، لأن يد الوكيل يد الموكيل ، والمحاصمة بين المشتري والموكيل إذا تحققت الوكالة ، فلا وجه لرده على الوكيل.

فرع : إذا رده على الوكيل بجهل المشتري بالوكالة ، فان صدقه الوكيل على سبق العيب لزمه قبوله ولا يمضي تصديقه على الموكيل ، فان صدقه الموكيل أيضا أو قامت بذلك ببينة رده الوكيل على الموكيل ، وان كذبه وكان الغيب مما يمكن حدوثه ولا بينة ، كان القول قول الموكيل ، فإذا أحلفه لم يملك الوكيل رده عليه ، وان كذب الوكيل المشتري حلف ، فان نكل الوكيل عن اليمين وحلف المشتري رده على الوكيل ، وهل يملك الوكيل رده على الموكيل؟ فان قلنا ان اليمين المردودة على المدعى كإقرار الخصم لم يملك رده على الموكيل ، وان قلنا انها كالبينة كان له رده عليه.

كتاب الوقف والصدقات

في العقد

قال عليه السلام : ولو قال : حبس وسبلت ، قيل : يصير وقفا وإن تجحد ، لقوله عليه السلام : « حبس الأصل ، وأطلق الشمرة » ، وقيل : لا يكون وقفا إلا مع القرينة ، إذ ليس ذلك عرفا مستقرا بحيث يفهم من الإطلاق ، وهذا أشبه .

أقول : القول بحصول الوقف بقوله : (حبس وسبلت) مجردًا عن القرينة ، قول الشيخ في الخلاف ، وبه قال السيد المرتضى وابن زهرة ، واحتاره العالمة في القواعد ، فالصريح عندهم ثلاثة : (وقفت وحبست وسبلت) ؛ لأن (حبس وسبلت) ثبت لهما عرف الاستعمال بين الناس ، وللخبر الذي ذكره المصنف .

وقال الشيخ في المبسوط : الذي يقوى في نفسي أن صريح الوقف قول واحد وهو : (وقفت) لا غير ، وبه يحكم بالوقف ، واما غيره من الألفاظ فلا يحكم به الا بدليل ، واحتاره ابن إدريس والمصنف ، والعلامة في الإرشاد ، وقواه في التحرير ، وبه قال فخر الدين والشهيد ، وهو المعتمد ، لأصالحة بقاء الملك على صاحبه ما لم يتحقق السبب المزيل ، وهو غير متحقق هنا ، والموضع للقدر المشترك لا دلالة له على التخصيص ، ولفظ (حبس وسبلت) موضوع للتأييد وغير التأييد فهو

مشترك ، فلا يحمل على التأييد من غير قرينة دالة عليه ، كما روي عن أمير المؤمنين عَلَيْهِ الْكَفَافُ انه تصدق بداره في بني زريق ، وكتب :

« بسم الله الرحمن الرحيم »

هذا ما تصدق به أمير المؤمنين على بن أبي طالب ، وهو حي سوي ، وتصدق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السموات والأرض ، واسكن هذه الصدقة حالاته ما عشن وعاش عقبهن ، وإذا انفرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين » ^(١).

غير لفظ الوقف يحتاج إلى قرينة دالة على التأييد ، كما في كتاب أمير المؤمنين عَلَيْهِ الْكَفَافُ مثل : « لا تباع ولا توهب حتى يقبح الله الأرض ومن عليها » ، وبالجملة كل ما يدل على التأييد.

وألفاظ الوقف ستة : (وقفت وحجبت وسبلت وحرمت وتصدقت وأبدت) وكلها تفتقر إلى القرينة عدا (وقفت).

قال ﷺ : أما لو وقف في مرض الموت ، فان أحاز الورثة ، وإنما اعتبر من الثالث كالهبة والمحاباة في البيع ، وقيل : يمضي من أصل التركة . والأول أشبه ، ولو وقف ووهب وأعتق وباع فحابي ولم يجز الورثة ، فإن خرج ذلك من الثالث صح ، وإن عجز بدئ بالأول فال الأول حتى يستوفي قدر الثالث ، ثم يبطل ما زاد ، وهكذا لو أوصى بوصايا ، ولو جهل المتقدم قيل : يقسم على الجميع بالمحصص .

أقول : يأتي تحقيق البحث في هذه إنشاء الله تعالى في باب الوصايا ^(٢) .

(١) الوسائل ، كتاب الوقوف والصدقات ، باب ٦ أحكام الوقوف والصدقات ، حديث ٤ .

(٢) ص ٤٥١ من هذا الجزء ، تصرفات المريض .

في الشرائط

قال بِاللَّهِ : هل يصح وقف الدنانير والدرام؟ قيل : لا ، وهو الأظهر ، لأنه لا نفع لها الا التصرف فيها ، وقيل : يصح ، لأنه قد يفرض لها نفع مع بقائها.

أقول : الذهب والفضة إذا كان حلياً صحيحة وقفه إجماعاً ، والخلاف إنما هو في الدرام والدنانير ، ونقل في المبسوط للإجماع ، إلا من شذ على عدم جواز وقفها ، وهو المشهور بين الأصحاب ، لأن نفعها في إخراجها ، وهو مناف للوقف.

وقيل : يصح مع تقدير المنفعة الحكيمية كالتحلي بها. قال العلامة في التحرير : ولو سوغناه ففي جواز عمله حلياً للموقوف عليه نظر ، والمعتمد عدم الجواز على القول بالصحة ، لأن يؤدي إلى تغيير عين الوقف ، وهو غير جائز ، ويحتمل الجواز ، لأنه نوع انتفاع مع بقاء العين.

قال بِاللَّهِ : ولو وقف ما لا يملكه لم يصح وقفه ، ولو أجاز المالك ، قيل : يصح ، لأنه كالوقف المستأنف ، وهو حسن.

أقول : استقرب العلامة في القواعد صحة الوقف مع الإجازة ، وهو ظاهر

الإرشاد ومنع منه في التحرير ، وهو مذهب الشهيد رحمه الله ، وقواه فخر الدين ، قال : لعدم صحة التقرب بمال الغير .

قال رحمه الله : وفي وقف من بلغ عشرًا تردد ، والمروي حواز صدقته ، والأولى المنع .

أقول : حواز وقف من بلغ عشرًا مذهب الشيخ رحمه الله وابي الصلاح وابن الجيند ، روایة زراة ^(٣) عن الصادق عليه السلام المتضمنة حواز صدقته والوقف صدقة ، والمنع مذهب سلار وابن إدريس والمصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لعموم الحجر عليه قبل البلوغ ^(٤) .

قال رحمه الله : ولو بدأ بالمعدوم ثم بعده بال موجود ، قيل : لا يصح ، وقيل : يصح على الموجود ، والأول أشبه .

أقول : إذا كان الوقف منقطع الابتداء متصل الانتهاء ، كأن يقف أولاً على من لا يصح الوقف عليه ، ثم على من يصح ، كأن يقف على نفسه أو عبده أو المجهول لأحد هذين ، أو المعدوم ، ثم على الفقراء والمساكين ، قال الشيخ في الخلاف : يبطل الوقف فيمين بدأ بذكره ، لأن لا يصح الوقف عليه ويصح ^(٥) في حق الباقيين ، لأن يصح الوقف عليهم وقواه في المبسوط ، لأنه ذكر نوعين أحدهما لا يصح الوقف عليه والآخر يصح الوقف عليه فيبطل في حق من لا يصح الوقف عليه ، ويصح في حق من يصح في حقه ، لأن تفريق الصفقة حائز ، فلا مانع من صحة هذا الوقف ، واختار المصنف البطلان ، وهو مذهب العلامة

(٣) الوسائل ، كتاب الوقف والصدقات ، باب ١٥ في أحكام الوقف والصدقات ، حديث ١ .

(٤) الوسائل ، كتاب الحجر ، الباب ١ ، حديث ٤ .

(٥) من « ن » ، وفي « ر ٢ » : وهل يصح ، وباقى النسخ : فيبطل .

وفخر الدين ، وهو المعتمد ، لأنه لا مقر له في الحال ، فيكون باطلًا.

فروع :

الأول : إذا قلنا بصحة الوقف فيمن يصح في حقهم ، هل تصرف منفعة الوقف إليهم في الحال؟ قال الشيخ في المبسوط : ينظر فان كان الذي بطل الوقف في حقه لا يمكن انقراضه كالمدعوم والميت فإن منفعة الوقف تصرف إلى من يصح في حقهم في الحال ، ويكون أولئك بمنزلة المدعوم الذي لم يذكر في الوقف ، فان كان الموقوف عليه أولاً يمكن انقراضه كالعبد ، فمنهم من قال يصرف إليهم في الحال ، لأنه لا مستحق غيرهم ، وهو الأصح ، ومنهم من قال لا يصرف إليهم في الحال ، لأنها انا جعل منفعة الوقف لهم بشرط انقراض من قبلهم ، والشرط لم يوجد ، فيصرف إلى الفقراء والمساكين مدة بقاء الموقوف عليه أولاً ، ثم إذا انقض رجعت إليهم ، هذا جميعه قول الشيخ في المبسوط ، وهذا الفرع ساقط سقوط أصله.

الثاني : لو انقطع وسط الوقف ، [احتمل الصحة في الطرفين] كما لو وقف على زيد ثم على عبده ثم على الفقراء والمساكين ، احتمل الصحة في الطرفين فيصرف ^(٦) منفعته في الوسط إلى الواقف أو وارثه ولو كان منقطع الطرفين ، فهو كمنقطع الأول.

الثالث : إذا وقف على ما ولده سنة ثم على الفقراء والمساكين صح ، لأنه مؤبد في طرفيه ووسطه.

الرابع : إذا وقف على أولاده وشرط أن يكون غلة العام الأول لزيد ، والعام الثاني لعمرو ، وهكذا ، وبعدهم على الفقراء والمساكين ، العام الأول لعلمائهم ، والثاني لزهادهم ، والثالث لعبادهم ، صح ولزم الشرط.

قال ﷺ : ولو وقف على المؤمنين انصرف إلى الاثني عشرية ، وقيل :

(٦) من « ن » ، وفي « ر ٢ » : وتصرف ، وفي الباقى من النسخ : وصرف.

إلى مجتبني الكبار ، والأول أشبه.

أقول : لا خلاف في انصرافه إلى الثانية عشرية القائلين بإمامية الثانية عشر عليهم السلام ، وإنما الخلاف في اشتراك الجميع أو اختصاص مجتبني الكبار منهم.

قال الشيخ في النهاية والمغيد وابن البراج وابن حمزة : باختصاص مجتبني الكبار منهم ، وقال سلار وابن إدريس : باشتراك الجميع ، واحتقاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لأن الفسق لا يخرج المؤمن عن إيمانه.

وقال العالمة في المختلف : والتحقيق أن الإيمان أن جعلناه مركبا من الاعتقاد القلبي والعمل بالجوارح لم يكن الفاسق مؤمنا ، وإن جعلناه عبارة عن الأول كان مؤمنا ، قال : وهو الحق عندي.

قال عليه السلام : **ويشترك الذكور والإإناث المنتسبون إليه من جهة الأب نظرا إلى العرف ، وفيه خلاف للأصحاب.**

أقول : إذا قال : وقف على الهاشميين أو العلويين أو الحسينيين ، كان من انتسب إلى هاشم أو علي أو الحسين بن علي ، ويشترك الذكور والإإناث في ذلك ما لم يحصل التفصيل ، وهل يشترط الانتساب بالأب أو يدخل المنتسب بالأم؟.

اختلف الأصحاب في ذلك ، المشهور اختصاص المنتسب بالأب والأم أو الأب خاصة دون المنتسب بالأم خاصة ، وقال السيد المرتضى : يدخل المنتسب بالأم خاصة ، ويشارك أهل الوقف ، وقد مضى تحقيق ذلك في باب الخمس ^(٧) فلينظر من هناءك.

قال عليه السلام : ولو وقف على جيرانه يرجع إلى العرف ، وقيل : من يلي داره إلى أربعين ذراعا ، وهو حسن ، وقيل : إلى أربعين دارا من كل جانب ، وهو

(٧) تقدم في الجزء الأول ص ٢٩٧ - ٢٩٨.

مطرح.

أقول : هنا ثلاثة أقوال :

الأول : الرجوع الى العرف ، وهو مذهب المصنف والعلامة ، لأن مع تعذر الحقيقة الشرعية يرجع الى العرف.

الثاني : مذهب الشيختين وسلامر وابن البراج وابن حمزة وابن زهرة وابن إدريس.

الثالث : قول بعض الأصحاب ، وهو منقول عن عائشة ، وهو متوك.

فروع :

الأول : هل يشترط ملك الجار للدار ، حتى لو كان مستأجرًا أو مستعيرًا لم يستحق من الوقف شيئاً؟ يحتمل ذلك ، لأن الجار الحقيقي هو مالك^(٨) الدار دون مستعيرها ومستأجرها. ويحتمل استحقاق المستعير والمستأجر لصدق اسم المجاورة عرفاً ، أما الغاصب فالأقرب عدم دخوله ، لأنه مأمور بالخروج في كل آن فلا يصدق عليه المجاورة ، وعلى القول باستحقاق المستأجر والمستعير لو خرجا خرجا عن الوقف.

الثاني : إذا باع الملك^(٩) خرج عن الوقف ويصير للمشتري لصبيورته جاراً.

الثالث : لو لم تكن الدار مسكنة ، هل يستحق مالكها شيئاً من الوقف؟ يحتمل ذلك لصدق اسم المجاورة بالملك ، فإنه يجوز أن يقال : فلان جار فلان إذا كانت داره إلى جانب داره وإن لم تكن مسكنة ، ويحتمل العدم ، لأن المجاورة في العرف إنما تكون مع السكنى به دون الملك ، وهذا يصدق على المستأجر والمستعير

(٨) من « ن » ، وفي النسخ : المالك.

(٩) من « ن » ، وفي النسخ : مالك.

بأنه حار.

الرابع : لو كان في داره اثنان فصاعدا دخلوا في الوقف لصدق المعاواة.

الخامس : لا يخرج صاحب الدار عن الوقف بسفره المتقطع ، ولا في تردده بالسكنى
بینها وبين غيرها.

قال ﷺ : ولو وقف على بنى تميم صح ويصرف الى من يوجد منهم ، وقيل : لا
يصح لأنهم مجاهدون ، والأول هو المذهب.

أقول : قال الشيخ في المسوط والخلاف : إذا وقف على بنى تميم أو بنى هاشم صح
الوقف ، وإن كانوا غير محسورين كالفقراء والمساكين ، قال : وفي الناس من قال : انه لا
يصح ، لأنه مجاهد. وقال ابن حمزة : لا يجوز الوقف على بنى فلان ، وهم غير محسورين في
البلاد ، والمشهور الجواز ، وهو المعتمد لوقوع الإجماع على صحة الوقف على الفقراء
والمساكين وعلى المسلمين والمؤمنين ، ولا شك في انتشارهم وعدم انحصرتهم.

ويجب إعطاء ثلاثة فما زاد ولا يجزي أقل من ثلاثة ، ولا يجب الزائد عليها ، وكذا
حكم كل قبيلة منتشرة ، ولا يجب التسوية بين المدفوع إليهم ، بخلاف المحسورين فإنه يجب
التسوية والاستيعاب^(١٠) ، ولو كانوا منحصرين ثم انتشروا وجوب استيعاب ما أمكن ، لأن
الواقف أراد التسوية والتعميم في ابتداء وقفه لكونه ممكنا لانحصر الموقف عليه ، فإذا تعذر
بعد ذلك وجوب العمل بما أمكن بخلاف المنتشرين ابتداء ، لأن الواقف لم يقصد التعميم ولا
التسوية لتعذرها في حق المنتشرين ، فلا يجب أكثر من أقل الجمع ، ولا يكفي دونه.

قال ﷺ : ولو وقف على الذمي حار ، لأن الوقف تمليك فهو كإباحة المنفعة ، وقيل :
لا يصح ، لأنه يشترط فيه نية القرابة إلا على أحد الأبوين ، وقيل :

(١٠) في «ن» : الاستيعاب.

يصح على ذوي القرابة ، والأول أشبهه ، وكذا يصح على المرتد ، وفي الحري ترد ، أظهره
 (١١) المنع.

أقول : هنا ثلات مسائل :

الأولى : في جواز الوقف على الذمي ، وقد اختلف الأصحاب في ذلك على أربعة
 أقوال :

الأول : الجواز مطلقا ، وهو مذهب المصنف والشهيد ، لقوله تعالى ﴿ لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يَقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبْرُوْهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ ﴾
 (١٢).

الثاني : انه يصح على ذي الرحم دون الأجنبي ، وهو مذهب الشيوخين للحث على
 صلة الأرحام.

الثالث : يصح على الوالدين دون غيرهم ، واختاره ابن إدريس ، لقوله تعالى ﴿ وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾
 (١٣) ، وللحث على برهما ، ثم رجع بعد ذلك الى مذهب
 الشيوخين ، وهو يدل على اضطرابه في هذه المسألة.

الرابع : المنع مطلقا ، وختاره فخر الدين لقوله تعالى ﴿ لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوادِعُونَ مَنْ حَادَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾
 (١٤) الآية وهي دالة على النهي عن موعد الكافر
 وان كان أبا.

الثانية : في المرتد عن غير فطرة ، ذهب المصنف والعلامة في القواعد الى جواز الوقف
 عليه ، ووجه الصحة كون الوقف صدقة ، وهي جائزة على المرتد

(١١) في بعض النسخ : أشبهه.

(١٢) الممتحنة : ٨.

(١٣) لقمان : ١٥.

(١٤) المحادلة : ٢٢.

من غير فطرة ، لأنه له أهلية التمليل ، ولعموم : « على كل كبد حرى أجر »^(١٥) . ويحتمل المنع لكونه كافرا ، واحتاره فخر الدين.

الثالثة : في الحري ، لا خلاف في عدم جواز الوقف على الأجانب ، وإنما الخلاف في جوازه على الأقارب ، قال الشيخان : بجوازه عليهم سواء كانوا أبوين أو غيرهما من ذوي الأرحام ، وكذا أبو الصلاح وابن حمزة ، وقال سلار : ووقف المؤمن على الكافر باطل ، وقد روي انه ان كان الكافر أحد أبيي الواقف أو من ذوي رحمه كان جائزا ، والأول لم يثبت ، ومثله قال ابن البراج.

وجزم المصنف في المختصر بعدم جواز الوقف على الحري ، وهو مذهب العلامة ، ووجه الجواز والمنع ما تقرر في الذمي .

قال عليه السلام : وكذا لو جعله ممن ينقرض غالبا ، كأن يقفه على زيد ويقتصر أو يسوقه إلى بطون تنقرض غالبا ، أو يطلقه في عقبه ولا يذكر ما يصنع به بعد الانقراض ، ولو فعل ذلك ، قيل : يبطل الوقف ، وقيل : يجب إجزاؤه حتى ينقرض المسمون ، وهو الأشباه فإذا انقرضوا رجع إلى ورثة الواقف ، وقيل : إلى ورثة الموقوف عليهم ، والأول أظهر .

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : من شرط في الواقف التأييد فإذا جعله ممن ينقرض غالبا ، كما وصفه المصنف ولم يسقه بعد ذلك إلى من لا ينقرض كالفقراء والمساكين والمساجد والمشاهد ، هل يصح ذلك؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف : إذا وقف على من يصح انقارضه في العادة مثل ان يقف على ولده وله ولد وسكت ، فمن أصحابنا من قال : لا يصح الوقف ، ومنهم من قال : يصح ، والمشهور الصحة ، وهو مذهب الشيختين وابن الجنيد وسلام وابن إدريس وابن حمزة ، واحتاره المتأخرون ،

(١٥) عوالي اللئالي ١ : ٩٥ ، حديث ٣.

ويكون حبساً أو سكناً أو عمرى بلفظ الوقف ؛ لأنّه نوع تمليل وصداقة ، فيتبع اختبار المالك في التخصيص وغيره ، وأن تملك الأخر ليس شرطاً في تملك الأول ، وإلا لزم الدور ، لأن تملك الأول شرط في تملك الثاني ، ولو كان تملك الثاني شرطاً في تملك الأول لزم الدور.

واحتاج المانعون بأن الوقف مقتضاه التأييد ، فإذا كان منقطعاً صار وقفاً على مجھول ، فلا يصح كما لو وقفه على مجھول في الابتداء.

الثانية : إذا انقرض الموقوف عليهم ، هل يرجع الوقف إلى ورثة الواقف أو ورثة الموقوف عليهم أو إلى وجوه البر؟ فيه ثلاثة أقوال :

الأول : إلى ورثة الواقف ، وهو مذهب الشيخ وابن البراج وسلام ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لأنّه حبس في الحقيقة لأنّه أربابه ، وحكم الحبس رجوعه إلى ورثته عند انقضاض الحبس عليهم لعدم خروجه عن ملكه بالكلية.

الثاني : إلى ورثة الموقوف عليهم ، وهو مذهب المفید (وابن إدريس)^(١٦) ، لأن الوقف خرج عن ملك الواقف فلا يعود إليه ولا الموقوف عليه تملك الوقف فينتقل إلى ورثته بعد موته.

والجواب عدم انتقال الرقبة إلى الموقوف عليه هنا لما بينا من أنه حبس في الحقيقة ، وإنما ينتقل الوقف إلى الموقوف عليه في صورة التأييد.

الثالث : قال ابن زهرة : ينتقل إلى وجوه البر لانتقال الوقف عن الواقف وزواله عن ملكه ، ومال إليه العلامة في المختلف.

قال رحمه الله : ولو وقف على أولاده الأصغر فقبضه يكون قبضه عنهم ، وكذا الجد للأب ، وفي الوصي تردد ، أظهره الصحة.

(١٦) لم يرد في « ن ».

أقول : منشئه : من انه قائم مقام الأب والجند مع فقدهما ، فيكون حكمه حكمهما ، ومن انه لا يجوز ان يتولى طرف العقد عند الشيخ وابن إدريس ، وهذا عقد ، والمعتمد الجواز.

قال ﷺ : ولو وقف على نفسه لم يصح ، وكذا لو وقف على نفسه ثم على غيره ، وقيل : يبطل في حق نفسه ويصح في حق غيره ، والأول أشبه.

أقول : هذا منقطع الابتداء ، وقد مضى ^(١٧) البحث فيه.

قال ﷺ : وقيل : إذا وقف على أولاده الأصغر جاز أن يشرك معهم وإن لم يشرط ، وليس بمعتمد.

أقول : الجواز مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج لرواية عبد الله بن الحجاج ^(١٨) ، عن الصادق عليه السلام ، والمشهور المنع ، وهو المعتمد لعدم جواز تغيير الوقف ، ولرواية جميل بن دراج ^(١٩) ، عن الصادق عليه السلام .

(١٧) ص ٣٦٨.

(١٨) الوسائل ، كتاب الوقوف والصدقات ، باب ٥ أحكام الوقوف والصدقات ، حديث ٣.

(١٩) الوسائل ، كتاب الوقوف والصدقات ، باب ٤ في أحكام الوقوف والصدقات حديث ٢ و٧.

في اللواحق

قال ﷺ : ولو وقف حصته من عبده ثمّ أعتقه لم يصح العتق لخروجه عن ملكه ، ولو أعتقه الموقوف عليه لم يصح أيضاً لتعلق حق البطون به ، ولو أعتقه الشريك مضى العتق في حصته ولم يقوم عليه ، لأن العتق لا ينفذ فيه مباشرة ، فالأولى أن لا ينفذ فيه سراية ، ويلزم من القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم افتكاكه من الرق ، ويفرق بين عتقه مباشرة وعتقه سراية بأن العتق مباشرة يتوقف على الخصار الملك في المباشر أو فيه وفي شريكه ، وليس كذلك افتكاكه فإنه إزالة للرق شرعاً فيسري في باقيه ويضمن الشريك القيمة ، لأنه يجري مجرى الإتلاف ، وفيه تردد.

أقول : منشأ التردد من عدم ترجيح أحد الاحتمالين وقد بين وجههما ، وعدم نفوذ العتق مباشرة وسراية مذهب الشيخ في المبسوط ، واحتاره العلامة في مصنفاته ، وهو المعتمد ، وعلى القول بالانتقال إلى الله تعالى لا يتوجه احتمال الافتراك ، وإنما يتوجه على القول بانتقاله إلى الموقوف عليهم.

قال ﷺ : إذا وقف مملوكاً كانت نفقته في كسبه ، اشترط ذلك أو لم

يشترط ، ولو عجز عن الاكتساب كانت نفقته على الموقوف عليهم ، ولو قيل في المسألتين كذلك كان أشبه.

أقول : قال الشيخ في المبسوط : نفقة العبد الموقوف في كسبه إذا لم يشترط أو شرطها في الكسب ، لأن الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه ، وإنما يمكن ذلك ببقاء عينه ، وإنما يبقى بالنفقة ، فمقتضى العقد يوجب كون النفقة في كسبه ، هذا إذا كان ذا كسب ، وأما إذا عجز عن الكسب فالنفقة على الموقوف عليهم على القول بانتقال الملك إليهم ، وعلى القول بانتقاله إلى الله تعالى فهي من بيت المال مع عجز العبد عن التكسب .
وظاهره ترجيح كون النفقة على الموقوف عليهم ، سواء كان ذا كسب أو لم يكن لكونه ملوكا لهم والنفقة تابعة للملك ، واختاره العلامة ، وهو المعتمد .

قال عليه السلام : لو جنى العبد الموقوف عمدا لزمه القصاص . إلى آخر المسألة .

أقول : هنا مسائلتان :

الأولى : إذا جنى العبد الموقوف ، فإن كانت الجنائية عمدا فلا خلاف في جواز الاقتراض منه وبطلان الوقف ، وإذا كانت خطأ لم يتصل برقبته ، لأنه إنما يتعلق برقبته من بيع بالأرش ، أما رقبة من لا بيع بالأرش فلا يتعلق بها ، وهذا إجماع وإنما الخلاف في محل الديمة ، هل هو كسب العبد أو مال الموقوف عليه أو مال الواقف أو بيت المال؟ فيه أقوال :
الأول : تعلقها بمال الموقوف عليه ، وهو بناء على انتقال الملك إليه ، وقد تعذر استيفاء الديمة من رقبة الملوك لعدم جواز بيعه ، ولا سبيل إلى إهدار الجنائية فيكون في مال الملك .

الثاني : تعلقها بمال الواقف ، وهو بناء على انتقال الملك إلى الله تعالى ، لأنه

الذي منع الرقبة من تعلق الأررش بها بالعنق ، فيكون ضامنا.

الثالث : تعلقها ببيت المال كاحر المعسر ، وهو بناء على انتقال الملك الى الله تعالى أيضا.

الرابع : تعلقها بكسبه ، لأنه أقرب الأشياء الى رقبته ، فإذا تعذر تعلقها برقبته تعلقت بما هو أقرب الأشياء إليها ، وهذا هو المعتمد ، لأنه لا يجوز إهدار الجنابة ولا تعلقها برقبة العبد لعدم جواز بيعه بها ولا بمال المولى ، لأن المولى لا يعقل عبدا ، فوجب تعلقها بالكسب ، وقال العالمة في المختلف : ويحتمل تعلقها بالرقبة وتتابع فيه كما تقبل في العمد والبيع أدون من القتل ، وهذا الاحتمال لم يقل به احد ، ولو لم يكن له كسب كان الاحتمال قريبا.

فرع : لو كانت الجنابة عمدا هل يتخير الجني عليه بين القتل والعفو والاسترقاء كما يتخير في الطلق أو يتحتم القتل أو العفو دون الاسترقاء؟ يحتمل ذلك لوجوب دوام الوقف بدوام الحياة في الحيوان ، لأنه يقتضي التأييد ، وهو مانع من تملك غير الموقوف عليه للوقف ما دام موجودا ، ويحتمل جواز الاسترقاء ، لأن له ابطال الوقف بقتله ، فإبطاله مع بقاء الحياة أولى ، لأنه عفو ، وهو حسن ، والأول أقوى.

الثانية : في الجنابة على العبد الموقوف ، فإذا جنى عليه فلا خلاف في وجوب أررش الجنابة على الجاني ، وإنما الخلاف في مصروفها ، قال الشيخ في المبسوط : قال قوم يشترى بها عبدا آخر ويقام مقامه ، سواء قيل بانتقال الملك الى الله تعالى أو الى الموقوف عليه ، لأن حق البطون الآخر متعلق برقبة العبد ، فإذا فاتت أقيم غيرها بقيمتها مقامها ، ومنهم من قال بنقل القيمة إليه ، قال : وهو الأقوى ، لأننا قد بينا ان ملكه له ، والوقف لم يتناول القيمة. هذا كلامه في المبسوط ، وهو يدل على اختياره انتقال القيمة إلى الموقوف عليه ، ويكون ملكا

له كالنماء ، واختاره المصنف.

والعلامة اختار ان يشتري بها غيره ويقام مقامه ، لأن البطن الأول لا يملك الوقف على الخصوص ، ولهذا ان البطن الثاني يتلقى الوقف من الواقف لا من البطن الأول.

و هنا فروع :

الأول : على القول بتملك البطن الأول للقيمة يجوز لهم العفو ، وعلى القول بوجوب شراء بدله ليس لهم العفو.

الثاني : على القول بوجوب الشراء يتولاه الناظر الخاص ، وهو الذي جعل الواقف النظر اليه ، ومع فقده يتولاه الناظر العام ، وهو الامام علیئلاً أو من يقوم مقامه ، وهو حاكم الشرع ، ومع التعذر يتولاه الموقوف عليه.

الثالث : لا يفتقر هذا العبد المشترى الى وقف جديد ، بل يصير وقفا بنفس الشراء ، لأنه بدل من الوقف ، لأنه انا اشتري ليكون وقفا فلا يفتقر الى وقف ، وهو مذهب فخر الدين ، والشهيد في شرح الإرشاد.

الرابع : يجب ان يكون البدل من جنس المبدل ، ويجب المماثلة ما أمكن حتى في الذكورة والأئنة.

الخامس : لو لم تف قيمة الأول بعد اشتري بها شخص عبد يكون وقفا ، ولو فضل عن قيمة العبد اشتري بها شخص^(٢٠).

قال ﷺ : إذا كان له موالي من أعلى . وهم المعتقدون له . وموال من أسفل . وهم الذين اعتقهم . ثم وقف على مواليه ، فإن علم أنه أراد أحدهما انصرف إليه ، وإن لم يعلم انصرف إليهما .

أقول : هذا هو المشهور بين الأصحاب ، وهو مذهب الشيخ وابن إدريس

(٢٠) كذلك.

والمصنف ، لأن الاسم متناولهما ، وذهب العالمة إلى البطلان عند عدم القرينة الدالة على إرادة أحدهما ، لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر ، فلا يمكن حمله عليهما ، لأن الاسم يقع عليهما بمعنىين مختلفين كالأسماء المشتركة مثل العين ، والاسم المشترك لا يمكن حمله على جميع مسمياته ، وحمله على البعض دون البعض من غير قرينة ترجيح ^(٢١) من غير مرجح ، فيبطل ، لأنه يجري بحرى الوقف على أحد هذين.

قال ﷺ : ولو وقف على أولاده انصرف الى أولاده لصلبه ولم يدخل معهم أولاد الألاد ، وقيل : بل يشترك الجميع ، والأول أظهر.

أقول : إذا قال : (وقفت على أولادي) ، فلا يخلو إما أن يحصل قرينة دالة على اختصاص البطن الأول ، مثل ان يقول : (على أولادي لصلي أو الذي يلواني) ، أو تحصل قرينة دالة على التشيريك ، كما لو قال : (وقفت على أولادي) ، وليس له أولاد لصلبه ، بل أولاد أولاد ، أو قال : (ويفضل أولاد الأكبر أو الأعلم على غيرهم) ، أو قال : (فإذا خلفت الأرض من عقيبي فهو للمساكين) ، أو قال : (أو يفضل أولاد الذكور على أولاد الإناث) ، أو قال : (ويفضل الأعلى من يليه) ، أو ما شابه ذلك من القرائن الدالة على التشيريك ، أو يتجرد اللفظ عن القرائن الدالة ، ولا شك في وجوب اتباع القرائن في التخصيص والتشيريك.

والبحث إنما هو مع تجربة اللفظ عن القرائن ، وهنا قال الشيخ في المبسوط وابن الجندى بتخصيص البطن الأول ، واختاره المصنف ، والعالمة في القواعد والمختلف ، وهو المعتمد ، لأن اللفظ إذا أطلق حمل على الحقيقة دون المجاز ، ولا يجوز أن يعدل عن الحقيقة إلى المجاز بغير قرينة دالة على المجاز وليس.

ولا شك في أن الولد حقيقة هو ولد الصلب المتكون من نطفته دون ولد

(٢١) في « ن » ، وفي باقى النسخ : ترجح.

الولد ، لأن إطلاق اسم الولد عليه مجاز ، ولهذا يصح سلبه عنه ، فإنه يصح أن يقال : (هذا ليس : بولدي ، بل ولد ولدي) ، وصحة النفي من علامات المجاز .

وقال المفید وابن البراج وابن إدريس يشترک الأولاد وأولاد الأولاد ، واحتاره العالمة في التحریر ، لأن اسم الولد شامل للولد من الصلب ولولد الولد ، ولقوله تعالى ﴿يُوصِّيكُمُ اللَّهُ فِي أُولَادِكُمْ لِلذِّكْرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾^(٢٢) ، وهو شامل لأولاد البنين وإن سفلوا ، ولقوله تعالى ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾^(٢٣) ، وهو شامل للبنات وبنت البنات وان نزلت ، ومثل هذا كثير في القرآن ، والمطلق من كلام الآدمي إذا خلا عن قرينة ينبغي ان يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ، ومطلق كلام الله تعالى دال على دخول أولاد الأولاد في لفظ الأولاد ، فيحمل عليه كلام الآدمي .

قال ﷺ : ولو قال : على أولادي فإذا انقرضوا وانقرض أولادي فعلى الفقراء ، فالوقف لأولاده ، فإذا انقرضوا ، قيل : يصرف إلى أولاد أولاده ، فإذا انقرضوا في إلى الفقراء ، وقيل : لا يصرف إلى أولاد الأولاد ، لأن الوقف لم يتناولهم لكن يكون انقراضهم شرطا لصرفه إلى الفقراء ، وهو أشبه .

أقول : القولان نقلهما الشيخ في المبسوط عن قوم ، ثم قوى الأول ، لأنه شرط انقراض أولاد الأولاد ، وذلك بظاهره يدل على انه وقف عليهم ، فهو كما لو صرح به ، والمصنف ذهب الى الثاني ، وهو مذهب العالمة ، وهو المعتمد ، ووجهه ما قاله المصنف فيكون الوقف منقطع الوسط ، ففي حال انقطاعه تصرف غلته الى الواقف ، ان كان ، وإلا إلى ورثته .

قال ﷺ : وإذا وقع بين الموقف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز

. ١١) النساء : ٢٢(

. ٢٣) النساء : ٢٣(

بيعه ، ولو لم يقع خلف ولا يخشى خرابه ، بل كان البيع أنسع ، قيل : يجوز بيعه ، والوجه المنع ، ولو انقلعت شجرة من الوقف ، قيل : يجوز بيعهما لتعذر الانتفاع الا بالبيع ، وقيل : لا يجوز لإمكان الانتفاع بالإجارة للسقف وشبهه ، وهو أشبه.

أقول : هنا مسائلتان :

الأولى : في جواز بيع الوقف إذا وقع بين الموقوف عليهم خلف وخشى خرابه ، وتحقيق البحث أن الأصحاب قد اختلفوا هنا على ستة أقوال :

الأول : جواز بيعه إذا حدث ^(٢٤) للموقوف عليهم ما يمنع الشرع عن معونتهم والقرية إلى الله تعالى بصلتهم ، وهو قول المفید عليه السلام ، وهو محمول على أن الواقف قصد معونة الموقوف عليهم لصلاحهم وديانتهم ثم يخرج أربابه عن هذا الوصف إلى حد الكفر ، فحينئذ يمكن خروجهم عن الاستحقاق ، وأن الوقف صدقة والصدقة يشترط التقرب بها إلى الله تعالى ، فمن لا يصح التقرب عليه لا يصح الوقف عليه ، فيبطل الوقف في حقهم ويرجع طلقا.

الثاني : جواز بيعه إذا كان البيع أنسع لهم وأردد وارد ^(٢٥) عليهم من تركه ، وهو قول المفید أيضا ، وكأنه عول على رواية جعفر بن حسان ، « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلة على قرابته من أبيه وقرباته من امه ، فللمورثة أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا أو اختلفوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة؟ قال : نعم إذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا باعوا » ^(٢٦) ، فهذه الرواية دالة على جواز البيع إذا كان أنسع لهم من بقائه.

(٢٤) في « ر ٢ » : أحدث.

(٢٥) في « ن » و« ر ٢ » : وارف.

(٢٦) الوسائل ، كتاب الوقف والصدقات ، باب ٦ أحكام الوقف والصدقات ، حديث ٨ مع ، وفيه (حنان بدل (حسان) .

الثالث : جواز بيعه إذا حصل لأربابه ضرورة شديدة إلى ثمنه ، ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة ، وهو قول السيد المرتضى والمفید وسلام رابن حمزة ، لأن الواقف قصد بالوقف نفع الموقوف عليهم ودفع حاجتهم ، وإذا لم يمكن دفع حاجتهم إلا بالثمن حاز بيعه.

الرابع : جواز بيعه إذا وقع بين أربابه فتنية وخشي خرابه ، ولا يمكن انسدادها بدون بيعه ، وهو قول الشیخین ، واختاره العلامہ ، وهو ظاهر المصنف ، لأن المقصود من الوقف استيفاء منفعته فإذا تعذر جاز بيعه تخصیلاً للغرض ، وأن الجمود على العین مع تعطیلها تضییع للمال وتعطیل لغرض الواقف ، ولرواية علی بن مهذیار ^(٢٧).

الخامس : التفصیل ، وهو أن كان الوقف مؤبداً لم يجز بيعه بحال ، وإن كان حبسا على أقوام معینین ، وليس فيه ما يقتضی تأییده جاز بيعه عند خوف هلاکه ، وإنفساده إذا كان بأربابه حاجة ضروریة ، وهو قول ابن البراج ، وابي الصلاح ومحمد بن بابویه ، ويمكن استدلالهم برواية عصر بن حسان المتقدمة التي استدللنا بها على مذهب المفید ، لأن مفهومها دال على عدم التأیید.

السادس : عدم جواز البيع مطلقاً ، وهو مذهب ابن الجنید وابن إدريس ، واختاره فخر الدين لما رواه علی بن راشد ، « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام ، قلت : جعلت فداك اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي ، فلما وزنت المال خبرت أن الضيعة وقف ، قال : لا يجوز شراء الوقف ولا يدخل الغلة في مالك ، ادفعها إلى من أوقفت عليه ، قلت : لا أعرف لها ربا ، قال : تصدق بغلتها » ^(٢٨) ،

(٢٧) الوسائل ، كتاب الوقف والصدقات ، باب ٦ أحكام الوقف والصدقات ، حديث ٦.

(٢٨) الوسائل ، كتاب الوقف والصدقات ، باب ٦ أحكام الوقف والصدقات ، حديث ١ ، وفي المصدر (أبي علی) بدل (علی).

وما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع تعطيلها ، والمعتمد مذهب المصنف والعلامة .

الثانية : إذا انقلعت نخلة من الوقف ، قال الشيخ : يجوز بيعها ، لأنه لا يمكن الانتفاع بهذه النخلة إلا على هذا الوجه ، وقال ابن إدريس : يمكن الانتفاع بهذه النخلة من غير بيعها بأن يعمل جسراً أو زورقاً^(٢٩) ، إلى غير ذلك من المنافع مع بقاء عينها ، ومنع من بيعها ، والمعتمد حجاز بيعها مع خروجها عن المنافع بالكلية ، وعدم الجواز مع فرض المنفعة .

تببيه : إذا بيع الوقف بحيث يجوز بيعه ما يصنع بشمنه؟ قال المرتضى والمفيد : يدفع إلى الموجودين يتتفعون به ، وقال العلامة : والأقوى عندي أن أمكن شراء شيء بالشمن يكون وقفاً على أربابه كان أولى ، فإن اتفق مثل هذا الوقف كان أولى ، وإلا جاز شراء مهما كان مما يجوز وقفه ، وإن لم يكن^(٣٠) صرف الشمن إلى التابعين^(٣١) يتتفعون به مهما شاءوا ، ولأن فيه جماً بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام ، وبين النصف الدال على عدم جواز مخالفة الواقف حيث شرط التأييد .

وإذا لم يمكن تأييده بحسب الشخص وأمكن بحسب النوع وجوب ، لأنه موافق لغرض الواقف وداخل تحت الأول الذي وقع العقد عليه ، ومراعاة الخصوصية بالكلية تفضي إلى فوات الغرض بأجمعه ، ولأن قصر الشمن على التابعين يقتضي خروج باقي البطون عن الاستحقاق بغير وجه ، مع انهم

(٢٩) في النسخ : ردنقاً ، وما أثبتناه من السرائر ج ٣ ص ١٦٧ .

(٣٠) كذلك في النسخ ، ولعل الصحيح : يمكن .

(٣١) في « ر ٢ » : البائعين .

يستحقون من الوقف كما يستحق البطن الأول ، تذرر وجودهم حالة الاستحقاق. الى هنا كلام العالمة ، وهو المعتمد.

ويتولى البيع والشراء البطن الذي اشترطه الواقف ، فان لم يكن فالحاكم فان لم يكن فالموقوف عليهم ، ويصير وقفا بنفس الشراء على ما اختاره فخر الدين والشهيد ، ولا يفتقر إلى إحداث عقد الوقف بعد الشراء.

قال عليه السلام : ولو آحر البطن الأول الوقف إلى مدة ثم انقضوا في أثنائها. إلى آخر المسألة.

أقول : (على القول)^(٣٢) بأن الموت لا يبطل الإجارة ، واختار^(٣٣) المصنف والعالمة وابنه بطلانها هنا ، ووجهه ما قاله المصنف ، وقد سبق البحث في هذه في باب الإجارة^(٣٤) ، و اختيار المصنف هو المعتمد.

قال عليه السلام : وهل تصير أم ولد؟ قيل : نعم وتنعدم بموته وتؤخذ القيمة من تركته لمن يليه من البطون ، وفيه تردد.

أقول : إذا وطأ الأمة الموقوفة أحد من أرباب الوقف فأحبلها ، فلا يخلو إما أن يكون الوقف عاما كالوقف على الفقراء والمساكين ، أو خاصا كالوقف على أقوام معينين وعلى عقبهم وما تعاقبوا ، وعلى التخصيص لا يخلو إما أن يكون في طبقة الواطئ أو غيره أو لم يكن ، فالأقسام ثلاثة :

الأول : إن يكون الوقف عاما كالوقف على الفقراء والمساكين فيطأها أحدهم فيحبّلها ، فهنا لا تصير أم ولد إجمالا ، ولو كان هناك شبهة وجوب المهر جميعه على الفقير الواطئ يقبضه الحكم ، وله دفعه إلى غيره من الفقراء ، ويجوز

(٣٢) كذلك ، وفي « ر ٢ » : لم يرد.

(٣٣) في « ر ٢ » : و اختيار.

.٣١٢ (٣٤) ص

ان يدفع اليه بعضه لكونه فقيرا ولا يجوز دفع جميعه إليه ، لأن الوقف العام لا يجوز صرف غلته إلى أقل من ثلاثة.

الثاني : ان يكون الوقف خاصا ولا يكون في طبقة الواطي غيره ، فهنا لا يلزم عقر (٣٥) ، لأنه لا يتعلق بذمته شيء لنفسه ، فإذا أحبلها هل تصير أم ولد أم لا؟ فيه إشكال ينشأ من أنها ملكه ، وقد علقت منه فتصير أم ولد ، ومن أدائه إلى بطalan حق باقي البطون بعتقها بموت مولاها ، واختار فخر الدين صيورتها أم ولد ، لأن الاستيلاد مبني على التغليب ، وعلى القول به تتعقد موت مولاها ويؤخذ قيمتها من تركته ، لأنه أتلفها على من بعده من البطون بعد موته ، وهذا على القول بعدم اختصاص البطن الأول بعوض الموقوف ، وعلى القول بالاختصاص لا يؤخذ شيء لاستحالة غرمه لنفسه ، قاله الشهيد في شرح الإرشاد ، وهو معارض بأن الغرم إنما يتحقق بعد موته ، وهو لا يملك شيئا حينئذ ، فلا يتصور غرمه لنفسه بل لغيره من البطون ، وهو مذهب فخر الدين ، وهو لا يتوجه إلا على القول بأن السبب إذا كان عدواً ضمن فاعله ما يتلف به ، وإن كان بعد موته كمن حفر بئراً عدواً في ملك غيره ، فوقع فيها إنسان بعد موت الحافر فإن الديمة تؤخذ من تركبة الحافر على ما هو مشهور بين الأصحاب.

وقال عميد الدين : إنما يتوجه عتقها بعد موت سيدها ، ويؤخذ ثمنها من تركته إذا كان ولده منها داخلاً في الوقف ، فاما إذا كان لم يكن داخلاً في الوقف فإنها تتعقد لعدم انتقالها إلى الولد ، بل إلى البطون ، ومذهب فخر الدين عتقها بعد موت الواطي وأخذ قيمتها من تركته مطلقاً ، سواء كان ولدها داخلاً في الوقف أو لم يكن.

وجرى بين السيد عميد الدين وبين الشهيد بحث في هذه المسألة ذكره

(٣٥) في « م » : عرقه.

الشهيد في شرح الإرشاد ، قال : قلت له ان الأصحاب أطلقوا انها تصير أم ولد ، وحكم أمهات الأولاد العتق بموت المولى من نصيب الولد ، فقال : إذا لم يكن له نصيب منها ، فكيف يقال انها تعتق من نصبيه؟! فقلت : إذا حكم بأنها أم ولد اقتضى موت المولى حري (٣٦) المواريث فيها فصار له فيها نصيب وتعتق من نصبيه ، وطول البحث هنا .
والمعتمد اختيار فخر الدين ، فإن كان الولد غير داخل في الوقف جعلت في نصبيه لصيروتها أم ولد ، وأم الولد مورثة بعد موت المولى وإن كان داخلا في الوقف ، هل يحسب القيمة من نصبيه؟ يحتمل ذلك لعموم النص (٣٧) ، واختاره فخر الدين .
ويحتمل العدم ، لأن الوقف صح فيها ولا ينفك إلا بخروجها عن صلاحية الملك ، وهذا الاحتمال ذكره فخر الدين ، وهو ضعيف .

الثالث : إن يكون الوقف خاصا ويكون في طبقة الواطئ غيره ، والحكم على القول بنفوذ الاستيلاد دفع قيمة حصة الشركاء إليهم في الحال أو يشتري به شيء يكون وقفا ، ولا يجب الصبر إلى بعد الوفاة ، وأما حصة الواطئ فالإشكال فيها بعد وفاته كما تقدم ، ويجب عليه حصة الشركاء من المهر يختصون به ، لأنه كان كالمนาفع ، وكذا حصصهم من قيمة الولد يوم سقوطه حيا .

(٣٦) في « ن » : كون .

(٣٧) الوسائل ، كتاب التدبير والمكاتبة والاستيلاد ، احاديث الباب ٦ .

في العطية

قال عليه السلام : ولا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض سواء عَوْض عنها أو لم يعوض ،
لرحم كانت أو لأجني ، على الأصح .

أقول : المشهور بين الأصحاب عدم جواز الرجوع في الصدقة بعد القبض ، سواء
كانت فرضاً أو نفلاً ، وقال الشيخ في المسوط : صدقة التطوع بمنزلة الهبة في جميع الأحكام
، فكل موضع يجوز الرجوع في الهبة يجوز الرجوع في الصدقة .

والمعتمد الأول لما قاله المصنف : من ان المقصود منها الشواب ، وقد حصل فهي
كمالعوض عنها ، وادعى ابن إدريس الإجماع على ذلك ، ولا فرق بين الرحم والأجني .

كتاب السكنى والحبس

قال عليه السلام : فيلزم بالقبض ، وقيل : يلزم ان قصد به القرية ، والأولأشهر.

أقول : المشهور بين الأصحاب والمعول عليه عندهم اللزوم بالقبض بعد الإيجاب والقبول ، ولا يجوز الرجوع بعد القبض مطلقا ، سواء نوى القرية أو لم ينو ، وهذه الأقوال التي نقلها المصنف ، نقلها العلامة في كتبه ، وفخر الدين وعميد الدين في شرحيهما ، وأبو العباس في المذهب ، كما نقلها المصنف من غير إشارة إلى تخصيص القائل ، ولم ينسبوا شيئا من هذه الأقوال إلى شخص معين ، ونسب المقداد عليه السلام في شرح المختصر القول بعدم اللزوم مطلقا إلى الشيخ ، ونسب القول باللزوم مع القرية إلى أبي الصلاح ، المعتمد ما هو مشهور بين الأصحاب.

قال عليه السلام : ولو قال لك سكنى هذه الدار ما بقيت أو حييت ، جاز وترجع إلى المسكن بعد موت الساكن على الأشيه.

أقول : حکى الشيخ عليه السلام في المبسوط أن في هذه المسألة قولين : أحدهما بطلاق الوقف ، والآخر الصحة ، ثم القائلون بالصحة اختلفوا فمنهم من

قال : يكون للعمر مدة حياته ولورثته بعده ، ومنهم من قال : يكون له مدة حياته ، فاذا مات رجعت الى العمر أو ورثته ان كان مات ، ثم قال : وهذا هو الصحيح على مذهبنا . هذا قوله عليه السلام في المبسوط ، ولم أجد في هذه المسألة خلافا لأصحابنا ، والخلاف الذي ذكره عليه السلام للجمهور ، ذكره شارح مختصر الشافعي .

قال عليه السلام : ولو قال أعمرتك هذه الدار لك ولعقبك ، كان عمرى ولم تنتقل الى المعمر ، وكان كما لو لم يذكر العقب .

أقول : إذا قال : (أعمرتك هذه الدار لك ولعقبك) ، هل يرجع الى المالك بعد انقراض العقب او يصير ملكا للمعمر ولا يرجع الى المالك الأول ؟ المشهور رجوعها الى المالك بعد انقراض العمر وعقبه ، لأصلالة بقاء الملك على مالكه ، وظاهر الشيخ في المبسوط وابن البراج في المذهب ان المعمر يملكونها ولا يرجع الى المالك ، لأنه أعطى إعطاء يجري فيه الإرث ، وإنما يورث المملك ، ولما رواه جابر : « ان النبي صلوات الله عليه وسلم قال : أيما رجل عمر عمرى له ولعقبه ، فإنما هي لمن يعطاهما ، ولا يرجع الى الذي أعطاها ، فإنه أعطاها إعطاء وقعت فيه المواريث » ^(٣٨) .

قال عليه السلام : ولا تبطل البيع ، بل يجب أن يوفى للمعمر ما شرط له .

أقول : هذه العبارة تقتضي جواز البيع مطلقا سواء كان مقرونا بالمدة أو بالعمر ، ولا خلاف في جواز البيع إذا كان الإسكان مقرونا بالمدة ، وكذلك الحبس إذا كان الى مدة معلومة ، ومع عدم العلم يتخير المشتري ، أما إذا كان الحبس أو الإسكان مقرونا ^(٣٩) بالعمر ، هل يجوز بيعه أم لا ؟ قال ابن الجنيد بالجواز ، وهو

(٣٨) صحيح مسلم ٢ : ٦٤ ، كتاب المبادرات ، باب ٤ حديث ٢٢ مع اختلاف في المتن .

(٣٩) من « ن » و« ر ٢ » وفي الباقي : غير مقرون .

ظاهر المصنف لإطلاقه الجواز.

وأطلق العالمة في الإرشاد كإطلاق المصنف هنا ، ورواية الحسن بن أبي نعيم ^(٤٠) ، عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام دالة على جواز البيع ، وهي حجة القائلين به. واستشكل العالمة صحة البيع في القواعد والمختلف ، واستقررت في التحرير عدمه ، واستشكلاه الشهيد أيضا ، ومنشئه جهالة وقت الانتفاع ، ولأنهم قد منعوا من بيع المسكن الذي تعتد فيه المرأة بالأقراء بجهالة وقت الانتفاع ، وهذه العلة سارية هنا.

وجواز الشيخ في المبسوط بيع العبد الموصى بخدمته على التأييد ، ويلزم منه جواز البيع هنا ، ومنع العالمة في القواعد من بيعه ، ويلزم منه عدم جواز البيع هنا.

والذى سمعناه من مشايخنا جواز البيع على المحبس عليه والمعمر دون الغير ، ولعل وجهه انتفاء المانع ، وهي جهالة وقت الانتفاع ، لأن المنافع مملوكة في الحال ، فإذا ملك الرقبة صارت المنافع والرقبة ملكا له مقبوسة في يده ، فلا مانع حينئذ ، وهو حسن.

(٤٠) الوسائل ، كتاب السكني والحبس ، باب ٢ ، حديث ٢.

كتاب الهدبات

في الحقيقة

قال عليه السلام : ولو وهب ما في الذمة ، فإن كان لغير من عليه الحق لم يصح على الأشبه.

أقول : ذهب الشيخ وابن إدريس والعلامة في المختلف إلى صحة هبة الدين بغير من هو عليه لصحة بيعه والمعاوضة عليه كالعين فيصح هبته. نعم يشترط في النزوم القبض ، فإذا قبضه الموهوب له من هو عليه لزمت الهبة ، وذهب المصنف والعلامة في القواعد والإرشاد والتحرير إلى عدم الجواز على غير من هو عليه ، والدليل ما ذكره المصنف في المتن ، وهو اشتراط القبض ، وهذا الدليل غير ناهض بمطلوبهم ؛ لأن القبض كما هو ممكن في العين هو ممكن في الدين فالفرق ضعيف ؛ لأنه كما هو شرط في العين وهو شرط في الدين ، فلو جعلوا دليلاً حصول الجهة لعدم التعيين كان أقوى ؛ لأن الدين غير متعين قبل قبضه ولو وهبوا شيئاً غير معين كشاة من قطيع أو أحد العبدان بطلت الهبة إجماعاً ، نصوا على ذلك في مصنفاتهم ، وعللوا بحصول الجهة ، وهي سارية في الدين ولم يعللوا بها ، بل بما لا يصلح أن يكون علة.

قال ﷺ : ولا يشترط في الإبراء القبول على الأصح .

أقول : ذهب الشيخ في المسوط وابن زهرة وابن إدريس إلى اشتراط القبول في الإبراء لاشتماله على المنة ، ولا يجبر على قبولها كالعين فلو لم يعتبر قبوله أجبر على قبول المنة ، وذهب المصنف والعلامة إلى عدم اشتراط القبول ، واستدل القائلون بعدم اشتراط القبول بقوله تعالى ﴿ وَأَن تَصَدِّقُوا حَيْرًا لَكُم ﴾^(١) ، ومن العجب استدلالهم بهذه الآية على عدم القبول ، وهم اجمعوا على اشتراط القبول في الصدقة ، وإذا كان الإبراء صدقة اشتراط فيه القبول ، والآية وإن كانت مطلقة فإنها دلت على أن الإبراء صدقة ، وقد ثبت افتقار الصدقة إلى القبول والقرآن مخصوص بالإجماع ، وقد اجمعوا على افتقار الصدقة إلى القبول ، فلا تكون الآية دليلا ، والدليل أن الإبراء إسقاط حق ، فلا يفتقر إلى القبول كالعتق والطلاق بخلاف الهبة ، فإنها تملיך ، والتمليق يفتقر إلى القبول .

قال ﷺ : ولو وهب ما هو في يد الموهوب له صح ، ولا يفتقر إلى إذن الواهب في القبض ولا مضي زمان يمكن فيه القبض ، وربما صار إلى ذلك بعض الأصحاب .

أقول : الصائر إلى ذلك الشيخ في المسوط ، ومنذهب المصنف هو المعتمد ، لأن إقرار يده عليه بعد العقد دليل على الرضا بالقبض السابق .

قال ﷺ : وإذا قبضت الهبة فإن كانت للأبوين لم يكن للواهب الرجوع إجماعا ، وكذا إذا كان ذا رحم غيرهما ، وفيه خلاف .

أقول : عبارة المصنف هنا وفي المختصر دالة على اختصاص الإجماع بالمنع من الرجوع بالهبة إذا كانت لأحد الأبوين أوهما ، ويفهم منه وقوع الخلاف إذا كانت الهبة للأولاد لتصحص الإجماع بالأبوين ، وكذلك عبارة العلامة في

.٢٨٠ (١) البقرة :

التحرير ، لأنها كعبارة المصنف هنا.

وقال العالمة في المختلف : وإذا وهب ولده الصغير أو الكبير واقبضه لم يكن للأب الرجوع في الهبة إجماعا ولو كانت لغير الولد من ذوي الأرحام للشيخ قولان ، وهذه العبارة دالة على عدم وقوع الخلاف إذا كانت الهبة من الأب للأولاد ، ودالة على وقوع الخلاف إذا كانت الهبة من الأولاد لآبائهم ، وهو عكس مذهب المصنف.

والشهيد قصر الإجماع بعدم الرجوع على هبة الأب لولد الصغير ، ويفهم منه وقوع الخلاف في الكبير وفي الآباء ، والمقتضى للجمع بين الأقوال وقوع الإجماع على عدم جواز الرجوع إذا كانت لأحد الأبوين وان علا والأولاد وان نزلوا ، وهو مذهب ابن حمزة.

وأما غير العمودين من ذوي الأرحام ففيه خلاف ، قال الشيخ في المسوط والخلاف : بجواز الرجوع ، وهو مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد ، واختاره ابن إدريس ، وقال الشيخ في النهاية والمفيد وسلام وابن البراج بعدم جواز الرجوع ، واختاره المصنف والعلامة والشهيد وأبو العباس ، وهو المعتمد لرواية محمد بن مسلم ، عن الباقي عليه السلام : « قال : الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها حيزت أو لم تحيز ، إلا لذي رحم ، فإنه لا يرجع فيها » ^(١).

قال عليه السلام : وهل يلزم بالتصرف ، قيل : نعم ، وقيل : لا ، وهو الأشبه.

أقول : للزوم مع التصرف مذهب الشيخ في النهاية ، وختاره ابن حمزة وابن البراج وابن إدريس والعلامة ، وأبو العباس في المقتصر ، وقال سلام وأبو الصلاح بجواز الرجوع ما دامت العين باقية وان تصرف ، وختاره المصنف والعلامة ، والمعتمد الأول ، لأن المتهم قد ملك الهبة بالعقد والإقباض ، وقد ظهر

(١) الوسائل ، كتاب الهبات ، باب ٣ في أحكام الهبات ، حديث ٣.

أثر الملك بالتصرف ، فيقوى وجود السبب وكان تاما ، وإذا ملك ملكا تماما افتقر في خروجه عنه الى سبب ، والرجوع هنا ليس سببا لاستقرار الملك بالتصرف ، وله عليه روایات ^(٣). واستدل المحوذون برواية محمد بن مسلم المتقدمة ^(٤) في مسألة ذوي الأرحام ، وإطلاق التصرف أعم من ان يكون مخرجا للعين عن الملك كالبيع والهبة ، أو لا يكون مخرجا كالرهن والكتابة ، وسواء غير صفتة كقصارة الثوب وعمل الخشب بابا أو سريرا ، أو لم يغير صفتة كاستخدام العبد والوطئ ولبس الثوب ، وبالحملة كل تصرف يفتقر الى الملك وادن الملك فإنه مانع من الرجوع على إطلاق الشيخ وابن إدريس والعلامة في القواعد والمختلف والإرشاد ، وقسم ابن حمزة التصرف غير المخرج عن الملك الى ما يحصل معه تغيير الصفة ، كقصارة الثوب ونسج الغزل ، والى ما لا يحصل معه التغيير كالرهن والكتابة ، ومنع الرجوع في الأول ، وجوزه في الثاني.

تبّيه : إنما تملك المهمة وتلزم بالقبض إن كانت لرحم ، وبالتصرف إن كانت لأجنيـي إذا تمت بشروطها من الإيجاب والقبول والقبض ، فلو كانت معاطـة من غير عقد لم يحصل الملك ، بل يباح التصرف ، وللملك الرجوع ما دامت العين باقية سواء كانت لرحم أو لأجـنيـي ، فلو نقلـها إلى غيره بعقد لازم أو أتلفـها سقطـ الرجـوع ، وقد أشارـ العـلامـةـ فيـ القـوـاعـدـ إلىـ ذـلـكـ ، قـالـ : وـلاـ يـكـفـيـ المعـاطـةـ وـلاـ الـأـفـعـالـ الدـالـةـ عـلـىـ الإـيجـابـ ، نـعـمـ يـبـاحـ التـصـرـفـ .

قال عليه السلام : ويكره الرجوع فيما تكتب الزوجة لزوجها والزوج لزوجته ، وقيل : يجري مجرى ذوي الرحم ، والأول أشبهه.

(٣) الوسائل ، كتاب الهبات ، باب ٨ في أحكام الهبات ، حديث ١.

.٣٩٩ ص (٤)

أقول : جواز الرجوع لكل من الزوجين على صاحبه مذهب الشيخ وابن إدريس ، واختاره المصنف لرواية محمد بن مسلم المتقدمة ، فإنه حكم فيها بجواز الرجوع في حق غير ذوي الرحم ، وهو عام وليس الزوج رحما.

ونقل الشيخ في الخلاف عن بعض الأصحاب تحرير الرجوع ، واختاره العالمة في التذكرة ، وفخر الدين في شرح القواعد وأبو العباس في المقتصر ، لرواية زرارة الصحيحة ، عن أبي عبد الله عاشِرًا : « قال : ولا يرجع الرجل فيما يهبه لزوجته ، ولا المرأة فيما تهبه لزوجها خيرت أو لم تخر ، أليس الله تعالى يقول ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا ﴾^(٥) ، وقال تعالى ﴿ فَإِنْ طِبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِئًا مَرِيشًا ﴾^(٦) وهذا يشمل الصداق والملبة »^(٧).

فرع : استقرب العالمة في القواعد والتحرير عدم انتقال حق الرجوع بالملبة إلى الوارث ، واختاره فخر الدين ، لأن الموهوب قد ملك الملبة بالقبض واستحقاق الرجوع على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على مورد النص ، وإنما ورد في الواهب خاصة ، فلا يستحق غيره ذلك.

(٥) البقرة : ٢٢٩ .

(٦) النساء : ٤ .

(٧) الوسائل ، كتاب المباهات ، باب ٧ أحكام المباهات ، حديث ١ .

في حكم الهبات

قال عليه السلام : ولو تلفت الحال هذه أو عابت لم يضمن الموهوب له ، لأن ذلك حدث في ملكه ، وفيه تردد.

أقول : إذا اشترط عليه الشواب ولم يتبه حتى تلفت العين أو عابت ، هل يضمن المتهم قيمة العين في صورة التلف ، والأرش في صورة العيب؟ تردد المصنف في ذلك بعد الفتوى بعدم الضمان ، ومنشأ التردد من ان التلف أو التعيب حصل في العين المملوكة للمتهم بغير عوض لازم له ، لأنه خير بين دفع العوض وبين عدم دفعه فلا يلزم ضمان ، ومن انه لم يملكها مجانا ، بل بشرط دفع العوض ، ولو كان العوض غير لازم له قبل التلف وقد صار لازما له بعده ، لأن المالك يتسلط على استرجاع العين مع عدم دفع العوض إذا كانت باقية ، وهذا التسلط قد تعذر بتلف العين فيتاح العوض إذا كانت العين باقية ، وهكذا التسلط ، وكذا الأرش لحصول النقص في يده ، وهذا هو المعتمد ، فحينئذ لا يخلو إما ان يكون العوض مقدارا أو غير مقدر ، فان كان مقدرا كان عليه أقل الأمرين من المقدر ومن قيمة العين ، لأنه ان كانت القيمة أقل فهي الالزمة له ، لأن العوض غير لازم له ، لأنه كان خيرا بين دفع العوض وبين عدم دفعه ، فيتسلط المالك على العين ،

وان كان العوض أقل من قيمة العين فقد رضي المالك به عوضاً عن عينه فليس له أزيد منه.
فإن قيل : إذا كان العوض غير مقدر تخير المتهب بدفع ما شاء ، وان قل ، نص عليه
المصنف والعلامة مع بقاء الدين ، فكيف يتحتم مع التلف قيمة المثل؟

قلنا : الجواب : الفرق بين الصورتين حاصل ، فان في صورة بقاء العين إذا دفع ما
شاء يتخير المالك بين قبوله وبين استرجاع العين إذا كان أقل من القيمة ، فإذا اختار القبول
فقد رضي بترك الزائد مع قدرته علىأخذه باسترجاع العين ، أما في صورة تلف العين فقد
تعذر الاسترجاع فتتعين القيمة ، لأنه قبضها على أنها مضمونة عليه ، وضمان القيمي
بقيمتها ، فهذا فرق بين الصورتين.

قال عليه السلام : إذا وهب في مرضه المخوف فربا صحت المبة ، وان مات في مرضه ولم يجز
الورثة اعتبرت من الثلث على الأظهر.

أقول : منجزات المريض تلزم مع البرء إجماعاً ، فإذا مات في ذلك المرض اختلف في
خروجها من الثلث أو الأصل ، وسيأتي البحث في تحقيق ذلك إنشاء الله تعالى في باب
الوصية.

فرع : حكم المدية حكم المبة ، والمشهور افتقارها إلى الإيجاب والقبول والقبض
كامهة ، ومن دون الإيجاب والقبول نطبق يباح للمهدي إليه التصرف فيها مع بقائهما على
ملك المهدي ، فلو كانت جارية لم يجز لها وظيفها ، لأن الاستمتاع لا يحل بالإباحة ، فمن
أراد تملّك المهدى إليه وكل رسوله في الإيجاب والإقباض ، ويتحمل عدم الحاجة إلى الإيجاب
والقبول نطبق ، ويكتفى الفعل الدال عليها ، لأن المدعايا كانت تحمل إلى رسول الله
صلوات الله عليه وسلام ، ولم ينقل أنه راعى العقد ، وكان يتصرف فيها تصرف المالك ، وعلى هذا الناس في
سائر الأمصار والأعصار ، وهذا الاحتمال ظاهر العلامة في التحرير.

كتاب السبق والرمادية

في الألفاظ المستعملة فيه

قال عليه السلام : فالسابق هو الذي يتقدم بالعنق والكتد ، وقيل : بإذنه ، والأول أكثر .
أقول : الكتد . بفتح التاء وكسرها والأول أشهر . مجمع الكتفين من أصل العنق والظهر ، والسبق به مذهب الشيخ وابن إدريس ، و اختاره المصنف والعلامة ، واعتبار الأذن مذهب ابن الجنيد ، لقوله عليه السلام : « بعثت والساعة كفرسي رهان كاد أحدهما يسبق الآخر بإذنه » ^(١) .

(١) مستند أحمد بن حنبل ٢ : ٣٣١.

في عقد المسابقة

قال ﷺ : عقدا المسابقة والرماية يفتقر إلى إيجاب وقبول ، وقيل : هي جعالة ، فلا يفتقر إلى قبول ، فيكفي البذل.

أقول : اختلف في عقد المسابقة هل هو لازم أم جائز؟ قال ابن إدريس : انه لازم ، وهو اختيار المصنف في المختصر ، وظاهره هنا اختيار اللزوم أيضا لعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾^(٢) ، وقال الشيخ انه جائز ، واحتاره العلامة ، لأصالة عدم اللزوم ، لأنه نوع جعالة ، لأن قوله : (من سبق فله كذا) هو عين الجعالة.

قال ﷺ : وهل يشترط التساوي في الموقف ، قيل : نعم ، والأظهر لا ، لأنه مبني على التراضي.

أقول : المشهور بين الأصحاب عدم اشتراط التساوي في الموقف ، واحتاره المصنف والعلامة وأبو العباس ، وهو المعتمد ، لأنه مبني على التراضي كما قاله المصنف ، وقيل بالاشتراط ، لأنه أقرب إلى العدل.

. ١) المائدة : ٢(

قال عليه السلام : وفي اشتراط المبادرة والمخاطة تردد ، والأظهر أنه ^(٣) لا يشترط.

أقول : المبادرة مثل من سبق إلى إصابة خمسة من عشرين فقد نصل صاحبه ، فإن كان الرشق عشرين والإصابة خمسة ، أو شرطاً المبادرة ، فمن بدر إلى إصابة الخمسة قبل صاحبه فقد نصله ، ولا يجب الإكمال.

والمخاطة ^(٤) إسقاط ما تساويا فيه شيئاً بشيء حتى ينتهي العدد.

إذا عرفت هذا ، هل يشترط المبادرة أو المخاطة في العقد؟ تردد المصنف ثم اختار عدم الاشتراط ، ومنشأ التردد من أصالة الصحة ، وحمل الإطلاق على المخاطة ، واحتاره أبو العباس في مقتصره ، ومن حصول الجهالة المفضية إلى التنازع.

(٣) في الشرائع : والظاهر.

(٤) من «ن» و«ر٢» وفي باقي النسخ : المخاطة.

في أحكام النضال

قال عليه السلام : ولو شرط في العقد إطعامه لربه لم أستبعد صحته.

أقول : قال الشيخ في الخلاف : يكون النضال صحيحاً والشرط باطل ، وقال في المبسوط : النضال باطل ، وظاهر المصنف صحة النضال والشرط معاً ، واختاره العلامة.

كتاب الوصايا

في الوصيّة

قال ﷺ : ولا ينتقل منفردا عن القبول على الأظهر.

أقول : ذهب الشيخ في الخلاف الى انتقالها بالموت منفردا عن القبول ؛ لأنه لا يمكن بقاء الموصى به على ملك الميت ؛ لأن الميت لا يملك ولا يمكن انتقاله الى الوراث ، لقوله تعالى ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾^(١) ، جعل الميراث لهم بعد الوصيّة ، ولم يقل بعد وصيّة الموصى وقبول الموصى له ، فكانت ملك الموصى له بنفس الموت وان لم يقبل.

ونقل في المبسوط ثلاثة أقوال :

أحدها : انتقال الملك بموت الموصى وقبول الموصى له ، فإذا وجد الشرط ان تنتقل الملك عقّيب القبول.

والثاني : أنه من ادعى أنه قبل الوصيّة تبيّنا أنه انتقل إليه بوفاة الموصى ، وإن لم يقبل تبيّنا أنه انتقل إلى الورثة.

والثالث : أنه ينتقل الى الموصى له بوفاة الموصى كالميراث ،
والمعتمد ان نقول : الوصيّة إن كانت ملنا لا يمكن حصرهم كالفقراء

. (١) النساء : ١٢ .

والمساكين ، أو لقبيلة منتشرة كبني هاشم ، أو كانت للمساجد والمدارس وشبه ذلك ، فإنها تنتقل بنفس الموت ، لعدم اعتبار القبول هنا ، وإن كانت لعيّن لم تنتقل إلا بالموت والقبول معاً ، لأن القبول هنا معتبر ، فلا يحصل الملك قبله كسائر العقود المفترضة إلى الإيجاب والقبول ، ولا يشترط القبول لفظاً ، بل يكفي الفعل الدال عليه.

قال ﷺ : ولو قبل قبل الوفاة جاز ، وبعد الوفاة أكذب.

أقول : نقل ابن إدريس عن بعض علمائنا عدم الاعتداد بالقبول قبل الوفاة ، واختاره العالمة في المختلف ، لأنه أوجب له بعد الموت ، فقبله ليس محلاً للقبول فهو كما لو قبل [قبل] الإيجاب.

وقال في القواعد : وقبوله بعد الموت لا اثر له لو تقدم. فهو موافق لمذهبه في المختلف ، ثم رجع عنه في ثاني سطر إلى اختيار المصنف هنا ، قال : فلو قبل بعد الموت بمدة أو في الحياة بعد مدة صحيحة. وهو مذهبيه في التحرير والإرشاد.

وهو المعتمد ، لعدم اشتراط مقارنته للإيجاب ، فهو كما يجوز تأخيره عن الموت يجوز تقديمه عليه ، إذ لا مانع من ذلك ، وهو اختيار ابن إدريس أيضاً.

قال ﷺ : ولو ردّ بعد الموت والقبول قبل القبض ، قيل : تبطل ، وقيل : لا تبطل وهو أشبه.

أقول : قال الشيخ في المبسوط وابن حمزة : تبطل الوصية إذا ردّها قبل القبض بعد الموت والقبول ، لأن ملكه لا يستقر إلا بالقبض كالموقوف عليه.

وقيل : لا تبطل ، واختاره المصنف والعالمة وفخر الدين.

وهو المعتمد ، لحصول الملك بالموت والقبول فلا يزول إلا بسبب ناقل ، والرد ليس شيئاً ناقلاً للملك عن مالكه.

في الموصي

قال ﷺ : ولا الصبي ما لم يبلغ عشرا ، فإن بلغها فوصيته جائزة في وجوده المعروف لأقاربه وغيرهم على الأشهر إذا كان بصيرا ، وقيل : تصح وإن بلغ ثمانية ، والرواية شاذة .
أقول : الصحة مع بلوغ العشر مذهب الشيخ وأبي الصلاح ، والصحة مع بلوغ الثمان مذهب ابن الجنيد ، وعدم الصحة قبل البلوغ مذهب ابن إدريس ، وعليه عمل المتأخرين ، للحجر عليه قبل البلوغ ، ودليل المقويين الروايات ^(٢) .

(٢) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٤٤ في أحكام الوصايا ، وباب ١٥ من أبواب الوقوف والصدقات ، حديث ٣.

في الموصى به

قال ﷺ : وإنجاز الوارث تعتبر بعد الوفاة ، وهل تصح قبل الوفاة؟ فيه قولان :
أشهرهما أنه يلزم الوارث.

أقول : اختلف الأصحاب في اعتبار الإجازة ولزومها قبل الوفاة.
قال المفيد وسلاّر وابن إدريس بعدم اللزوم ، واحتاره فخر الدين ، لأن الورثة قبل
الوفاة لا يستحقون شيئاً ، فلا تعتبر إجازتهم فيما لا يستحقونه .
وقال الشيخ وابن حمزة وابن الجنيد والعلامة في المختلف بلزومها ، وهو ظاهر المصنف
، و اختيار أبي العباس والمقداد .
وهو المعتمد ، لأن الرد حق الورثة ، فإذا رضوا بالوصية سقط حقهم .

ولما رواه منصور بن حازم في الصحيح ^(٣) ، ومحمد بن مسلم في الحسن ^(٤) ، عن أبي
عبد الله عليه السلام : « في رجل أوصى بوصية وورثته شهود ، فأجازوا ذلك ، فلما مات الرجل
نقضوا الوصية ، هل لهم أن يردوا ما أقروا به؟ قال : ليس لهم ذلك ، الوصية حائزة عليهم
إذا أقرروا بها في حياته » ، وبمعناها روايات ^(٥) .

(٣) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٣ في أحكام الوصايا ، حديث ٢ (مع اختلاف في المتن) .

(٤) المصدر المتقدم ، حديث ١ .

(٥) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١١ حديث ١٩ ، وباب ١١ ، أيضاً حديث ١ و ١٦ و ١٧ و ١٨ و ١٩ .

وادعى الشيخ الإجماع على ذلك.

قال ﷺ : ولو أوصى إلى إنسان بالمضاربة بتركة أو ببعضها على أن الربح بينه وبين ورثته نصفان صحيح ، وربما يشترط كونه قدر الثلث فأقل ، والأول مروي.

أقول : المشهور بين الأصحاب صحة هذه الوصية إذا كان الأولاد صغراً ولديهم

الروايات ^(٦).

وقال ابن إدريس : الوصية لا تنفذ إلا بالثلث قبل موته والربح قد تجدد بعد موته فلا تنفذ فيه وصية ، وقد سبق البحث في هذه في باب المضاربة.

قال ﷺ : ولو أوصى بثلثه لواحد ، وبثلثه لآخر كان ذلك رجوعاً عن الأول إلى

الثاني.

أقول : هذا مذهب الشيخ في الخلاف ، وادعى عليه الإجماع ، وبه قال ابن إدريس والمصنف ، لأن الإنسان لا يستحق في ماله بعد موته غير الثلث ، فإذا أوصى به لزيد ثم أوصى به بعد ذلك لعمرو ، فقد نقل الثلث الذي يستحقه من زيد إلى عمرو ، وأنه يعلم أنه لا يستحق في ماله غير الثلث ، فتكون الوصية الثانية ناسخة للأولى.

وقيل : لا يكون رجوعاً ، واحتاره العلامة في المختلف ، وفخر الدين في شرح القواعد ، لأصلالة بقاء الوصية الأولى ، والثانية لا تنافيها ، لأنه مع الإجازة تصح الوصيتان إجمالاً ، فلو كانت الثانية ناسخة للأولى لم تؤثر الإجازة فيها ، لأنها تتعقد بفعل ^(٧) الموصي لا ^(٨) ابتداء عطية ، فلو أوصى لزيد بشيء ثم رجع عنه وأجاز

(٦) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٩٢ في أحكام الوصايا ، حديث ١ و ٢ .

(٧) من « ر ٢ » وفي الباقي : لفعل.

(٨) في « ن » : له.

الورثة الوصية لم تشر الإجازة ملكا إجماعا ، فدل على أن الوصية الثانية ليست رجوعا عن الأولى ، والا لم تفدي الإجازة سببا. هذا إذا لم تحصل قرينة دالة على الرجوع مثل أن يقول : (أعطوا عمروا الثالث الذي أوصيتك به لزيد) ، أو يوصي لزيد بثلث ولعمرو بثلث ، ثم يقول : (هما ثلث واحد) ، أو يقال له عقيب الوصيتيين : (أضررت بالورثة) ، فيقول : (انا أوصيتك بالثالث) فان حصلت قرينة دالة على الرجوع كان رجوعا ، والا ففيه الاشكال. وعلى القول بعدم الرجوع إذا لم يجز الورثة كان الثالث للأول ، لعموم قولهم : « إذا زادت الوصايا عن الثالث ولم يجز الورثة بدئ بالأول فالأول حتى يستوفي الثالث ويدخل النص على الأخير » ^(٩).

ولو رد أحدهما الوصية ولم يقبلها كان الثالث للآخر مع الإجازة وعدمها. وعلى القول بكون الثانية رجوعا ولم يجز الورثة ، فإن رد الأول فلا حكم لرده ، بطidan وصيته بالوصية الثانية ، وان رد الثاني رجع المال إلى الورثة وبطلت الوصيتيان معا ، تبطل الأولى بالثانية ، والثانية بالرد. ومذهب المخالف قوي.

قال عليه السلام : ولو أوصى بعتق مالكه دخل في ذلك من يملكه منفردا ومن يملك بعضه أعتقد نصيبيه حسب ، وقيل : يقوم عليه حصة شريكه إن احتمل ثلثه ذلك ، وإلا أعتقد منهم من يحتمله الثالث ، وبه رواية ضعيفة.

أقول : عدم التقويم مذهب الشيخ في المبسوط ، واختاره المصنف ، والعلامة في القواعد والإرشاد ، لأن ملكه قد زال بالموت فلا يسري عليه حينئذ. وقال الشيخ في النهاية وابن البراج : يقوم عليه ، لأنه أوجد سبب السراية

(٩) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١١ في أن من أوصى بأكثر من الثالث صحت الوصية في الثالث.

لاستناد العنق في الحقيقة اليه ، ولرواية أَحْمَدُ بْنُ زَيْدٍ^(١٠) ، عَنْ أَبِي الْحَسْنِ عَلَيْهِ الْكَفَافُ .

قالَ اللَّهُمَّ : وَلَوْ أَوْصَى بِنَصْفِ مَالِهِ مثلاً ، فَأَجَازَ الْوَرَثَةَ ثُمَّ قَالُوا : ظنَّنَا أَنَّهُ قَلِيلَ ،
قَضَى عَلَيْهِمْ بِمَا ظَنُوهُ وَاحْلَفُوا عَلَى الرَّائِدِ ، وَفِيهِ تَرْدُدٌ ، أَمَّا لَوْ أَوْصَى بَعْدَ أَوْ دَارَ فَأَجَازُوا
الْوَصِيَّةَ إِلَى آخِرِهِ .

أقول : فَرَقُ الْأَصْحَابِ هُنَّا بَيْنَ الْوَصِيَّةِ بِالْجَزْءِ الْمَشَاعِ كَالنَّصْفِ مثلاً ، وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ
بِالْمُعِينِ كَالْعَبْدِ وَالْدَّارِ مثلاً ، وَفَتَوَاهُمْ عَلَى قَبْولِ دُعَوَى الْوَرَثَةِ ظَنَّ الْقَلَّةِ إِذَا كَانَتْ بِجَزْءِ الْمَشَاعِ
، وَعَدَمِ قَبْولِ دُعَوَاهُمْ ظَنَّ الْكَثَرَةِ إِذَا كَانَتْ بِمُعِينٍ ، إِلَّا أَنْهُمْ اخْتَلَفُوا فِي الْجُزْمِ وَعَدَمِهِ ،
فَالْمُصْنَفُ هُنَّا جُزْمٌ بِعَدَمِ الْإِلْتِفَاتِ إِلَى دُعَوَاهُمْ إِذَا كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِمُعِينٍ ، وَتَرْدُدٌ فِي قَبْولِ
دُعَوَاهُمْ إِذَا كَانَتْ بِمَشَاعِ .

وَالْعَالَمَةُ فِي الْقَوَاعِدِ وَالْتَّحْرِيرِ جُزْمٌ بِقَبْولِ دُعَوَاهُمْ إِذَا كَانَتْ بِمَشَاعِ ، وَلَمْ يَجُزْمْ بِعَدَمِ
الْقَبْولِ إِذَا كَانَتْ بِمُعِينٍ ، بَلْ يَحْتَمِلُ عِنْدَهُ الْقَبْولُ أَيْضًا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ بِمَشَاعِ ، عَكْسُ
مَذْهَبِ الْمُصْنَفِ .

وَوَجْهُ الْفَتْوَىِ : أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِذَا كَانَتْ بِجَزْءِ الْمَشَاعِ مِنَ التَّرْكَةِ كَنْصَفُهَا مثلاً ، كَانَ الْعِلْمُ
بِمَقْدَارِهِ مُوقَوفًا عَلَى الْعِلْمِ بِالْجَمِيعِ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ كُونِهِ مَعْلُومًا ، فَيَقْبَلُ دُعَوَى الْجَهَالَةِ فِيْهِ مَعْنَى
الْيَمِينِ ، بِخَلْفِ مَا إِذَا كَانَتْ بِمُعِينٍ ، لِحْصَوْلِ الْعِلْمِ بِمَقْدَارِ مَا تَضَمَّنَهُ الْوَصِيَّةِ .

وَوَجْهُ تَرْدُدِ الْمُصْنَفِ فِي عَدَمِ قَبْولِ الدُّعَوَى إِذَا كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِمَشَاعِ . كَمَا لَا تَقْبَلُ إِذَا
كَانَتْ بِمَعْلُومٍ ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ قَدْ لَزَمَتْ بِالْإِجَازَةِ فَيُلْزِمُهُمُ الْعَمَلُ بِهَا ، وَلَا تَقْبَلُ دُعَوَاهُمْ مَا
يُبَطِّلُهَا . لِأَصَالَةِ عَدَمِ الْبَطْلَانِ بِعَدَمِ الْلَّزَومِ .

وَوَجْهُ احْتِمَالِ قَبْولِ قَوْلِهِمْ فِي الْمُعِينِ كَقَبْولِهِ فِي الْمَشَاعِ . كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْعَالَمَةُ .

(١٠) الْوَسَائِلُ ، كِتَابُ الْوَصَايَا ، بَابُ ٧٤ فِي أَحْكَامِ الْوَصَايَا ، حَدِيثٌ ٢ .

دفع ضرر الوارث ، لأنَّه إنما يسمح بذلك المعين ظنا منه أنه يبقى له من المال ما يكفيه ، فإذا بان خلاف ذلك حقه الضرر بالإجازة ، وقد قال عَلَيْهِ الْكَبَّالُ : « لا ضرر ولا إضرار » (١١).

قال رَجُلُ اللَّهِ : ولو لم يكن له عود إلا عود اللهو ، قيل : يبطل ، وقيل : يصح ، وتزال عنه الصفة الحرمَة أَمَا لَوْ مَ كَفِيَ مِنْفَعَةً إِلَّا الْحَرْمَةَ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةَ.

أقول : نقل العلامة في التحرير هذا القول ، كما نقله المصنف هنا. وظاهر القواعد والإرشاد صحة الوصية مع إمكان إزالة الصفة الحرمَة ، لأنَّه شرط في البطلان عدم إمكان إزالة الصفة الحرمَة.

واشترط الشهيد في الصحة قصد الرضاض في الوصية ، فلو لم يقصده كانت باطلة.

قال رَجُلُ اللَّهِ : لو أوصى بجزءٍ من ماله ، فيه روايتان ، أشهرهما العشر ، وفي رواية سبع
الثالث.

أقول : ورد في هذه المسألة ثلاثة روايات :

الأولى : تضمنت العشر ، وهي صحيحة عبد الله بن سنان : « قال : إنَّ امرأة أوصَتَتْ إِلَيَّ ، وَقَالَتْ : ثُلُثِيَّ تَقْضِيَ بِهِ دِينِي ، وَحَزْءَ مِنْهُ لِفَلَانَ ، فَسَأَلَتْ عَنْهُ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، فَقَالَ : مَا أَرَى لَهَا شَيْئاً مَا أَدْرِي مَا الْحَزْءُ ! فَسَأَلَتْ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ الْكَبَّالُ بَعْدَ ذَلِكَ وَخَبْرَتْهُ كَيْفَ قَالَتِ الْمَرْأَةُ وَمَا قَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، فَقَالَ : كَذَبَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، لَهَا عَشْرُ الثَّلَاثَ ، إِنَّ اللَّهَ أَمْرَ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ الْكَبَّالُ وَقَالَ : ﴿إِجْعَلْ عَلَى كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ﴾

(١١) الوسائل ، كتاب إحياء الموات ، باب ١٢ حديث ٣ ، ٥ ، وكتاب الشفعة ، باب ٥ من أبواب الشفعة ، حديث ١.

جُزءاً ﴿١٢﴾ والجبال كانت عشرة ، فالجزء هو العشر من الشيء » ^(١٣).
وبضمونها افتى ابن بابويه ، والشيخ في التهذيب والاستبصار ، وهو اختبار المصنف ،
والعلامة في المختلف.

الثانية : تضمنت السبع ، وهي صحيحة أحمد بن محمد البزنطي ، « قال : سألت أبا
الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله ، فقال واحد من سبعة ، إن الله تعالى يقول ﴿
لَهَا سَبْعَةُ أَيُّوبٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ﴾ ^(١٤) » ^(١٥).

وبضمونها افتى الشيخ في النهاية والخلاف ، والمفید والسيد وسلام وابن الجنيد وابن
حمزة وابن البراج وابن إدريس ، والعلامة في القواعد.

الثالثة : سبع الثالث ، وهي رواية الحسن بن خالد ، عن أبي الحسن عليه السلام ^(١٦) ،
ذكرها ابن بابويه في من لا يحضره الفقيه.

قال ﷺ : ولو أوصى بوجوه فنسى الوصي وجها ، جعله في وجوه البر ، وقيل : يرجع
ميراثا.

أقول : جعله في وجوه البر مذهب الشیخین ، ومحمد بن بابويه وابن البراج واحتاره
المصنف والعلامة ، لأنه خرج عن ملك الورثة بالوصية وحفي مالكه ومستحقه فيصرف في
وجوه البر ، لأن الغالب قصد القرابة ، ولأن الوصية قد لزمت فلا يجوز تغييرها.

(١٢) البقرة : ٢٦٠.

(١٣) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٤٥٤ الوصايا ، حديث ٢.

(١٤) الحجر : ٤٤.

(١٥) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٥٤ من أحكام الوصايا ، حديث ١٢.

(١٦) من لا يحضره الفقيه ٤ : ١٥٥ ، حديث ٥٤٧٧ ، الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٥٤ أحكام الوصايا
، حديث ١٤.

والقول برجوعه ميراثاً مذهب ابن إدريس ، نقله عن الشيخ في الحائرات ؛ لتعذر القيام بالوصية ، فيبطل ويصير ميراثاً .
والأول هو المعتمد.

قال ﷺ : ولو أوصى بسيف معين وهو في جفن ، دخل الجفن والحلية في الوصية ، وكذا لو أوصى بصنどق وفيه ثياب ، أو بسفينة وفيها متاع ، أو جراب وفيه قماش ، فإن الوعاء وما فيه داخل في الوصية ، وفيه قول آخر بعيد.

أقول : اختيارات المصنف هو المشهور بين الأصحاب ، وهو مذهب الشيختين ومحمد بن بابويه وأحمد بن الجنيد وأبي الصلاح وابن البراج ، واختياره العالمة في الإرشاد ، وجزم به في التحرير .

ومستند الحكم في السيف والصندوقي روایة أبي جميلة ، عن الرضا علیہ السلام ، « قال : سأله عن رجل أوصى بسيف كان في جفن وعليه حلية ، فقال له الورثة : إنما لك النصل وليس لك المال ، فقال : بل السيف بما فيه له ، قال : قلت : رجل أوصى لرجل بصندوقي وكان فيه مال ، فقال له الورثة إنما لك الصنديق ، وليس لك المال ، قال : فقال أبو الحسن علیہ السلام : الصنديق بما فيه له ». ^(١٧)

وأبو جميلة كذّاب ملعون ، إلا أن أكثر الأصحاب على العمل بهذه الرواية ، وعمل الأصحاب وإن لم يستند إلى نصّ فهو حجة .

ومستنداتهم في السفينة روایة عقبة بن خالد ، عن الصادق علیہ السلام ، « قال : سأله عن رجل قال : هذه السفينة لفلان ، ولم يسمّ ما فيها وفيها طعام ، أيعطاهما الرجل وما فيها؟ فقال : هي للذي أوصى له بها ، إلا إن يكون صاحبها

(١٧) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٥٧ في أحكام الوصايا ، حديث ١ مع اختلاف يسير في المتن .

استنى ما فيها »^(١٨).

وقول المصنف : (وفيها قول آخر بعيد) ، اي بعدم دخول الجميع ، ونقله أبو العباس في المقتصر عن ابن إدريس ، ونقل عنه في المذهب دخول الجميع ، كما هو المشهور وهو الصحيح ، وهذا مذهبه في السرائر ، ولم اعلم له كتاباً غيره. وظاهر العلامة في المختلف عدم دخول الجميع إلا مع القرينة الدالة على الدخول . واختاره فخر الدين في شرح القواعد ، وأبو العباس في المقتصر . لأن الجفن والطعام والمتاع ليس داخلاً في مسمى الوصية ، ولا هو جزء من أجزائها فلا يدخل في الوصية.

والشهيد حكم بدخول الجفن والخلية في السيف والمتاع في الصندوق ، ولم يحكم بدخول الطعام في السفينة ، قال : والعمل بالقرينة هنا متوجّه .

تبّيه : اشترط الشيخ وابن البراج في الموصي في هذه الأشياء العدالة ، قال : فان لم يكن عدلاً وكان متّهماً لم تمض الوصية بأكثر من الثالث. وباقى الأصحاب على عدم الاشتراط ، وأن الوصية لا تمضي بأكثر من الثالث ، سواء كان الموصي عدلاً أو فاسقاً. وأطلق الشيخ ذكر الصندوق والجراب . وقيد المفید وأبو الصلاح الصندوق بالقفل والجراب المشدود .

وقال فخر الدين : والبحث إنما هو في المشار إليه.

قال ﷺ : ولو أوصى بإخراج بعض ولده من تركته لم تمض ، وهل يلغو اللفظ؟ فيه تردد بين البطلان وإجرائه مجرى من أوصى بجميع ماله لمن عدا الولد ، فتمضى في الثالث ويكون للمخرج نصيبيه من الباقي بموجب الفريضة ، والوجه الأول ، وفيه رواية بالجواز مهجورة .

(١٨) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٥٩ في أحكام الوصايا ، حديث ١ مع اختلاف في المتن ، وفي من لا يحضره الفقيه بنفس المتن ٤ : ١٦٣ .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الأول : في صحة هذه الوصية ، وأكثر الأصحاب على عدم الصحة ، لأن النسب إذا ثبت شرعا ثبت الإرث شرعا أيضا ، فلا يملك الإنسان إزالته ولا تغييره.

وقد وردت رواية بلزوم هذه الوصية ، رواها محمد بن بابويه ، عن وصي علي بن السري ، « قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : إن علي بن السري توفي ووصى إلي ، فقال : عليه السلام ، قلت : وإن ابنته جعفرا وقع على أم ولد له ، فأمرني أن أخرجه من الميراث ، فقال لي : أخرجه فإن كانت صادقا فسيصييه خبل ، قال : فرجعت فقدمني إلى أبي يوسف القاضي ، فقال له : أصلحك الله أنا جعفر بن علي بن السري ، وهذا وصي أبي ، فمره فليدفع إلي ميراثي (من أبي) ^(١٩) ، فقال لي : ما تقول؟ قلت : نعم هذا جعفر بن علي بن السري وانا وصي علي بن السري ، قال : فادفع اليه ماله ، فقلت : أريد أن أعلمك ^(٢٠) ، قال : فادن ، فدنوت حيث لا يسمع أحد كلامي ، قلت له : هذا وقع على أم ولد أبيه ^(٢١) فأمرني أبوه ، وأوصى إلي أن أخرجه من الميراث ولا أورثه شيئا ، فأتيت موسى بن جعفر عليه السلام بالمدينة فأخبرته وسألته ، فأمرني أن أخرجه من الميراث ولا أورثه شيئا ، فقال : الله ، قسما أن أبا الحسن عليه السلام أمرك؟ قلت : نعم ، فاستحلبني ثلاثة ، ثم قال : أنفذ ما أمرك به فالقول قوله ، قال الوصي : فأصابه الخبل بعد ذلك » ^(٢٢).

قال محمد بن بابويه عقيب إيراد هذه الرواية : من أوصى بإخراج ابنه من

(١٩) من المصدر.

(٢٠) في المصدر : أكلمك.

(٢١) في المصدر : لأبيه.

(٢٢) الفقيه ٤ : ١٦٥ ، حديث ٥١٥٥ ، ورواه في الوسائل كتاب الوصايا ، باب ٩٠ ، أحكام الوصايا

حديث .٢

الميراث ولم يكن أحدث هذا الحديث لم يجز للوصي إنفاذ وصيته في ذلك. وهو يدل على أنه إن فعل ذلك جاز إخراجه من الميراث.

وقال الشيخ في الاستبصار : هذا الحكم مقصور على هذه الوصية فلا يتعذر إلى غيرها . وهو المعتمد.

الثاني : هل تلغى هذه الوصية ويكون وجودها كعدمها ، أو يختص الورثة دونه بالثالث ويشاركهم بالثلثان؟ اختار المصنف الأول ، وهو اختيار فخر الدين. وهو المعتمد ، لأنه لفظ لا يعتبره الشارع فلا يكون له أثر.

واختار العلامة في المختلف الثاني ، لأن إخراجه من تركته يستلزم تخصيص باقي الورثة فيها ، فيمضي من الثالث.

قال ﷺ : ولو قال : أعطوه كثيرا ، قيل : يعطى ثمانين درهما كما في النذر ، وقيل : يختص هذا التفسير بالنذر اقتضارا على موضع النقل.

أقول : الأول قول الشيخ محمد بن بابويه وابن البراج ، لأن الكثير ثمانون فما زاد ، لقوله تعالى ﴿لَقَدْ نَصَرْتُكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾^(٢٣) وكانت ثمانين. موطننا.

والثاني قول ابن إدريس ، واختاره العلامة وابنه ، لأن الرواية وردت في من نذر أن يتصدق بمال كثير ، ولم يرد في الوصية ، فيقتصر بالرواية على مورد النص ، ويرجع في الوصية إلى تفسير الوارث كما لو قال : (أعطوه حظا أو قسطا) فإن للورثة أن يعطوا ما شاؤوا.

قال ﷺ : ولو أوصى بخدمة عبد مدة معينة فنفقة على الورثة ، لأنها تابعة للملك ، أو ثمرة بستان أو سكنى دار ، أو غير ذلك من المنافع على التأييد أو مدة معينة ، قومت المنفعة فإن خرجت من الثالث ، وإلا كان للموصى له ما يحتمله

الثالث ، وإذا أوصى بخدمة عبده.

أقول : لا خلاف في جواز الوصية بالمنافع على التأييد والتأقيت ، وقد اختلف في كيفية التقويم في الحالين.

أما المؤقتة ، فقد قيل : إنها تقوم بنفسها من دون الرقبة ، لأن قيمة المنفعة المؤقتة معلومة بدون تقويم الرقبة ، لأن قيمتها اجرة المثل تلك المدة ، فيحسب من الثالث. وقيل :

تقوم الرقبة بمنافعها ، ثم تقوم مسلوبة المنافع تلك المدة ، فالناقص يخرج من الثالث ، وهذا هو المشهور.

وهو المعتمد ، لأن هذه الوصية تنقص قيمة العين قطعا ، فيكون النقص محسوبا على الموصى له.

وأما المؤبدة فيمتنع تقويمها بمنفعتها دون العين ، لأن المراد بالتأييد هنا ما دامت العين باقية ، ومدة بقائها غير معلومة ، فلا يمكن تقويمها بنفسها ، فلا بد من تقويمها مع العين.

إذا عرفت هذا فقد نقل الشيخ في المبسوط في كيفية التقويم ثلاثة أقوال :

أحدها : ان تقوم الرقبة والمنفعة ، ويعتبر خروج الرقبة ومنافعها من الثالث ، فإن خرج من الثالث صحت الوصية بمنافعها ، وإن لم تخرج من الثالث صحت فيما يخرج منها من الثالث ، وبطلت في الباقي.

ووجه هذا القول : أن استحقاق منفعة العين على التأييد بمنزلة إتلاف الرقبة ، لأن المقصود من الأعيان المنافع ، فتقوم العين ومنافعها على الموصى له.

والثاني : تقوم المنفعة من الثالث والرقبة من الثلاثين على الورثة. ووجهه : ان الرقبة تنتقل إلى الورثة كما تنتقل المنفعة إلى الموصى له ، فتكون الرقبة مقومة على من انتقلت اليه. وطريق التقويم أن يقوم العين بمنافعها ، فإذا قيل : مائة ، قومت العين مسلوبة المنافع ، فإذا قيل : عشرة علم أن قيمة المنفعة تسعون ، فالمحسوب على

الورثة قيمة الرقبة ، والمحسوب من الثالث قيمة المنفعة.

وهذا هو المعتمد إن فرض للرقبة قيمة ، وإلا كان الأول هو المعتمد.

الثالث : الرقبة لا تقوم لا على الوارث ولا على الموصى له ، واختاره الشيخ ، لأن الرقبة إذا كانت مسلوبة المنافع فلا قيمة لها كالحشرات . والمصنف هنا لم يتعرض لكيفية التقويم ، بل قال : (قوّمت المنفعة) ولم يذكر الرقبة ، ويفهم من تقييده وجوب النفقة على الوارث في الموقته ، وعدم وجوبها عليهم في المؤبدة . وقد حزم العلامة في التحرير بوجوبها في الحالين على الورثة .

فروع :

الأول : لو كان الموصى بخدمته على التأييد أمة ، لم يملك الوارث وطء الجارية ، لأن إما يملك الرقبة مسلوبة المنافع ، والوطء من المنافع فلا يملكه ، ولا يملكه الموصى له أيضا وإن كان من جملة المنافع ، لأن النكاح إنما يستباح بملك الرقبة أو التحليل أو عقد النكاح ، والكل مفقود هنا ، وليس لها أن تتزوج إلا بإذنهما .

الثاني : لو وطئت بشبهة ، هل يكون المهر للوارث أو للموصى له بالخدمة على التأييد؟ قال الشيخ : إنه للموصى له ، لأنه من جملة المنافع . وحكم العلامة في التحرير بأنه للوارث ، لأنه عوض منفعة البعض ، وهي لم تدخل بالوصية . وكذلك حكم الصداق لو زوجها .

الثالث : لو أتت بولد من الزنا كان مملوكا ، وهل يكون للوارث أو للموصى له؟ حزم في التحرير بأنه للوارث . واستشكله في القواعد ، من أن الولد كالجزء من أمّه ، والأم ملك الوارث ، ومن أنه كالنماء .

الرابع : لو قتل العبد الموصى بخدمته على التأييد ، فإن كان القتل موجبا للقصاص كان المطالبة للوارث ، وإن كان موجبا للديمة احتمل صرفها إلى الوارث ،

لانتهاء الوصية بانتهاء العمر.

واحتمل ان يشتري بما من يكون حكمه حكم المقتول ، واحتمل تقسيطها على قيمة الرقبة والمنفعة ، لأن الديمة قيمة الجميع ، فيكون للوارث ما قابل الرقبة ، وللموصى له ما قابل المنافع.

قال ﷺ : ولا ثبتت الوصية بالولاية إلا بشاهدين ، ولا تقبل شهادة النساء في ذلك ، وهل تقبل شهادة شاهد مع اليمين؟ فيه تردد ، أظهره المنع .

أقول : منشئه من ان ثبتوت الولاية حكم شرعى فيقف على الدلاله الشرعية ، والمشهور عدم ثبوتها بغير الشاهدين الذكرىين ، ومن أن كل ما كان مالا أو المقصود منه المال فإنه يثبت بالشاهد واليمين ، والولاية هنا قد يستفيد منها مالا ، لأنه يستحق اجرة مثله أو قدر نفقته مع الحاجة ، على الخلاف بين الأصحاب . والشيخ في المبسوط قوى ثبوتها بشاهد وامرأتين ، ويلزم منه ثبوتها بشاهد ويمين .

والمعتمد عدم ثبوتها بغير الشاهدين الذكرىين العدلين .

قال ﷺ : ولو أشهد إنسان عبدين له على حمل أمته أئمه منه ، ثم مات فأعتقا ، فشهادا بذلك ، قبلت شهادتكم لا يسترقهما المولود ، وقيل : يكره ، وهو أشبه .

أقول : إطلاق المصنف القول بأنه : (لا يسترقهما المولود) لا وجه له ، لأنه يفهم منه انه يجب على المولود إمضاء العتق الذي صدر من الوارث بعد موت مولاهمما الذي شهدا على إقراره ، وليس كذلك ، بل الخلاف فيما إذا ادعيا أن مولاهمما الذي أشهادهما أعتقدهما .

قال الشيخ في النهاية : إذا أشهد رجل عبدين له على نفسه بالإقرار لوارث فرّدت شهادتكم وحاز الميراث غير المقر له فأعتقدهما بعد ذلك فشهادا للمقر له ، قبلت شهادتكم له ، ورجع بالميراث على من كان أخذته ، ورجعا عبدين ، فان ذكر

أن مولاهمَا كانَ أعتقدُهُما في حال ما كَانَ أشَهَدُهُما ، لم يجز للمقرِّر له أن يردهُما في الرق ويقبل شهادتهما في ذلك ، لأنَّهُما أحْيَا حقَّهُ ، هذا قولُ الشِّيخ في النهاية ، وهو مِنْ مَرَادِ المصنف في قوله : (ولا يسترقُهُما المولود) ، إِلَّا أَنَّهُ غَيْرَ مفهومٍ من لفظه.

وقال ابن إدريس : قولُ الشِّيخ هذا غَيْرَ واضحٍ ولا مستقيمٍ ، لأنَّ هذِهِ الشَّهادَةُ الأُخْرَى شَهادَةٌ عَلَى سَيِّدِهِمَا ، وَقَدْ ثَبَّتَ أَنَّهُ لَا يجوز شَهادَةُ العَبْيَدِ عَلَى سَادَتِهِمْ .
وَالْمُعْتَمِدُ كَراهيَةُ استرقاقِهِمَا إِنْ ادْعَيَا أَنَّ مولاهمَا أعتقدُهُما .

قالَ اللَّهُمَّ : ولو أوصى بعتق عدد مخصوص من عبيده ، استخرج ذلك العدد بالقرعة ،
وقيل : يجوز للورثة أن يتخيروا بقدر ذلك العدد ، والقرعة على الاستحباب . وهو حسن .
أقول : وجه القرعة : إن الوصية بالعتق مع عدم التشخصيـسـ حقـ لـلـجـمـيعـ ، وـتـخـصـيـصـ
البعض دون البعض من غير قرعة ترجيح من غير مرجح . ووجه القول بالتخـيـيرـ : أـنـ الـواـجـبـ
عـلـىـ الـوـرـثـةـ إـعـتـاقـ الـعـدـدـ الـمـعـينـ مـنـ غـيـرـ تـخـصـيـصـ فـيـكـونـ التـخـصـيـصـ إـلـيـهـمـ . وـاسـتـحـسـنـهـ
المصنـفـ هـنـاـ ، وـاسـتـجـوـدـهـ العـلـامـةـ فـيـ التـحـرـيرـ .

قالَ اللَّهُمَّ : ولو أعتق مملوكه عند الوفاة منجزاً وليس له سواه ، قيل : عتق كلـهـ ، وـقـيـلـ
ـ: يـعـتـقـ ثـلـثـهـ وـيـسـعـىـ لـلـوـرـثـةـ فـيـ باـقـيـ قـيـمـتـهـ . وـهـوـ أـشـهـرـ .

أقول : الخلاف هنا مبني على أن منجزات المريض ، هل هي من الأصل أو الثالث؟
وسيأتي (٢٤) تحقيق البحث في ذلك ، إن شاء الله تعالى .

قالَ اللَّهُمَّ : ولو أوصى بعتق رقبة مؤمنة وجب ، فإن لم يجد أعتقد من لا يعرف
بنصب .

أقول : البحث هنا في موضوعين :

الأول : في جواز عتق المخالف غير الناصل عند تعذر المؤمن ، وبالجواز قال الشيخ في النهاية ، واختاره المصنف ، لرواية علي بن حمزة ^(٢٥) ، عن أبي الحسن عليهما السلام . ومنع ابن إدريس من ذلك ، واختاره العلامة في المختلف ، وهو مذهب فخر الدين ، لقوله تعالى ﴿ فَمَنْ يَدْلِلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِنْهَا عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ ﴾ ^(٢٦) ، والوصية تضمنت عتق المؤمن فإذا أعتقد المخالف كان تبديلاً للوصية ، بل يتوقع الرقبة المؤمنة . وهو المعتمد .

الثاني : في تفسير الناصل وقد حكى المقداد رضي الله عنه في شرح المختصر في تفسيره وجوها

:

الأول : انه الخارجي الذي يقول في علي عليهما السلام .

الثاني : انه الذي ينسب الى احد المعصومين ما يسقط العدالة .

الثالث : من إذا سمع فضيلة علي عليهما السلام أو لغيره من المعصومين أنكرها .

الرابع : من اعتقد أفضلية غير علي عليهما السلام .

الخامس : من سمع النص على علي عليهما السلام من النبي ، أو سمعه متواتراً بطريق يعتقد

صحته ، فأنكر .

قال : والحق صدق النصب على الجميع ، أما من يعتقد إمامية غيره للإجماع أو مصلحة ^(٢٧) ، ولم يكن من أحد الأقسام الخمسة ، فليس بناصل ، ثم نقل عن المرتضى وابن إدريس أنهما أطلقوا النصب على غير القائل بإمامية الاثني عشر عليهما السلام .

(٢٥) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٧٤ أحكام الوصايا ، حديث ١ و ٢ .

(٢٦) البقرة : ١٨١ .

(٢٧) في « ن » : مصلحته .

في الموصى له

قال ﷺ : وتصح الوصية للذمي ولو كان أجنبيا ، وقيل : لا يجوز مطلقا . ومنهم من خص الجواز بذوي الأرحام ، والأول أشبه ، وفي الوصية للحربي تردد ، أظهره المنع .

أقول : هنا مسألتان :

ال الأولى : في الوصية للذمي ، وقد حكى المصنف هنا ثلاثة أقوال :
الأول : صحة الوصية له مطلقا سواء كان رحما أو أجنبيا ، وهو مذهب ابن إدريس ،
واختاره المصنف والعلامة ؛ لأنها نوع عطية ، وهي جائزة له ، ولرواية محمد بن مسلم ، عن
أحد هما عليهما السلام (٢٨) .

الثاني : عدم الجواز مطلقا ؛ لترحيم مودة الكافر (٢٩) ، وهو قول ابن البراج .
الثالث : جوازها للرحم دون الأجنبي ، حكاه الشيخ في الخلاف عن بعض أصحابنا
؛ للحث على صلة الأرحام .

(٢٨) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٣٢ في أحكام الوصايا ، حديث ١.

(٢٩) المحادلة : ٢٢

الثانية : في الوصية للحربي ، والمشهور بين الأصحاب عدم جوازها ، وتردد المصنف . ومنشأ التردد من ان الوصية نوع صلة ومودة ، وهي غير جائزة للكافر ، ومن كونها نوع عطية ، وهي جائزة .

المعتمد عدم الجواز للحربي سواء كان رحما أو أجنبيا .

قال ﷺ : ويعتبر ما يوصى به مملوکه بعد خروجه من الثالث فإن كان بقدر قيمته أعتق وكان الموصى به للورثة ، وإن كان قيمته أقل اعطي الفاضل ، وإن كانت أكثر سعى للورثة فيما بقي ما لم تبلغ قيمته ضعف ما أوصى به له ، فإن بلغت ذلك بطلت الوصية ، وقيل : يصح ويسعى فيباقي كيف كان ، وهو حسن .

أقول : إذا أوصى لمملوك نفسه بجزء مشاع كثلث التركة أو نصفها أو ربها مثلا صحت الوصية إجماعا ، وكان الحكم ما قاله المصنف من أن الوصية إن كانت بقدر قيمته أعتق ، وإن كانت أقل من القيمة سعى بالباقي ، وإن كانت أكثرأخذ الفاضل سواء كانت الوصية أكثر من القيمة أو أقل . وهذا هو المعتمد .

وقال الشيخ في النهاية والمفيض في المقنعة : إن كانت قيمته ضعف الوصية ، أي بقدرها مرتبين بطلت الوصية .

ومستندهما رواية الحسن بن صالح^(٣٠) ، عن الصادق عليه السلام المتضمنة مطليهما ، وهو زيدي اليه تنسب الصالحة .

وإذا أوصى لعبده بشيء معين من التركة ، هل يصح أم لا؟ استشكله العالمة في القواعد ، واختار في المختلف عدم الصحة ، لأنه إذا أوصى له بمعين لم يجز صرف ذلك المعين إلى قيمة رقبته ، لما فيه من تبديل الوصية ، وهو غير جائز ، وأنه يكون قد قصد تملיקه لتلك العين والعبد لا يملك شيئا ، وإنما صحت الوصية ، بالجزء

(٣٠) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٧٩ في أحكام الوصايا ، حديث ٢ .

المشاع ، لتناولها رقبة العبد ، فهو كما لو اوصى بعتقه.

والأصحاب أطلقوا جواز الوصية ولم يفصلوا بين المعين وغيره ، وحكموا بصرف ما اوصى له سيده إلى قيمة نفسه من غير تفصيل. وإنما فصل ابن الجنيد والعلامة في المختلف. وفخر الدين اختار إطلاق الأصحاب ، وكذا الشهيد. وهو المعتمد.

قال عليه السلام : وإذا أوصى بعتق ملوكه وعليه دين ، فإن كانت قيمة العبد بقدر الدين مرتين أعتقد وسعي في خمسة أسداس قيمته ، وإن كانت قيمته أقل بطلت الوصية بعتقه. والوجه ان الدين يقدم على الوصية فيبدأ به ويعتق منه الثالث مما فضل عن الدين ، أما لو نجز عتقه عند موته كان الأمر كما ذكرنا أولا ، عملا برواية عبد الرحمن ، عن أبي عبد الله عليه السلام.

أقول : هنا مسألتان :

الأولى : إذا أوصى بعتق عبده المستوعب وعليه دين. وما حكاه المصنف من اشتراط كون قيمته ضعف الدين مذهب الشيخ في النهاية ، وتبعه ابن البراج ، لحسنة الحليبي ^(٣١) ، عن أبي عبد الله عليه السلام. وما اختاره من تقليل الدين على الوصية مذهب ابن إدريس ، واختاره العلامة.

وهو المعتمد ، لأن الدين من الأصل ، والوصية من الثالث.

الثانية : إذا أنجز عتق المستوعب وعليه دين ، فإن قلنا : إن المنجزات من الأصل ، مضى العتق في جميعه وسقط الدين ، وإن قلنا المنجزات من الثالث ، فيه قولان : أحدهما : اختيار المصنف ، وهو إن كانت قيمته بقدر الدين مرتين ، نفذ العتق في سدسها وسعي بنصف قيمته للدين وبثلث قيمته للورثة ، وإن كان الدين أكثر من

(٣١) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٣٩ أحكام الوصايا ، حديث ٣.

نصف قيمته ، بطل العتق واسترق أهل الدين بقدر دينهم وللورثة الباقي ، وهو مذهب المفيد ، واختاره أبو العباس في المقتصر ، لرواية عبد الرحمن بن الحجاج ^(٣٢) ، عن الصادق عليه السلام. والثاني : الحكم بصحة العتق من ثلث الفاضل عن الدين وإن قل ، ويستسعى للديان والورثة على النسبة ، واختاره العلامة في المختلف.

قال عليهما السلام : ولو أوصى الإنسان لأم ولده ، صحت الوصية ، وهل تعتق من الوصية أو من نصيب ولدتها؟ قيل : تعتق من نصيب ولدتها ويكون لها الوصية ، وقيل : تعتق من الوصية ، لأنها لا ميراث إلا بعد الوصية.

أقول : القول بأنها تعتق من نصيب ولدتها وتأخذ الوصية قول الشيخ في النهاية ، واختاره العلامة في المختلف ، لأن التركة تنتقل إلى الورثة بنفس الموت ، فيثبتت ملك الولد على جزء من امه فتعتق عليه وتستحق الوصية.

والقول بأنها تعتق من الوصية ، وإن فضل منها شيء اعتق من نصيب الولد ، قول ابن إدريس ، واختاره العلامة في التحرير وأبو العباس في المقتصر ، لأن الإرث متأخر عن الوصايا. لقوله تعالى ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَيُ بِهَا أُوْ دِينٌ﴾ ^(٣٣).

قال عليهما السلام : وكذا لو أوصى لأعمامه وأخواله ، كانوا سواء على الأصح ، وفيه رواية مهجورة.

أقول : إذا أوصى لأعمامه وأخواله وأطلق الوصية ، قال الشيخ في النهاية وابن الجندى وابن البراج بتفصيل الأعمام على الأخوال كالمليارات. ومستندهم رواية زراة ^(٣٤) ، عن الباقر عليه السلام ، وهي التي أشار إليها المصنف بالحجر.

(٣٢) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٣٩ أحكام الوصايا ، حديث ٥.

(٣٣) النساء : ١٢.

(٣٤) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٦٢ أحكام الوصايا ، حديث ١.

وذهب ابن إدريس إلى التسوية ، واختاره المصنف والعلامة ، لأن الإطلاق يقتضي التسوية ، فما اقتضى التسوية بين الذكور والإإناث من الأولاد اقتضى التسوية بين الأعمام والأحوال. وهو المعتمد.

قال عليه السلام : ولو أوصى لذوي قرابته كان للمعروفين بنسبة مصيرا إلى العرف ، وقيل : كان من يتقرب إليه إلى آخر أب وأم له في الإسلام ، وهو غير مستند إلى شاهد.

أقول : التفسير الأول مذهب الشيخ في المسوط والخلاف ، وبه قال ابن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة ، حمل للفظ على المعنى العرفي عند تعذر النص الشرعي. والتفسير الثاني مذهب المفيد ، ومعنى الارتفاع إلى أبعد حد في الإسلام والى فروعه ، ولا يرتقي إلى أب المشرك.

قال الشيخ في الخلاف : ولم أجده به نصا ، ولا عليه دليلا مستخرجا ، وهو معنى قول المصنف : (وهو غير مستند إلى شاهد) اي لا يشهد به نص ولا دليل.

قال عليه السلام : ولو أوصى لقومه قيل : هو لأهل لغته.

أقول : قال الشيخان : قومه جماعة أهل لغته من الذكور والإإناث. وبه قال ابن حمزة وابن البراج. وقال أبو الصلاح : يعمل بالعلوم من قصده ، فإن لم يعلم قصده عمل يعرف قومه في ذلك الإطلاق. وقال ابن إدريس : الذي يقتضيه أصول المذهب ، ويشهد بصحته الأدلة الظاهرة انه يكون مصروفا إلى الرجال من قبيلته من يطلق العرف أنهم أهله وعشيرته دون غيرهم من سواهم ، هذا الذي تشهد به اللغة ، وعرف العادة وفحوى الخطاب ، قال الشاعر :

قومي هم قتلوا أميم أخني فإذا رميته يصيبني سهامي

واختاره العلامة مذهب الشيختين ، قال : لأنهما أعرف باللغة ومقاصد العرب ، والمرجع في ذلك إليهم أي إلى العرب.

قال ﷺ : ولو قال : لغير أنه ، قيل : كان مل مل يلي داره إلى أربعين ذراعا من كل جانب ، وفيه قول آخر مستبعد.

أقول : القول المستبعد أربعون دارا ، وهو مروي عن عائشة^(٣٥) ، وقد سبق البحث في ذلك في باب الوقف فيطلب من هناك.

قال ﷺ : ولو أوصى لإنسان فمات قبل الموصي ، قيل : بطلت الوصية ، وقيل : إن رجع الموصي بطلت الوصية ، سواء رجع قبل موته أو بعده ، وإن لم يرجع كانت الوصية لورثة الموصي له ، وهو أشهر الروايتين.

أقول : كون الوصية لوارثه مع عدم رجوع الموصي هو المشهور بين الأصحاب لرواية محمد بن قيس^(٣٦) ، عن الباقر عليه السلام.

وقال ابن الجنيد : تبطل الوصية ، واختاره العلامة في المختلف ، لما رواه أبو بصير محمد بن مسلم معا ، عن الصادق عليه السلام^(٣٧).

قال ﷺ : ولو أوصى في سبيل الله صرف إلى ما فيه أجر ، وقيل : يختص بالغزة ، والأولأشبه.

أقول : القائل باختصاص الغزة الشيخ في الخلاف ، لأن عرف الشرع يقتضي حمل السبيل على الغزة ، وحكم كلام الآدميين إذا أطلق حمل على عرف الشرع. ومعتمد اختيار المصنف ، لأن سبيل الله كل طريق يؤدي إلى الأجر.

(٣٥) الوسائل ، كتاب الحج ، باب ٨٦ أحكام العشرة ، حديث ١ وباب ٩٠ ، حديث ١ و٢ و٣ و٤ ، والمستدرك ، كتاب الحج باب ٧٦ من أحكام العشرة ، حديث ١ و٢ و٣ ، وليس في المصادرين عن عائشة.

(٣٦) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٣٠ أحكام الوصايا ، حديث ١.

(٣٧) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٣٠ أحكام الوصايا ، حديث ٤ و٥.

في الأوصياء

قال عليه السلام : وهل تعتبر العدالة؟ قيل : نعم تعتبر ، لأن الفاسق لاأمانة له ، وقيل : لا ، لأن المسلم محل للأمانة كالوكالة والاستيداع.

أقول : اشتراط العدالة هو المشهور بين الأصحاب ، وهو مذهب الشيخ في المسوط ، والمفيد في المقنعة ، وابن البراج وابن حمزة وسلام ، واختاره العlamة في القواعد والإرشاد ، وفخر الدين والشهيد . وعدم اشتراط العدالة مذهب ابن إدريس ، وختاره المصنف في المختصر والعلامة في المختلف ، وقد ذكر المصنف دليلاً الغريقين .

والفرق بين الوصية إلى الفاسق ووكالته وإيداعه ظاهر ، لأن الوكالة والإيداع ولاية على مال نفسه ، والوصية إليه ولايته على مال غيره ، فافتراق الحكم .
والعمل على المشهور مع كونه أحوط .

اما إذا اوصى الى عدل ففسق ، أجمع الأصحاب على بطلان وصيته ، إلا ابن إدريس فإنه لم يبطلها ، قال : لأن الأصل عدم تبديل الوصية ، وبطلانها تبديل لها ،

وهو حرام.

قال ﷺ : ولو مرض أحدهما أو عجز ضم إليه الحاكم من يقويه ، أما لو مات أو فسق لم يضم الحاكم إلى الآخر ، وجاز له الانفراد ، لأنه لا ولادة للحاكم مع وجود وصي ، وفيه تردد .

أقول : منشئه من إطلاق أكثر الأصحاب أنه يستند من غير ضم ، وأنه مع وجود الوصي لا ولادة للحاكم ، والوصي هنا موجود ، ومن احتمال وجوب الضم ، لأن الموصي لم يرض برأي أحدهما بانفراده ، والوصي إنما هو هما معا ، لا أحدهما بانفراده ، فلا بد من ضم آخر إليه ، وهو اختيار العلامة في القواعد والتحرير وفخر الدين والشهيد . وهو المعتمد .

فرعان :

الأول : على وجوب الضم ، هل يجوز للحاكم أن يجعل جميع الولاية للباقي منهما؟ فيه وجهان ، أحدهما : عدم الجواز ، لأن الموصي لم يرض برأيه منفردا ، فليس للحاكم أن يفوض إليه الجميع ، والآخر الجواز ، لأن النظر قد صار للحاكم . والأول هو المعتمد .

الثاني : لو تغير حالهما معا وصرفهما الحاكم ، جاز له نصيب واحد ، ولا يجب التعدد ، والفرق أن الباقى منهما في الصورة الأولى منصوب الموصي ، وهو لم يرض برأيه وحده ، وهنا قد انقطع نظر الموصي وصار النظر إلى الحاكم ، فله نصب ما شاء ، وهو اختيار الشهيد .

قال ﷺ : ولو كان للوصي دين على الميت ، جاز أن يستوفى مما في يده من غير إذن حاكم إذا لم يكن له حجّة ، وقيل : يجوز مطلقا ، وفي شرائطه لنفسه من نفسه تردد ، والأشباه الجواز .

أقول : هنا مسألتان :

الاولى : في جواز استيفاء دينه مما في يده ، قال الشيخ في النهاية : لا يجوز أن يأخذ مما في يده إلا ما تقوم به البينة ، وتبعه ابن البراج . وقال ابن إدريس : يجوز وان لم يكن له بينة ، لأن من له على غيره مال ولا له عليه بينة ولا يقدر على أخذها ظاهرا فله أخذها باطنها . وقيل : ليس له الأخذ بغير اذن الحاكم إلا مع عدم البينة ، فأما إذا كانت له بينة فليس له ذلك ، لأنه قادر على استيفاء حقه ظاهرا فليس له أخذها باطنها ، وهو ظاهر المصنف هنا . وذهب العلامة إلى جواز الأخذ بغير اذن الحاكم مطلقا : سواء كان له بينة أو لم يكن .

الثانية : في جواز بيعه من نفسه ، وقد سبق ^(٣٨) البحث في ذلك .

المعتمد الجواز .

قال ﷺ : **إذا أذن الموصي للوصي أن يوصي جاز إجماعا.**

أقول : لا خلاف في عدم جواز الإيصاء إذا منعه منه ، كما لا خلاف في جوازه مع الأمر به ، وإنما الخلاف في الإطلاق ، فهل يجوز للموصي أن يوصي؟ قال الشيخ في النهاية : نعم ، ووجهه أنه ملك ولایة فيملأك الإيصاء بها . ولرواية محمد بن الحسن الصفار ^(٣٩) ، عن الحسن بن علي عليه السلام ، وهي مشتملة على المکاتبة . وقال المفید : لا يجوز ، وبه قال أبو الصلاح وابن إدريس ، واختاره المصنف والعلامة وأبو العباس .

وهو المعتمد ، لبطلان ولايته بالموت ، والأصل عدم جواز تسلیط الغیر على حق الأطفال ما لم يحصل بالإذن الشرعي ، وولاية الوصي تابعة لإذن الموصي ، وهو

. ١٨) ص (٣٨)

. (٣٩) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ٧٠ في أحكام الوصايا ، حديث ١ .

مقصور على تصرفه دون تصرف غيره.

قال ﷺ : ولو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به ، وفي هذا

تردد.

أقول : منشئه من أن الولاية الشرعية إنما تثبت للأب أو الجد أو الحاكم ، فلا يجوز لغيرهم ، ومن أنه محل ضرورة ، فتجوز الولاية مع فقدتهم لغيرهم من المؤمنين ، وهو المشهور بين الأصحاب. والمراد بالحاكم هنا السلطان العادل الأصلي أو نائبه ، فإن تعذر فالفقهي الجامع شرائط الفتوى.

قوله : (فان لم يكن حاكم) ، المراد فقد هؤلاء الثلاثة.

قال ﷺ : وإذا أوصى بالنظر في مال ولده إلى أجنبي وله أب لم يصح وكانت الولاية إلى جد اليتيم دون الوصي ، وقيل : يصح ذلك في قدر الثالث مما ترك ، وفي أداء الحقوق.

أقول : في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الأول : بطلانها مطلقا ، وهو قول الشيخ في المبسوط والخلاف ، والعلامة وابنه ، وهو مذهب المصنف ، لأن ولاية الجد ثابتة بالأصل وهي متساوية لولاية الأب أو أقوى منها ، فكما لا يصح وصية الجد مع بقاء الأب كذلك العكس.

الثاني : عدم جواز العمل بالوصية مع وجود الجد ، فإذا مات أو حدث عليه أمر يمنع ولايته ، جاز للوصي العمل بوصية الأب إليه ، وهو منقول عن بعض الأصحاب.

الثالث : ذهب الشيخ في موضع من المبسوط إلى صحة الوصية بالثالث ، لأن له إخراجه عن ملك الوارث إزالة الولاية أولى.

والمعتمد الأول.

أما الوصية بإخراج الحقوق إلى الأجنبي مع وجود أب (٤٠) الموصي فهي صحيحة.

قال ﷺ : **الصفات المعتبرة في الوصي تعتبر حال الوصية ، وقيل : حين الوفاة ، فلو أوصى إلى صبي فبلغ ثم مات الوصي صحّت الوصية ، وكذا الكلام في الحرية والعقل ، والأول أشبه.**

أقول : **الصفات المعتبرة في الوصي وهي : البلوغ والعقل والحرية ، والإسلام . إذا كان الموصي مسلما . والعدالة ، على القول باشتراطهما (٤١) تعتبر حالة موت الموصي إجماعا ، وهل تعتبر حالة الوصية؟ في هذه المسألة ثلاثة أقوال :**

الأول : اعتبارها حالة الموت خاصة ، لا قبل ذلك ؛ لأن الوصية إنما تلزم بالموت ويشتت للوصي (٤٢) النظر والتصرف في تلك الحالة ، فالشروط معتبرة حينئذ ؛ لأن قبل ذلك لا تصرف ولا ولادة ، فلا فائدة في اعتبار الشرائط قبله.

الثاني : لا بد أن تكون ثابتة حالة الوصية والموت معا ، أما حالة الموت فلما تقدم ، وأما حالة الوصية ، لأنها حالة الإيجاب والقبول والركون إليه ، وأنه لو مات بعد الوصية بلا فصل كان للموصي التصرف ، فلا بد من أن يكون جاماً للصفات حالة الوصية.

الثالث : حالة الوصية والموت ، وما بينهما وما بعدهما ، فلو أوصى إلى عاقل فجّن بعد الوصية ثم زال العذر قبل موت الموصي ، صح على القولين الأولين دون الثالث. وقوى الشيخ وابن إدريس الوسط ، واحتاره المصنف والعلامة.

وهو المعتمد.

(٤٠) من « ر ٢ » و« ن ». .

(٤١) كذا في النسخ.

(٤٢) في « ن » : الموصى إليه.

قال ﷺ : يجوز لمن يتولى أموال اليتيم أن يأخذ أجراً مثل عن نظره في ماله ، وقيل :
يأخذ قدر كفایته ، وقيل : أقل الأمرين ، والأول أظهر .

أقول : نقل المصنف هنا ثلاثة أقوال :

الأول : أجراً مثل ، واحتاره المصنف والعلامة والشهيد وأبو العباس ، لأنه عمل
عملاً محترماً لم يتبرّع به ، فكان له أجراً مثله .

الثاني : قدر الكفاية ، وهو قول ابن إدريس بشرط الحاجة ، لصحيح عبد الله بن
سنان (٤٣) ، عن الصادق علیه السلام .

الثالث : أقل الأمرين من قدر الكفاية واجراً مثل ، قاله الشيخ في المبسوط والتبيان .
وهذا البحث إذا كان الوصي محتاجاً ، فإذا كان غنياً ، هل يجوز له ذلك ، أو يجب
عليه الاستعفاف ؟

أوجبه ابن إدريس عملاً بظاهر الآية ، وهي قوله تعالى ﴿ وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلَا يُسْتَعْفِفْ
وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (٤٤) .

وحمل الشيخ وابن الحميد والعلامة الاستعفاف على التدبّر ، واحتاره أبو العباس في
المقتصر ، لرواية هشام بن الحكم ، « قال : سألت أبا عبد الله علیه السلام فيمن تولى مال اليتيم ،
ما له أن يأكل منه ؟ فقال : ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجرا لهم ، فيأكل بقدر
ذلك » (٤٥) ، وهي عامة .

(٤٣) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٧٢ ما يكتسب به ، حديث ١ .

(٤٤) النساء : ٦ .

(٤٥) الوسائل ، كتاب التجارة ، باب ٧٢ ما يكتسب به ، حديث ٥ .

في اللواحق

قال ﷺ : ولو كان له زوجة وبنّت ، وقال : مثل نصيب بنتي ، فأجاز الورثة ، كان له سبعة أسمهم وللبنت مثلها وللزوجة سهمان ، ولو قيل : لها سهم واحد من خمسة عشر كان أولى .

أقول : كونها من ستة عشر ، قول الشيخ ، وهو سهو القلم ، لأن الزوجة إذا أخذت سهرين من ستة عشر خرجت الوصية جميعها من نصيب البنت دون نصيب الزوجة ، لأن السهرين ثمن الستة عشر من غير نقص ، بل يجب أن يكون من خمسة عشر ، لأن أصل الفريضةثمانية ، للزوجة سهم وللبنت سبعة ، فإذا زاد عليها سبعة أخرى صارت خمسة عشر ، فيصير سبعة الموصى له خارجة من الجميع . هذا مع الإجازة .

ومع الرد تكون المسألة من اثنين عشر ، للموصى له أربعة وللبنت والزوجة ثمانية ، سهم للزوجة وسبعة للبنت ، فلو أجازت إحداهمما ورداً الأخرى ضربت وفق مسألة الإجازة في مسألة الرد أو بالعكس ، والوفق هنا بالثالث ، فإذا ضربت ثلث إحدى المسؤولتين بالأخرى بلغت ستين ، فمن أجاز منها أخذ نصبيه

من مسألة الإجازة مضروبا في وفق مسألة الرد ، ومن رد أخذ نصيبيه من مسألة الرد مضروبا في وفق مسألة الإجازة ، فمع اجازة الزوجة ورد البنت تأخذ الزوجة نصيبيها من مسألة الإجازة ، وهو سهم مضروبا في وفق مسألة الرد وهو أربعة ، فيكون لها أربعة ، وتأخذ البنت نصيبيها من مسألة الرد وهو سبعة مضروبا في وفق مسألة الإجازة وهو خمسة ، يكون لها خمسة وثلاثون يبقى من ستين احد وعشرون للموصى له.

ومع اجازة البنت ورد الزوجة تأخذ البنت نصيبيها من مسألة الإجازة وهو سبعة مضروبا في ثلث مسألة الرد وهو أربعة يكون لها ثمانية وعشرون ، وتأخذ الزوجة نصيبيها من مسألة الرد وهو سهم مضروبا في ثلث مسألة الإجازة وهو خمسة ، فيكون لها خمسة يبقى من ستين سبعة وعشرون للموصى له.

وهذه قاعدة مطردة مع اختلاف الورثة بالرد والإجازة ، فإنه ينظر إلى مسألة الرد ومسألة الإجازة ثم ينظر إلى الموافقة بينهما ، فتضرب جزء الوفق من أحددهما بالأخرى ، فما اجتمع فرض فيه كما فرضناه في هذه المسألة.

قال ﷺ : ولو كان له اربع زوجات وبنت ، فأوصى بمثل نصيب إحداهن ، كانت الفريضة من اثنين وثلاثين ، يكون للزوجات الثمن أربعة بينهن بالسوية ، وله سهم كواحدة ، يبقى سبعة وعشرون للبنت ، ولو قيل : من ثلاثة وثلاثين كان أشبه.

أقول : كونها من اثنين وثلاثين قول الشيخ ، وهو مردود بما قلناه في المسألة السابقة ، لأن الوصية كلها تكون من نصيب البنت خاصة ، وهو غير جائز ، بل السهم الموصى به يكون على الجميع فيزيد على أصل الفريضة فتصير ثلاثة وثلاثين ، للبنت ثمانية وعشرون ، ولكل واحدة من الزوجات الموصى له سهم.

قال ﷺ : ولو اوصى لأجنبي بنصيب ولده ، قيل : تبطل الوصية ،

لأنها وصية مستحقة ، وقيل : تصح فيكون كما لو أوصى بمثل نصيبيه ، وهو أشبه.

أقول : القول بالبطلان قول الشيخ في المسوط والخلاف ، ولم يختر في القواعد والإرشاد والتحرير شيئاً ، بل قال : احتمل الصحة والبطلان. فخر الدين اختار البطلان ، وهو قوي ، لأن قوله : (أوصيتك لزيف بنصيب ابني) ، يجري مجرى قوله : (أوصيتك لزيف بدار ابني) ، ولا شك في بطلان هذه الوصية ، لأنها وصية بما يستحقه الغير ، وكذلك الوصية بنصيبيه ، لأنه مستحق له ، كما ان داره مستحقة له.

ونقل الشيخ عن بعض علمائنا صحة الوصية وتكون منزلة من قال : (بمثل نصيبي ولدي) ، واختاره المصنف ، لأن اللفظ يحمل على مجازه عند تعذر حمله على حقيقته صوناً لكلام العقلاة عن المذمود.

قال ﷺ : ولو كان له ابن قاتل وأوصى له بمثل نصيبيه ، قيل : صحت الوصية ، وقيل : لا تصح ، لأنه لا نصيب له ، وهو أشبه.

أقول : عدم الصحة قول الشيخ في المسوط ، وقيل : يصح ويقدر كما لو لم يكن قاتلاً صوناً لكلام العاقل عن المذمودية ، وقال في المختلف : إن علم أنه قاتل وإن القاتل لا يستحق شيئاً بطلت الوصية ، وإن جهل أحدهما صحت الوصية ، واختاره فخر الدين ، وهو المعتمد.

قال ﷺ : إذا أوصى بضعف نصيبي ولده كأن له مثلاه ، ولو قال : ضعفاه كان أربعة ، وقيل : ثلاثة ، وهو أشبه.

أقول : إذا أوصى بضعف نصيبي ولده للشيخ فيه قولان :
أحدهما : يكون له أربعة أمثاله ، لأن ضعف الشيء مثلاه ، فإذا ثناه وجب أن يكون أربعة أمثاله وللآخر ثلاثة أمثاله ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، لأن ضعف الشيء ضم مثله إليه فإذا ثناه فكأنه ضم مثلية إليه.

قال ﷺ : هل يجب ان يعطي ثلاثة فصاعدا؟ قيل : نعم ، وهو الأشبه .

أقول : الخلاف هنا مبني على ان الفقراء اسم جمع أو اسم جنس؟ فعلى الأول يكون أقله ثلاثة ، وعلى الثاني يكفي الواحد ، لأن اسم الجنس يصدق على القليل كما يصدق على الكثير ، والأصل براءة الذمة من الزائد.

قال ﷺ : إذا أوصى له بدار فانخدمت ، وصارت براحة ثم مات الموصي بطلت الوصية ، لأنها خرجت عن اسم الدار ، وفيه تردد.

أقول : منشؤه من ان الاعتبار بالوصية ما يقع عليه الاسم عند لزوم الوصية ، والبراح لا يصدق عليه اسم الدار ، فتبطل ، ومن ان الوصية بالدار تتضمن الوصية بالبراح ، فالوصية اما هي بالبراح والحدران والسقوف ، فلا تبطل الوصية بالجملة بفوات بعض الأجزاء ، كما لو اوصى له بعددين فمات أحدهما ، فإن الوصية ثابتة فيباقي منها إجمالا.

قال ﷺ : إذا قال : أعطوا زيدا والقراء كذا ، كان زيد النصف من الوصية ، وقيل : الرابع ، والأول أشبه.

أقول : وجه الأول انه أضاف الوصية اليه وإليهم فوجب ان يساوينهم وحده ، ووجه الثاني ان القراء اسم جمع ، وقله ثلاثة ، فكأنه اوصى له ولثلاثة ، فيكون له الرابع ، ويحتمل ان يكون كأحدهم للتتسوية بينهم وبينه ، واختاره فخر الدين ، فعلى هذا يعطى كواحد منهم ويكون فائدة ذكره عدم جواز الإخلال به ، ووجوب الدفع اليه وان كان غنيا.

في تصرفات المريض

قال ﷺ : منجزات المريض إذا كانت تبرعاً كالمحاباة في المعاوضات والمحبة والوقف والعتق ، فقد قيل : إنها من أصل المال ، وقيل : من الثالث.

أقول : القول إنها من الأصل قول الشيخ في النهاية والمفید في المقنعة وابن البراج وابن إدريس ، لأنه مالك تصرف في ملكه فكان تصرفه ماضياً كالصحيح ، لأن الأصل عدم الحجر على البالغ العاقل ، لقوله ع : « الناس مسلطون على أموالهم » ^(٤٦).

وقال الشيخ في المبسوط ومحمد بن بابويه وابن الجنيد : إنها من الثالث ، واختاره المصنف والعلامة ، وهو المعتمد ، المستند الروايات ^(٤٧).

قال ﷺ : كل مرض لا يؤمن معه الموت غالباً فهو مخوف ، كحمى الدق والسل وقدف الدم والأورام السوداوية والدموية والإسهال المتن والذى يمازجه دهنية أو براز أسود يغلي على الأرض وما شاكله ، وأما الأمراض التي

(٤٦) بخار الأنوار ٢ : ٢٧٢.

(٤٧) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٠ وباب ١١ وباب ١٧.

الغالب فيها السلامه فحكمها حكم الصحة ، كحمر يوم ، وكالصداع عن مادة أو غير مادة والدمل والرمد والسلاق ، وكذا ما يحتمل الأمرين كحمر العفن والزحير والأورام البلعمية ، ولو قيل : يتعلق الحكم بالمرض الذي يتافق به الموت سواء كان مخوفا بالعادة أو لم يكن ، كان حسنا.

أقول : إذا ثبت ان المنجزات الواقعه تخرج من الثلث اقتصر على بيان المرض ، فان المرض فيه مخوف وغير مخوف ، وقد بينه المصنف في المتن ، والشيخ في المبسوط علق الخروج من الثلث على المرض المخوف دون ما ليس بمخوف ، لرواية علي بن يقطين : « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام ، ما للرجل من ماله عند موته؟ قال : الثلث ، والثلث كثير » ^(٤٨). فقوله : (عند موته) لا يكون الا عند امامه الموت ، والأمارات انما تكون بالمرض المخوف دون غيره.

وذهب المصنف والعلامة إلى تعليق الحكم بكل مرض اتفق فيه الموت سواء كان مخوفا أو غير مخوف لصدق اسم المرض عليه ، فيدخل تحت قوله عليه السلام : « المريض محجور عليه الا في ثلث ماله » ^(٤٩) ، والوصف هنا سبب ، فإذا اتصف بالمرض وحصل الموت ثبت الحكم ، وهو المعتمد.

قال عليه السلام : إذا أعتقها في مرض الموت وتزوج ودخل بها ، صح العتق والعقد وورثت ان خرجت من الثلث ، وإن لم تخرج فعلى ما مر من الخلاف.

أقول : المراد بالخلاف المشار اليه ان منجزات المريض ، هل هي من الأصل أو من الثلث؟ فعلى القول بأنها من الأصل ينفذ العتق والنكاح سواء خرجت من

(٤٨) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٠ في أحكام الوصايا ، حديث ٨.

(٤٩) الوسائل ، كتاب الوصايا ، باب ١٠ في أحكام الوصايا ، حديث ٤ و ٧ و ٨ مع اختلاف في المتن.

الثلث أو لم تخرج ، وعلى القول بأنها من الثلث فان خرجت منه فلا بحث ، وان لم تخرج منه افتقرنا الى البحث ، فان لم تكن سواها ولم يدخل عتق ثلثها ، واسترق ثلثها ، وبطل النكاح ، وان كان قد دخل بها ومهرها نصف قيمتها مثلا عتق منها ثلاثة أسابيعها واسترق أربعة أسابيعها.

وطريقه ان نقول : عتق منها شيء ولها بصداقها نصف شيء وللورثة شيئاً ، فيجمع ذلك فتكون ثلاثة أشياء ونصف ، فإذا بسطناها انصافاً كانت سبعة ، لها منها ثلاثة ولهم أربعة تسعى فيها للورثة.

قال ﷺ : ولو أعتق أمته وقيمتها ثلث تركته ، ثمَّ أصدقها الثالث الآخر ودخل ثمَّ مات ، فالنكاح صحيح ، ويبطل المسمى ، لأنَّه زائد عن الثالث وترثه وفي ثبوت مهر المثل تردد ، وعلى القول الآخر يصح الجميع.

أقول : أما وجه بطلان المسمى ، لأنَّ ثبوته يتوقف على صحة العقد المتوقف على العتق المتوقف على الخروج من الثالث المتوقف على بطلان المسمى.

وأما وجه التردد في ثبوت مهر المثل ، لأنَّه مع ثبوت المهر لم يبق هنا ثلث ينفذ عتقها فيه ، وإذا لم تعتق لم يصح النكاح ولا الصداق ، فلا بد من ابطال المهر حتى يصح العتق والنكاح.

ومن حيث ان مهر المثل كأرش الجنابة فلا يجوز إسقاطه ، وهو المعتمد ، وحينئذ لا تعتق بجملتها ، وإلا لوجب لها مهر المثل كملاً ، فينقص الثالث عن قيمتها ، فلا ينفذ العتق ، فلا يثبت جميع مهر المثل ، بل يعتق بعضها ويثبت لها من مهر المثل بإزاء ما عتق ، فحينئذ يدخلها الدور ، لأن نقصان مهر المثل يستلزم زيادة التركة فيزيد العتق فيزيد مهر المثل ، فيتوقف معرفة مهر المثل على معرفة قدر العتق ومعرفة قدر العتق ، على معرفة مهر المثل ، وهو دور.

وطريق التخلص ان نقول : عتق منها شيء ولها من مهر المثل شيء بإزاء ما

عتق منها وللورثة شيئاً يقابلان ما عتق منها دون ما حصل لها من مهر المثل ، لأنه كأرش الجنائية فهو لا يجب ^(٥٠) على أحد.

والتركة حينئذ في تقدير أربعة أشياء : شيئاً للجارية ، وشيئاً للورثة ، وقيمة الجارية ثلث التركبة فيتعتق ثلاثة أرباعها ، لأن ربع الجمع ثلاثة أرباع الثلث ، ويحصل لها ثلاثة أرباع الثلث الآخر ، مهر المثل تؤدي منه ثلثه تمام قيمتها ، ويبقى معها نصف الثلث ومع الورثة ثلث ونصف ثلث بقدر ما عتق منها مرتين ، لأن الذي عتق منها ثلاثة أرباعها وهو سدس التركبة ونصف سدسها ، ومهر المثل غير محسوب عليها ، فلا يجب مقابلة ^(٥١) شيء للورثة .
تمَّ الجزء الأول ^(٥٢) من كتاب غاية المرام في شرح شرائع الإسلام ، ويتلوه الجزء الثاني ان شاء الله تعالى والحمد لله حق حمده ، وصَلَّى اللهُ عَلَى مُحَمَّدٍ عَبْدِهِ وَرَسُولِهِ وَآلِهِ الطَّيِّبِينَ الطاهرين ، والحمد لله رب العالمين .

(٥٠) في « ر ٢ » : يحسب .

(٥١) في « ر ٢ » : في مقابلة .

(٥٢) هذا بحسب تقسيم الشارح رضوان الله تعالى عليه .

محتويات الجزء الثاني

كتاب التجارة

الصفحة

الموضوع

فيما يكتسب به

بيع الأول ٥ بيع الأول

مسألة في بيع المسوخ ٥ مسألة في بيع المسوخ

مسألة في بيع السباع ٦ مسألة في بيع السباع

أخذ الاجر على القضاء ، فرع ٦ أخذ الاجر على القضاء

تبنيه في الضابط الذي جعله فخر المحققين لما يحرم أخذ الاجرة عليه ٧ تبنيه في الضابط الذي جعله فخر المحققين لما يحرم أخذ الاجرة عليه

حكم بيع الكلب ٩ حكم بيع الكلب

في عقد البيع

في اشتراط تقديم الایجاب على القبول ١١ في اشتراط تقديم الایجاب على القبول

في نفوذ بيع الصبي و عدمه ١٢ في نفوذ بيع الصبي و عدمه

في صحة ابتعان العبد نفسه في غيره ١٢ في صحة ابتعان العبد نفسه في غيره

البيع الفضولي

فروع خمسة وفي الأول منها فائدة ١٣ فروع خمسة وفي الأول منها فائدة

في عدم الرجوع بالثمن مع العلم بالغصب ١٦ في عدم الرجوع بالثمن مع العلم بالغصب

الموضوع	الصفحة
تنبيه وفيه بيان لعباره للشيخ في النهاية.....	١٦
جواز تولي طرف العقد وعدمه.....	١٧
مسائلتان : في تولي الوصي طرف العقد ، وافتراضه مع الملاوة	١٨
في لزوم كون المشتري مسلماً اذا ابتعاد مسلماً.....	١٩
حكم الارض المأخوذة عنوة ، وحكم بيوت مكة	١٩
بيع الوقف	٢٠
بيع ام الولد	٢١
تنبيه في مواضع بيع ام الولد	٢١
حكم بيع العبد الجاني	٢٢
حكم عتق العبد الجاني	٢٣
حكم بيع ما يتعدى تسليمه الا بعد مدة	٢٤
حكم ما لو باع بحكم احدهما	٢٤
حكم اختلاف البائع والمشتري في المبيع.....	٢٥
حكم شراء ما يمكن اختباره من غير اختبار.....	٢٥
حكم بيع سمك الآحام والجلود والأوبار علي الانعام	٢٦
طهارة المسك وحكم بيعه.....	٢٧
حكم الريح علي المؤمن معه الاضطرار وعدمه	٢٨
مسألة : في الدخول في سوم المؤمن ، وفيها تنبيه.....	٢٩
مسألة : في توكل الحاضر للبادي.....	٢٩
مسألة في تلقي الركبان.....	٣٠
مسألة في حرمة النجاش وحكم البيع معه	٣١

الموضوع	الصفحة
مسائل أربعة في حكم الاحتكار ومحله وحده والاجبار على البيع معه في الخيار	٣٢
في ما يسقط به خيار المجلس	٣٣
حكم مالو قال : اختر ، فسكت	٣٤
في حكم خيار المجلس إذا كان العاقد واحد خيار الحيوان	٣٤
فرع : فيما اذا باعه حيواناً بحيوان	٣٥
كشف وايضاح في خيار الغبن ، حقيقته ، ثبوته وعدمه في أن التصرف غير الناقل لا يبطل هذا الخيار في صحة العقد إذا لم يقبض الثمن مع عدم اشتراط تأخيره وعدم تسليم المبيع	٣٦
حكم مالو تلف المبيع قبل القبض تنبيه	٣٧
فروع أربعة	٤٠
حكم ما يفسد من يومه ، وفيه بحث طويل وتحقيق في محل هذا الخيار ، وبيان مناقصة في عباره فخر الحقائقن	٤٠
في حكم البيع بعد انقضاء اليوم ، والجمع بين عبارات الاصحاب	٤١
في العقود التي يثبت فيها خيار المجلس	٤٢
فرع : في من انشأ العقد من بعد مفرط الكلام في العقود التي يثبت فيها خيار الحيوان وخيار الشرط	٤٣
	٤٤

الموضوع	الصفحة
الكلام في العقود يثبت فيها خيار المغبون في أن المبيع يملك بالعقد أو به وبانقضاء الخيار؟ في أن خيار الشرط يثبت من حين التفرق أو من حين العقد فروع ستة في أحكام العقود	٤٥ ٤٦ ٤٦ ٤٧ ٤٩ ٤٩ ٥٠ ٥٠ ٥١ ٥٢ في التسليم
حكم مالو باع بثمن حال وبأزيد منه إلى أجل فرعان حكم مالو ابتعاه بجنس ثمنه بزيادة أو نقيبة في أن قبض الحق واجب على صاحبه ، وحكم امتلاكه منه حكم من ابتع شائعاً بثمن مؤجل وأراد بيعه مراجحة فيما يدخل في المبيع في معنى القبض حكم تلف المبيع قبل التسليمة إلى المشتري حكم اختلاط المبيع بغيره حكم مالو باع شيئاً فغصب من يد البائع حكم مالو ابتع متاعاً ولم يقبضه ثم أراد بيعه حكم مالو دفع من عليه طعام إلى ديائه مالاً وقال : اشتري به طعاماً مسائلتان : في الأسلام والاقراض في بلد والمطالبة في آخر	٤٩ ٤٩ ٥٠ ٥٠ ٥١ ٥٢ ٥٦ ٥٦ ٥٧ ٥٧ ٥٧ ٥٧ ٥٨ ٥٩

الموضوع	الصفحة
مسألة : في الغصب في بلد ومطالبة المغصوب منه في آخر..... في الشرط	٦٠
في جواز ابتياع المملوك بشرط أن يعتقه وعدهمه ، وفيه مقامان ، الاول..... فروع سبعة	٦١
لو باعه بشرط التدبير.....	٦٢
حكم مالو باع العبد بشرط ان يكتابه	٦٤
المقام الثاني : حكم مالو اشتري جارية بشرط منافٍ لعقد البيع..... تنبيه : في جواز بيع الشيء اليسير بأضعاف قيمته	٦٤
فروع خمسة ، وبيان اشكال في عبارة التذكرة	٦٥
حكم مالو باعه أرضاً أنها جربان معينة وكانت أقل..... فرع.....	٦٨
في أحكام العيوب	٦٩
معني التصرية وأن فيها الخيار ، وحكم اللبن المختلب منها	٧١
في ثبوت هذا الخيار في الناقة والبقرة وعدهمه	٧٢
تنبيه في مدة هذا الخيار	٧٣
في أن الخيار يثبت بتحمير الشعر وتدعيس الوجه	٧٣
فرع ، حكم حدوث العيب بعد العقد وقبل القبض	٧٤
في المراجعة والمواضعة	٧٥
إذا باع الثمن أنقض مما وقع عليه العقد.....	٧٥

الموضوع	
الصفحة	
إذا ادعى الغلط وأن رأس ماله أكثر مما ذكره ٧٦	
حكم مالو حط البائع بعض الشمن ٧٦	
	في الربا
حكم بيع التماثلين في الجنس وال مختلفين مع كونهما روبيين ٧٧	
في كون الحنطة والشعير جنساً واحداً و عدمه ٧٨	
مسائلتان : في كون كل من الحمام والسموك جنساً واحداً و عدمه ٧٩	
في ثبوت الربا في الطين الموزون كالارمني و عدمه ٧٩	
في حكم المكيل والموزون مع العلم بالحال في عصر النبي أو الجهل به ٨٠	
	في بيان حكم بيع الرطب باليابس من جنسه متساوياً نقداً ،
وفيه عدة مسائل ٨١	
حكم مالو كان المبيعان في حكم الجنس الواحد واحدهما	
مكيل والأخر موزون ٨٢	
في ثبوت الربا بين المسلم والذمي ٨٣	
	تنبيه ٨٣
في جواز بيع لحم الحيوان من جنسه و عدمه من غيره ٨٤	
	بيع الصرف
في أن التقابض شرط من بيع الصرف ٨٤	
	فرع ٨٤
حكم مالو كان له عليه دراهم فاشتر بها دنانير ٨٥	
حكم ما اذا اشترا دراهم في الذمة بمثلها ٨٦	

الموضوع		الصفحة
بيان عبارة موهمة للعلامة في القواعد	٨٦	
إذا اشتري ديناراً بدينار فدفعه فزاد	٨٧	
حكم بيع الدرهم بالدرهم مع شرط صياغة خاتم ، وحكم تعديته الي باقي الشروط	٨٨	
تنبيه	٨٩	
بيع المراكب المحلاة بجنس الخلية	٨٩	
لو باع ثوباً بعشرين درهماً	٩٠	
تحقيق في حكم بيع مئة درهم بدينار إلا درهماً	٩٠	بيع الشمار
حكم بيع النخل قبل ظهورهما عاماً واحداً	٩١	
حكم بيع النخل قبل بدو صلاحها عاماً	٩٢	
تنبيه في بيان مراد العلامة في قواعده وتحريره	٩٢	
تفريع على اشتراط بدو الصلاح ، وأنه يختلف باختلاف محله	٩٣	
مسألة في المزابنة	٩٤	
مسألة في تعديية التحرير إلى غير ثمرة النخل من الفواكه	٩٥	
مسألة في المحاقلة ، في حكم بيع العرايا	٩٥	
فروع أربعة	٩٧	
بيع الحيوان		
في قبول اقرار لقيط دار الحرب بالرقية وعدمه	٩٩	
تنبيه في بيان المراد بدار الاسلام	٩٩	

الموضوع	الصفحة
في تسوية الرضاع بالنسبة في عدم جواز الملك حكم تبعية الحمل للملبس حكم مالو باع واستثنى الرأس والجلد فرع حكم مالو قال الريح لنا والخسران عليك حكم وطي من ولدت من الزنا بيان الخلاف في أن العبد يملك أولا حكم مال العبد المباع حكم مالو قال اشتري ولك علي كذا البحث في تحريم التفرقة وكراحتها البحث في الغاية التي ينزل معها التحرم أو الكراهة من أولد ثم ظهر أنها مستحقة ، وحكم الرجوع على البائع بما اغترمه حكم ما يؤخذ من دار الحرب بغير إذن الامام تنبيه فرع إذ دفع الي مأذون مالاً ليشتري نسمة ويعتقها ويحج ... ، وهنا فرع مسألة فيمن اشتري عبداً في الذمة ووضع البائع عبدين مسألة فيما اذا اشتري عبداً من عبدين معينين علي أن يختار أحدهما حكم ما إذا وطأ أحد الشريكين مملوكة بينهما فروع ستة المملوكان المأذون لهما إذا ابتاع كل منهما صاحبه من مولاه	100 101 101 101 102 103 103 104 105 105 106 106 107 107 108 109 110 111 111 112 113

الموضوع	الصفحة
من اشتري جارية سرقت من أرض الصلح بيع السلف	١١٤
في احتمال انعقاد البيع بلفظ السلم..... في عدم جواز اشتراط الأجود.....	١١٥
حكم بيع الجلود مع المشاهده وعدمه مسألتان في جواز الاسلاف في شاة معها ولدها أو	١١٦
حامل أو جارية كذلك	١١٦
حكم الاسلاف في جوز القرز ، حكم شرط كون الثمن من دين عليه ، وحكم الاسلاف في المعدود.....	١١٧
حكم مالو قال : الى شهرين	١١٨
في شروطية ذكر موضع التسليم..... في عدم جواز كونه الثمن مؤجلاً في السلف.....	١١٨
في جواز بيع الدين بعد حلوله ، وفيه بيان سهو للشهيد وأبي العباس..... تنبيه فيما لو باع الدين بأقل من ثمنه ، ويليه فرع.....	١٢٠
مسألة فيما إذا سلف في غنم واشترط اصوات نعجات معينه	١٢٢
مسألة فيما إذا أُسند السلف الى معين..... لو شرط الصاحح عوض المكسرة	١٢٢
تنبيه	١٢٤
في اقراض المثلي والقيمي وأنه يثبت بالثاني القيمة..... حكم اقراض الجواري واللآلئ	١٢٤
	١٢٥

الموضوع		الصفحة
في أن القرض يملك بالقبض لا بالتصرف	١٢٥	
في شرط التأجيل في القرض وأنه لا يتأجل إلا بأمور ثلاثة	١٢٥	
حكم الدين الذي غاب صاحبه غيبة منقطعة	١٢٦	
لو كان عل الدين رهن.....	١٢٧	
دین المملوک		
في أن المملوک محجور عليه في انواع التصرفات		
ولا يجوز له التصرف في نفسه.....	١٢٩	
في بيان غلط صاحب التردادات.....	١٣٠	
حكم الدين مع الاذن للعبد عل الاستدانة.....	١٣٠	
حكم تلف المال مع الاذن له في المستدانة دون التجارة ويليه فرع	١٣١	
في أن أجرة البيع أو الشراء على الآمر بأحدهما	١٣٢	
كتاب الرهن		
في شرطية القبض وعدمه	١٣٥	
فيما لو أقر الراهن بالاقباض.....	١٣٦	
في اعتبار اذن الشريك في جواز تسليم المشاع	١٣٧	
تنبيه : في امتناع الشريك من الاذن في القبض.....	١٣٧	
في شرائط الرهن		
في رهن المدبر.....	١٣٩	

الموضوع	الصفحة
حكم رهن المسلم خمرا ، حكم رهن ما لا يصح قبضه	١٤٠
في صحة الرهن زمن الخيار.....	١٤١
مسألة في جواز رهن العبد المرتد	١٤١
مسألة في جواز رهن العبد القاتل	١٤٢
فرع.....	١٤٢
حكم ما لو رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل.....	١٤٣
فرع.....	١٤٣
في الحق	
في جواز أخذ الرهن على مال الكتابة	١٤٥
في عدم صحة الرهن على ما لا يمكن استيفاؤه من الرهن وصحته على ما هو ثابت	
في الذمة.....	١٤٥
في حكم الاستدانة بعد الرهن وجعل الرهن على المالين.....	١٤٦
فروع ثلاثة.....	١٤٧
في أن ليس للملك فسخ الوكالة في بيع الرهن وأن الوكالة	
تبطل مع الموت دون الرهانة.....	١٤٨
فرع.....	١٤٩
في أن المرتمن أحق من غيره في استيفاء دينه	١٤٩
في حكم الرهن ذي المؤنة كالدابة	١٤٩
مسائلتان في تصرف الراهن والمرتمن في الرهن وهنا فرع.....	١٥١
في حكم رهن الامة بعد وطأ الراهن لها	١٥٢

الموضوع	الصفحة
مسألة في رهن المغصوب عند الغاصب	١٥٢
مسألة في رهن المقوض بالبيع الفاسد	١٥٣
مسألة في ابراء الغاصب من ضمان الغصب وهو في يده.....	١٥٣
فروع ثلاثة.....	١٥٤
في أن حمل الشجرة والمملوكة رهن كالأصل	١٥٤
في دخول الشمرة في رهن النخل وعدمه	١٥٥
فرع.....	١٥٥
في اجبار الراهن علي ازالة النابت بعد الرهن وعدمه.....	١٥٥
حكم مالو رهن لقطة مما يلتفط كالخيار	١٥٦
حكم مالو رهن من مسلم خمرا.....	١٥٧
مسألة في القيمة التي يغرمها المرتمن إذا ثبت تفريطه.....	١٥٧
مسألة في لو اختلف الراهن والمرتمن في القيمة	١٥٨
حكم مالو اختلفا علي الرهن او في متاب	١٥٩
كتاب المفلس	
في منع التصرف	
حكم إقرار المفلس بالدين أو العين.....	١٦٣
فيما لو ادعى المفلس أن هذه المال مضاربة لغائب	١٦٤
في اختصاص الغريم بعين ماله	
في أن من وجد من الغرماء عين ماله كان له أخذها أو الضرب مع الغرماء.....	١٦٥

الموضوع	الصفحة
حكم الخيار في ذلك ، وأنه على الفور أو لا؟ ^{١٦٦}	١٦٦
مسألة فيمن وجد بعض المبيع سليماً أو معيناً ^{١٦٦}	١٦٦
بعيب قد استحق أرشه ^{١٦٧}	١٦٧
تحقيق وفيه بيان لعبارة غامضة في القواعد ^{١٦٩}	١٦٩
حكم مالو كان النماء متصلةً فزادت قيمته ^{١٧٠}	١٧٠
حكم مالو اشتري أرضاً بغرس المشتري فيها ، أو زينتاً فخلطه بمثله ^{١٧١}	١٧١
حكم مالو أسلم في متاع ثم أفلس المسلم إليه ^{١٧١}	١٧١
تنبيه ^{١٧١}	١٧١
فيما لو شهد للمفلس شاهد بمال ^{١٧٢}	١٧٢
في أن المفلس إذا مات هل يحمل ماله وما عليه؟ ^{١٧٣}	١٧٣
في وجوب إنتظار المعسر وعدم جواز إلزامه ولا مؤاجرته ^{١٧٥}	١٧٥
في قسمة ماله ^{١٧٥}	١٧٥
فيما لو اقتضت المصلحة تأخير القسمة ^{١٧٩}	١٧٩
في زوال الحجر بمجرد الأداء أو أنه يفتقر إلى حاكم ^{١٨٠}	١٨٠
كتاب الحجر	

في موجباته

في السن الذي يعلم به البلوغ ^{١٨٠}	١٨٠
الوصف الثاني : الرشد ^{١٨٠}	١٨٠
حكم مالو باع فأحاز الولي ^{١٨٠}	١٨٠

الموضوع	الصفحة
تنبيه في حكم حرف الصبي امواله في وجوه الخير بعد البلوغ أحكام الحجر	١٨١
في أن حجر المفلس يثبت بحكم الحاكم أو بظهور السفه حكم ضمان الوديعة مع اتلافها قبل الحجر وبعد حكم نذر السفيه وعيشه في اختبار المرأة ، والصبي قبل البلوغ بيان وجه استشكال العلامة في القواعد في صحة بيع الصبي قبل البلوغ.....	١٨٣ ١٨٤ ١٨٤ ١٨٥ ١٨٥
كتاب الضمان	
في تعريف الضمان ، وأنه ثلاثة أقسام ضمان المال	١٩١
في اشتراط العلم بالضمان له أو المضمون عليه في اشتراط رضي المضمون له وأنه لا عبرة برضي المضمون عنه مسائل أربعة متفرعه علي أن الضمان ناقل للذمة لا ضام إليها حكم الضمان المؤجل والحال تنبيه فروع ثلاثة وفي الاول مع منها تحقيق تنبيه في شرح بمارد غامضة للعلامة في القواعد حكم ضمان مال السيق والرمادية ، وبيان أن الحقوق علي اربعة اقسام ..	١٩٤ ١٩٤ ١٩٥ ١٩٦ ١٩٧ ١٩٨ ١٩٩ ٢٠٠

الموضوع	الصفحة
فرعان.....	٢٠١
حكم ضمان الاعيان المضمونة.....	٢٠٢
في عدم اشتراط العلم بكمية المال المضمن إذا ضمن عهدة الشمن ، معني ضمان العهدہ.....	٢٠٢
في بيان معنى العهدة.....	٢٠٣
حكم مالو ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدث	٢٠٥
ضمان المريض	٢٠٥
حكم مالو كان الدين مؤجلاً وضمنه حالاً.....	٢٠٥
بحث في أنه ضامن المؤجل حالاً هل له مطالبة الاصل قبل حلول الأجل	٢٠٦
	في الحوالة
مسألة في اعتبار رضي الثلاثة.....	٢٠٧
مسألة في اشترط ابراء الختال للمحيل.....	٢٠٨
مسائل في شروط الحوالة	٢٠٩
تحقيق في احكام الحوالة.....	٢١١
حكم إحالة المشتري البائع بالشمن ثم رد المبيع بالعيوب السابق	٢١١
فروع أربعة.....	٢١٢
مسألة فيما اذا أحال البائع ثمناً ، وفيما إذا ظهر فساد البيع.....	٢١٣
	في الكفالة
في صحتها حالة ومؤجلة.....	٢١٥
حكم من أطلق غریباً من يد صاحب الحق قهراً عليه.....	٢١٦

الموضوع		الصفحة
فروع ثلاثة.....	٢١٦	
في وجوب تسلم الغريم إذا أحضر قبل الأجل.....	٢١٧	
مسائل في لواحق الكفالة	٢١٧	
تبنيه في حكم الكفالة بيدن من عليه الحد	٢١٨	
كتاب الصلح		
في تعريف الصلح	٢٢١	
حكم مالو أتلف علي رجل ثوباً قيمته درهم فصالحه علي درهرين.....	٢٢٢	
لو ادعى داراً فأنكر من هي في يده ثم صالحه المنكر علي سكني سنة	٢٢٣	
في أحکام النزاع في الأملالك		
حكم اخراج الرواشن ولأجنحة الي الطرق مع الضرر وعدمه.....	٢٢٥	
في حكم الاستطراف من غير الباب المعتادة في الطرق المروعة	٢٢٦	
فرع.....	٢٢٦	
مسألة في جواز الرجوع بعد وضع الجندو في حائط الجار	٢٢٧	
مسألة فيما إذا أخدمت الجدار ثم أعاده المالك ، هل يعود للوضع؟.....	٢٢٧	
في بقية مسائل النزاع	٢٢٨	
كتاب الشركة		
أقسام الشركة		
في أن الشركة تحصل في ثلاثة أشياء	٢٣٣	

الموضوع	
الصفحة	
حكم اشتراط احدهما الزيادة في الربح مع تساوي المالين أو العكس ٢٣٤	
تنبيه علي ما وقع لعميد الدين في شرح القواعد مع ذكائه وعظم نباهته ٢٣٦	
في اللواحق	
في افتقار التملك بالحيازة إلى نية وعدمه ٢٣٩	
مسائلتان ٢٤٠	
لو باع اثنان عبدين كل واحد منهما بانفراده صفقة بشمن واحد ٢٤١	
كتاب المضاربة	
فيما لو شرط أن يشتري أصلًاً يشتراكان في نمائه ٢٤٥	
حكم مالو كان لنفسه مال غير مال القراض ٢٤٦	
حكومة الشارح بين شارحي القواعد ٢٤٦	
تنبيه في معنى النفقة والسفر ٢٤٧	
فرع ٢٤٧	
في مال القراض	
حكم القراض بالنقرة ٢٤٩	
في كفاية المشاهدة وعدمها ٢٥٠	
في الربح	
في اللازم بالشرط ٢٥١	

الموضوع		الصفحة
مسائل في الربح	٢٥٢
في اللواحق		
في قبول قول المضارب في التلف والرد	٢٥٣
مسألة	٢٥٤
شراء العامل أبا رب المال	٢٥٤
فرع	٢٥٤
مسألتان	٢٥٥
مسائل أربعة وفي الأخيرة مباحثة مع صاحب الترددات	٢٥٦
فيما اذا قارض العامل غيره بغير إذن المالك	٢٥٨
فيما اذا تلف مال القراض أو بعضاً بعد دورانه في التجارة	٢٦٠
فيما لو شرط أن يأخذ له بضاعة	٢٦٢
حكم شراء المضارب الجارية التي يطؤها	٢٦٢

كتاب المزارعة

فيما لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضمنه	٢٦٧
مسألة في إجارة الأرض بخطة أو شعير يخرج منها	٢٦٧
مسألة في الأرض بأكثر مما استأجرها به	٢٦٨
حكم الازالة فيما لو مضت المدة والزرع باق ، فرع	٢٦٨
إذا استأجر أرضاً ليغرس فيها ما يبقى بعد المدة	٢٦٩

الموضوع	
الصفحة	
حكم مالو تنازعا في المدة أو في قدر الحصة ، أو في كونها عارية.....	٢٧٠
كتاب المساقاة	
حكم المساقاة قبل ظهور الشمرة وبعدها.....	٢٧٣
فرع.....	٢٧٣
في بطلان المساقاة بموت المسافي أو العامل وعدمه.....	٢٧٤
حكم المساقاة فيما لا ثمرة له	٢٧٤
مسألة فيما لو شرط أن يعمل غلام المالك معه.....	٢٧٥
مسألة فيما اذا شرط علي رب المال أجرة الاجراء أو خروج أجرتهم من وسط الشمرة.....	٢٧٥
حكم مالو شرط مع الحصة من النساء حصة من الاصل الثابت	٢٧٦
حكم المساقاة مع عدم التعيين ، حكم الاجارة بحصة	٢٧٧
في أن هرب العامل لا يبطل المساقاة ، وما يترب على ذلك من أحکام.....	٢٧٨
فرع.....	٢٧٩
حكم ثبوت خيانة العامل.....	٢٨٠
تنبيه.....	٢٨٠
فرع.....	٢٨١
لو انقسموا الشمرة وتلفت	٢٨١
كتاب الوديعة	
في أن دفع الوديعة علي أربعة أنحاء.....	٢٨٥

الموضوع	
الصفحة	
فرع.....	٢٨٦
حكم ايداع الغاصب المغصوب المزوج بماله في اللواحق	٢٨٧
حكم مالو ادعى عليه الوديعة فأنكر ، ومالو اعترف بها ثم ادعى التلف.....	٢٨٩
حكم مالو اعترف بالوديعة ثم ادعى التلف.....	٢٩٠
تنبيه فيه فروع.....	٢٩٠
إذ أقام المالك البينة على الوديعة بعد الانكار.....	٢٩١
اذا حضرته الوفاة وعنه وديعة ، او اعترف بها وبصفتها.....	٢٩٢
في المحاكمة بين فخر الدين وعميد الدين.....	٢٩٣
فروع ثلاثة.....	٢٩٣
اذا فرط واختلفا في القيمة.....	٢٩٤
كتاب العارية	
حكم الضمان لو استعار من الغاصب وهو لا يعلم.....	٢٩٧
فرع..... في العين المعاشرة	٢٩٧
حكم استئارة الارض للزرع والغرس والبناء	٢٩٩
تنبيه	٢٩٩
تحقيق في الامر بالازالة بعد الاذن بالبناء أو الغرس	٣٠٠

الموضوع		الصفحة
في أن أقسام المسألة أربعة ، وفي الأول منها فرع	٣٠١	
حكم مالو أذن له في غرس شجرة فانقلعت.....	٣٠٢	
في الأحكام المتعلقة بها		
حكم بيع المستعير غرöße وأبنيته في الأرض المستعارة.....	٣٠٥	
حكم اختلاف المالك وراكب الدابة.....	٣٠٦	
مسألة في أن المضمون هل هو قيمة يوم التلف أو أعلى القيم؟	٣٠٧	
مسألة في الاختلاف في القيمة.....	٣٠٧	
فروع أربعة.....	٣٠٧	
كتاب الاجارة		
في عقد الاجارة		
في الفاظ العقد	٣١١	
في بطلان الاجارة بالموت وعدمه.....	٣١٢	
في أن العين المستأجرةأمانة	٣١٤	
في شرائط الاجارة		
في عقد المميز.....	٣١٥	
فرع في إجارة الولي الصبي	٣١٥	
مسألة في كفاية المشاهدة في مال الاجارة.....	٣١٦	
مسألة في حكم التعجيل لو لم يشترط التأجيل	٣١٦	
مسألة في جواز إيجار شيء بأكثر مما استأجر مع اتحاد الجنس.....	٣١٦	

الموضوع	الصفحة
مسألة في ما اذا سكن بعض الدار وآخر الباقي.....	٣١٧
مسألة فيما اذا استأجره ليحمل له متابعاً.....	٣١٧
مسألة فيما اذا قال : آجرتك كل شهر بكلذا.....	٣١٨
فيما لو قال إن خطته فارسياً فلك درهم ورومياً فدرهان.....	٣١٨
فيما لو قال إن عملت اليوم فلك درهان وغداً فدرهم	٣١٩
حكم استعمال الاجير قبل المقاطعة علي الاجرة	
وأنه لا يضمن الا مع التهمة	٣٢٠
حكم مالو قدر المدة والعمل	٣٢٠
مسألة في اشتراط اتصال مدة الاجارة بالعقد.....	٣٢١
مسألة فيما لو عين شهراً متأخراً عن العقد.....	٣٢٢
فيما اذا سلم العين المستأجرة ومضت مدة.....	٣٢٢
فيما لو انقضى بعض المدة ثم تلف او تحدد فسخ الاجرة.....	٣٢٣
في أن كل ما يحتاج اليه في إمكان الركوب لازم علي مؤجر الدابة	٣٢٤
فروع خمسة.....	
حكم مالو حفر بعض ما قوطي عليه ثم تعذر حفر الباقي	٣٢٥
حكم استئجار المرأة للرضاع.....	٣٢٦
فروع أربعة.....	
حكم احارة الحائط المزوق للتنزه	٣٢٧
وحكم احارة العبد الآبق.....	٣٢٧
حكم مالو اخadem المسكن	٣٢٨

الصفحة	الموضوع
	في أحكامها
٣٢٩	حكم الاختلاف في القيمة.....
٣٣٠	حكم تقبيل الغير العمل الذي تقبله.....
٣٣٠	حكم تضمين الصناع.....
٣٣٠	فرع.....
٣٣١	فرع.....
٣٣١	حكم مالو آجر الوصي صبياً.....
	في التنازع
٣٣٣	فيما لو قطع الخياط ثوباً قباءً فقال المالك أمرتك بقطعه قميصاً
	كتاب الوكالة
	في العقد
٣٣٧	في صحة الوكالة معلقة.....
٣٣٨	في تريطة الوصف لانفقاء الغر وحكم عدمه
٣٣٩	حكم العزل
٣٤٠	فيما لو باع الوكيل بشمن فانكر المالك الاذن في ذلك القدر.....
	في ما لا تصح فيه الوكالة
٣٤٣	حكم التوكيل في حيازة المباحثات.....
٣٤٤	حكم التوكيل علي كل قليل أو كثير.....

الموضوع	الصفحة
حكم الوكالة في الطلاق في التوكيل	٣٤٥
حكم توكيل المرأة في طلاق نفسها وغيرها في ما به تثبت الوكالة	٣٤٧
حكم توكيل المسلم والذمي علي المسلم والذمي في ثبوت الوكالة بشاهد ويعين	٣٤٧
حكم الاختلاف في لفظ العقد في الواقع	٣٤٩
حكم ادعاء الوكالة عن غائب في قبض ماله من غريم فأنكر الغريم فرعان	٣٥٠
حكم مالو ادعى بعد زوال العذر وتأخر التسليم تأخر الامتناع عن تلف المال في أن كل من في يده مال لغيره له أن يمتنع من التسليم حتى يشهد على القبض	٣٥٣
في حكم الوكيل في الایداع اذا لم يشهد على الودعي فرع	٣٥٤
حكم ما إذا أذن الموكل لوكيله في بيع ماله من نفسه فباع	٣٥٥

الصفحة	الموضوع
	في النزاع
٣٥٧	في الاختلاف في رد المال الى الموكل
٣٥٨	فيما لو ادعى الوكيل التصرف وانكر الموكل.....
٣٥٨	فيما اذا زوجه امرأة فانكر الوكالة ولا بينة
٣٥٩	فروع أربعة.....
٣٦٠	مسألة في من وكل وكيلًا في استيفاء دين ثم صدقه الغريم وأنكر الموكل
٣٦١	مسألة فيمن أمر ببيع سلعة وتسليمها الى المشتري وقبض الشمن منه ففعل ثم ادعى التلف من غير تغريفط
٣٦١	في حكم الرد لو ظهر في المبيع عيب
٣٦٢	فرع.....
	كتاب الموقوف والصدقات
	في العقد
٣٦٥	في الفاظ العقد
	في الشرائط
٣٦٧	حكم وقف الدنانير والدرارهم.....
٣٦٧	حكم وقف ما لا يملك.....
٣٦٨	حكم وقف وصدقة من بلغ عشرًا.....
٣٦٨	حكم مالو بدأ الوقف بالمعذوم ثم بعده بالمحظوظ
٣٦٩	فروع أربعة.....

الموضوع	الصفحة
في أنه اذا وقف علي المؤمنين انصرف الي الاثنى عشرية	٣٦٩
في اشتراك الذكور والاناث في المنسبين ، واختلاف حكم المنتسب بالأب الوالد	٣٧٠
حكم مالو وقف علي حيرانه	٣٧٠
فروع خمسة.....	٣٧١
حكم الوقف علي غير المخصوص والذمي	٣٧٢
مسألة في الوقف علي المرتد عن غير فطرة.....	٣٧٣
مسألة في الوقف علي الحربي	٣٧٤
مسألة في شرطية التأبيد.....	٣٧٤
مسألة في حكم الوقف اذا انقضى الموقوف عليهم	٣٧٥
في حكم قبض الواقف علي أولاده الا صاغر.....	٣٧٥
في الواقع	
في حكم نفقة الملوك الموقوف	٣٧٧
مسألة فيما اذا جنى العبد الموقوف	٣٧٨
فرع ، مسألة في الجنابة علي العبد الموقوف	٣٧٩
فروع خمسة.....	٣٨٠
فيما لو وقف عل أولاده	٣٨١
فيما لو قال علي أولادي اذا انفرضوا فعلي القراء	٣٨٢
تحقيق في حواز بيع الوقف مع الخلاف وخشية الخراب.....	٣٨٣
مسألة في ما إذا انقلعت نخلة من الوقف	٣٨٥

الصفحة	الموضوع
٣٨٥	تبنيه فيما يصنع بثمن الوقف لو جاز بيعه
٣٨٦	في مالو وطأ الامة الموقوفة واحد من أرباب الوقف
٣٨٧	مباحثة بين الشهيد والسيد عميد الدين
٣٨٩	في العطية
كتاب السكني والحبس	
٣٩١	في ما تلزم به
٣٩٢	في البطلان بالبيع وعدمه
٣٩٣	في حواز البيع على المحبس عليه والمعلم عدمه
كتاب الهبات	
في الحقيقة	
٣٩٧	حكم مالو وهب ما في الذمة
٣٩٨	في اشتراط القبول في الابراء وعدمه
٣٩٨	في حكم الرجوع بالهبة بعد القبض
٣٩٩	في لزوم الهبة بالتصرف وعدمه
٤٠٠	في حكم رجوع الزوج في يهبه لزوجته والعكس
٤٠١	فرع في انتقال حق الرجوع بالارث

الصفحة**الموضوع**

في حكم المبات

حكم الضمان في مالو اشترط عليه الشواب ولم يشهي حتى تلفت أو عابت ٤٠٣

حكم الهبة إذ وهب في مرضه المخوف ٤٠٤

فرع في حكم المدية ٤٠٤

كتاب السبق والرماية

في الالفاظ المستعملة فيه ٤٠٧

في عقد المسابقة

في افتقاره الي الايجاب والقبول وعدمه ٤٠٩

في اشتراط التساوي في الموقف ٤٠٩

في اشتراط المبادرة والمحاطة ٤١٠

في احكام النضال ٤١١

كتاب الوصايا

في الوصية

في الانتقال بالموت منفرداً عن القبول ٤١٥

حكم مالو قبل الوفاة وبعدها ٤١٦

حكم مالو رد بعد الموت والقبول وقبل القبض ٤١٦

الصفحة	الموضوع
٤١٧	في الموصي
	في الموصي به
٤١٩	في اعتبار إجازة الوارث بعد الوفاة.....
٤٢٠	لو أوصي بثلثه لواحد وبثلثه لآخر.....
٤٢١	لو أوصي بعتق ماليكه.....
٤٢٢	لو أوصي بنصف ماله فأجاز الورثة ثم قالوا ظننا أنه قليل
٤٢٣	لو أوصي بجزء من ماله
٤٢٤	لو أوصي بوجوه فتسي الوصي وجهاً.....
٤٢٥	لو أوصي بسيف معين وهو في جفن.....
٤٢٦	تنبيه.....
٤٢٦	في صحة الوصية باخراج بعض الولد من التركة
٤٢٨	حكم مالو قال أعطوه كثيرا
٤٢٨	في الوصية بالمنافع مؤقتاً ومؤبداً وكيفية التقويم في الحالين
٤٣٠	فروع أربعة.....
٤٣٠	فيما تثبت به الوصية
٤٣١	لوأشهد عبدين له على حمل أمته منه.....
٤٣١	لو أوصي بعتق عدد مخصوص من عبيده.....
٤٣٢	لو أوصي بعتق ربة مؤمنة.....
٤٣٢	في حواز عتق المخالف عند تعذر المؤمن
٤٣٣	في تفسير الناصب.....

الصفحة**الموضوع**

في الموصي له

مسألة في الوصية للذمي ٤٣٥

مسألة في الوصية للحربى ٤٣٦

فيما يوصي به للملوك ٤٣٦

مسألة فيما اذا اوصي بعقد عبد المستواعب وعليه دين ٤٣٧

مسألة فيما اذا انجز عقد المستواعب وعليه دين ٤٣٧

حكم الوصية لأم الولد والاعمام والاخوال ٤٣٨

حكم الوصية لذوي القرابة والقوم والجيران ٤٣٩

لو اوصي لانسان فمات قبل الموصي ٤٤٠

لو اوصي في سبيل الله ٤٤٠

في الاوصياء

في اعتبار العدالة ٤٤١

حكم مالو مرض أحد الموصي اليهما أو عجز أو مات أو فسق ٤٤١

فرعان ٤٤٢

مسألة في جواز استيفاء الوصي دينه مما في يده ٤٤٢

إذا اذن الموصي للوصي أن يوصي ٤٤٣

في جواز تولي المؤمنين وصاية من لا وصي له ٤٤٣

إذا اوصي بالنظر في حال ولده الي أحني وله أب ٤٤٤

في اعتبار الصفات في الوصي حال الموت والوصية ٤٤٤

في جواز أخذ أجرة المثل من مال اليتيم من يتولى أمواله ٤٤٥

الصفحة	الموضوع
	في اللواحق
٤٤٧	فيمن كان له زوجة وبنت وقال : مثل نصيب بنتي ، فأجاز الورثة.....
٤٤٨	فيمن كان له أربع زوجات وبنت فأوصي بمثل نصيب إحداهن
٤٤٨	فيمن أوصي لأجنبي بنصيب ولده.....
٤٤٩	لو أوصي لابنه القاتل.....
٤٤٩	لو أوصي بضعفـي بنصيب ولده
٤٥٠	لو أوصي للفقراء.....
٤٥٠	لو أوصي بدار فانخدمت
٤٥٠	لو قال : أعطوا زيدا والفقراء كذا.....
	في تصرفات المريض
٤٥١	في أن تصرفات المريض التبرعية تخرج من الثالث أو الاصل.....
٤٥١	في بيان المرض المخوف
٤٥٢	اذا اعتقها في مرض الموت وتزوج ودخل بها
٤٥٣	لو اعتقها وقيمتها ثلث تركته ثم أصدقها الثالث الآخر ودخل ومات