

الْمَوْضِعُ الْمَكْرُورُ

الْجَزِيرَةُ السَّاجِدُ

الرَّوْضَةُ الْبَهِيَّةُ

فِي شَحِ الْمَعْرِفَةِ الدَّمْشِقِيَّةِ ٢٧



المركز العالمي للعلوم والثقافة الإسلامية
مركز حبيبة التراث الإسلامي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



موسوعة الشهيد الثاني

الجزء السابع

الروضة البهية

في شرح اللمعة الدمشقية ٢ /

المركز العالي للعلوم والثقافة الإسلامية

مركز إحياء التراث الإسلامي



المركز العالمي للعلوم والثقافة الإسلامية

موسوعة الشهيد الثاني الجزء السابع (الروضة البهية / ۲)

الناشر: المركز العالمي للعلوم والثقافة الإسلامية
الإعداد والتحقيق: مركز إحياء التراث الإسلامي
الطباعة: مطبعة الباقري
الطبعة الأولى ۱۴۲۴ق / ۲۰۱۳م
الكتبة: ۱۰۰۰ نسخة
العنوان: ۱۴۳ : السلسل: ۲۴۰

حقوق الطبع محفوظة للناشر

العنوان: قم، شارع الشهداء (صفانية)، زقاق آمار، الرقم ۴۲
التلفون والفاكس: ۷۸۳۲۸۲۲، التوزيع: قم ۷۸۳۲۸۲۴، طهران ۱۶۹۵۱۵۳۴
ص. ب: ۳۷۱۸۵/۳۸۵۸، الرمز البريدي: ۱۶۴۳۹ - ۳۷۱۵۶
وب سایت: www.pub.isca.ac.ir البريد الالكتروني: nashr@isca.ac.ir

شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱ - ۹۶۵ق.
موسوعة الشهید الثاني / الاعداد والتحقيق مركز إحياء التراث الإسلامي. المركز العالمي للعلوم والثقافة الإسلامية.
۱۴۳۴ق = ۲۰۱۳م.

ج

ISBN 978-600-5570-74-8 ... (دوره)
(ج) ISBN 978-600-5570-82-3

فهرستنويسي بر اساس اطلاعات فيبا.
کتابنامه.

مندرجات: ج. ۷. الروضة البهية / ۲ -

۱. اسلام - مجموعه‌ها. ۲. دانش و دانش‌اندوزی - جنبه‌های مذهبی - اسلام. ۳. اسلام و آموزش و بروشور.
۴. اخلاق اسلامی. الف. بزوشنگاه علوم و فرهنگ اسلامی. مرکز احیای آثار اسلامی. ب. عنوان.

۲۹۷/۰۸

BP4/6/۹۲

دليل

موسوعة الشهيد الثاني

المدخل = الشهيد الثاني حياته وأثاره

الجزء الأول = (١) منية المرید

الجزء الثاني = (٢ - ٦) الرسائل / ١ : ٢. كشف الريبة؛ ٣. التنبیهات العلیة؛ ٤. مسكن الفواد؛ ٥. البداية؛ ٦. الرعاية لحال البداية في علم الدرایة.

الجزء الثالث = (٧ - ٣٠) الرسائل / ٢ : ٧. تخفیف العباد في بيان أحوال الاجتہاد؛ ٨. تقليد المیت؛ ٩. العدالة؛ ١٠. ماء البئر؛ ١١. تیقّن الطهارة والحدث والشك في السابق منها؛ ١٢. الحدث الأصغر أثناء غسل الجنابة؛ ١٣. النیمة؛ ١٤. صلاة الجمعة؛ ١٥. الحث على صلاة الجمعة؛ ١٦. خصانص يوم الجمعة؛ ١٧. تنازع الأفکار في بيان حكم المقيمين في الأسفار؛ ١٨. أقل ما يجب معرفته من أحكام الحجّ والعمرة؛ ١٩. نیيات الحجّ والعمرة؛ ٢٠. مناسك الحجّ والعمرة؛ ٢١. طلاق الغائب؛ ٢٢. میراث الزوجة؛ ٢٣. الحبوة؛ ٢٤. أجوبة مسائل شکر بن حمدان؛ ٢٥. أجوبة مسائل السيد ابن طراد الحسیني؛ ٢٦. أجوبة مسائل زین الدین بن ادريس؛ ٢٧. أجوبة مسائل الشیخ حسین بن زمعة المدنی؛ ٢٨. أجوبة مسائل الشیخ احمد المازحی؛ ٢٩. أجوبة مسائل السيد شرف الدین السمّاکی؛ ٣٠. أجوبة المسائل النجفیة.

الجزء الرابع = (٤٣ - ٣١) الرسائل / ٣ : ٣١. تفسیر آیة البشّملة؛ ٣٢. الإسطنبولیة في الواجبات العینیة؛ ٣٣. الاقتصاد والإرشاد إلى طریق الاجتہاد؛ ٣٤. وصیة نافعه؛ ٣٥. شرح حدیث «الدنيا مزرعة الآخرة»؛ ٣٦. تحقیق الإجماع في زمـن الفیتـیة؛ ٣٧. مخالفـة الشیخ الطووسـی (رحمـه اللـهـ) لـإجماعـات نـفـسـه؛ ٣٨. ترجمـة الشـهـید بـقـلـمـه الشـرـیـفـ؛ ٣٩. حـاشـیـة «خـلاـصـة الأـقوـالـ»؛ ٤٠. حـاشـیـة «رـجـالـ اـبـنـ دـاـوـدـ»؛ ٤١. الـاجـازـاتـ؛ ٤٢. الـاـنـهـاءـاتـ وـالـبـلـاغـاتـ؛ ٤٣. الـفـوـانـدـ.

الجزء الخامس = (٤٤) تمهيد القواعد

الجزء السادس - الجزء التاسع = (٤٥) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية

الجزء العاشر والجزء الحادي عشر = (٤٦) روض الجنان في شرح إرشاد الأذهان

الجزء الثاني عشر = (٤٧ - ٤٩) المقاصد العلية وحاشيتنا الأنفية

الجزء الثالث عشر = (٥٠) الفوائد المثلية لشرح الرسالة التفلية

الجزء الرابع عشر = (٥١ و ٥٢) حاشية شرائع الإسلام وحاشية المختصر النافع

الجزء الخامس عشر = (٥٣) حاشية القواعد (فوائد القواعد)

الجزء السادس عشر = (٥٤) حاشية إرشاد الأذهان

الجزء السابع عشر - الجزء الثامن والعشرون = (٥٥) مسالك الأفهام إلى تنقية شرائع الإسلام

الجزء التاسع والعشرون = الفهرس

فهرس الموضوعات

١٥	كتاب الكفارات
٢٩	كتاب النذر وتوابعه
٣٥	العهد
٣٥	اليمين
٣٩	كتاب القضاء
٥٠	القول في كيفية الحكم
٥٩	القول في اليمين
٦٢	القول في الشاهد واليمين
٦٥	القول في التعارض
٦٩	القول في القسمة
٧٣	كتاب الشهادات
٧٥	الفصل الأول: الشاهد
٨٢	الفصل الثاني في تفصيل الحقوق بالنسبة إلى الشهود
٨٦	الفصل الثالث في الشهادة على الشهادة
٨٨	الفصل الرابع في الرجوع عن الشهادة

٩١	كتاب الوقف
١٠١	المسألة الأولى: نفقة العبد الموقوف والحيوان الموقوف على الموقوف عليهم
١٠٢	المسألة الثانية: لو وقف في سبيل الله انصرف إلى كل قربة
١٠٢	المسألة الثالثة: إذا وقف على أولاده اشتراكاً أولاد البنين والبنات
١٠٣	المسألة الرابعة: إذا وقف مسجداً لم ينفك وقفه بخراب القرية
١٠٥	المسألة الخامسة: إذا آجر البطن الأول الوقف ثم انقرضوا
١٠٧	كتاب العطية
١٠٩	الأول: الصدقة
١١٠	الثاني: الهبة
١١٣	الثالث: السكينة وتوابعها
١١٤	الرابع: التحبيس
١١٧	كتاب المتأجر
١١٩	الفصل الأول في أقسام التجارة
١٢٠	المكاسب المحرمة
١٢٦	المكاسب المكرورة
١٢٨	الفصل الثاني في عقد البيع وآدابه
١٢٨	المسألة الأولى: يُشترط كون البيع متأملاً أي يتقبل الملك شرعاً
١٣٩	المسألة الثانية: يُشترط في البيع أن يكون مقدوراً على تسليمه
١٤٢	المسألة الثالثة: يُشترط في البيع أن يكون طلقاً فلا يصح بيع الوقف العام
١٤٥	المسألة الرابعة: لو جنى العبد خطأً لم تمنع جنائته من بيعه

المسألة الخامسة: يشترط علم النمن قدرًا وجنساً ووصفاً قبل إيقاع عقد البيع	١٤٦
المسألة السادسة: إذا كان العوضان من المكيل أو الموزون أو المعدود	١٤٧
المسألة السابعة: يجوز ابتياع جزء معلوم النسبة، كالنصف والثلث مشاعاً.....	١٤٨
المسألة الثامنة: يكفي المشاهدة عن الوصف ولو غاب وقت الابتياع	١٤٩
المسألة التاسعة: يعتبر ما يراد طعمه كالدين وريحه كال mindenك	١٥٠
المسألة العاشرة: يجوز بيع المِشنك في فاره	١٥٢
المسألة الحادية عشرة: لا يجوز بيع ستك الأجرام مع ضمية القصب أو غيره	١٥٣
المسألة الثانية عشرة: يجوز بيع دود القرن	١٥٤
المسألة الثالثة عشرة: إذا كان العبيع في ظرف جاز بيعه مع وزنه معه	١٥٤
الفصل الثالث في بيع الحيوان	١٥٥
المسألة الأولى: لو حَدَثَ في الحيوان عيبٌ قبل القبض، فللمشتري الرُّدُّ والأرش	١٦٣
المسألة الثانية: لو حَدَثَ في الحيوان عيبٌ من غير جهة المشتري في زمن الخيار	١٧٠
المسألة الثالثة: لو ظهرت الأمة مستحقة فأغْرِم المشتري الواطئ العشار	١٧١
المسألة الرابعة: لو اختلف مولى مأذونٍ وغيره في عبدٍ أعتقه المأذونُ عن الغير	١٧٢
المسألة الخامسة: لو تنازع المأذونان بعد شراء كلٍّ منهما صاحبه في الأسق	١٧٤
المسألة السادسة: الأمة المسروقة من أرض الصلح لا يجوز شراؤها	١٧٦
المسألة السابعة: لا يجوز بيع عبدٍ من عبدين من غير تعين	١٧٧
الفصل الرابع في الشار	١٧٩
المسألة الأولى: لا يجوز بيع الثمرة بجنسها على أصولها	١٨٣
المسألة الثانية: يجوز بيع الزرع قائمًا على أصوله	١٨٦
المسألة الثالثة: يجوز أن يتَّبعَ أحد الشركين بحصة صاحبه من الثمرة	١٨٧
المسألة الرابعة: يجوز الأكل معاً به من ثمر النخل والفواكه والزرع	١٨٨
	١٨٩

١٩١	الفصل الخامس في الصرف
١٩٦	خاتمة
٢٠٠	الفصل السادس في السلف
٢٠٩	الفصل السابع في أقسام البيع
٢٠٩	أحدها: المساومة
٢٠٩	وثانيها: المرابحة
٢١٢	وثالثها: المواضعة
٢١٢	ورابعها: التولية
٢١٤	الفصل الثامن في الربا
٢١٩	الفصل التاسع في الخيار
٢١٩	القسم الأول: خيار المجلس
٢٢٠	القسم الثاني: خيار الحيوان
٢٢١	القسم الثالث: خيار الشرط
٢٢٢	القسم الرابع: خيار التأخير
٢٢٣	القسم الخامس: خيار ما يُفْسَد لِيَوْمٍ
٢٢٤	القسم السادس: خيار الرؤية
٢٢٥	القسم السابع: خيار القبن
٢٢٨	القسم الثامن: خيار العيب
٢٣٢	القسم التاسع: خيار التدليس
٢٣٤	القسم العاشر: خيار الاشتراط
٢٣٧	القسم الحادي عشر: خيار الشركة
٢٣٧	القسم الثاني عشر: خيار تقدُّر التسليم
٢٣٨	القسم الثالث عشر: خيار تبعُض الصفة

٢٢٨	القسم الرابع عشر: خيار التفليس
٢٢٩	الفصل العاشر في الأحكام
٢٣٩	الحكم الأول: النقد والتأسيمة
٢٤٣	الحكم الثاني في القبض
٢٤٧	الحكم الثالث فيما يدخل في المبيع عند إطلاق لفظه
٢٥٠	الحكم الرابع في اختلاف البائع والمشتري
٢٥٢	الحكم الخامس: إطلاق الكيل والوزن والنقد ينصرف إلى المعتاد
٢٥٣	خاتمة في الإقالة
٢٥٥	كتاب الدين
٢٥٧	القسم الأول: القرض، وفضله عظيم
٢٦٩	القسم الثاني: دين العبد
٢٧١	كتاب الرهن
٢٧٨	الكلام في الشروط
٢٨٥	الكلام في اللواحق
٢٨٥	المسألة الأولى: إذا شرط الوكالة في الرهن لم تملك عزله
٢٨٦	المسألة الثانية: يجوز للمرتهن ابتياعه من نفسه إذا كان وكيلًا في البيع
٢٨٧	المسألة الثالثة: لا يجوز لأحدهما التصرف فيه باتفاق
٢٨٨	المسألة الرابعة: يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستياء إذا لم يكن وكيلًا
٢٨٨	المسألة الخامسة: لو باع أحدهما بدون إذن توقف على إجازة الآخر
٢٩٠	المسألة السادسة: الرهن لازم من جهة الراهن حتى يخرج عن الحق بأدائه
٢٩١	المسألة السابعة: يدخل النساء المتعددة المنفصل كالولد والثمرة

٢٩١	المسألة الثامنة: ينتقل حق الراهنة بالموت
٢٩٢	المسألة التاسعة: لا يضمن المرتهن الرهن إذا تألف في يده إلا بتعد أو تفريط
٢٩٣	المسألة العاشرة: لو اختلفا في قدر الحق المرهون به حلف الراهن
٢٩٤	المسألة الحادية عشرة: لو أدى ديناً وعيّن به رهناً
٢٩٥	المسألة الثانية عشرة: لو اختلفا فيما يباع به الرهن بيع بالنقد الغالب
٢٩٧	كتاب الحجر
٣٠٥	كتاب الضمان
٣١٥	كتاب الحالة
٣٢٣	كتاب الكفالة
٣٣١	كتاب الصلح
٣٣٧	المسألة الأولى: لو كان بيدهما درهما فادعا هما أحدهما وأدعى الآخر أحدهما
٣٣٩	المسألة الثانية: يجوز جعل السقفي بالماء عوضاً للصلح
٣٣٩	المسألة الثالثة: لو تنازع صاحب السفل والعلو في جدار البيت حلف
٣٤٠	المسألة الرابعة: إذا تنازع صاحب غرف الخان وصاحب بيته في المسلك
٣٤٢	المسألة الخامسة: لو تنازع راكب الدابة وقابض لجامها فيها حلف الراكب
٣٤٣	المسألة السادسة: لو تداعيا جداراً غير متصل ببناء أحدهما، أو متصلًا ببنانهما
٣٤٥	كتاب الشركة
٣٥٣	كتاب المضاربة
٣٦٣	كتاب الوديعة

٣٧٥	كتاب العارية
٣٧٨	شروط العارية
٣٧٨	أحكام العارية
٣٨٥	كتاب المزارعة
٣٩٥	كتاب المساقاة

كتاب الكفارات

(كتاب الكفارات)

وهي تنقسم إلى معينةٍ كبعض كفارات الحجّ ولم يذكرها هنا اكتفاءً بما سبق، وإلى مرتبةٍ، ومخيرةٍ، وما جمّعت الوصفين، وكفاراة جمع.

(فالمرتبة) ثالثٌ: (كفارة الظهار، وقتل الخطأ، وحصلهما^١) المرتبة (حصل كفارة الإفطار في) شهر (رمضان العتق) أولاً (فالشهران) مع تعدد العتق (فالستون) أي إطعام السنتين لو تعدد الصيام؛ (و) الثالثة (كفارة من أنظر في قضاء) شهر (رمضان بعد الزوال، وهي إطعام عشرة مساكين ثم صيام ثلاثة أيام) مع العجز عن الإطعام.

(والمخيرة كفارة شهر رمضان) في أجود القولين^٢ (و) كفارة (خلف النذر والعهد) إن جعلناهما ككفارة رمضان كما هو أصح الأقوال^٣ رواية^٤. (وفي كفارة جزاء الصيد) وهو الثالث الأول من الثلاثة الأولى مما ذكر في الكفارات، لا مطلق جزائه (خلاف) في أنه مرتب أو مخيرة، والمصنف اختار فيما سبق

١. أي حصل كفارة الظهار وحصل كفارة قتل الخطأ.

٢. ذهب إليه المفيد في المقنعة، ص ٢٤٥؛ والشيخ في النهاية، ص ١٥٤؛ والقول الآخر الترتيب حكاه عن ابن أبي عقيل العلامة في مختلف الشيعة، ج ٢، ص ٣٠٥، المسألة ٥٤.

٣. ذهب إليه المفيد في المقنعة، ص ٥٦٩؛ والشيخ في النهاية، ص ٥٧٠؛ وبالترتيب قال سلار في المراسم، ص ١٨٧؛ لتوسيع الأقوال راجع مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٣٤، المسألة ٦٨.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣١٥، ح ١١٧٠.

الترتيب^١، وهو أقوى. ومبني الخلاف على دلالة ظاهر الآية العاطفة للخصال بـ«أو» الدال على التخيير^٢، ودلالة الخبر على أنَّ ما في القرآن بـ«أو» فهو على التخيير^٣، وعلى ما رُويَ نصاً من أنها على الترتيب^٤، وهو مقدَّم.

(و) التي جمعت الوصفين (كفارَةُ اليمين) وهي (إطعام عشرة مساكين، أو كسوتهم، أو تحرير رقبة) مخيَّر بين الثلاث (إإن عجز فصيام ثلاثة أيام).

(وكفارَةِ الجمع لقتل المؤمن عمداً ظلماً، وهي عتق رقبة وصيام شهرين) متتابعين (وإطعام ستين مسكيناً^٥). وقد تقدَّم^٦ أنَّ الإفطار في شهر رمضان على محَرَّم مطلقاً يوجبها أيضاً. فهذه جملة الأقسام.

وبقي هنا أنواعاً اختلفَ في كفارتها أتبعها بها فقال: (والحال بالبراءة من الله ورسوله ﷺ والأئمة عليهم السلام) على الاجتماع والانفراد (يائِمَّ) صادقاً كان أم كاذباً، وفي الخبر: أنَّه يَرَأُ بذلك منهم صادقاً وكاذباً^٧. واختلاف في وجوب الكفارَة به مطلقاً أو مع الجنة، فنَقلَ المصنف هنا قولين من غير ترجيح، وكذا في الدروس^٨، (و) هو أنَّه (يُكَفَّرُ كفارَةَ ظِهَارٍ، إإن عجز فكفارَةَ يَمِّينٍ على قول الشیخ في النهاية^٩ وجماعةٌ^{١٠}، ولم تَقْفُ على مستند، وظاهرهم وجوب ذلك مع الجنَّةِ وعدمه ومع الصدق والكذب. (وفي توقيع العسكري رض) إلى محمد بن الحسن الصفار الذي رواه محمد بن

١. تقدَّم في ج ١، ص ٣٩٤ وما بعدها، كتاب الحجَّ.

٢. العائدة (٥): ٩٥.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٥، ص ٣٣٣ ح ١١٤٧.

٤. الكافي، ج ٤، ص ٣٨٥، باب كفارات ما أصاب المحرم... ح ١ و ٢ و ٥.

٥. فإنْ عجز عن العتق والإطعام صام ستة أشهر. (زين رحمة الله)

٦. تقدَّم في ج ١، ص ٢٨٥، كتاب الصوم.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٨٤ ح ١٠٤١.

٨. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٢٨ - ١٢٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٩. النهاية، ص ٥٧٠.

١٠. منهم القاضي ابن البراج في المهدَب، ج ٢، ص ٤٢١.

يعنى في الصحيح أنه مع الحِنْت («يُطْعِمُ عَشْرَةً مَسَاكِينَ») لكل مسكيٍّ مُدًّا (ويستغفر الله تعالى^١). والعمل بمضمونها حسن؛ لعدم المعارض مع صحة الرواية. وكونها مكابيَّةً ونادرةً لا يقبح مع ما ذكرناه، وهو اختيار العلامة (رحمه الله) في المختلف^٢. وذهب جماعة إلى عدم وجوب كفارة مطلقاً^٣؛ لعدم انعقاد اليمين؛ إذ لا حلف إلا بالله تعالى. واتفق الجميع على تحريره مطلقاً.

(وفي جز المرأة شعرها في المصاب كفارة ظهار على ما اختاره هنا، وقبيله العلامة في بعض كتبه^٤، وابن إدريس^٥، ولم نقف على المأخذ (وقيل): كبيرة (مخيرة). ذهب إليه الشيخ (رحمه الله) في النهاية^٦ استناداً إلى رواية ضعيفة^٧. وفي الدروس نسب القول الثاني إلى الشيخ^٨ ولم يذكر الأول. والأقوى عدم الكفارة مطلقاً؛ لأصالة البراءة؛ نعم، يستحب لصلاحية الرواية لأدلة السنن. ولا فرق في المصاب بين القريب وغيره للإطلاق).

وهل يفرق بين الكلّ والبعض؟ ظاهر الرواية اعتبار الكلّ؛ لإفاده الجمع المعروف أو المضاف العموم. واستقرب في الدروس عدم الفرق^٩؛ لصدق «جز الشعر» و«شعرها» عرفاً بالبعض.

وكذا الإشكال في إلحاق الحلق والإحراق بالجز من مساواته له في المعنى واختياره

١. الكافي، ج ٧، ص ٤٦١، باب النوادر، ح ٧.

٢. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٦٣، المسألة ١.

٣. منهم: الشيخ في البسط، ج ٤، ص ٥٧٧؛ وابن إدريس في السراير، ج ٣، ص ٤٠؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٩٧.

٤. نسبة إلى قيل في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٩٧؛ وفي إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٩٧؛ وإلى قول في تلخيص العرام، ص ٢٦٣.

٥. السراير، ج ٣، ص ٧٦.

٦. النهاية، ص ٥٧٣.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣٢٥، ح ١٢٠٧.

٨. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٤٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

في الدروس^١، ومن عدم النص وأصلة البراءة وبطلاً القياس، وعدم العلم بالحكمة الموجبة للإلحاق؛ وكذا في إلحاق جزءه في غير المصاب به من عدم النص واحتمال الأولوية، وهي ممنوعة.

(وفي نفه) أي نف شعرها (أو خدش وجهها، أو شق الرجل ثوبه في موت ولده، أو زوجته كفاراً يمين على قول) الأكثر، ومنهم المصنف في الدروس^٢ جازماً به من غير نقل خلاف، وكذلك العلامة في كثير من كتبه^٣.

ونسبته هنا إلى القول يُشعر بتوقعه فيه وهو المناسب؛ لأنَّ مستندَ الرواية التي دلت على الحكم السابق والمصنف اعترف بضعفها في الدروس^٤، وليس بين المتألِّفين فرق إلا تحقق الخلاف في الأولى دون هذه. والكلام في نف بعض الشعر كما سبق. ولا فرق بين الولد للصلب ولد الولد وإنْ نزل، ذكرًا أو أنثى لذكر. وفي ولد الأنثى قوله^٥ أجودهما عدم اللحوق. ولا في الزوجة بين الدائم والممتنع بها. والمطلقة رجعياً زوجة. ولا يلحق بها الأمة وإنْ كانت سريرًا أو أمًّا ولد.

ويُعتبر في الخدش الإدماء كما صرَّحت به الرواية^٦، وأطلق الأكثر^٧ وصرَّح جماعة منهم العلامة في التحرير بعدم الاشتراط^٨. والمعتبر منه مسماه، فلا يُشترط استيعاب الوجه ولا شق جميع الجلد. ولا يلحق به خدش غير الوجه وإنْ أدمى ولا لطم مجردةً. ويُعتبر في التوب مسماه عرفاً، ولا فرق فيه بين الملبوس وغيره ولا بين شقه

١. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ١٤٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

٢. قواعد الأحكام، ج. ٢، ص. ٢٩٧؛ إرشاد الأذهان، ج. ٢، ص. ٩٧؛ تبصرة المتعلمين، ص. ١٥٩.

٤. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ١٤٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

٥. ذهب إلى اللحوق السيد المرتضى في رسائل الشريف المرتضى، ج. ٤، ص. ٣٢٨؛ وابن إدريس في السرائر، ج. ٣، ص. ١٥٧؛ والقول الآخر للمحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج. ٩، ص. ٩٣.

٦. تهذيب الأحكام، ج. ٨، ص. ٣٢٥، ح. ١٢٠٧.

٧. كالمحقّق في شرائع الإسلام، ج. ٢، ص. ٥١؛ والعلامة في إرشاد الأذهان، ج. ٢، ص. ٩٧؛ الشهيد في الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ١٤٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

٨. تحرير الأحكام الشرعية، ج. ٤، ص. ٣٦٩، الرقم ٥٩٥٨.

ملبوساً ومنزوعاً ولا بين استيعابه بالشَّقِّ وعديمه. ولا كفارة بشَّقِّه على غير الولد والزوجة، وأجازه جماعة على الأب والأخ^١ لما نُقلَ من شَقِّ بعض الأنبياء والأنتمة ^{بِعْدَهُ} فيهما^٢. ولا في شَقِّ المرأة على الميت مطلقاً وإن حَرْم.

(وقيل : من تَزَوَّج امرأة^٣ في عَدَّتها فارَقَها وكَفَرَ بخمسة أصْوَعِ دقيقاً)^٤. نَسَب ذلك إلى القول متوافقاً فيه، وجزم به في الدروس^٥، ومستنده روایة أبي بصير عن أبي عبد الله ^{بِعْدَهُ}^٦، وهي مع تسلیم سندها لا تصريح فيها بالوجوب، فالقول بالاستحباب أوجَهٌ. وفي الروایة تصريح بالعالم وأطلق الأكثَرُ^٧، ولا حجَّةٌ في لفظ الكفارة على اختصاصها بالعالم. ولا فرق في العدة بين الرجعية والبائنة وعدَّة الوفاة وغيرها، وفي حكمها ذاتُ البعل وهو مصَرَّحٌ في الروایة، ولا بين المدخول بها وغيرها. والدقِيقُ في الروایة والفتوى مطلقٌ، وربما قيل باختصاصه بنوع يجوز إخراجه كفارة^٨ وهو دقِيق الحنطة والشعير.

(ومن نام عن صلاة العشاء حتَّى تجاوز نصف الليل أصبح صائماً) ظاهره كون ذلك على وجه الوجوب؛ لأنَّه مقتضى الأمر^٩. وفي الدروس نسب القول به إلى الشيخ

١. منهم: سلَّار في المراسم، ص ١٨٧؛ وابن البراج في المهدَب، ج ٢، ص ٤٢٤؛ وابن سعيد في الجامع للشرائع، ص ٤١٩.

٢. اختيار معرفة الرجال، ص ٥٧٢، الرقم ١٠٨٥؛ راجع وسائل الشيعة، ج ٣، ص ٢٧٣ - ٢٧٤، الباب ٨٤ من أبواب الدفن.

٣. فرع: أطلق الأصحاب لفظ «التزوِيج» ولم يصرِّحوا بالعلم أو الجهل، لكن قولهم «كَفَرَ» يدلُّ على تقييدهم بالعالم؛ إذ الجاهل لا يتوجَّه عليه عقوبة، ولإيجاب العدَّ أيضاً دليل عليه. المهدَب البارع [ج ٣، ص ٥٦٣]. (زين رحمة الله)

٤. قال به المفید في المقمعة، ص ٥٧٢؛ والشيخ في النهاية، ص ٥٧٢.

٥. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٤٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٦. تهذيب الأحكام، ج ١٠، ص ٢١، ح ٦٢.

٧. تقدَّمت تخرِيجها في الهاشم^٣.

٨. قال به الفاضل المقداد في التبيغ الرابع، ج ٣، ص ٣٩٧.

٩. الكافي، ج ٣، ص ٢٩٥، باب من نام عن الصلاة، ح ١١.

وجعل الرواية به مقطوعة^١، وحيثندٌ فالاستحباب أقوى. ولا فرق بين النائم كذلك عمداً وسهوأ. وفي إلحاقي السكران به قول ضعيف^٢، وكذا من تعتد تركها أو نسييه من غير نوم. ولا يلحق ناسي غيرها قطعاً. ولو أفطر ذلك اليوم ففي وجوب الكفاراة من حيث تعينه على القول بوجوبه، أو لا بناء على أنه كفاراة فلا كفاراة في تركها، وجهان، أجودهما الثاني. ولو سافر فيه مطلقاً أفتره وقضاء، وكذا لو مرض أو حاضت المرأة أو وافق العيد أو أيام التشريق، مع احتمال سقوطه حينئذٍ. ولو صادف صوماً متعميناً تداخلاً، مع احتمال قصائه.

(وكفارةُ ضرب العبد فوق الحد^٤) الذي وجب عليه بسبب ما فعله من الذنب، أو مطلقاً (عنته مستحبأ) عند الأكثـر. وقيل: وجوباً^٥ وتردد المصتف في الدروس مقتضاً على نقل الخلاف^٦. وقيل: المعتبر تجاوز حد الحر^٧؛ لأنَّه المتيقَنُ والمتبادرُ عند الإطلاق. ولو قتله فكفارته كغيره.

(وكفارةُ الإيلاء كفارةُ اليمين) لأنَّه يمين خاص.

(ويتعين العتق في المرتبة بوجдан الرقبة ملكاً أو تسبيباً) - كما لو ملك الشخص ووُجد الباذل لها - زيادةً على داره وثيابه اللائتين بحاله، وخادمه اللاشيء به أو المحتاج إليه، وفوت يومٍ وليلةٍ له ولعياله الواجب النفقة، ووفاءً ذينه وإن لم يطالبه به. نعم، لو تكلَّف العادم العتق أجزاءً إلا مع مطالبته الذِيَان؛ للنهي عن العتق حينئذٍ، وهو عبادة.

١. الحق أنها مرسلة لا مقطوعة: لأنَّ راويها عبدالله بن مغيرة عمن حدَّته عن الصادق عليه السلام. (منه رحمة الله)

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٤٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠)؛ النهاية، ص ٥٧٢.

٣. نسيه إلى قول ضعيف في رياض المسائل، ج ١٢، ص ٤٣٥.

٤. أى حدَّakan. (زين رحمة الله)

٥. قال به الشيخ في النهاية، ص ٥٧٣: ابن البراج في المهدب، ج ٢، ص ٤٢٤.

٦. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٤١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٧. قال به فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٨٤.

والعبرة بالقدرة عند العتق لا الوجوب.

(ويُشترط فيها الإسلام) وهو الإقرار بالشهادتين مطلقاً، على الأقوى، وهو المراد من الإيمان المطلوب في الآية^١، ولا يُشترط الإيمانُ الخاصُّ وهو الولاء على الأظهر.

وطفلُ أحد المسلمين بحكمه، وإسلامُ الآخرين بالإشارة، وإسلام المُسيِّي بالغاً بالشهادتين، وقبله بانفراد المسلم به عند المصنف^٢ وجماعة^٣، وولد الزنى بهما بعد البلوغ، وبتبعيته الساببي على القول.

وفي تحققه بالولادة من المسلم وجهان: من انتقامه شرعاً، وتوليه منه حقيقة فلا يقتصر عن الساببي، والأول أقوى.

(والسلامة من) العيوب الموجبة للعتق وهي (العمى والإعواد والجذام والت鱗كيل) الصادر عن مولاه، وهو أن يفقل به فعلاً فظيعاً بأن يجدع أنفه أو يقطع أذنيه ونحوه؛ لانتقامه بمجرد حصول هذه الأسباب على المشهور، فلا يتصور إيقاع العتق عليه ثانياً.

ولا يُشترط سلامته من غيرها من العيوب، فيجزئ الأغور والأعرج والأقرع والخصي والأصم ومقطوع أحد الأذنين واليدين ولو مع إحدى الرجلين، والمريض وإن مات في مرضه، والهرم والعاجز عن تحصيل كفايته، وكذا من تشتَّت بالحرارة مع بقائه على الملك كالمدبر وأمّ الولد وإن لم يجذر بيدها لجواز تعجيل عتقها.

وفي إجزاء المكاتب الذي لم يتحرر منه شيء قوله^٤، وإجزاءه لا يخلو من قوّة دون

١. النساء (٤): ٩٢.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٣٢١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. منهم الشيخ في المبسوط، ج ١، ص ٥٦٠؛ والقاضي ابن البراج في المذهب، ج ١، ص ٣١٨؛ وحكاه عن ابن الجنيد العلامة في مختلف الشيعة، ج ٤، ص ٤٣٤، المسألة ٤٩.

٤. القول بالإجزاء للمحقق في شرائع الإسلام، ج ٣، ص ٥٤؛ وعدم للشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ٥٤، المسألة ٢٩.

المرهون إلا مع إجازة المُرتهن، والمنذور عتقه والصدقه به وإن كان معلقاً بشرط لم يحصل بعد على قول رجحه المصنف في الدروس^١.

(والخلو عن العوض) فلو أعتقه وشرط عليه عوضاً لم يقع عن الكفاره؛ لعدم تمثُّض القربة. وفي اعتاقه بذلك نظر، وقطع المصنف في الدروس بوقوعه^٢؛ وكذا لو قال له غيره: «أعتقك عن كفارتك ولك على كذا» واعترف المصنف هنا بعدم وقوع العتق مطلقاً؛ نعم، لو أمره بعتقه عن الأمر بعوض أو غيره أجزأ، والنية هنا من الوكيل. ولا بد من الحكم بانتقاله إلى ملك الأمر ولو لحظة؛ لقوله^٣: «لا عتق إلا في ملك»^٤.

وفي كونه هنا قبل العتق أو عند الشروع فيه، أو بعد وقوع الصيغة ثم يعتق، أو يكون العتق كافياً عن ملكه بالأمر، أوجه، والوجه انتقاله بالأمر المترتب بالعتق. (والنية) المشتملة على قصد الفعل على وجهه متقدماً، والمقارنة للصيغة؛ (والتعين) للسبب الذي يكفر عنه، سواء تعددت الكفاره في ذمته أم لا، وسواء تغاير الجنس أم لا، كما يقتضيه الإطلاق وصرح به في الدروس^٥. ووجهه أن الكفاره اسم مشترك بين أفراد مختلفة، والأمسؤر به إنما يتحصّص بمعياراته عن غيره مما يشاركه.

ويُشكِّل بأنَّه مع اتحادها في ذمته لا اشتراك، فتجزئ نيتُّه عما في ذمته من الكفاره؛ لأنَّ غيره ليس مأمولاً به، بل لا يتصوَّر وقوعه منه في تلك الحالة شرعاً فلا وجه للاحتراز عنه، كالقصر والتام في غير موضع التخيير. والأقوى أنَّ المتعدد في ذمته مع اتحاد نوع سببه كإفطار يومين من شهر رمضان

١. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص ١٤٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص ١٤٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. تهذيب الأحكام، ج. ٨، ص ٢١٧، ح ٧٧٣ و ٧٧٤.

٤. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص ١٤٥ - ١٤٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

وخلُف نذرين كذلك، نعم، لو اختلفت أسبابه توجّه ذلك ليحصل التمييز وإن اتفق مقدار الكفارة. وقيل: لا يفتقر إليه مطلقاً^١.

وعلى ما اخترناه لو أطلق برأته ذمته من واحدة لا بعينها، فيتعين في الباقي الإطلاق، سواء كان بعتقى أم غيره من الخصال المختيرة أو المرتبة على تقدير العجز. ولو شَكَ في نوع ما في ذمته أجزاء الإطلاق عن الكفارة على القولين كما يجزئه العتقُ عما في ذمته لو شَكَ بين كفارة ونذر، ولا يجزئ ذلك في الأول كما لا يجزئ العتق مطلقاً، ولا بنيته الوجوب.

(ومع العجز) عن العتق في المرتبة (يصوم شهرين متتابعين) هلايين وإن نقصاً، إن ابتدأ من أوله، ولو ابتدأ من أثنائه أكمل ما بقي منه ثلاثين بعد الثاني، وأجزاء الهلالي في الثاني. ولو اقتصر هنا على «شهر و يوم» تعين العددية فيما. والمراد بالتتابع أن لا يقطعهما ولو في «شهر و يوم» بالإفطار اختياراً ولو بمسوغة كالسفر، ولا يقطعه غيره كالحيض والمرض والسفر الضروري والواجب، بل يبني على ما مضى عند زوال العذر على الفور.

هذا إذا فجّه السفر، أما لو علم به قبل الشروع لم يُعدْ؛ للقدرة على التتابع في غيره كما لو علم بدخول العيد، بخلاف الحيض؛ للزومه في الطبيعة عادةً والصبر إلى سن اليأس تغري بالواجب وإضراز بالمكلف.

وتجب فيه النية والتعيين كالعتق وما يُعتبر في نيتها، ولو نسيها ليلاً جدّدها إلى زوال فإن استمرَ إليها لم يُجزِّ، ولم يقطع التتابع على الأقوى.

(ومع العجز) عن الصيام (يُطعم ستين مسكيناً) فيما يجب فيه ذلك، ككفارة شهر رمضان وقتل الخطأ والظهار والنذر، لا مطلقاً المرتبة؛ فإنه في كفارة إفطار قضاء رمضان وكفارة اليدين إطعام عشرة، وأطلق الحكم اتكالاً على ما عُلم (إماماً إشباعاً) في

١. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٤، ص ٥٩٤

أكلة واحدة (أو تسلیم مُدَّاً إلى كلّ واحد) على أصحّ القولين فتوئٌ^١ وسندًا، وقيل: مدان مطلقاً^٢، وقيل: مع القدرة^٣.

ويتساوی في التسلیم الصغیر والکبیر من حيث القدر وإنْ كان الواجب في الصغیر تسلیم الولي، وكذا في الإشباع إنْ اجتمعوا، ولو انفرد الصغار احتسب الإنثار بوحد ولا يتوقف على إذن الولي. ولا فرق بين أكل الصغیر كالكبیر، ودونه: لإطلاق النصّ^٤ ونوره. والظاهر أنَّ المراد بالصغر غیر البالغ، مع احتمال الرجوع إلى العرف. ولو تعذر العدد في البلد وجب النقل إلى غيره مع الإمكان، فإن تعذر كرر على الموجودين في الأيام بحسب المتخلَّف.

والمراد بالمسكين هنا من لا يقدر على تحصیل قوت سنته فعلاً وقوَّةً، فيشمل الفقیر، ولا يدخل الغارم وإنْ استوعب ذيئه ماله. ويعتبر فيه الإيمان وعدم وجوب نفقته على المعطى، أمّا على غيره، فهو غني مع بذل المُنْفِق وإلا فلا. وبالطعام مستَاه كالحنطة والشعير ودقائقهما وخُبزهما وما يغلب على قوت البلد، ويجزئ التمر والزبيب مطلقاً. ويعتبر كونه سليماً من العيب والمزاج بغيره، فلا يجزئ المَسْوُس والممتزج بزوانٍ وترابٍ غير معتادين.

والتيَّة مقارنة للتسلیم إلى المستحق أو وكيله أو وليه، أو بعد وصوله إليه قبل إثلاقه أو نقله عن ملكه، أو للشروع في الأكل. ولو اجتمعوا فيه ففي الاكتفاء بشروع واحدٍ أو وجوب تعددِها مع اختلافِهم فيه، وجهان.

(إذا كَسَى الْفَقِيرَ فَثُوبُ) في الأصح^٥. والمعتبر مستَاه من إزارٍ ورداءٍ وسراويلٍ

١. ذهب إليه ابن إدريس في السراير، ج ٣، ص ٧٠؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢٤٦، المسألة ٧٧.

٢. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٤، ص ٥٦٠، المسألة ٦٢.

٣. قال به الشيخ في النهاية، ص ٥٦٩؛ والمبوسط، ج ٤، ص ٢٠٢.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٩٧ ح ١١٠١.

٥. قال به الشيخ في المبوسط، ج ٤، ص ٥٩٧؛ وقال بوجوب التوبين المفید في المقمعة، ص ٥٦٨؛ وفضل ثالث بين القدرة اعتبار التوب الواحد عند المجزئ كالشيخ في النهاية، ص ٥٧٠؛ وابن البراج في المهدب، ج ٢، ص ٤١٥.

وَقَمِيصٍ (ولو غسيلًا إذا لم ينخرق) أو ينسحق جدًا بحيث لا ينتفع به إلا قليلاً وفأنا للدرس^١. وجنسه القطن والكتان والصوف والحرير المترتج، والخالص للنساء وغير البالغين دون الرجال والخناثي، والفرز والجلد المعتاد لبسه، والقنب والشعر كذلك. ويكفي ما يسمى ثوباً للصغرى وإن كانوا منفردین. ولا يتكرر على الموجودين لو تعذر العدد مطلقاً، لعدم النص مع احتماله.

(وكُلُّ من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعَجَزَ) عن صويمها أجمع (صام ثمانية عشر يوماً وإن قدر على صوم أزيد منها (فإن عجز) عن صوم الثمانية عشر أجمع (تصدق عن كل يوم) من الثمانية عشر (بُمْدٌ) من طعام.

وقيل عن الستين؟ وبُعْضُه بسقوط حكمها قبل ذلك، وكونه خلاف المتأذير، وعدم صحته في الكفارة المخيرة، لأن القادر على إطعام الستين يجعله أصلاً لا بدلاً، بل لا يجزئه الثمانية عشر مع قدرته على إطعام الستين؛ لأنها بدل اضطراري وهو بدل اختياري.

(فإن عَجَزَ) عن إطعام القدر المذكور وإن قدر على بعضه (استغفِرْ الله تعالى) ولو مرّةً بنية الكفارة.

١. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص ١٤٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. لم نثر على قائله ولكن حكاه عن بعض في مسائل الأفهام، ج ١٠، ص ١٢٠.

كتاب النذر

وتتابعه من العهد واليمين

(كتاب النذر^١ وتوابعه)

من العهد واليمين

(وشرط الناذر^٢ الكمال^٣) بالبلوغ والعقل (والاختيار والقصد) إلى مدلول الصيغة (والإسلام والحرمة^٤). فلا ينعقد نذر الصبي والمجنون مطلقاً، ولا المكرر، ولا غير القاصد كموقع صيغته عابناً أو لاعباً أو سكران أو غاضباً غضباً يرفع قصده إليه، ولا الكافر مطلقاً؛ لعدم القرابة على وجهها منه وإن استحب له الوفاء به لو أسلم، ولا نذر المملوك.

(إلا أن يجيز المالك) قبل إيقاع صيغته، أو بعده على المختار عند المصنف^٥ (أو تزول الرقة^٦) قبل الحل؛ لزوال المانع. والأقوى وقوفه بدون الإذن باطلأ؛ لتفي ماهيته في الخبر^٧ المحوم على نفي الصحة؛ لأنَّه أقرب المجازات إلى الحقيقة حيث لا يراد نفيها؛ وعموم الأمر بالوفاء بالنذر^٨ مخصوص بنذر المذكور كما دلَّ عليه الخبر، لا بنذره مع النهي.

١. النذر لغة: وعد بشرط، وشرع اتزام ما ليس بلازم، أو تأكيد لما هو لازم بصيغة «ش». والمعنى لغة ما عاهد عليه غيره، أي عاقده عليه، وشرع اتزام أمر شرعي فعلاً أو تركاً بصيغة «عاهدت الله» وشبهها. واليمين لغة يقال على الحلف المطلق، وشرع تحقيق ما يمكن فيه الخلاف بذكر اسم الله تعالى. (زين رحمة الله)

٢. غایة المراد، ج. ٣، ص. ٣٠٩ - ٣١٠ (ضمن موسوعة الشهید الأول، ج. ٣).

٣. تهذيب الأحكام، ج. ٨، ص. ٢٨٥ - ٢٨٦، ح. ١٠٥٠.

٤. الحج (٢٢): «وَلَيُؤْفَوْا نَذْرَهُمْ».

(وإذن الزوج كإذن السيد) في اعتبار توقيفه عليها سابقاً، أو لحوتها له قبل العلّ، أو ارتفاع الزوجية قبله.

ولم يذكر توقيف نذر الولد على إذن الوالد؛ لعدم النص الدالّ عليه هنا، وإنما ورد في اليمين^١ فيبقى على أصله الصحة. وفي الدروس الحقة بهما^٢؛ لإطلاق اليدين في بعض الأخبار على النذر كقول الكاظم عليه السلام^{عليه السلام} لـتـا سـئـلـ عـنـ جـارـيـهـ حـلـفـ مـنـهـ يـمـينـ فـقـالـ: «الله عـلـىـ أـنـ لـأـ بـيـعـهـاـ» فـقـالـ: «فـيـ اللهـ بـنـ ذـرـكـ»^٣. والإطلاق وإن كان من كلام السائل إلا أن تقرير الإمام له عليه كتلجمه به، ولتساويهما في المعنى. وعلى هذا لا وجه لاختصاص الحكم بالولد، بل يجب^٤ في الزوجة مثله؛ لاشتراكهما في الدليل نفياً وإثباتاً. أما الملوك؛ فيمكن اختصاصه بسبب الحجر عليه، والعلامة اقتصر عليه هنا^٥ وهو أنساب، والمحقق شرك بينه وبين الزوجة في الحكم كما هنا، وتترك الولد^٦، وليس بوجه.

(والصيغة : «إن كان كذا فللله علّيَّ كذا») هذه صيغة النذر المتفق عليه بواسطة الشرط. ويُستفاد من الصيغة أن القرابة المعتبرة في النذر إجماعاً لا يُشترط كونها غاية للفعل كغيره من العبادات، بل يكفي تضمنُ الصيغة لها وهو هنا موجود بقوله : «الله علّيَّ» وإن لم يُتبّعها بعد ذلك بقوله «قربة إلى الله» أو «الله» ونحوه، وبهذا صرّح في الدروس وجعله أقرب^٧، وهو الأقرب.

ومن لا يكتفي بذلك ينظر إلى أن القرابة غاية الفعل فلا بد من الذلة عليها، وكونها شرطاً للصيغة، والشرط معايراً للمشروط؛ ويُضعف بأن القرابة كافية بقصد الفعل الله في

١. تقدم في ص ٣١، الهمامش.^٣

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١١٩ و ١٣١ - ١٣٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٣١٠، ح ١١٤٩.

٤. في «م»: «فيجب» بدل «بل يجب».

٥. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٨٤؛ تبصرة المتعلمين، ص ١٥٨؛ إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٩٠.

٦. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٤٤.

٧. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١١٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

غيره كما أشرنا، وهو هنا حاصل، والتعليق لازم، والمغايرية متحققة؛ لأنَّ الصيغة بدونها «إنْ كان كذا فعلَ كذا»، فإنَّ الأصل في النذر الوعد بشرطِ فتكون إضافة «الله» خارجةً.

(وضابطه) أي ضابط النذر، والمراد منه هنا المندور وهو الملزم بصيغة النذر (أن يكون طاعةً) واجباً كان أو مندوباً (أو مباحاً راجحاً) في الدين أو الدنيا، فلو كان متساوياً الطرفين أو مكروهاً أو حراماً التزم فعَلَهُما لم ينعقد. وهو في الآخرين وفافي، وفي المتساوي قوله^١، فظاهره هنا بطلانه، وفي الدروس رجح صحته^٢، وهو أجود. هذا إذا لم يشتمل على شرط، وإلا فسيأتي اشتراط كونه طاعة لغير، وفي الدروس ساوي بينهما في صحة المباح الراجح والمتساوي، والمشهور ما هنا.

(مقدوراً للناذر) بمعنى صلاحية تعلق قدرته به عادةً في الوقت المضروب له فعلاً أو قوَّةً، فإنْ كان وقتُه معيناً اعتُبرت فيه، وإنْ كان مطلقاً فالعام.

واعتبرنا ذلك مع كون المبادر القدرة الفعلية؛ لأنَّها غير مراده لهم كما صرحو به كثيراً لحكمهم بأنَّ من نذر الحجَّ وهو عاجز عنه بالفعل لكنه يرجو القدرة ينعقد نذره، ويتحققها في الوقت، فإنْ خرج وهو عاجز بطل. وكذا لو نذر الصدقة بمال وهو فقير أو نذرت العائض الصوم مطلقاً أو في وقت يمكن فعله فيه بعد الطهارة وغير ذلك؛ وإنما أخرجوا بالقيد الممتنع عادةً كنذر الصعود إلى السماء، أو عقلًا كالكون في غير حيز، والجمع بين الضدين، أو شرعاً كالاعتكاف جنباً مع القدرة على الغسل، وهذا القسم يمكن دخوله في كونه طاعةً أو مباحاً، فيخرج به أو بهما.

(والأقرب احتياجه إلى اللفظ)^٣ فلا يكفي النية في انعقاده وإنْ استحبَ الوفاء به؛

١. قال بالصحة العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٤، ص ٢٤٦، الرقم ٥٩٠٥؛ وقواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٨٥: قال بعدم الصحة يحيى بن سعيد في الجامع للثراء، ص ٤٢٣.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٢٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. يستحب الوفاء بالنذر في ثلاثة مواضع: الأولى: إذا أسلم الكافر بعد نذرها. الثاني: إذا تلفظ به ولم يذكر الله. الثالث: إذا تصوَّره ولم يتلفظ. (زين رحمة الله)

لأنه من قبيل الأسباب، والأصل فيها اللفظ الكاشف عننا في الضمير؛ ولأنه في الأصل «وعد بشرط أو بدونه» والوعد لفظي والأصل عدم النقل.

وذهب جماعة^١ منهم الشيخان^٢ إلى عدم اشتراطه : للأصل وعموم الأدلة، ولقوله^٣: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل إمرئٍ ما نوى^٤»^٥ و«إنما للحصر و«الباء» سببية؛ فدل على حصر السببية فيها، واللفظ إنما اعتير في العقود ليكون دالاً على الإعلام بما في الضمير، والعقد هنا مع الله العالم بالسرائر. وتردد المصنف في الدروس^٦، والعلامة^٧ في المختلف^٨، ورجح في غيره^٩ الأول.

(و) كذلك الأقرب (انعقاد التبرع) به من غير شرط؛ لما مرَّ من الأصل والأدلة المتناولة له؛ وقول بعض أهل اللغة: «إنه وعد بشرط»^{١٠}، والأصل عدم النقل معارض بنقله «أنه بغير شرط» أيضاً؛ وتوقف المصنف في الدروس^٩، والصحة أقوى.

(ولا بد من كون الجزاء^{١١} طاعنة) إن كان نذر مجازة بأن يجعله أحد العبادات المعلومة، فلو كان مرجحاً أو مباحثاً لم ينعدم؛ لقول الصادق^{عليه السلام} في خبر أبي الصباح الكتاني: «ليس النذر بشيء حتى يسمى شيئاً الله صياماً، أو صدقة، أو هدية، أو حججاً»^{١٢}. إلا أن هذا الخبر يشمل المتبرع به من غير شرط والمصنف لا يقول به. وأطلق الأكثر

١. منهم: القاضي ابن البراج في المذهب، ج ٢، ص ٤٠٩؛ والكيندي في إصلاح الشيعة، ص ٤٨٣؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٥٠.

٢. المقنة، ص ٥٦٢؛ النهاية، ص ٥٦٣.

٣. تهذيب الأحكام، ج ١، ص ٨٣، ح ٢١٨؛ وج ٤، ص ٥١٩، ح ١٨٦؛ سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ١٤١٣، ح ٤٢٢٧.

٤. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١١٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٥. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٢١٧، المسألة ٥١.

٦. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٨٥؛ إرشاد الأذهان، ج ٢، ص ٩٦.

٧. حكاية عن ثعلب الشيخ في الغلاف، ج ٦، ص ١٩٢، المسألة ١.

٨. نقله الفاضل المقداد في التنقية الرابع، ج ٣، ص ٥١٨.

٩. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١١٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

١٠. الجزاء: ما يكون جواباً للشرط. (زين رحمة الله)

١١. الكافي، ج ٧، ص ٤٥٥، باب النذور، ح ٢.

اشترطاً كونه طاعةً، وفي الدروس استقرب في الشرط والجزاء جواز تعلقهما بالمباح محتجاً بالخبر السابق في بيع العجارية، والبيع مباح إلا أن يقترب بعوارض مرجحة^١.
 (و) كون (الشرط) وهو ما علق الملتم به عليه (سائغاً) سواء كان راجحاً أم مباحاً (إن قصد بالجزاء الشكر) كقوله: «إن حَجَجْتُ أَوْ رَزِقْتُ وَلَدًا أَوْ مَلَكْتُ كَذَا فَلَلَّهُ عَلَيَّ كَذَا مِنْ أَبْوَابِ الطَّاعَةِ» (وإن قصد الزجر عن فعله اشتُرط كونه معصيةً، أو مباحاً راجحاً فيه المنع) كقوله: «إِنْ زَيَّثْتُ أَوْ بَعْثَتُ دَارِيَ - مَعْ مَرْجُوهِيَّتِهِ - فَلَلَّهُ عَلَيَّ كَذَا». ولو قصد في الأول الزجر وفي الثاني الشكر لم ينعقد، والمثال واحد وإنما الفارق القصد. والمكرر كالمباح المرجوح وإن لم يكن، فكان عليه أن يذكره. ولو انتفى القصد في القسمين لم ينعقد لفقد الشرط.

ثم الشرط إن كان من فعل النادر فاعتبار كونه سائغاً واضح، وإن كان من فعل الله كالولد والعافية ففي إطلاق الوصف عليه تجوز، وفي الدروس اعتبار صلاحيته؛ لتعلق الشكر به^٢ وهو حسن.

[العهد]

(والعهد كالنذر) في جميع هذه الشروط والأحكام (وصورته: «عاهدت الله» أو «علي عهد الله» أن أفعل كذا، أو أتركه» أو «إن فعلت كذا، أو تركته، أو رزقت كذا فعلت كذا» على الوجه المفضل في الأقسام. والخلاف في انعقاده بالضمير ومجرداً عن الشرط مثله.

[اليمين]

(واليمين هي العلْف بالله) أي بذاته تعالى من غير اعتبار اسم من أسمائه (كقوله:

١. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص ١٢٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠)؛ والخبر سبق في ص ٣٢، الماشر ٣.

٢. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص ١١٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

«ومُقلِّب القلوب والأبصار» «والذي نفسي بيده» «والذي فَلَقَ الْحَبَّةَ وَبَرَأَ النَّسْمَةَ»؛ لأنَّ المُقسَّمَ به فيها مدلولُ المعبود بالحقِّ إله مَنْ في السماوات والأرض من غير أن يَجْعَلَ اسْمًا لَهُ تعالى (أو) الحَلْفُ (بِاسْمِهِ) تعالى المُختصُّ به (كقوله: «والله» و«تَالله» و«بِاللهِ» و«أَيْمَنُ اللَّهِ») بفتح الهمزة وكسرها مع ضمَّ النون وفتحها، وكذا ما اقتطع منها للقسم وهو سبع عشرة صيغةً^١ (أو «أَقِسْمٌ» «بِاللهِ» أو «بِالْقَدِيمِ») بالمعنى المتعارف اصطلاحاً وهو «الذِي لَا أَوَّلَ لِوْجُودِهِ» (أو «الْأَزْلِي» أو «الذِي لَا أَوَّلَ لِوْجُودِهِ»).

وما ذكره هنا تبعاً للعلامة^٢ والمحقق^٣؛ قد استَضْعَفَهُ في الدرس بأنَّ مرجعَ القسم الأوَّل «إِلَى أَسْمَاءٍ تدلُّ على صفاتِ الأفعالِ كـ«الخالقُ والرازقُ» التي هي أبعدُ من الأسماء الدالة على صفاتِ الذاتِ كـ«الرَّحْمَنُ وَالرَّحِيمُ» التي هي دون اسمِ الذاتِ وهو «الله» جَلَّ اسمُهِ، بل هو الاسمُ العامُّ وَجَعَلَ «الْحَلْفَ بِاللهِ» هو قوله «والله» و«بِاللهِ» و«تَالله» بالجرِّ، و«أَيْمَنُ اللهِ»، وما اقتُضَبَ منها^٤.

وفي: أنَّ هذهِ السماتِ المذكورةَ في القسم الأوَّل لا تتعلَّقُ بالأسماءِ المختصةِ ولا المشتركةِ؛ لأنَّها ليست موضوِعاً للعلميَّةِ، وإنَّما هي دالةُ على ذاتِه بواسطةِ الأوصافِ الخاصةُ به، بخلافِ غيرِها من الأسماءِ فإنَّها موضوِعاً للاسميَّةِ ابتداءً، فكانَ ما ذكرُوهُ أُولى مَنَا تعقبَ به. نعم، لو قيلَ بأنَّ الجمِيعَ حَلْفٌ بِاللهِ من غيرِ اعتبارِ اسمٍ؛ جمعاً بينَ ما ذكرناه – وَحْقَهُ من «أنَّ جَلَّ اسمُهُ هو الاسمُ العامُّ»، ومن ثُمَّ زَجَعَت

١. هي إيدال الهمزة لاماً مكسورة أو مفتوحة مع ضمَّ النون وفتحها، وحذفها مع فتح النون وضمُّها، و«أَيْمَن» بفتح الهمزة وكسرها مع ضمَّ الميم وبفتحها خاصةً مع فتح الميم، و«أَمْ» بكسر الميم، وضمُّها مع كسر الهمزة و«مَنْ» بضمِّهما وفتحهما وكسرهما، و«مَنْ» بحركاتِ الميم الثلاث. وهذه سبعة عشرة مضافة إلى ما ذكر في لغاتِ أيسِنِ الأربع وذلك إحدى وعشرون. (منه رحمة الله)

٢. قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٢٦٥ - ٢٦٦.

٣. شرائع الإسلام، ج ٣، ص ١٣٠ - ١٣١.

٤. الدرسُ الشرعيَّة، ج ٢، ص ١٢٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأوَّل، ج ١٠).

الأسماء إليه ولم يرجع إلى شيء منها، فكان كالذات - كان حسناً. ويراد بأسمائه ما ينصرف إطلاقها إليه من الألفاظ الموضوعة للاسمية وإن أمكن فيها المشاركة حقيقةً أو مجازاً؛ كالقديم والأزلِي والرحمن والربُّ والخالق والبارئ والرازق.

(ولا ينعقد بـ«الموجود» و«ال قادر» و«العالم») و«الحي» و«السميع» و«البصير» وغيرها من الأسماء المشتركة بينه وبين غيره من غير أن تقلب عليه وإن نوى بها الحلفَ، لسقوط حرمتها بالمشاركة، (ولا بأسماء المخلوقات الشريفة) كالنبي والأنسة، والكعبة والقرآن لقوله ﷺ: «من كان حالفاً فليحلف بالله أو يدَرْ!».

(وإثباتُ مشيئة الله تعالى) لليمين (يمنع الانعقاد) وإن علِمت مشيئته ل المتعلقة، كالواجب والمندوب على الأشهر، مع اتصالها به عادةً ونطقه بها، ولا يقدح التنفسُ والسعالُ، وقصدِه إليها عند النطق بها وإن انتَفَت عند اليمين. دون العكس، ولا فرق بين قصد التبرُّكِ والتعليق هنا، لإطلاق النصٌّ. وقصَّرَه العلامةُ على ما لا تعلمُ مشيئة الله فيهٌ، كالمباح، دون الواجبِ والنديٍ، وتركِ الحرام والمكرورِ، والنَّصُّ مطلقُ الحكمِ نادرٌ. وتوجيهه حسن، لكنه غير مسموع في مقابلة النص.

(والتعليقُ على مشيئة الغير يحبسها) ويُوقِّعها على مشيئته إن علقَ عقدها عليه كقوله: «لأفعلُنَّ كذا إن شاءَ زيدٌ»، فلو جَهَلَ الشرطَ لم ينعقد، ولو أُوقَفَ حَلَّها عليه كقوله: «إلا أن يشاءَ زيداً» انعقدت ما لم يشأ حلَّها، فلا يبطل إلا يعلمُ الشرط، وكذا في جانب النفي كقوله: «لأ فعلُ إن شاءَ زيداً، أو إلا أن يشاء» فيتوقف انتفاءُه على مشيئته في الأول، وينتفي بدونها في الثاني فلا يحرِّم الفعلُ قبل مشيئته، ولا يحلُّ قبلها.

(ومتعلَّقُ اليمين كمتعلَّق النذر) في اعتبار كونه طاعةً أو مباحاً: راجحاً ديناً أو

١. السنن الكبرى، البهقي، ج ١٠، ص ٥٢-٥٣، ح ١٩٨٣٢؛ عوالي اللائي، ج ١، ص ٤٤٥، ح ١٦٨.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤٤٦، باب الاستثناء في اليمين، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٨٢، ح ٢٨١.

٣. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٦٧-٢٦٨.

دنياً، أو متساوياً، إلا أنه لا إشكال هنا في تعلقها بالمخالفة ومراعاة الأولى فيهما^١ وترجح مقتضى اليمين عند التساوي.

وظاهر عبارته هنا عدم انعقاد المتساوي؛ لإخراجه من ضابط النذر مع أنه لا خلاف فيه هنا، كما اعترف به في الدروس^٢.

وال الأولوية متبوعة ولو طرأ ث بعد اليمين، فلو كان البر أولي في الابتداء ثم صارت المخالفه أولى أتبع ولا كفاره. وفي عود اليمين بعودها بعد انحلالها وجهان، أما لو لم ينعقد ابتداء للمرجوحيه، لم تئذ وإن تجددت بعد ذلك، مع احتماله.

واعلم أن الكفاره تجب بمخالفه مقتضى الثلاثة عمداً اختياراً، فلو خالف ناسياً أو مكرهاً أو جاهلاً فلا حنت له «رفع الخطأ والنسيان وما استُكِرُّوا عليه»^٣. وحيث تجب الكفاره تنحيل^٤.

وهل تنحيل فيباقي؟ وجهان، واستقرب المصنف في قواعده الانحلال لحصول المخالفه^٤، وهي لا تذكر كما لو تعمد، وإن افترقا بوجوب الكفاره وعدمه.

١. أي في الفعل والترك.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٣٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. الكافي، ج ٢، ص ٤٦٢ - ٤٦٣، باب مارفع عن الأئمة، ح ١ - ٢؛ سنن ابن ماجة، ج ١، ص ٦٥٩، ح ٢٠٤٢ و ٢٠٤٥.

٤. القواعد والقوانين، ص ٣٩٢، القاعدة ١٩٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٥).

كتاب القضاء

(كتاب القضاء^١)

أي الحكم بين الناس

(وهو) واجب كفايةً في حق الصالحين له، إلا أنه مع حضور الإمام (وظيفة الإمام ^{عليه}، أو نائبه) فيلزمه نصب قاضٍ في الناحية ليقوم به، ويجب على من عينه الإجابة، ولو لم يعيّن وجبت كفايةً، فإن لم يكن أهلاً إلا واحدٌ تعينت عليه، ولو لم يعلم به الإمام لزمه الطلب، وفي استحبابه مع التعدد عيناً قولان^٢. أجودهما ذلك مع الوثوق من نفسه بالقيام به.

(وفي الغيبة ينفعُ قضاةُ الفقيهِ الجامِعُ لشَرائطِ الإفتاءِ) وهي البلوغُ والعقلُ والذكورةُ والإيمانُ والعدالةُ وطهارةُ المولد إجماعاً، والكتابةُ والحرىمةُ والبصرُ على الأشهر، والنطقُ وغلبةُ الذكر، والاجتهادُ في الأحكام الشرعية وأصولها. ويتحققُ

١. القضاء يقال على أربعة أقسام: الأولى: الإحداث، كقوله تعالى: «فَقَضَيْنَاهُ سَبْعَ سَنَوَاتٍ»، [فصلت (٤١): ١٢]. الثانية: الإعلام، كقوله تعالى: «وَقَضَيْنَا إِلَيْنَا بَنِي إِسْرَائِيلَ»، [الإسراء (١٧): ٤]. الثالث: الأمر، كقوله تعالى: «وَقَضَى رَبُّكَ أَنْ تَبْدِئُ إِلَيْنَا إِيمَانَكُمْ»، [الإسراء (١٧): ٢٢]. الرابع: الحكم، كقوله تعالى: «وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ»، [غافر (٤٠): ٢٠]. ولغة: يقال على الفراغ من الفعل أو الإتيان به. وشرع: ولادة شرعية تقضي نفاذ الحكم على المتدعين، والسلط على المصالح العامة. (زين رحمة الله)

٢. قال بالاستحباب عيناً الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٤٣١؛ والمتحقق في شرائع الإسلام، ج ٤، ص ٦٠، والمخالف بعض العامة راجع الحاوي الكبير، ج ١٦، ص ١١؛ والمغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ١١، ص ٣٧٥، المسألة ٨٢١٦؛ روضة الطالبين ج ٨، ص ٨٠ - ٨١.

بمعرفة المقدماتِ السَّتَّ - وهي الكلامُ والأصولُ، والنحوُ والتصريفُ، ولغةُ العرب، وشروطُ الأدلةِ - والأصولِ الأربعَة وهي الكتابُ والسنةُ، والإجماعُ ودليلُ العقل. والمعتبر من الكلام ما يُعرف به الله تعالى وما يلزمه من صفاتِ الجلال والإكرام، وعدلهُ وحكمتهُ ونبأهُ نبيَّنا عليه السلام وعصمتُه، وإمامَةُ الأئمَّة عليه السلام كذلك ليحصلُ الوثوق بخبرهم، ويتحققُ الحجة به والتصديق بما جاء به النبي عليه السلام من أحوال الدنيا والآخرة، كل ذلك بالدليل التفصيلي.

ولا يُشترطُ الزيادة على ذلك بالاطلاع على ما حققه المتكلمون من أحكام الجواهر والأعراض، وما اشتغلت عليه كتبهم من الحكمة والمقدمات والاعتراضات وأخوبية الشبهات وإنْ وجَب معرفته كفايةً من جهة أخرى، ومن ثم صرَح جماعة من المحققين بأنَّ الكلام ليس شرطاً في التفقه^١، فإنَّ ما يتوقف عليه منه مشتركٌ بين سائر المكلفين.

ومن الأصول ما يُعرف به أدلةُ الأحكام من الأمر والنهي، والعموم والخصوص، والإطلاق والتقييد، والإجمال والبيان، وغيرها مما اشتغلت عليه مقاصده. ومن النحو والتصريف ما يختلف المعنى باختلافه، ليحصل بسببه معرفة المراد من الخطاب، ولا يُعتبر الاستقصاء فيه على الوجه التام، بل يكفي الوسط منه فما دون. ومن اللغة ما يحصل به فهمُ كلام الله ورسوله ونوابه عليه السلام بالحفظ، أو الرجوع إلى أصلٍ مصحح يشتمل على معاني الألفاظ المتدالة في ذلك.

ومن شرائط الأدلة معرفة الأشكال الاقترائية والاستثنائية، وما يتوقف عليه من المعاني المفردة وغيرها، ولا يُشترط الاستقصاء في ذلك بل يقتصر على المجزئ منه، وما زاد عليه فهو مجرَّد تضييع للعمر وتَرْجِحَة ل الوقت.

والمعتبر من الكتاب الكرييم معرفة ما يتعلَّق بالأحكام، وهو نحوُ من خمسيناتِ آية،

١. راجع العدة في أصول الفقه، ج ٢، ص ٧٢٧؛ ومعارج الأصول، ص ٢٠٠.

إما بحفظها أو فهم مقتضاها ليرجع إليها متى شاء، ويتوقف على معرفة الناسخ منها من المنسوخ ولو بالرجوع إلى أصل يشتمل عليه.

ومن السنة جمع ما اشتغل منها على الأحكام ولو في أصلٍ مصحح رواه عن عذرٍ بسندٍ متصلٍ إلى النبي والأنبياء، ويعرف الصحيح منها والحسن، والموثق والضعف، والموقف والمُرسل، والمتواتر والآحاد، وغيرها من الاصطلاحات التي ذُوّلت في «درية الحديث»، المفترئ إليها في استبطاط الأحكام، وهي أمور اصطلاحية توقيفية لا مباحث علمية. ويدخل في أصول الفقه معرفة أحوالها عند التعارض، وكثيرٍ من أحكامها.

ومن الإجماع والخلاف أن يعرف أنَّ ما يُفتَن به لا يخالف الإجماع، إما بوجود موافق من المتقدمين، أو بغلبة ظنه على أنه واقعة متجلدة لم يبحث عنها السابقون بحيث حصل فيها أحد الأمرين، لا معرفة كل مسألة أجمعوا عليها أو اختلفوا.

وذلة العقل من الاستصحاب والبراءة الأصلية وغيرهما، داخلة في الأصول، وكذا معرفة ما يُحتاج به من القياس. بل يشتمل كثيرون من مختصرات أصول الفقه كالتهديب ومختصر الأصول لابن الحاجب على ما يحتاج إليه من شرائط الدليل المدون في علم الميزان، وكثيرٌ من كتب النحو على ما يحتاج إليه من التصريف.

نعم، يُشترط مع ذلك كله أن يكون له قوَّةً يَمْكُن بها من ردِّ الفروع إلى أصولها واستنباطها منها. وهذه هي العمدة في هذا الباب، وإنَّ فتحصيل تلك المقدّمات قد صارت في زماننا سهلةً لكررة ما حَقَّهُ العلماء والفقهاء فيها وفي بيان استعمالها، وإنما تلك القوَّةُ يُدَلِّلُ الله تعالى بِهَا من يشاء من عباده على وفق حكمته ومراده، ولكررة المجاهدة والمارسة لأهلها مَدْخَلٌ عظيمٌ في تحصيلها: **«وَالَّذِينَ جَاهُوا فِيَنَا لَنَهَدِيَنَّهُمْ سُبُّلًا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ»**^١.

وإذا تحقَّق المفتري بهذا الوصف وجب على الناس الترافع إليه وقبول قوله والتزام

حكمه؛ لأنَّه منصوب من الإمام عليهما السلام على العموم بقوله: «انظروا إلى رجل منكم قد روى حديثنا، وعَرَفَ أحكامنا فاجعلوه قاضياً، فإِنَّي قد جعلته قاضياً فتَحاكِمُوا إِلَيْهِ»^١. وفي بعض الأخبار: «فازْضُوا بِهِ حَكْمًا فَإِنَّي قد جعلته عليكم حاكِمًا، فإذا حَكَمَ بِحُكْمِكُمْ فَلَمْ يَقْبِلْ مِنْهُ فَإِنَّمَا بِحُكْمِ اللَّهِ اسْتَخْفَفَ وَعَلَيْنَا رَدُّهُ، وَالرَّادُ عَلَيْنَا رَادُّهُ عَلَى اللَّهِ، وَهُوَ عَلَى حَدِّ الشَّرْكِ بِاللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ»^٢ (فمن عدل عنه إلى قضاة الجور كان عاصياً) فاسقاً؛ لأنَّ ذلك كبيرة عندنا، ففي مقبول عمر بن حنظلة السابق: «مَنْ تَحَاكِمَ إِلَى طاغوتٍ فَحَكَمَ لَهُ فَإِنَّمَا يَأْخُذُ سُحتَّاً وَإِنْ كَانَ حَقُّهُ ثَابِتاً؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِحُكْمِ الطاغوتِ، وَقَدْ أَمَرَ اللَّهُ أَنْ يُكَفَّرَ بِهَا»^٣، ومثله كثير^٤.

(وَتَبَثَّتِ الْوِلَايَةُ الْقَاضِيَّةُ) المنصوب من الإمام (بالشیاع) وهو إخبار جماعة به يقلب على الظن صدقهم، (أو بشهادة عدلين) وإن لم تكن بين يدي حاكم، بل يثبت بهما أمره عند كل من سمعهما، ولا يثبت بالواحد ولا بقوله وإن شهدت له القرائن، ولا بالخطأ مع أمن التزوير، مع احتماله.

(ولَا بدَّ) في القاضي المنصوب من الإمام (من الكمال) بالبلوغ والعقل وطهارة المولد (والعدالة) ويدخل فيها الإيمان، (وأهلية الإفتاء) بالعلم بالأمور المذكورة (والذكرية، والكتابية) لعشر الضبط بدونها لغير النبي عليهما السلام، (والبصر) لافتقاره إلى التمييز بين الخصوم، وتعذر ذلك مع العمي في حق غير النبي. وقيل: إنَّهما ليسا بشرط^٥ لانتفاء الأول في النبي عليهما السلام والثاني في شعيب عليهما السلام، ولإمكان الضبط بدونهما بالحفظ والشهود.

١. الكافي، ج ٧، ص ٤١٢، باب كراهة الارتفاع إلى قضاة الجور، ح ٤؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢١٩، ح ٥١٤.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤١٢، باب كراهة الارتفاع إلى قضاة الجور، ح ٥؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢١٨، ح ٥١٤.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢١٧ وما بعدها، باب القضايا والأحكام.

٥. تردد في اشتراط الكتابة المحققة في شرائع الإسلام، ج ٤، ص ٥٩؛ وعبر عن القول بعدم اشتراط البصر بالليل فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٩٩.

وبقي من الشرائط التي اعتبرها المصنفُ وغيره، غلبةُ الحفظ وانتفاءُ الحَرْس، والحرَّيَةُ على خلافِ في الأخير^١، ويمكن دخولُ الأول في شرط الكمال، وعدمُ اعتبارُ الأخير هنا مع أنه قطع به في الدروس^٢؛ وليس دخول الثاني في الكمال أولى من دخول البصر والكتابَة، فكان اللازم ذكره، أو إدخال الجميع في الكمال.

وهذه الشرائط كلُّها معتبرةٌ في القاضي مطلقاً (إلا في قاضي التحكيم) وهو الذي تراضى به الخصمان ليحكُم بينهما مع وجود قاضٍ منصوبٍ من قبل الإمام^٣، وذلك في حال حضوره، فإنَّ حكمه ماضٍ عليهما وإنْ لم يستجتمع جميعُ هذه الشرائط.

هذا مقتضى العبارة، ولكن ليس المراد أنَّه يجوز خلوُه منها أجمع، فإنَّ استجماعَه لشروط الفتوى شرطٌ إجماعاً، وكذا بلوغه وعقله وطهارةُ مولده وغلبةُ حفظه وعدالته، وإنما يقع الاشتباه في الباقي والمصنفُ (رحمه الله) في الدروس قطع بأنَّ شروط قاضي التحكيم هي شروط القاضي المنصوب أجمع^٤ من غير استثناء، وكذلك قطع به المحققُ في الشريعة^٥، والعلامة في كتبه^٦، وولده فخر المحققين في الشرح؛ فإنه قال فيه:

التحكيمُ الشرعي هو أن يحكُمُ الخصمان واحداً جامعاً لشروط الحكم سوئ نصٍّ
من له توليته شرعاً عليه بولاية القضاة^٧.

ويُمكن حملُ هذه العبارة على ذلك بجعله استثناءً من اعتبار جميع الشرائط كلُّها، التي من جملتها توليتها، المدلولُ عليه بقوله أولاً «أو نائبه» ثمَّ قوله «وتثبت ولاية

١. قال بالاشتراط الشيخ في المبسوط، ج. ٥، ص. ٤٥٣ وفيه «وأنا كمال الأحكام...»؛ والقاضي في المذهب، ج. ٢، ص. ٥٩٨-٥٩٩؛ وذهب إلى عدم الاشتراط المتحقق في شرائع الإسلام، ج. ٤، ص. ٦٠.

٢. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٤٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

٣. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٥١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

٤. شرائع الإسلام، ج. ٤، ص. ٦٠.

٥. قواعد الأحكام، ج. ٢، ص. ٤١٩؛ مختلف الشيعة، ج. ٨، ص. ٤٥٩، المسألة ٥٩؛ إرشاد الأذهان، ج. ٢، ص. ١٣٨.

٦. إيضاح الفوائد، ج. ٤، ص. ٢٩٦.

القاضي» إلخ، ثم ذكر باقي الشرائط فيصير التقدير: «أنه يُشترط في القاضي اجتماع ما ذكر إلا قاضي التحكيم فلا يُشترط فيه اجتماعها؛ لصحته بدون التولية» وهذا هو الأنسب بفتوى المصنف والأصحاب.

ويمكن على بعد أن يستثنى مع الشرط المذكور أمر آخر بأن لا يعتبر المصنف هنا فيه البصر والكتابة؛ لأن حكمه في واقعة أو وقائع خاصة يمكن ضبطها بدونهما، أو لا يجب عليه ضبطها لأنه قاضي تراضٍ من الخصميين فقد قدما على ذلك، ومن أراد منها ضبطاً ما يحتاج إليه أشهد عليه، مع أن في الشرطين خلافاً في مطلق القاضي، ففيه أولى بالجواز؛ لانتفاء المانع الوارد في العام بكثرة الواقع وعسر الضبط بدونهما. وأمّا الذكورية، فلم ينفل أحد فيها خلافاً، ويُبعد اختصاص قاضي التحكيم بعدم اشتراطها وإن كان محتملاً. ولا ضرورة هنا إلى استثنائها؛ لأن الاستثناء هو المجموع لا الأفراد.

واعلم أن قاضي التحكيم لا يتصور في حال الغيبة مطلقاً؛ لأنه إن كان مجتهداً نفذ حكمه بغير تحكيم وإلا لم ينفذ حكمه مطلقاً إجماعاً، وإنما يتحقق مع جميع للشروط حال حضوره؟ وعدم نصبه كما بيّناه.

وقد تحرّر من ذلك أن الاجتهد شرط في القاضي في جميع الأزمان والأحوال، وهو موضع وفاق. وهل يُشترط في نفوذ حكم قاضي التحكيم تراضي الخصميين به بعده؟ قولان^١، أجودهما العدم، عملاً بإطلاق النصوص^٢.

(ويجوز ارتزاق القاضي من بيت المال مع الحاجة) إلى الارتزاق لعدم المال، أو الوصلة إليه، سواءً تعين القضاء عليه أم لا؛ لأن بيت المال معدٌ للمصالح وهو من أعظمها. وقيل: لا يجوز مع تعينه عليه لوجوبه^٣؛ ويضعف بأن المنع حينئذٍ من الأجرة لام الرزق.

١. القول بالاشتراط للشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٥٢٢-٥٢٤؛ وعدم للمتحقق في شرائع الإسلام، ج ٤، ص ٦٠.

٢. تقدّمت تخرّيجها في ص ٤٤، الهامش ٢ و ٣.

٣. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١١٤، الرقم ٦٤٢١.

(ولا يجوز الجُعل) ولا الأَجرةُ (من الْخُصُوم) ولا من غيرهم؛ لأنَّه في معنى الرشا.
 (والمرْتَزَقَةُ) من بيت المال (المؤذنُ، والقاسمُ، والكاتبُ) للإمام، أو لضبط
 بيت المال، أو الخَجَجِ ونحوها من المصالح، (ومعلمُ القرآنِ والأَدَابِ) كالعربية وعلم
 الأخلاق الفاضلة ونحوها، (وصاحبُ الديوان) الذي بيده ضبطُ القضاةِ والجُندِ
 وأرزاقيهم، ونحوها من المصالح، (ووالى بيت المال) الذي يحفظُه ويضيئه ويُعطي منه
 ما يُؤمَرُ به ونحوه. وليس الارتقاء منحصرًا فيمن ذُكر، بل مصرفه كُلُّ مصلحةٍ من
 مصالح الإسلام ليس لها جهةٌ غيره، أو قصرت جهتها عنها.

(ويجب على القاضي التسويةُ بين الخصميين في الكلامِ معهما (والسلامِ) عليهما
 ورده إذا سلَّماً (والنظرِ) إليهما (و) غيرها من (أنواع الإكرام) كالإذن في الدخول،
 والقيام، والمجلس، وطلاقة الوجه (والإنصافِ) لكلِّ منها إذا
 وقع منه ما يقتضيه. هذا هو المشهور بين الأصحاب، وذهب سلَّار^١ والعلامة في المختلف
 إلى أنَّ التسويةَ بينهما مستحبةٌ^٢، عملاً بأصله البراءة، واستضعافاً لمستند^٣ الوجوب^٤.
 هذا إذا كانا مسلمين أو كافريْن (و) لو كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً كان (له أن)
 يرفع المسلم على الكافر في المجلس) رفعاً صوريَاً أو معنوياً كثُرَبَه إلى القاضي أو
 على يمينه كما جلس على ~~للله~~^٥ بتجنب شُرُيج في خصومة له مع يهودي^٦ (وأن يُجلس
 المسلم مع قيام الكافر).

١. المراسم، ص ٢٢٠.

٢. مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٢١، المسألة ٢٢.

٣. المستند رواية السكوني عن الصادق ~~عليه السلام~~^٧: «أَنَّ عَلَيْأَ (عليه الصلة والسلام) قال: من ابْتَلَى بالقضاء فليواسِفَ في
 الإشارة وفي النظر وفي المجلس» [تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٦، ح ٥٤٣] ولا يخفى ضعف السندي، ولو تم
 فالتأصل في الأمر الوجوب، فما قاله في مختلف الشيعة [ج ٨، ص ٤٢١، المسألة ٢٢]: إنَّ المستند لو تمَ لا يدلُّ
 المتن على الوجوب ليس بجيئٍ على أصله. (منه رحمة الله)

٤. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٢٦، ح ٥٤٣.

٥. الغارات، التفقي، ج ١، ص ١٢٤.

وهل تجب التسوية بينهما فيما عدا ذلك؟ ظاهر العبارة وغيرها ذلك، ويُحتمل تعديه إلى غيره من وجوه الإكرام.

(ولا تجب التسوية) بين الخصمين مطلقاً (في الميل القلبي): إذ لا غضاضة فيه على الناقص، ولا إدلالاً للمتّصف؛ لعدم اطلاعهما ولا غيرهما عليه. نعم، تستحبّ التسوية في ما أمكن.

(إذا بدر أحدُ الخصمين بدعوى سَمِع منه) وجوباً تلك الدعوى لا جميع ما يريده منها، ولو قال الآخر: «كنت أنا المذْعِي» لم يلتفيت إليه حتى تنتهي تلك الحكومة. (ولو ابتدرا) معاً (سَمِع من الذي على يمين صاحبه) دعوى واحدة، ثم سَمِع دعوى الآخر؛ لرواية محمد بن مسلم عن الباقي ^١. وقيل: يُقرع بينهما^٢؛ لورودها لكل مشكل، وهذا منه ^٣.

ومثله ما لو تراحم الطَّلَبَةُ عند مدِرسٍ والمسْتَفْتُونَ عند المفتى مع وجوب التعليم والإفقاء، لكن هنا يقدّم الأسبق فإن جُهِل أو جاؤوا معاً أقْرَع بينهم، ولو جَمَعُوهُم على درسٍ واحدٍ مع تقاربِ أفهامِهم جاز وإلا فلا.

(إذا سكتا) فله أن يسْكُتَ حتى يتكلّما وإن شاء (فليقل ^٤: «لِيَتَكَلَّمَ الْمَذْعِي منكما»، أو «تَكَلَّمَا») أو يأمرَ من يقول ذلك. (ويُذكره تخصيصاً أحدهما بالخطاب) لما فيه من الترجيح الذي أقلَّ مراتِبه الكراهة.

(وتحرُّم الرِّشوة) بضم الراء وكسرها، وهو أخذه مالاً من أحدهما، أو منها، أو من غيرهما على الحكم، أو الهدایة إلى شيء من وجوهه، سواء حَكَمَ لبادلها بحق أم باطل. وعلى تحريمها إجماع المسلمين، وعن الباقي ^٥ أنه «الكافر بالله ورسوله» ^٦.

١. الفقيه، ج ٣، ص ١٤، ح ٢٢٤٢.

٢. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٦، ص ٢٣٤، السَّأْلَة ٢٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٠، ح ٥٩٣.

٤. مستحبٌ. (زين رحمة الله)

٥. الكافي، ج ٥، ص ١٢٦، باب السحت، ح ١.

وكما تحرُّم على المرتشي تحرُّم على المُعطي لإعانته على «الإثم والعدوان»، إلا أن يتوقف عليها تحصيل حقه فتحرُّم على المرتشي خاصةً: (فتجب إعادتها) مع وجودها، ومع تلفها المثل أو القيمة.

(وتلقين أحد الخصميين حجَّته) أو ما فيه ضرر على خصمه.

وإذا أدعى المدعي (فإن وضَح الحكم لِزَم القضاة إذا التمسه المقتضي له) فيقول: «حُكِّمْتُ» أو «قُضِيْتُ» أو «أَنْفَذْتُ» أو «أَمْضَيْتُ» أو «أَلْزَمْتُ»، ولا يكفي «ثبت عندي»، أو «أَنَّ دُعْوَاكَ ثَابَتَةً». وفي «أَخْرَجَ إِلَيْهِ مِنْ حَقَّهُ» وَأَمْرَهُ بِأَخْذِ الْعَيْنِ أو التصرُّف فيها قولٌ جَرَمَ بِهِ الْعَلَمَةُ^١، وتوقف المصنف^٢.

(ويُستحبَّ) له قبل الحكم (ترغيبهما في الصلح) فإن تذرَّ حَكْمَ بمقتضى الشَّرْعِ، فإن اشتبَهَ أَرْجَأَهُ حتَّى يتَبَيَّنَ، وعليه الاجتِهادُ في تحصيله.

(ويُذكرهُ أَنْ يَشْفَعَ) إلى المستحق (في إسقاط) حق (أو) إلى المدعي في (إبطال) دعوى (أو يَتَّخِذُ حاجَّاً وَقْتَ الْقَضَاءِ)؛ نهى النبي ﷺ عنه^٣، (أو يَقْضِيَ مَعَ اشتغال القلب بِتَعَاسٍ، أَو هُمْ) أَو غَمٌ (أَو غَضَبٌ، أَو جُوعٌ) أَو شَبَّاعٌ مُفْرِطُين، أَو مَدَافِعَةُ الْأَخْبَيْنِ، أَو وَجْحٍ، وَلَوْ قَضَى مَعَ وَجْودِ أَحَدِهَا نَفَّذَ.

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٣٤.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٥٩ (ضمون موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. سنن أبي داود، ج ٣، ص ١٣٥، ح ٢٩٤٨؛ عوالي اللائي، ج ٢، ص ٣٤٣، ح ٦.

(القول في كيفية الحكم)

(المدّعى هو الذي يُترك لو ترَك^١) الخصومة، وهو المعبر عنه بأنَّه «الذي يُحلّى وسكته» وقيل: هو من يخالف قوله الأصل، أو الظاهر^٢ (والمنكر مقابلُه) في الجميع. ولا يختلف موجبها غالباً كما إذا طالب زيداً بدينِه في ذمته أو عينِه في يده فأنكر، فزيد لو سكت ترَك، ويختلف قوله الأصل، لأصالته براءة ذمة عمرو من الذين وعدم تعلق حق زيد بالعين، ويختلف قوله الظاهر من براءة عمرو، وعمرو لا يترَك، ويوافق قوله الأصل والظاهر؛ فهو «مدّعى عليه»، وزيد «مدّع» على الجميع.

وقد يختلف كما إذا أسلم زوجان قبل الدخول، فقال الزوج: «أسلمنا معًا» فالنكاح باقي، وقالت: «مرتبًا» فلا نكاح، فهي على الأوَّلِين مدعية؛ لأنَّها لو ترَكت الخصومة لترَكت واستمرَّ النكاح المعلوم وقوعه، والزوج لا يُترك لو سكت، لزعمها انفاسَ النكاح؛ والأصل عدم التّعاقب، لاستدعاءه تقدُّم أحد الحادثتين على الآخر، والأصل عدمه؛ وعلى الظاهري الزوج مدّع، وبعد التساوق؛ فعلى الأوَّلِين تحليف الزوج ويستمر النكاح، وعلى الثالث تحليف المرأة وبيطل. وكذا لو ادعى الزوج الإنفاق مع اجتماعهما ويسارِيه، وأنكرته، فمعه الظاهر ومعها الأصل.

وحيث عُرف المدّعى فادعى دعوى ملزمة معلومة جازمة، قيلت اتفاقاً. وإن تخلَّف

١. وإنما جعل تعريف المدّعى والمنكر من مباحث كيفية الحكم: لأنَّها متوقفة عليه؛ لأنَّ ترتيب أحکام كلِّ منها عليه من كون الدّعوى مضبوطة جازمة ونحوه، وترتُّب أحکام المنكر على جوابه ونوكوه يتوقف على معرفتها. فكان كالmeldung لـكـيفـيـةـ الحـكمـ (منه رحـمـهـ اللـهـ).

٢. قال به العـلامـةـ فـيـ قـوـاعـدـ الـأـحـکـامـ، جـ ٣ـ، صـ ٤٣٦ـ.

الأول - كدعوى **هبة غير مقبوضة، أو وقف كذلك، أو رهن عند مشترطه - لم تسمع.**
 وإن تخلف الثاني - كدعوى شيء ثواب وفرض - ففي سمعها قولان:
أحدهما - وهو الذي جزم به المصنف في الدروس^١ - العدم، لعدم فائدتها، وهو حكم الحكم بها لو أجاب «المدعى عليه» بنعم، بل لا بد من ضبط «المثلي بصفاته، والقيبي بقيمته، والأثمان بجنسها ونوعها وقدرها وإن كان البيع وشنه ينصرف إطلاقه إلى نقد البلد؛ لأن إيجاب في الحال وهو غير مختلف، والدعوى إخبار عن الماضي وهو مختلف».

والثاني - وهو الأقوى -: السماع، لإطلاق الأدلة الدالة على وجوب الحكم، وما ذكر لا يصلح للتقييد، لإمكان الحكم بالجهول فيجعس حتى يبيتبه بالإقرار، ولأن المدعى ربما يعلم حقّه بوجهٍ ما خاصةً، بأن يعلم أنَّ له عنده ثوباً أو فرساً ولا يعلم شخصها ولا صفتها فلو لم تسمع دعواه بطل حُقُّه، فالمحضي له موجود والمائع مفقود.
 والفرق بين الإقرار والدعوى بأن المقر لطلب بالتفصيل ربما رجع، والمدعى لا يرجع لوجود داعي الحاجة فيه دونه غير كافٍ في ذلك، لما ذكرناه.

إن تخلف الثالث، وهو العزم بأن صرَّح بالظاهر أو الوهم في سمعها أوجَّه؛ أوجَّهها السماع فيما يُعسر الإطلاع عليه، كالقتل والسرقة دون المعاملات، وإن لم يتوجَّه على المدعى هنا الحلف برد ولا نكولي ولا مع شاهد، بل إن حلف المنكر أو أقرَّ أو نكل وقضينا به، وإلا وُقِّفت الدعوى.

إذا تقرَّر ذلك فإذا أدَّى دعوى مسموعة طُولب المدعى عليه بالجواب (وجواب المدعى عليه إما إقراراً بالحق المدعى به أجمع (أو إنكاراً) له أجمع، أو مرتكب منها فيلزمه حكمهما (أو سكته) وجغل السكتوت جواباً مجازاً شائعاً في الاستعمال، فكثيراً ما يقال «ترك الجواب جواب المقال».

١. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٦١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

(فالإقرار يمضي) على المقر (مع الكمال) أي كمال المقر على وجه يسمع إقراره بالبلوغ والعقل مطلقاً، ورفع الحجر فيما يمتنع نفوذه به، وسيأتي تفصيله. فإن التمس المدعى حينئذ الحكم حَكْمَ عليه فيقول : «أَلْزَمْتُكَ ذَلِكَ»، أو «قَضَيْتُ عَلَيْكَ بِهِ». (ولو التمس) المدعى من الحكم (كتابة إقراره كُتُبَ، وأَشْهَدَ مَعَ مَعْرِفَتِهِ، أَوْ شَهَادَةَ عَدْلَيْنِ بِمَعْرِفَتِهِ، أَوْ اقْتَنَاعَهُ بِحَلْيَسِهِ) لَا بِمَجْرِدِ إِقْرَارِهِ إِنْ صَادَقَهُ الْمَدْعُى، حَذْرًا مِنْ تَوَاطُّهُمَا عَلَى نَسْبِ لَغِيرِهِمَا لِئَلَّا مَا ذَاتُ النَّسْبِ بِمَا لَا يَسْتَحِقُ عَلَيْهِ.

(إِنْ ادْعَى الإِعْسَارَ) وهو عجزه عن أداء الحق لعدم ملكه لما زاد عن داره وثيابه اللائقة بحاله وداته وخدمته كذلك، وقوت يوم وليلته له ولعياله الواجب النفقة (وُثِّبَ صدقه) فيه (بِبَيِّنَةٍ مَطْلُعَةٍ عَلَى بَاطِنِ أَمْرِهِ) مراقبة له في خلواته، واجدة صبره على ما لا يصبر عليه واجد المال عادة حتى ظهر لها قرائن الفقر ومخايل الإضافة، مع شهادتها على نحو ذلك مما يتضمن الإثبات، لا على النفي الصرف، (أَوْ بِتَصْدِيقِ خَصْمِهِ) له على الإعسار، (أَوْ كَانَ) أصل (الدعوى لغير مال) بل جنائية أوجبت مالاً أو إتلافاً، فإنه حينئذ يُقبل قوله فيه: لأصالة عدم المال، بخلاف ما إذا كان أصل الدعوى مالاً فإن أصالة بقائه تمنع من قبول قوله، وإنما يثبت إعساره بأحد الأمرين: البيئة، أو تصديق الغريم.

وظاهره أنه لا يتوقف مع البيئة على اليمين وهو أجود القولين^١، ولو شهدت البيئة بالإعسار في القسم الثاني فأولى بعدم اليمين. وعلى تقدير كون الدعوى ليست مالاً (وَخَلَفَ) على الإعسار (تُرُكَ) إلى أن يقدر، ولا يُكلَّفُ التكُسُّبَ في المشهور وإن وجب عليه السعي على وفاء الدين.

(وَإِلَّا) يتفق ذلك بأن لم يُقم بيته، ولا صادقة الغريم مطلقاً، ولا خلف حيث لا يكون أصل الدعوى مالاً (حُبْسَ) وببحث عن باطن أمره (حتى يعلم حاله) فإن عُلِمَ له مال

١. قال به العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١، ١٤، ص ٧٤ - ٧٥، المسألة ٣٢١: القول بخلافه نسبة إلى الأكثر المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٥، ص ٣٠١.

أمير بالوفاء، فإن امتنع باشره القاضي ولو ببيع ماله إن كان مخالفًا للحق، وإن علم عدم المال أو لم يفِ الموجود بوفاء الجميع، أطلق بعد صرف الموجود.

(وأما الإنكار، فإن كان الحاكم عالماً بالحق (قضى بعلمه) مطلقاً على أصح القولين^١، ولا فرق بين علمه به في حال ولايته ومكانها وغيرهما. وليس له حينئذ طلب البيئة من المدعى مع فقدها قطعاً، ولا مع وجودها على الأقوى وإن قصداً دفع التهمة، إلا مع رضا المدعى).

والمراد بعلمه هنا العلمُ الخاصُّ وهو الاطلاغُ الجازمُ، لا بمثل وجود خطه به إذا لم يذكر الواقعَ وإنْ أمنَ التزوير. نعم، لو شهدَ عنده عدلاً بحُكمه به، ولم يستذكَر فالأقوى جواز القضاء كما لو شهدا بذلك عند غيره.

ووجه المنع إمكان رجوعه إلى العلم؛ لأنَّ فعله، بخلاف شهادتهما عند الحاكم على حكم غيره فإنه يكفي الظن، تنزيلاً لكلَّ باب على الممکن فيه. ولو شهدا عليه بشهادته به، لا بحُكمه فالظاهر أنه كذلك.

(وإلا) يعلم الحاكم بالحق (طلب البيئة) من المدعى إن لم يكن عالماً بأنَّه موضع المطالبة بها، وإلا جاز للحاكم السكوت. (فإن قال : «لا بيته لي» عرَفَه أنَّ له إحلافه، فإن طَلَبَه) أي طلب إحلافه (خلفه الحاكم).

(ولا يتبرَّع) الحاكم (بإحلافه) لأنَّه حقٌّ للمدعى فلا يُستوفى بدون مطالبه وإن كان يقعَه إلى الحاكم، فلو تبرَّع المنكَر به، أو استَحْلَفَه الحاكم من دون التماس المدعى لغَا (و) كذا (لا يستقلَّ به الغريم من دون إذن الحاكم) لما قلناه من أنَّ يقعَه موقفٌ على إذنه وإنْ كان حقاً لغيره؛ لأنَّه وظيفته.

(فإن خَلَفَ) المنكَر على الوجه المعتبر (سقطت الدعوى عنه) وإنْ بقى الحقُّ في ذمته، (وحرُم مقاضاته) به لو ظفر له المدعى بمال وإنْ كان مماثلاً لحقه، إلا

١. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٦، ص ٢٤٢، المسألة ٤١؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤٠٥، المسألة ١١؛ والقول بالعدم حكاٰه عن ابن الجنيد السيد المرتضى في الانتصار، ص ٤٨٧ - ٤٨٨، المسألة ٢٧١.

أن يكذب المنكر نفسه بعد ذلك.

(و) كذا (لا تسمع البيتة) من المدعى (بعده) أي بعد حلف المنكر على أصبه الأقوال^١; لصحيحة ابن أبي يعفور عن الصادق عليه السلام: «إذا رضي صاحب الحق بيمين المنكر لحقه، فاستحلله فحلف أن لا حق له قبله، وإن أقام بعد ما استحلله خمسين قسامةً فإن اليمين قد أبطلت كلَّ ما ادعاه»^٢. وغيرها من الأخبار^٣.

وقيل: تسمع بيته مطلقاً، وقيل: مع عدم علمه بالبيتة وقت تحليفه ولو بنسانيها^٤. والأخبار حجةٌ عليهم.

(وإن) لم يحلف المدعى عليه و (رد اليمين) على المدعى (حلف المدعى) إن كانت دعواه قطعية، وإلا لم يتوجه الرد عليه كما مر، وكذا لو كان المدعى وليناً أو وصياً فإنه لا يمين عليه وإن علم بالحال، بل يلزم المنكر بالحلف، فإن أبي حبس إلى أن يحلف أو يقضى بنكوله: (إن امتنع) المدعى من الحلف حيث يتوجه عليه (سقطت دعواه) في هذا المجلس قطعاً، وفي غيره على قول مشهور: إلا أن يأتي بيته. ولو استمهل أمهل، بخلاف المنكر.

ولو طلب إحضار المال قبل حلفه ففي إجابته قوله^٥: أجودهما العدم^٦. ومتى حلف

١. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٦، ص ٢٩٣، المسألة ٤٠؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤١٤، المسألة

١٥: ذهب إلى القبول المفيد في المقنعة، ص ٧٣٣؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢١٣.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤١٧، باب أنَّ من رضي باليمن....، ح ١.

٤. قال به الشيخ في المسوط، ج ٥، ص ٥١٦.

٥. قال به الشيخ في المسوط، ج ٥، ص ٥٧٣.

٦. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٤١٩، المسألة ١٩؛ وبخلافه قال أبو الصلاح في الكافي في الفقه، ص ٤٤٧.

٧. منشأ الخلاف من أنه صادر عن المدعى، فكان كالبيتة. ومن أن سببه التكول وهو من المنكر، فكان كالإقرار. وتظهر فائدة الخلاف في مواضع منها: ما لو أقام المنكر بيته بالأداء أو الإبراء بعد حلف المدعى، فإن قلنا: إن اليمين كالبيتة سمعت بيته المنكر، وإن قلنا كالإقرار لم تسمع؛ لأنَّ بيته مكذبة لإقراره. ومنها: أنه هل يحتاج مع

المدعى ثبت حُقُّه، لكن هل يكون حلفه كإقرار الغريم أو كالبيتنة؟ قولان^١، أجودهما الأول.

وتشير الفائدة في مواضع كثيرةٍ مفَرَّقةٍ في أبواب الفقه.

(وإن نكل) المنكِرُ عن اليمين وعن ردّها على المدعى بأن قال «أنا ناكل» أو قال «لَا أحَلِفُ» - عقيب قول الحاكم له: «إِحْلَفْ» - أو «لَا أَرْدُدُ» (رُدَّت اليمينُ أيضًا) على المدعى بعد أن يقول الحاكم للمنكر: «إِنْ حَلَفْتَ وَإِلَّا جَعَلْتَكَ ناكلاً، وَرَدَدْتَ اليمينَ مَرَّةً، وَيُسْتَحْبِطْ ثَلَاثًا، إِنْ حَلَفَ الْمَدْعُى ثَبَتْ حُقُّهُ، وَإِنْ نَكَلَ فَكَمَا مَرَّ».

(وقيل) والسائل به الشیخان^٢ والصدوقان^٣، وجماعة^٤: (يُقْضَى) على المنكر بالحق (بنکوله)؛ لصحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام: «أَنَّهُ حَكَىَ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَنَّهُ أَلَّمَ أَخْرَسَ بَنِي ادْعُوْيَ عَلَيْهِ فَأَنْكَرَ وَنَكَلَ عَنِ اليمينِ، فَأَلَزَهُ بِالذِّينِ بِامْتِنَاعِهِ عَنِ اليمينِ»^٥.

(وال الأول أقرب): لأن النكول أعم من ثبوت الحق، لجواز تركه إجلالاً، ولا دلالة

→ اليمين إلى حكم الحاكم؟ فإن قلنا: إنها كالبيتنة توقف عليه أو كالإقرار فلا. ومنها: ما لو أنكر المفلس فحلَ غريمته، فإن قلنا: إنها كالبيتنة شاركه أو كالإقرار ففيه ما يسيء من الخلاف. ومنها: ما لو أنكر الوكيل في البيع العيب فحلَ المشتري عليه بعد نكوله عن اليمين، فإن قلنا: إنها كالبيتنة فللووكيل ردَه على المسؤول، وإن قلنا: كالإقرار فلا. ومنها: لو أدعى البائع تولية كثرة التمن، وأقام بيته فأنها لا تستعمل؛ لأنَّه مكذب لها بقوله الأول، ولكن له إخلاف المشتري على عدم العلم بذلك، وهل للمشتري ردَّ اليمين عليه أم لا؟ يبني على القولين، إن قلنا كالإقرار المنكر فله الرد؛ لأنَّ المشتري لو أقرَّ نعمته، وإن قلنا إنَّ كبيته المدعى فلا؛ لأنَّ بيته غير مسؤولة. (منه رحمة الله)

١. ذهب إلى الأول العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج. ٥، ص. ١٨١، الرقم ٦٥٣٢؛ وإلى الثاني المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج. ٦، ص. ٥٣.

٢. المتن، ص. ٧٢٤؛ النهاية، ص. ٣٤٠.

٣. المتن، ص. ٣٩٦؛ وحکاه عن علي بن بابويه العلامة في مختلف الشیعة، ج. ٨، ص. ٣٩٧، المسألة ١٠.

٤. منهم: سلَّار في المراسم، ص. ٢٢١؛ وابن زهرة في غنية التزويع، ج. ١، ص. ٤٤٥؛ والکیدري في إصباح الشیعة، ص. ٥٣٣.

٥. تهذيب الأحكام، ج. ٦، ص. ٣١٩، ح. ٨٧٩.

للعام على الخاص؛ ولما رُويَ عن النبي ﷺ أنه رَدَ اليمين على طالب الحق^١، وللأخبار الدالة على رد اليمين على المدعى من غير تفصيل^٢، ولأنَّ الحكم مبنيٌ على الاحتياط التام ولا يحصل إلا باليمين؛ وفي هذه الأدلة نظرٌ بينَ.

(وإن قال) المدعى مع إنكاره غريمه. (لي بيته، عَرَفَه) الحاكم (أنَّ له إحضارها ولْيَقُلْ «أَخْضُرُهَا إِنْ شِئْتَ») إن لم يعلم ذلك (فإن ذكر غَيْبَتَهَا خَيْرٌ بين إحلاف الغريم والصبر)، وكذا يتخيَّر بين إحلافه وإقامة البينة وإن كانت حاضرة - وليس له طلب إحلاف ثم إقامة البينة - فإن طلب إحلافه فيه ما مر، وإن طلب إحضارها أمْهَله إلى أن يحضر. (وليس له الزامه بـكفيـل) للغريم (ولا ملازمته)؛ لأنَّه تعجـيل عقوبة لم يثبت مُوجـبـها، وقيل له ذلك^٣.

(وإن أحضرها وعَرَفَ الحاكم العدالة) فيها (حَكْم) بشهادتها بعد التماس المدعى سُؤالـها والـحـكـمـ، ثم لا يقول لهـماـ: «اـشـهـداـ» بلـ: «مـنـ كـانـ عـنـهـ كـلـامـ أوـ شـهـادـةـ ذـكـرـ ماـ عـنـهـ إـنـ شـاءـ» فإنـ أـجـابـاـ بـمـاـ لـيـثـبـتـ بـهـ حـقـ طـرـحـ قـوـلـهـماـ، وإنـ قـطـعاـ بـالـحـقـ وـطـابـقـ الدـعـوىـ وـعـرـفـ الـعـدـالـةـ حـكـمـ كـمـاـ ذـكـرـناـ.

(وإن عَرَفَ الفـسـقـ تـرـكـ)، ولا يطلبـ التـزـكـيـةـ؛ لأنـ الجـارـ مـقـدـمـ. (وإن جـهـلـ) حـالـهاـ (استـرـكـيـ) أي طـلـبـ منـ المـدـعـيـ تـزـكـيـتـهاـ، فإنـ زـكـاـهـاـ بـشـاهـدـيـنـ عـلـىـ كـلـ مـنـ الشـاهـدـيـنـ يـعـرـفـانـ العـدـالـةـ وـمـزـيـلـهـاـ، أـثـبـتـهاـ (ثـمـ سـأـلـ الـخـصـمـ عـنـ الـجـرـحـ) فإنـ اـعـتـرـفـ بـعـدـهـ حـكـمـ كـمـاـ مـرـ (وـإـنـ اـسـتـنـظـرـ أـمـهـلـهـ ثـلـاثـةـ أـيـامـ)^٤، فإنـ أـخـضـرـ الجـارـ تـنـظـرـ فـيـ أـمـرـهـ عـلـىـ حـسـبـ مـاـ يـرـاهـ مـنـ تـفـصـيلـ إـجـمـالـ وـغـيرـهـماـ، فإنـ قـيـلـهـ قـدـمـهـ عـلـىـ التـزـكـيـةـ لـعـدـمـ الـمـنـافـاةـ

١. السنن الكبير، البهقي، ج ١٠، ص ٣١٠، ح ٢٠٧٣.

٢. الكافي، ج ٧، ص ٤١٥، باب أنَّ البينة على المدعى ...، ح ١ و ٢.

٣. قال به الشيخ في النهاية، ص ٣٣٩.

٤. هـكـذـاـ أـطـلـقـ الـأـصـحـابـ مـنـ غـيرـفـرقـ بـيـنـ مـنـ قـالـ: إـنـ شـهـودـيـ عـلـىـ الـجـرـحـ فـيـ مـسـافـةـ لـاـ يـصـلـونـ إـلـاـ بـعـدـ ثـلـاثـةـ، وـغـيرـهـ. وـيـنـبـغـيـ لـوـ عـيـنـ مـكـانـاـ بـعـيـداـ أـنـ يـمـهـلـ بـقـدـرـهـ إـذـاـ لـمـ يـؤـدـ إـلـىـ الـبـعـدـ الـمـفـرـطـ الـمـوـجـبـ لـتـأـخـيرـ الـحـقـ. (منـهـ رـحـمـهـ اللـهـ)

(فإن لم يأت بالجراح) مطلقاً، أو بعد المدة (حكم عليه بعد الالتماس) أي التماس المدعى الحكم.

(وإن ارتاب الحاكم بالشهود) مطلقاً (فرَّقْهُم)، استحباباً (وسائلهم عن مشخصات القضية) زماناً ومكاناً وغيرهما من المميزات (فإن اختلَّتْ أقوالُهُم سقطَتْ) شهادتهم. ويُستحب له عند الريبة وغطْهُم وأثْرُهُم بالتشكيك والأخذ بالجزم.

(ويُذكره) له (أن يُعْنِت الشهود) أي يدخل عليهم العنت، وهو المشقة (إذا كانوا من أهل البصيرة، بالفريق) وغيره من التحرير.

(ويحرُّم) عليه (أن يُعْنِي الشاهدَ)، أصل التَّعْنَيْفَة في الكلام: التردد فيه (وهو) هنا (أن يُداخِلَه في الشهادة) فيندخل معه كلماتٍ تُوقِّعُه في التردد أو الفلط؛ بأن يقول الشاهد: «إنه اشتري كذا» فيقول الحاكم: «بِعَائِتَة» أو «في المكان الفلاني»، أو يريد أن يتلفظ بشيء ينفع فيداخله بغيره ليمنعه من إتمامه، ونحو ذلك (أو يَسْعَقُهُ بِكَلَامٍ لِيَجْعَلَهُ تَمَامًا مَا يَشَهَدُ بِهِ بِحِيثِ لَوْلَا تَرَدَّدَ أَوْ أَتَى بِغَيْرِهِ، بل يكُفُّ عَنْهُ حَتَّى يَنْتَهِي مَا عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يَقْدِمْ أَوْ تَرَدَّدَ، ثُمَّ يُرْتَبَ عَلَيْهِ مَا يَلْزَمُهُ (أو يُرْغَبُهُ فِي الإِقَامَةِ) إِذَا وَجَدَهُ متردداً (أو يُرْهَدَهُ لِوَتْوَقْفِهِ).

(ولا يقف عزَّم الغريم عن الإقرار إلا، في حقه تعالى) فيستحب أن يعرض المقر بحد الله تعالى بالكفت عنه والتأويل (القضية ما عز بن مالك عند النبي ﷺ). حين أقرَّ عنده بالزنِي في أربعة مواضع والنبي ﷺ يرددُهُ ويُوقف عزمه تعرضاً لرجوعه ويقول له: «لَعْكَ قَبَّلْتَ أَوْ غَمَّزْتَ أَوْ نَظَرْتَ!» قال: لا. قال: «أَفَنِكْتَهَا؟ لَا تُكْنِي؟» قال: نعم. قال: «حتى غاب ذلك منك في ذلك منها؟» قال: نعم. قال: «كما يَعِيبُ الْمِرْوَدُ فِي الْمُكْحُلَةِ، وَالرِّشَاءُ فِي الْبَثَرِ؟» قال: نعم. قال: «هل تَدْرِي مَا الزِّنِي؟» قال: نعم، أتيت منها حراماً ما يأتني الرجل من أمراته حلالاً. فعند ذلك أمر برجمها!

وكما يُستحب تعریضه للإنكار، يُكره لمن علِمه منه - غير العاکم - حتّی على الإقرار؛ لأنَّ هَرَّاً^١ قال لداعِز: «بادِرْ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ قَبْلَ أَنْ يَنْزِلَ فِيْكَ قُرْآنَ». فقال له النبي ﷺ لِمَا عَلِمَ بِهِ: «إِلَّا سَتَرَتْهُ بِثَوْبِكَ، كَانَ خَيْرًا لَكَ».^٢

واعلم أنَّ المصنف ذَکَرَ أَوْلًا أنَّ جواب المدعى عليه إِمَّا إِقْرَارٌ أو إِنْكَارٌ أو سکوت. ولم يذَکُرَ القسم الثالث ولعلَّه أَدْرَجَهُ في قسم الإنكار على تقدير النكول؛ لأنَّ مرجع حكم السکوت على المختار إلى تحليف المدعى بعد إعلام الساكت بالحال.

وفي بعض نسخ الكتاب تُقلَّ أنَّ المصنف أَحَقَ بخطه قوله: (وَأَمَّا السکوت فإنَّ كانَ لَاقْفَةً) من طَرَشٍ أو خَرَسٍ (تَوَصَّلَ) العاکم (إِلَيْهِ) معرفة (الجواب) بالإشارة المفيدة لليقين ولو بمعترجتين عدلَيْنِ، (وَإِنْ كَانَ) السکوت (عِنْدَهُ حُبْسٌ حتَّى يُجَيِّبُ); على قول الشيخ في النهاية^٣: لأنَّ الجواب حقٌّ واجبٌ عليه، فإذا امتنع منه حُبْسٌ حتَّى يُؤْدِيهِ (أو يُحَكَّمُ عليه بالنكول بعد عرض الجواب عليه) بأن يقول له: «إِنْ أَجَبْتَ وَإِلَّا جَعَلْتُكَ نَاكِلًا»، فإنَّ أَصْرَ حُکْمَ بنكوله على قول من يَقْضي بِسِعْدِ النكول^٤؛ ولو اشتَرطنا معه إِحْلَافَ المدعى أَحَلَّفَ بعده. ويظهر من المصنف التخيير بين الأمرين. والأولى جعلهما إِشارة إلى القولين، وفي الدروس اقتصر على حكايتها قولين^٥، ولم يرجح شيئاً. والأول أقوى.

١. هو أبوئعيم بن ذباب الأشعري. المصاحف المنبر، ص ١٣٨، «هَرَّاً».

٢. السنن الكبرى، البهقي، ج ٨، ص ٣٩٧، ح ١٧٠٠١؛ المستدرک على الصحیحین، ج ٥، ص ٥١٩، ح ٨١٤٤.

٣. النهاية، ص ٣٤٢.

٤. لتوضیح الأقوال راجع مختلف الشیعہ، ج ٨، ص ٣٩٧، المسألة ١٠.

٥. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٦٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

(القول في اليمين^١)

(لا تتعقد اليمين الموجبة للحق) من المدعى (أو المُستقطعة للدعوى) من المنكِر (إلا بـ«الله» تعالى) وأسمائه الخاصة (مُسلِّماً كان الحالفُ أو كافِراً) ولا يجوز بغير ذلك كالكتب المُنزلة، والأنبياء والآئمة؛ لقول الصادق^{عليه السلام}: «لَا يَحْلِفُ بِغَيْرِ اللَّهِ». وقال: اليهودي والنصراني والمجوسى لا تُحلِّفُوهُم إِلَّا بِاللَّهِ»^٢. وفي تحريم بغير الله في غير الدعوى نظر: من ظاهِر النهي في الخبر^٣، وإمكان حمله على الكراهة. أمّا بالطلاق والعناق والكفر والبراءة، فحرام قطعاً.

(ولو أضاف مع الجلاله: «خالق كلّ شيء» في المجوسى كان حسناً) إماتةً لتأويله، ويظهر من الدروس تعين إضافة نحو ذلك فيه لذلك^٤، ومثله «خالق النور والظلمة».

(ولو رأى الحاكمُ ردَّ الذمي بيمينهم فَقُلَّ، إِلَّا أَن يَشْتَيِّلَ عَلَى مَحْرَمٍ) كما لو اشتمل على الحلف بالأب أو الابن ونحو ذلك، وعليه حُجَّلَ ما روي أنَّ عَلَيَّاً^{عليه السلام} استحلَّفَ يهودياً بالتوراة^٥.

وربما أشكَّلَ تحليفُ بعض الكفار بالله تعالى، لإنكارهم له فلا يرون له حرمة، كالمجوس فإنهم لا يعتقدون وجود إِلَهٍ خَلَقَ النورَ والظلمة، فليس في حلفهم به عليهم

١. فائدَة: لا يجوز الحلف لإثبات مال الغير إلا أن يكون بيده رهن فيدعي آخر رهنته. (زين رحمه الله)

٢. الكافي، ج. ٧، ص. ٥١، باب استحلاف أهل الكتاب، ح.^٥

٤. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٧٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

٥. الكافي، ج. ٧، ص. ٤٥٠، باب استحلاف أهل الكتاب، ح.^٢

كُلْفَة، إِلَّا أَنَّ النَّصَّ وَرَدَ بِذَلِكَ.

(وينبغي التغليظ بالقول) مثل «والله الذي لا إله إلَّا هو الرحمن الرحيم، الطالب الغالب، الضار النافع، المدرك المهلك، الذي يعلم من السر ما يعلمه من العلانية»، (والزمان) كالجامعة والعيد، وبعد الزوال والعصر، (والمكان) كالكعبة والخطيب والمقام، والمسجد العرام، والحرام، والأقصى تحت الصخرة، والمساجد في المحراب.

واستحبَّ التغليظ ثابت (في الحقوق كُلُّها، إِلَّا أَنْ يَنْقُضَ الْمَالُ عَنْ نَصَابِ الْقُطْعِ) وهو ربع دينار. ولا يجب على الحالف الإيجابية إلى التغليظ ويكفيه قوله: «وَاللَّهِ مَا لَهُ عِنْدِي حُقُّ».١

(ويُستحب للحاكم وعظُّ الحالف قبله) وترغيبه في ترك اليمين إجلالاً لله تعالى، أو خوفاً من عقابه على تقدير الكذب، ويتلئ عليه ما ورد في ذلك من الأخبار والآثار مثل ما رُوِيَ عن النبي ﷺ: «مَنْ أَجَلَ اللَّهَ أَنْ يَحْلِفَ بِهِ أَعْطَاهُ اللَّهُ خَيْرًا مَتَّا ذَهَبَ مِنْهُ»،٢ وقول الصادق ع: «مَنْ حَلَّفَ بِاللَّهِ كَاذِبًا كُفَّرَ، وَمَنْ حَلَّفَ بِاللَّهِ صَادِقًا أَثِمَّ، إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ: وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ»،٣ وعنده ع قال: «حَدَّثَنِي أَبِي أَنَّ أَبَاهُ كَانَتْ عِنْدَهُ امْرَأَةٌ مِنَ الْخُوارِجِ فَقَضَى لِأَبِي أَنَّهُ طَلَّقَهَا، فَادَّعَتْ عَلَيْهِ صِدَاقَهَا فَجَاءَتْ بِهِ إِلَى أَمِيرِ الْمَدِينَةِ تَسْتَعْدِيهِ فَقَالَ لَهُ أَمِيرُ الْمَدِينَةِ: يَا عَلِيَّ إِمَّا أَنْ تَحْلِفَ أَوْ تُنْطِلِّيَهَا فَقَالَ لَيْ: يَا أَبْنَائِي، قُمْ فَأُغْطِهَا أَرْبَعَمَائَةَ دِينَارٍ فَقَلَّتْ: يَا أَبْهَ - جَعَلْتُ فِدَاكَ - أَلْسَتَ مُحِقَّاً؟ قَالَ: بَلِّي؟ وَلَكِنِي أَجَلَّتُ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ أَحْلِفَ بِهِ يَمِينَ صَبَرِي».^٤

(ويكفي) الحلف على (نفي الاستحقاق وإن أجاب) في إنكاره (بالأخضر) كما إذا أدعى عليه قرضاً فأجاب بـ«أَنِّي مَا اقْرَضْتُ»؛ لأنَّ نفي الاستحقاق يشتمل المتباين

١. الكافي، ج. ٧، ص. ٤٥١، باب استحلاف أهل الكتاب، ح. ٤.

٢. الكافي، ج. ٧، ص. ٤٣٤، باب كراهة اليمين، ح. ٢.

٣. الكافي، ج. ٧، ص. ٤٣٥، باب كراهة اليمين، ح. ٤.

٤. الكافي، ج. ٧، ص. ٤٣٥، باب كراهة اليمين، ح. ٥. والخبر مروي عن أبي جعفر الباقر ع.

وزيادة، ولأنَّ المُدعِي قد يكون صادقاً فعَرَض ما يسقط الدعوى، ولو اعْتَرَف به وادعى **الْمُسْتَقِطَ طُولِبَ** بالبيتة، وقد يعِزُّ عنها فَدَعَتُ الحاجةُ إلى قبول الجواب المطلَق. وقيل: يلزِمُه الحلفُ على وُفُقٍ ما أَجَابَ به^١; لأنَّه بزعمِه قادرٌ على الحلف عليه حيث نفاه بخصوصِه إنْ طَلَبَه منه المُدعِي؛ ويُضَعَّفُ بما ذكرناه وبإمكان التسامح في الجواب بما لا يتسامح في اليمين.

(و) **الحالف** (يحلِّف) أبداً (على القطع في فعلِ نفسه وترِكِه، وفعلِ غيرِه): لأنَّ ذلك يتضمَّن الإطْلاعَ على الحالِ الممكِن معه القطع، (وعلى نفي العلم في نفي فعل غيرِه) كما لو ادعى على مُؤْرَثِه مالاً، فيكونه الحلفُ على أنه لا يعلم به، لأنَّه يعُسِّرُ الوقوف عليه، بخلاف إثباته فإنَّ الوقوف عليه لا يعُسِّرُ.

١. نسبة إلى الشيخ في مسائل الأفهام، ج. ١٣، ص ٤٨٩؛ انظر المبسوط، ج. ٨، ص ٥٦٩ و ٥٧٣. نسبة إلى قوم من دون ترجيح لأحدِهم.

(القول في الشاهد واليمين)

(كُلُّ ما يثبتُ بشاهد وامرأتين، يثبتُ بشاهد ويمين، وهو كُلُّ ما كان مالاً أو) كان (المقصود منه المال كالدَّين والقرِض) تخصيصُ بعد التعميم (والغصب، وعقود المعاوضات كالبيع والصلح) والإجارة والهبة المشروطة بالعوض (والجناية الموجبة للدية كالخطأ، وعمد الخطأ، وقتل الوالد ولده، وقتل الحرُّ العبد) والمسلم الكافر (وكسر العظام) وإنْ كان عمدًا، (و) كذا (الجائفة، والمأمومة) والمتَّكلة، لما في إيجابها القصاص على تقدير العمد من التغريب.

(ولا يثبتُ) بالشاهد واليمين (عيوب النساء^١)، وكذا عيوب الرجال لاشتراكهما في عدم تضمنهما المال، (ولا الخُلُع^٢) لأنَّ إزالة قيد النكاح بفدية وهي شرط فيه، لا داخلة في حقيقته، ومن ثمَّ أطلق المصنف والأكثر، وهذا يتمُّ مع كون المدعى هو المرأة، أمَّا لو كان الرجل فدعوه تتضمنَ المال. وإنْ انضمَّ إليه أمرٌ آخرٌ فينبغي القطع بشبُوت المال كما لو اشتغلت الدعوى على الأمرين في غيره كالسرقة، فإنَّهم قطعوا بشبُوت المال. وهذا قويٌّ، وبه جزم في الدروس^٣: (والطلاق) المجرَّد عن المال، وهو واضح؛ (والرجعة)؛ لأنَّ مضمون الدعوى إثبات الزوجية وليس مالاً وإنْ لَزِمَها النفقة، لخروجها عن حقيقتها.

١. أنكروا عيوب النساء ومنهم المصنف هنا. وفي الدروس الشرعية [ج. ٢، ص. ٧٦] ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠] ذكر عيوب الرجل والمرأة، وهو أولى: لاشتراكهما في العلة. (من رحمه الله)

٢. لو أقام شاهداً على خلْعها حلف؛ لأنَّ غايته المال، بخلاف ما لو أقامَ عليه شاهداً بالخلع. الدروس الشرعية [ج. ٢، ص. ٧٦] ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠]. (زين رحمه الله)

٣. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٧٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

(والعتق على قولٍ) ^١ مشهورٍ؛ لتضمنه إثبات الحرية وهي ليست مالاً، وقيل: يثبت بهما^٢؛ لتضمنه المال من حيث إن العبد مال للمولى، فهو يدعى زوال الماليّة؛ (والكتابة والتبيير والاستيلاد) وظاهره عدم الخلاف فيها مع أن البحث آتٍ فيها. وفي الدروس ما يدل على أنها بحكمه^٣، لكن لم يصرحوا بالخلاف فلذا أفردتها. (والنسبة) وإن ترتب عليه وجوب الإنفاق، إلا أنه خارج عن حقيقته كما مرّ؛ (والوكالة) لأنها ولاية على التصرف وإن كان في مال؛ (والوصيّة إليه) كالوكالة (بالشاهد واليمين) متعلق بالفعل السابق، أي لا تثبت هذه المذكورات بهما.

(وفي النكاح قولهان) أحدهما - وهو المشهور -: عدم الثبوت مطلقاً^٤؛ لأن المقصود الذاتي منه الإحسان، وإقامة السنة، وكف النفس عن العرام، والنسل، وأما المهر والنفقة، فإنهما تابعان؛ والثاني: القبول مطلقاً، نظراً إلى تضمنه المال، ولانعلم قائله؛ وفي ثالث قوله من المرأة دون الرجل؛ لأنها تثبت النفقة والمهر، ذهب إليه العلامة^٥. والأقوى المشهور.

(ولو كان المدعون جماعة) وأقاموا شاهداً واحداً (فعلى كل واحدٍ يمين): لأن كلَ واحد يثبت حقاً لنفسه، ولا يثبت مال لأحد بيمين غيره. (ويُشترط شهادة الشاهد أو لا، وتعديلُه) والحلف بعدهما (ثم الحكم يتم بهما لا بأحدِهما، فلو رجع الشاهد غريم النصف) لأنَه أحدُ جزئي سبب فواتِ المال على المدعى عليه؛ (والدعى لو رجع غريم الجميع) لاعترافه بلزم المال له مع كونه قد قبضه. ولو فرض تسلُّم الشاهد المال ثم رجع أمكن ضمانه الجميع إن شاء المالك؛ لاعترافه بترتب يده على المغصوب، فيتخيّر المالك في التضمين.

١. قال به العلامة في قواعد الأحكام، ج. ٢، ص. ٤٤٩.

٢. قال به العلامة في قواعد الأحكام، ج. ٢، ص. ٢٠٨؛ وتحرير الأحكام الشرعية، ج. ٤، ص. ٢٠٠، الرقم ٥٦٤٩.

٣. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٧٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

٤. قال به الشيخ في المبسوط، ج. ٥، ص. ٥٥١.

٥. ذهب إليه العلامة في قواعد الأحكام، ج. ٢، ص. ٤٤٩.

(ويُقضى على الغائب عن مجلس القضاء) سواءً بعَدْ أَمْ قَرِبَ وإنْ كانَ فِي الْبَلَدِ وَلَمْ يَتَعَدَّ عَلَيْهِ حُضُورُ مَجْلِسِ الْحُكْمِ عَلَى الْأَقْوَى؛ لِعُمُومِ الْأَدْلَةِ، وَلَوْ كَانَ فِي الْمَجْلِسِ لَمْ يَقْضَ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدِ عِلْمِهِ، ثُمَّ الغائبُ عَلَى حُجَّتِهِ لَوْ حَضَرَ، فَإِنْ ادْعَى بَعْدِهِ قَضَاءً أَوْ إِبْرَاءً أَقَامَ بِهِ الْبَيِّنَةُ، وَإِلَّا أَحْلِفُ الْمَدْعَى. وَمَحْلُهُ حُقُوقُ النَّاسِ لَا حُقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الغائبِ احْتِيَاطٌ، وَحُقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى مَبْنِيَّةٌ عَلَى التَّخْفِيفِ لِغَنَائِهِ. وَلَوْ اشْتَمَلَ عَلَى الْحَقَّيْنِ كَالسُّرْقَةِ، فُضِّلَ بِالْمَالِ دُونَ الْقُطْعِ.

(وَتَجُبُ الْيَمِينُ مَعَ الْبَيِّنَةِ عَلَى بَقَاءِ الْحَقِّ) إِنْ كَانَ الدَّعُوَيِّ لِنَفْسِهِ، وَلَوْ كَانَ لِمَوْكِلِهِ أَوْ لِلْمُؤْلَى عَلَيْهِ فَلَا يَمِينُ عَلَيْهِ، وَيُسْلَمُ الْمَالُ بِكَفِيلٍ إِلَى أَنْ يَحْضُرَ الْمَالُوكُ، أَوْ يَكُمِلَ وَيَحْلِفَ مَا دَامَ الْمَدْعَى عَلَيْهِ غَايَةً.

(وَكَذَا تَجُبُ الْيَمِينُ مَعَ الْبَيِّنَةِ (فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَيْتِ وَالْطَّفَلِ وَالْمَجْنُونِ) أَمَّا عَلَى الْمَيْتِ، فَمَوْضِعُ وَفَاقِ، وَأَمَّا عَلَى الغائبِ وَالْطَّفَلِ وَالْمَجْنُونِ، فَلَمْ شَارَكْتَهُمْ لَهُ فِي الْعَلَةِ الْمُؤْمَنًا إِلَيْهَا فِي النَّصِّ^١، وَهُوَ أَنَّهُ لَا لِسَانَ لِهِ لِلْجُوَابِ، فَيَسْتَظْهُرُ الْحَاكِمُ بِهَا؛ إِذْ يُحْتَمِلُ لَوْ حَضَرَ كَامِلًا أَنْ يُجِيبَ بِالْإِيْفَاءِ أَوْ الإِبْرَاءِ فَيَتَوَجَّهُ الْيَمِينُ، وَهُوَ مِنْ بَابِ اتِّحادِ طَرِيقِ الْمَسْأَلَتَيْنِ، لَا مِنْ بَابِ الْقِيَاسِ.

وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِلْفَرْقِ مَعَ فَقْدِ النَّصِّ، وَهُوَ أَنَّ الْمَيْتَ لَا لِسَانَ لِهِ مَطْلَقًا فِي الدُّنْيَا، بِخَلْفِ الْمُنْتَازِ فَيُمْكِنُ مَرَاجِعَتُهُ إِذَا حَضَرَ أَوْ كَتَلَ، وَتَرْتِيبُ حُكْمٍ عَلَى جُواهِبِهِ بِخَلْفِ الْمَيْتِ، فَكَانَ أَقْوَى فِي إِيْجَابِ الْيَمِينِ، فَلَا يَتَحَدَّدُ الطَّرِيقُ. وَإِطْلَاقُهُ يَقْتَضِي عَدَمَ الْفَرْقِ بَيْنَ دَعْوَى الْعَيْنِ وَالَّذِينَ وَقَيْلَ بِالْفَرْقِ، وَثَبَوتِ الْيَمِينِ فِي الدِّينِ خَاصَّةً^٢؛ لِاحْتِمَالِ الإِبْرَاءِ مِنْهُ وَغَيْرِهِ، مِنْ غَيْرِ عِلْمِ الشَّهُودِ، بِخَلْفِ الْعَيْنِ إِنَّ مِلْكَهَا إِذَا ثَبَتَ اسْتُصْحِبُ؛ وَيُضَعَّفُ بِأَنَّ احْتِمَالَ تَجَدُّدِ نَقْلِ الْمِلْكِ مُمْكِنٌ فِي الْحَالَتَيْنِ، وَالْاسْتَظْهَارُ وَعَدَمُ الْلِسَانِ آتٍ فِيهِمَا.

١. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج. ٦، ص. ٢٩٦، ح. ٨٢٧.

٢. الْكَافِي، ج. ٧، ص. ٤١٥، بَابُ مَنْ ادْعَى عَلَى مَيْتٍ، ح. ١.

٣. قَالَ بِهِ الْعَالَمُ فِي قَوَاعِدِ الْأَحْكَامِ، ج. ٢، ص. ٤٤١.

(القول في التعارض)

أى تعارض الدعوى فى الأموال

(لو تداعياً ما في أيديهما) فادعى كلّ منها المجموع ولا بيتة (حلفاً)
 كلّ منها على نفي استحقاق الآخر (واقتسماه) بالسوية، وكذا لو نكلا عن
 اليمين، ولو حلف أحدهما ونكل الآخر فهو للحالف، فإن كانت يمينه بعد نكول
 صاحبه حلف يميناً واحدةً تجمع النفي والإثبات وإلا افتقر إلى يمين آخر
 للإثبات.

(وكذا) يقتسمانه (إن أقاما بيتهما، ويُقْضَى لِكُلِّ مِنْهُمَا بما في يدِ صاحبه) بناءً على ترجيح بيتهما الخارج، ولا فرق هنا بين تساوي البيتتين عدداً وعدالة اختلافهما. (ولو خرجا) فذو اليد مَنْ صَدَقَهُ مَنْ هي بيده مع اليدين، وعلى المصدق اليدين لآخر، فإن امتنع حلف الآخر وأغزَّ له لحيلولته بينه وبينها بإقراره الأول، ولو صدقهما فهي لها بعد حلفهما أو نكولهما، ولهمَا إحلافه إن أدعَيَا علمَه، ولو أنكرهما قَدْمَ قولِه بيمينه. ولو كان لأحدهما بيتهما في جميع هذه الصور (فهي لذى البيته) مع يمينه.

(ولو أقاماها رُجحَ الْأَعْدُلْ) شهوداً، فإن تساوا في العدالة (فالأشتر) شهوداً، فإن تساوا فيما (فالقرعة)، فمن خرج اسمه حلف وأعطي الجميع، فإن نكل أحلف الآخر وأخذ، فإن امتنعا قسمت نصفين. وكذا يجب اليمين على من رُجحَت بيته،

١. اليد هنا حقيقة في التصرف، كدار هما ساكناها. (زين رحمة الله)

وظاهر العبارة عدم اليدين فيها، والأول مختاره في الدروس^١ : في الثاني قطعاً وفي الأول ميلاً.

(ولو تشتبَّثُ أحدهما) أي تعلق بها بأن كان ذا يد عليها (فاليمين عليه) إن لم يكن للآخر بيته، سواء كان للمتشبَّث بيته أم لا. (ولا يكفي بيته عنها) أي عن اليدين؛ لأنَّه منكر فيدخل في عموم «اليدين على من أنكر»^٢ وإنْ كان له بيته، فلو نكل عنها حلف الآخر وأخذ، فإن نكل أقرَّت في يد المتشبَّث.

(ولو أقاما) أي المتشبَّث والخارج (بيته، ففي الحكم لأيَّهما خلاف). فقيل: تقدَّم بيته الداخل مطلقاً^٣ ! لما رُويَ أنَّ علياً^{عليه السلام} قضى بذلك^٤ ، ولتعارض البيتين فيرجع إلى تقديم ذي اليد. وقيل: الخارج مطلقاً^٥ ! عملاً بظاهر الخبر المستفيض من أنَّ «القول قولُ ذي اليد، والبيته بيته المدعى»^٦ الشامل لوضع النزاع. وقيل: تقدَّم بيته الخارج إن شهدتا بالملك المطلق أو المسبِّب، أو بيته خاصة بالسبب، ولو انفردت به بيته الداخل قدَّم^٧ . وقيل: مع تسبيهما تقدَّم بيته الداخل أيضاً^٨ . وتوقف المصنف هنا وفي الدروس، مقتصرًا على نقل الخلاف^٩ ، وهو في موضعه، لعدم دليل متين من جميع الجهات، وفي شرح الإرشاد رجح القول الثالث^{١٠} ، وهو مذهب الفاضلين^{١١} ، ولا يخلو من رُجحان.

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٧٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. السنن الكبرى، البهقي، ج ٨، ص ٢١٣، ح ١٦٤٤٥؛ عوالي الالبي، ج ٢، ص ٥٢٣، ح ٢٢.

٣. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٦، ص ٣٤٢، المسألة ١٥.

٤. الكافي، ج ٧، ص ٤١٩، باب الرجالين يدعيان فيقيم كل واحد... ح ٦؛ تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٤، ح ٥٧٣.

٥. ذهب إليه الشيخ الصدوقي في المقنع، ص ٣٩٩؛ وسلام في المراسم، ص ٢٣٤.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٤٠، ح ٥٩٤.

٧. قال به الشيخ في النهاية، ص ٣٤٣؛ وتهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٣٧، ذيل الحديث ٥٨٣.

٨. في مسالك الأئمَّة، ج ١٤، ص ٨٤ ادرج هذا القول في القول الثالث.

٩. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٧٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

١٠. غایة المراد، ج ٤، ص ٦٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٤).

١١. شرائع الإسلام، ج ٤، ص ١٠٢؛ إرشاد لأذهان، ج ٢، ص ١٥٠.

(ولو تشبّثاً وادعَى أحدهما الجميع، والآخرُ النصفَ) مثَّاعاً (ولا بيتة، اقتسماها) نصفين (بعد يمين مدعى النصف) للآخر من دون العكس؛ لصادقته إتاه على استحقاق النصف الآخر. ولو كان النصف المتنازع معيناً، اقتسمه بالسوية بعد التحالف، فيثبت لمدعيه الرابع. والفرق أن كل جزء من العين على تقدير الإشاعة يدعى كلّ منها تعلقاً حقه به ولا ترجيح، بخلاف المعين إذ لا نزاع في غيره. ولم يذكروا في هذا الحكم خلافاً، وإلا فلا يخلو من نظر.

(ولو أقاما بيته فهي للخارج^١، على القول بترجيع بيته^٢، وهو مدعى الكلّ) لأنّ في يد مدعى النصف النصف، فمدعى الكلّ خارج عنه (وعلى) القول (الآخر) يقسم (بينهما)^٣ نصفين كما لو لم يكن بيته؛ لما ذكرناه من استقلال يد مدعى النصف عليه، فإذا رجحَت بيته به أخذه. ولو أقام أحدهما خاصة بيته حِكْمَ بها.

(ولو كانت في يد ثالثٍ وصدق أحدهما صار صاحب اليد) ففترَّب عليه ما فصل (للآخر إحلافهما).

ولو أقاما بيته فللمستوَّعِ النصف، وتعارضت البيتان في الآخر، فتحكَّم للأعدل فالأكثر فالقرعة، ويقضى لمن خرَج بيمينه، فإن امتنع حَلْفُ الآخر، فإنْ تَكَلَّا قِسْمَ بينهما، فللمستوَّعِ ثلاثة أرباعه، وللآخر الرابع. وقيل: يُقسم على ثلاثة^٤، فلمدعى الكلّ اثنان، ولمدعى النصف واحد؛ لأنَّ المنازعَة وقعت في أجزاءٍ غير معينة، فيُقسَّم على طريق القول على حسب سهامهما وهي ثلاثة، كضرب الديان مع قصور مال المفلس.

١. نعم، يقضى للخارج، إلا أن ينفرد بيته المتثبت بالسبب، كالناتج وقديم الملك، وكذا الابتياع. (زين رحمة الله)

٢. قواعد الأحكام، ج. ٢، ص. ٤٦٨.

٣. لم نعثر على قائله.

٤. احتمله العلامة في قواعد الأحكام، ج. ٢، ص. ٤٧١.

وكلّ موضع حكمنا بتكافؤ البيانات أو ترجيحيها بأحد الأسباب إنما هو مع إطلاقها أو اتحاد التاريخ؛ (ولو كان تاريخُ إحدى البيتين أقدمَ قدّمت) لثبوت الملك بها سابقاً فِيْتَصَبَّ.

هذا إذا شهدتا بالملك المطلق أو المسبي أو بالتفريق، أما لو شهدت إحداهما باليد والأخرى بالملك فإن كان المتقدّم هو اليد رُجحَ الملك لقوته وتحقّقه الآن، وإن انعكس ففي ترجيح أيّهما قولان للشيخ^١ وتوقف المصنف في الدروس مقتضياً على نقلهما^٢.

١. رُجح قديم الملك على اليد في المسوط، ج ٥، ص ٦٤٩؛ وعكس في الخلاف، ج ٦، ص ٣٤٢، المسألة ١٥.
 ٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٧٩ - ٨٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

(القول في القسمة)

(وهي تميز أحد النصيبيين) فصاعداً (عن الآخر، وليس بيعاً^١) عندنا (وإن كان فيها رد^٢): لأنها لا تفتقر إلى صيغة، ويدخلها الإجبار ويلزمهها، ويتقدّر أحد النصيبيين بقدر الآخر، والبيع ليس فيه شيء من ذلك، واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزمات.

واشتراؤ كل جزء يفرض قبلها بينهما، واحتضان كل واحد بجزء معين، وإزالة ملك الآخر عنه بعدها بعوض مقدر بالتراضي ليس حداً لبيع حتى يدل عليه. وتظهر الفائدة في عدم ثبوت الشفعة للشريك بها، وعدم بطلانها بالتفرق قبل القبض فيما يُعتبر فيه التقادم في البيع، وعدم خيار المجلس وغير ذلك.

(ويُجبر الشريك) على القسمة (لو التمس شريكيه) القسمة (ولا ضرر) ولا رد. والمراد بالضرر نقص قيمة الشخص بها عنه منضماً، نقصاً فاحشاً على ما اختاره المصنف في الدروس^٣. وقيل: مطلق نقص القيمة^٤، وقيل: عدم الانتفاع به منفرداً، وقيل عدمه على الوجه الذي كان يتمنى به قبل القسمة^٥، والأجود الأول. (ولو تضمنت رد^٦) أي دفع عوض خارج عن المال المشترك من أحد الجانيين

١. فيجوز فيما فيه الربا ولو أخذ أحدهما الفضل. ويجوز الاعتبار هنا بمكابال لا يعرف قدره. (زين رحمة الله)

٢. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٩٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

٣. قال به الشيخ في المبسوط، ج. ٥، ص. ٤٩٠؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج. ٣، ص. ٤٦٢.

٤. قال به الشيخ في الخلاف، ج. ٦، ص. ٢٢٩، المسألة .٢٧

٥. جعله في مسالك الأفهام، ج. ١٤، ص. ٣٤ ثالث الأنفاس.

(لم يُجبر) الممتنع منها، لاستلزم المعاوضة على جزء من مقابله صوري أو معنوي، وهو غير لازم. (وكذا) لا يُجبر الممتنع (لو كان فيها ضرر، كالجواهر والعضائد الصيحة والسيف) والضرر في هذه المذكرات يمكن اعتباره بجميع المعاني، عدا الثالث في السيف، فإنه ينتفع بقسمته غالباً في غيره مع نقص فاحش.

(فلو طلب) أحدهما (**المُهَايَاة**) وهي قسمة المفعة بالأجزاء أو بالزمان (جاز ولم يجب) إجايته، سواء كان متى يصح قسمته إجباراً أم لا. وعلى تقدير الإجابة لا يلزم الوفاء بها، بل يجوز لكلّ منها فسخها، فلو استوفى أحدهما فنسخ الآخر، أو هو كان عليه أجرة حصة الشريك.

(إذا عدلت السهام) بالأجزاء إن كانت في متساويها كيلأ أو وزناً، أو ذرعاً أو عدداً بعد الأنثرباء، أو بالقيمة إن اختلفت كالأرض والحيوان (وافتقا على اختصاص كل واحد بسهم، لزم) من غير قرعة لصدق القسمة مع التراضي، الموجبة لتمييز الحق، ولا فرق بين قسمة الردة وغيرها. (وإلا) يتفقا على الاختصاص (أقرع) بأن يكتب أسماء الشركاء أو السهام كلّ في رُفعة، وتُصان ويتومَرَ من لم يطلع على الصورة بإخراج إحداها^١ على اسم أحد المتقاسمين أو أحد السهام.

هذا إذا اتفقت السهام قدرأ، ولو اختلفت قيم على أقل السهام وجعل لها أول يعيشه المتقاسمون وإلا الحاكم، وتحسب أسماؤهم لا أسماء السهام حذراً من التفريق، فمن خرج اسمه أولاً أخذ من الأول وأكمَل نصيبه منها على الترتيب، ثم يخرج الثاني إن كانوا أكثر من اثنين وهكذا، ثم إن اشتغلت القسمة على رد اعتير رضاهما بعدها وإلا فلا.

(ولو ظهر غلط) في القسمة بيته أو باطلاع المتقاسمين (بطلت. ولو ادعاه) أي الغلط (أحدهما ولا بيته، حلف الآخر) لأصالحة الصحة (فإن حلف تمت) القسمة (وإن

١. في «س، ن»: «إحداها».

نكل) عن اليمين (حَلَفَ المُدَعِّي) إن لم يُقْضَ بالنكول (ونقضت).
(ولو ظهر) في المقسم (استحقاق بعض معين بالسوية) لا يُخْلِ إخراجُه بالتعديل
(فلا نقض)، لأن فائدة القسمة باقية وهو إفراد كل حق على جدة، (وإلا) يكن متساوياً
في السهام بالنسبة (نُقضت) القسمة؛ لأن ما يبقى لكل واحد لا يكون يقدر حقا، بل
يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر، وتعود الإشاعة. (وكذا لو كان) المستحق
(مشاعاً)، لأن القسمة حينئذٍ لم تقع برضاء جميع الشركاء.

(كتاب الشهادات)

(وفصوله أربعة:)

[الفصل] (الأول: الشاهد)

(وشرطه البلوغ إلّا في) الشهادة على (الجراح) ما لم يبلغ النفس، وقيل: مطلقاً^١ (بشرط بلوغ العشرين) سنين (وأن يجتمعوا على مباحٍ، وأن لا يتفرّقا) بعد الفعل المشهود به إلى أن يؤدّوا الشهادة.

والمراد حينئذٍ أن شرط البلوغ ينتفي، ويبقى ما عداه من الشرائط التي من جملتها العدد وهو اثنان في ذلك، والذكورية، ومطابقة الشهادة للدعوى، وبعض الشهود لبعض، وغيرها. ولكن رُوي هنا الأخذ بأول قولهم لو اختلف^٢؛ والتهجّم على الدماء في غير محل الوفاق ليس بجيئٍ. وأما العدالة، فالظاهر أنها غير متحققة، لعدم التكليف الموجِب للقيام بوظيفتها من جهة التقوى، والمروءة غير كافية، واعتبار صورة الأفعال والتروك لا دليل عليه، وفي اشتراط اجتماعهم على المباح تبييه عليه.

(والعقل) فلا تقبل شهادة المجنون حال جنونه، ولو دار جنونه قبلت شهادته مُفيقاً بعد العلم باستكمال فطنته في التحتمل والأداء، وفي حكمه الأبله والمُغفل الذي لا يفطن لزوايا الأمور.

(والإسلام) فلا تقبل شهادة الكافر وإن كان ذميّاً (ولو كان المشهود عليه كافراً

١. قال به الشيخ في النهاية، ص ٣٣١.

٢. وأن يكونوا ثلاثة فما زاد. (زين رحمة الله)

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥١، ح ٤٤٥.

على الأصح) لاتصافه بالفسق والظلم المانعين من قبول الشهادة، خلافاً للشيخ (رحمه الله) حيث قيل شهادة أهل الذمة لمتهم، وعليهم^١، استناداً إلى رواية ضعيفة^٢، وللصدق حيث قيل شهادتهم على مثلهم وإن خالفهم في الملة كاليهود على النصارى^٣. ولا تقبل شهادة غير الذمي إجماعاً ولا شهادته على المسلم إجماعاً (إلا في الوصيّة عند عدم) عدول (المسلمين) فتقبل شهادة الذمي بها.

ويمكن أن يزيد اشتراطـ فـقد المسلمين مطلقاً، بناءً على تقديم المستورين والفاسين اللذين لا يستند فـسقـهما إلى الكذب، وهو قول العـلـامة في التذكرة^٤، ويـضـعـفـ باستلزمـه التعمـيمـ في غير محلـ الـوـفـاقـ.

وفي اشتراط السفر قوله^٥، أظهرـهما العـدـمـ. وكذا الخـلـافـ في إـحـلـافـهـماـ بـعـدـ الـعـصـرـ، فأـوـجـبـهـ العـلـامـةـ، عـمـلاًـ بـظـاهـرـ الآـيـةـ، وأـشـهـرـ العـدـمـ؛ فـإـنـ قـلـنـاـ بـهـ فـلـيـكـنـ بـصـورـةـ الآـيـةـ، بـأـنـ يـقـولـاـ بـعـدـ الـحـلـفـ بـالـلـهـ: «لـأـنـشـرـىـ بـهـ ثـمـنـاـ وـلـوـ كـانـ دـأـقـرـبـىـ وـلـأـنـكـمـ شـهـدـةـ اللـهـ إـنـاـ إـذـاـ لـمـ يـأـتـيـنـ أـلـئـكـمـينـ».

(والإيمان) وهو هنا الـوـلـاءـ، فلا تـقـبـلـ شـهـادـةـ غـيرـ الإـمـامـيـ مـطـلـقاًـ، مـقـلـداًـ كـانـ أـمـ مـسـتـدـلاًـ.

(والـعـدـالـةـ) وهي هـيـةـ نـفـسـانـيـةـ رـاسـخـةـ تـبـعـتـ عـلـىـ مـلـازـمـ التـقـوـةـ وـالـمـرـوـءـةـ. (وتـزـولـ بـالـكـبـيرـةـ) مـطـلـقاًـ، وـهـيـ ماـ تـؤـعـدـ عـلـيـهاـ بـخـصـوصـهاـ فـيـ كـتـابـ أوـ سـنـةـ، وـهـيـ إـلـىـ

١. النهاية، ص. ٣٣٤.

٢. الكافي، ج. ٧، ص. ٣٩٨، بـابـ شـهـادـةـ أـهـلـ الـمـلـلـ، ح. ٢.

٣. الفقيه، ج. ٢، ص. ٤٧، ح. ٣٣٠٢.

٤. تذكرة الفقهاء، ج. ٢، ص. ٥٢٢ (الطبعة الحجرية).

٥. قال بالاشترط ابن الجنيد على ما حكاه عنه العـلـامـةـ فيـ مـخـتـلـفـ الشـيـعـةـ، جـ ٨ـ، صـ ٥ـ١ـ٩ـ، المسـأـلـةـ ٨ـ٧ـ؛ وأـبـوـ الصـلـاحـ فـيـ الـكـافـيـ فـيـ الـفـقـهـ، صـ ٤ـ٣ـ٦ـ؛ وـالـقـوـلـ بـعـدـ الـاشـتـرـاطـ لـمـفـيـدـ فـيـ الـمـقـنـعـةـ، صـ ٧ـ٧ـ٧ـ؛ وـالـشـيـخـ فـيـ الـنـهـاـيـةـ، صـ ٢ـ٣ـ٤ـ.

٦. تحرير الأحكام الشرعية، ج. ٥، ص. ٢٤٦، الرقم ٦٦١٨.

٧. المـانـدـةـ (٥ـ): ١٠٦ـ.

سبعين منها إلى سبعين وسبعين.

ومنها: القتل، والربا، والزنى، واللواء، والقيادة، والديانة، وشرب المسكر، والسرقة، والقذف، والفرار من الرخف، وشهادة الزور، وعقوبة الوالدين، والأمن من مكر الله، واليأس من رؤوح الله، والغصب، والغيبة، والنسمة، واليمين الفاجرة، وقطيعة الرحم، وأكل مال اليتيم، وخيانة الكيل والوزن، وتأخير الصلاة عن وقتها، والكذب خصوصاً على رسول الله ﷺ، وضرب المسلم بغير حق، وكمان الشهادة، والرشوة، والسعاده إلى الظالم، ومنع الزكاة، وتأخير الحج عن عام الوجوب اختياراً، والظهار، وأكل لحم الخنزير والميتة، والمحاربة بقطع الطريق، والسحر، للتوعد على ذلك كله وغيره.

وقيل: الذنب كُلُّها كبائر^١ ونسبة الطبرسي في التفسير إلى أصحابنا مطلقاً، نظراً إلى اشتراكها في مخالفته أمر الله تعالى ونفيه، وتسمية بعضها صغيراً بالإضافة إلى ما هو أعظم منه: كالقبلة بالإضافة إلى الزنى وإن كانت كبيرة بالإضافة إلى النظر وهذا.

(والإصرار على الصغيرة) وهي ما دون الكبيرة من الذنب. والإصرار إما فعلي كالمواظبة على نوع أو أنواع من الصغار؛ أو حكمي وهو العزم على فعلها ثانياً بعد وقوعه وإن لم يفعل، ولا يقدح ترك السنن إلا أن يؤدي إلى التهاون بها. وهل هو مع ذلك من الذنب أم مخالفة المروة؟ كل محتمل، وإن كان الثاني أوجة.

(وبترك المروة) وهي التخلُّق بخلق أمثاله في زمانه ومكانه. فالأكل في السوق والشرب فيها لنغير سُوقى إلا إذا غلب العطش، والمشي مكشوف الرأس بين الناس، وكثرة السخرية والحكايات المضحكة، ولبس الفقيه لباس الجندي، وغيره مما لا يعتاد له مثله بحيث يُسخر منه وبالعكس، ونحو ذلك يُسيطرها. ويختلف الأمر فيها باختلاف الأحوال والأشخاص والأماكن. ولا يقدح فعل السنن وإن استهجنها العامة وَهَجَرَها

١. قال به الشيخ المفيد في أوائل المقالات. ص ٨٣ (ضمن مصنفات الشيخ المفيد، ج ٤)؛ وابن إدريس في السرائر.

ج ٢، ص ١١٨.

٢. مجمع البيان، ج ٣، ص ٧٠. ذيل الآية ٣١ من النساء (٤).

النَّاسُ كَالْكُحُلُ وَالْجِنَّاءُ وَالْحَنَّاكُ فِي بَعْضِ الْبَلَادِ وَإِنَّمَا الْعُبْرَةُ بِغَيْرِ الرَّاجِعِ شَرْعًا.
 (وَطَهَارَةُ الْمَوْلِدِ) فَتَرْدَ شَهَادَةُ وَلَدِ الزَّنِي وَلَوْ فِي الْيُسِيرِ، عَلَى الْأَشْهَرِ. وَإِنَّمَا تُرْدَ
 شَهَادَتِهِ مَعَ تَحْقِيقِ حَالِهِ شَرْعًا فَلَا اعْتِبَارٌ بَعْنِ تَنَاهُ الْأَلْسُنِ إِنَّ كَثُرَتْ مَا لَمْ يَحْصُلْ عَلَيْهِ.
 (وَعَدْمُ التَّهْمَةِ) بِضمِّ التَّاءِ وَفَتْحِ الْهَاءِ، وَهِيَ أَنْ يَجْرُّ إِلَيْهِ بَشَاهَاتِهِ نَفْعًا، أَوْ يَدْفَعُ عَنْهِ
 بِهَا ضَرًّاً. (فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ فِي الْمُشْتَرِكِ بَيْنَهُمَا) بِحِيثِ يَقْتَضِي
 الشَّهَادَةُ الْمُشَارِكَةُ، (وَلَا) شَهَادَةُ (الْوَصِيِّ فِي مُتَعَلِّقٍ وَصَيْبَتِهِ) وَلَا يَقْدِحُ فِي ذَلِكَ مَجْرِدُ
 دُعْوَاهُ الْوَصَايَاةِ، وَلَا مَعْ شَهَادَةِ مَنْ لَا تَبْتَهَ بِهَا؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ ثَبَوْتُ الْوَلَايَةِ الْمُوَجِّبَةِ لِلتَّهْمَةِ
 بِإِدْخَالِ الْمَالِ تَحْتَهَا، (وَلَا) شَهَادَةُ (الْفُرَمَاءِ لِلْمُفْلِسِ) وَالْمَيَّتِ (وَالسَّيِّدِ لِعَبْدِهِ) عَلَى
 القُولِ بِمِلْكِهِ لِلانتِفاعِ بِالْوَلَايَةِ عَلَيْهِ. وَالْشَّهَادَةُ فِي هَذِهِ الْفَرَوْضِ جَالِبَةُ لِلنَّفْعِ.

(وَ) أَمَّا مَا يَدْفَعُ الضرَرَ، فَشَهَادَةُ (الْعَاقِلَةِ بِجَرْحِ شَهُودِ الْجَنَاحِيَةِ) خَطَاطٌ، وَغَرْمَاءُ
 الْمُفْلِسِ بِفَسْقِ شَهُودِ دَيْنِ آخَرَ لِأَنَّهُمْ يَدْفَعُونَ بِهَا ضَرَرَ الْمَزَاحِمَةِ، وَيُمْكِنُ اعْتِبَارُهُ فِي
 النَّفْعِ؛ وَشَهَادَةُ الْوَصِيِّ وَالْوَكِيلِ بِجَرْحِ الشَّهُودِ عَلَى الْمَوْصِيِّ وَالْمَوْكِلِ، وَشَهَادَةُ الزَّوْجِ
 بِزَنِي زَوْجِهِ الَّتِي قَدَّفَهَا لِدَفْعِ ضَرَرِ الْحَدِّ.

وَلَا يَقْدِحُ مُطْلَقُ التَّهْمَةِ، فَإِنَّ شَهَادَةَ الصَّدِيقِ لِصَدِيقِهِ مُقْبُولَةٌ، وَالْوَارِثُ لِمَوْرِثِهِ بِدَيْنِ
 وَإِنْ كَانَ مُشَرِّفًا عَلَى التَّلْفِ مَا لَمْ يَرِثْهُ قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا، وَكَذَا شَهَادَةُ رَفَقَاءِ الْقَافِلَةِ عَلَى
 الْلُّصُوصِ إِذَا لَمْ يَكُونُوا مَأْخُوذِينَ وَيَتَعَرَّضُوا لِذِكْرِ مَا أَخْذُهُمْ.
 (وَالْمُعْتَبِرُ فِي الشُّرُوطِ) الْمُعْتَبَرَةُ فِي الشَّهَادَةِ (وقْتُ الْأَدَاءِ لَا وَقْتُ التَّحْمِلِ) فَلَوْ
 تَحْتَلَّهَا نَاقِصًا ثُمَّ كَتَلَ حِينَ الْأَدَاءِ سَمِعَتْ. وَفِي اشْتَرَاطِ استِمرَارِهَا إِلَى حِينَ الْحُكْمِ
 قَوْلَانِ^١، اخْتَارَ الْمُصْنَفُ فِي الدُّرُوسِ ذَلِكَ^٢، وَيُظَهِّرُ مِنَ الْعِبَارَةِ عَدْمَهُ.
 (وَتَمْنَعُ الْعَدَاوَةُ الدُّنْيَوِيَّةُ) وَإِنْ لَمْ تَتَضَمَّنْ فَسَقاً، وَتَحْقِيقَ (بِأَنْ يُعْلَمَ مِنْهُ السَّرُورُ

١. القول بالاشتراط للشيخ في المبسوط، ج. ٥، ص. ٥٩٨؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج. ٨، ص. ٥٤٧. المسألة ١٠٦؛ والقول بعدم الاشتراط للشيخ في الخلاف، ج. ٦، ص. ٣٢٠. المسألة ٧٢؛ وأبن إدريس في السرائر، ج. ٢، ص. ١٧٩.
 ٢. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ١٠٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

بالمساءة، وبالعكس) أو بالتقاذف. ولو كانت العداوة من أحد الجانبين اختُصَّ بالقبول الخالي منها، وإلا لئنْكَ كُلُّ غريمٍ رَدَ شهادة العدل عليه بأن يقذفه ويخاصمه. (ولو شَهِدَ العدوُّ (العدُوُّ قُبِلَ إذاً) كانت العداوةُ لَا تَتَضَمَّنُ فسقاً) لانتفاء التهمة بالشهادة له. واحترب بـ«الدنيوية» عن الدينية فإنها غير مانعٍ لقبول شهادة المؤمن على أهل الأديان دون العكس مطلقاً.

(ولا تُقبل شهادة كثير السهو بحيث لا يضيئ المشهود به) وإن كان عدلاً، بل ربما كان ولائياً، ومن هنا قيل: «نرجو شفاعة من لا تُقبل شهادته»؛ (ولا) شهادة (المُتَبَرِّعِ بِإِقَامَتِهَا) قبل استنطق الحاكم، سواءً كان قبل الدعوى أم بعدها؛ للتهمة بالحرص على الأداء، ولا يصير بالرَّدِّ مجروباً، فلو شَهِدَ بعد ذلك غيرها قُبِلتُ. وفي إعادتها في غير ذلك المجلس وجهان.

والتبُرُّع مانع (إلا أن يكون في حق الله تعالى) كالصلة والزكاة والصوم بأن يشهد بتركتها، ويعبر عنها بـ«بيبة الحسبة» فلا يمْتَعُ؛ لأنَّ الله أَمَرَ بِإِقَامَتِهَا^٢ فكان في حكم استنطق الحاكم قبل الشهادة.

ولو اشترك الحقُّ كالعتق والسرقة والطلاق والخلع والعفو عن القصاص ففي ترجيح حق الله تعالى أو الآدمي وجهان، أما الوقف العام، فقبولها فيه أقوى بخلاف الخاص على الأقوى..

(ولو ظهر للحاكم سبق القادح في الشهادة على حكمه) بأن ثبت كونهما صبيئين أو أحدهما، أو فاسقين أو غير ذلك (نقض)، لتبَيَّن الخطأ فيه.

(ومستند الشهادة العلم القطعي) بالمشهود به (أو رؤيَتُه فيما يكفي فيه) الرؤية كالأفعال من الغصب والسرقة والقتل والرضاع والولادة والزنبي واللواء، وتقبل فيه شهادة الأصم لانتفاء الحاجة إلى السمع في الفعل (أو سَمَاعاً في) الأقوال (نحو

١. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٩٧.

٢. آل عمران (٣): «وَلَئِنْكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَذْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَا عَنِ الْمُنْكَرِ».

العقود) والإيقاعات والقذف (مع الرؤية أيضاً) ليحصل العلم بالمتلطف إلا أن يعرف الصوت قطعاً، فيكتفي على الأقوى.

(ولا يشهد إلا على من يعرّفه) بحسبه أو عينه، فلا يكتفي انتسابه له لجواز التزوير. (ويكتفي معرفة عدلان) بالنسبة، (و) يجوز أن (تُسْفِرَ الْمَرْأَةُ عَنْ وِجْهِهَا) ليعرفها الشاهد عند التحمل والأداء، إلا أن يعرف صوتها قطعاً.

(ويثبت بالاستفاضة) وهي استفعال من القبض وهو الظهور والكثرة، والمراد بها هنا شياع الخبر إلى حد يفيد السامع الظن الغالب المقارب للعلم، ولا تتحصر في عدد بل يختلف باختلاف المخبرين، نعم، يعتبر أن يزيدوا عن عدد الشهود العاملين ليحصل الفرق بين خبر العدل وغيره؛ والمشهور أنه يثبت بها (سبعة: السبب، الموت، والمملوك المطلق، والوقف، والنكاح، والعتق، وولايته القاضي) لغير إقامة البينة في هذه الأسباب مطلقاً. (ويكتفي) في الخبر بهذه الأسباب (متاخمة العلم) أي مقاربته (على قول) قوي، وبه جزم في الدروس^١. وقيل: يشترط أن يحصل العلم^٢، وقيل: يكتفي مطلقاً الظن حتى لو سمع من شاهدين عدلين صار متاحماً لإفادته قولهما الظن^٣. وعلى المختار لا يشترط العدالة، ولا الحرمة والذكرة، لإمكان استفادته من نقضها. واحتذر بـ«المملوك المطلق» عن المستند إلى سبب كالبيع فلا يثبت السبب به، بل المملك الموجود في ضمه، فلو شهد بالملك وأسنده إلى سبب يثبت بالاستفاضة كإرث قيل، ولو لم يثبت بها كالبيع قيل في أصل الملك لا في السبب. ومتى اجتمع في ملك استفاضة ويد وتصرفاً بلا منازع فهو منتهي الإمكان، فللشاهد القطع بالملك. وفي الاكتفاء بكل واحدٍ من الثلاثة في الشهادة بالملك قول قوي^٤.

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٠٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. قال به المحقق في شرائع الإسلام، ج ٤، ص ١٢١؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ٢٦١، الرقم ٦٦٥١.

٣. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٥، ص ٥٤٥.

٤. قال به العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٥٠٢؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٠٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

(ويجب التحُمُل) للشهادة (على من له أهلية الشهادة) إذا دُعِي إليها خصوصاً أو عموماً (على الكفاية) لقوله تعالى: «وَلَا يَأْبُ الشَّهَادَةُ إِذَا مَا دُعُوا»^١ فسَرَه الصادق عليه السلام بالتحمُل^٢، ويمكن جعله دليلاً عليه وعلى الإقامة، ففيما ثَمَ الجميع لو أَخْلَوْا به مع القدرة. (فَلَوْ قُدِّسَا هُوَ) فيما يثبت به وحده ولو مع اليمين أو كان تمام العدد (تعيّن) الوجوب كغيره من فروض الكفاية إذا لم يقُم به غيره.

(ويصح تحمُل الآخرين) للشهادة (وأداؤه بعد القطع بمراده) ولو بمتوجهين عدلين، وليس فرعين عليه. ولا يكفي الإشارة في شهادة الناطق.

(وكذا يجب الأداء) مع القدرة (على الكفاية) إجماعاً، سواء استدعاء ابتداء أم لا، على الأشهر (إلا مع خوف ضرر غير مستحق) على الشاهد أو بعض المؤمنين. واحذرز بغير المستحق عن مثل ما لو كان للمشهود عليه حق على الشاهد لا يطالبه به وينشأ من شهادته المطالب، فلا يكفي ذلك في سقوط الوجوب لأنَّه ضرر مستحق. وإنما يجب الأداء مع ثبوت الحق بشهادته، لانضمام من يتهم به العدد، أو حلف المدعى إن كان متى يثبت بشاهد ويمين. فلو طلب من اثنين يثبت بهما لزمهما وليس لأحدهما الامتناع، بناءً على الاكتفاء بحلف المدعى مع الآخر؛ لأنَّ من مقاصد الإشهاد التوزع عن اليمين. ولو كان الشهود أزيد من اثنين فيما يثبت بهما وجب على اثنين منها كفاية. ولو لم يكن إلا واحد لزمه الأداء إن كان متى يثبت بشاهد ويمين وإلا فلا. ولو لم يعلم صاحب الحق بشهادة الشاهد وجب عليه تعريفه إن خاف بطلان الحق بدون شهادته.

(ولا يقيمه) الشاهد (إلا مع العلم) القطعي (ولا يكفي الخطأ) بها وإن حفظه بنفسه وأمن التزوير (ولو شهد معه ثقة) على أصح القولين^٣؛ لقول النبي صلوات الله عليه وسلم لمن أراه

١. البقرة (٢): ٢٨٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٥، ح ٧٥١ - ٧٥٠.

٣. قال به الشيخ في الاستبصار، ج ٣، ص ٢٢، ذيل الحديث ٦٨؛ والعلبي في الكافي في الفقيه، ص ٤٣٦، والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٥٣٢، المسألة ٩٢.

الشمس : «على مثلها فاشهد، أو دع»! . وقيل : إذا شهد معه ثقةً وكان المدعى ثقةً أقامها بما عرّفه من خطأه وخاتمه؟ استناداً إلى رواية شاذة.^٣

(ومن نقل عن الشيعة جواز الشهادة بقول المدعى، إذا كان أخاً في الله معهوداً الصدق^٤، فقد أخطأ في نقله) : لإجماعهم على عدم جواز الشهادة بذلك. (نعم، هو مذهب) محمد بن علي الشلماني (العزاري) نسبة إلى أبي العزاري بالعين المهمة والزاي والكاف والراء أخيراً (من الغلبة) لعنه الله.

ووجه الشبهة على من نسب ذلك إلى الشيعة أنَّ هذا الرجل الملعون كان منهم أولاً، وصنف كتاباً سماه كتاب التكليف، وذُكر فيه هذه المسألة، ثم غلا وظهر منه مقالاتٌ منكرةٌ فتبرأت الشيعة منه، وخرج فيه توقيعات كثيرةٌ من الناحية المقدسة على يد أبي القاسم بن روح وكيل الناحية، فأخذته السلطان وقتله، فمن رأى هذا الكتاب وهو على أساسِ الشيعة وأصولِهم تَوَهَّمَ أنه منهم، وهم يريثون منه.^٥

وذكر الشيخ المفيد (رحمه الله) أنه ليس في الكتاب ما يخالف سوى هذه المسألة.^٦

١. الدر المنثور، ج ٨، ص ١٩٥، ذيل الآية ٢ من الطلاق (٦٥)؛ عوالي اللائي، ج ٢، ص ٥٢٨، ح ١.

٢. قال به الشيخ في النهاية، ص ٣٢٩ - ٣٢٧؛ وسلام في المراسم، ص ٢٢٤.

٣. هي رواية عمر بن يزيد، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يشهدني على الشهادة فأعرّف خطأه وخاتمي، ولا ذكر من الباقي قليلاً ولا كثيراً قال: فقال لي: إذا كان صاحبك ثقة ومعه رجل ثقة فاشهد له [تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٥٨ - ٢٥٩، ح ٦٨١].

وهذا الخبر مع شذوذه في طريقه الحسن بن فضال على ما حصل من القرائن الحالية والمقالية للشاهد ما استفاد به العلم، فعيينه شهادته مستندة إلى العلم لا إلى خطأه؛ والشيخ في النهاية [ص ٣٢٠] عمل بإطلاق الخبر ولم يقتنه بالخاتمة كما ذكر وكان اللازم ذلك وقوفاً فيما خالف الأصل على مورده مع معارضته بأخبار كثيرة دلت على عدم الاكتفاء بذلك مطلقاً. (منه رحمة الله).

٤. حكم الشيخ في الهرست، ص ٤١٣ - ٤١٤، الرقم ٦٢٨؛ والملاحة في خلاصة الأقوال، ص ٣٩٦، الرقم ١٦٠٤.

٥. راجع الفيبة، الشيخ، ص ٤٠٣.

٦. لم نعثر عليه في مصنفات الشيخ المفيد. راجع قاموس الرجال، ج ٩، ص ٤٤٢ فما بعدها، الرقم ٧٠٥٤.

(الفصل الثاني في تفصيل الحقوق)

بالنسبة إلى الشهود

وهي على ما ذكره في الكتاب خمسة أقسام :
(فمنها) : ما يثبت (بأربعة رجال وهو الزنى واللواء والسحق . ويكتفى في) الزنى (الموجب للرجم ثلاثة رجال وامرأتان ، وللجلد رجال وأربع نسوة) .
ولو أفرد هذين عن القسم الأول وجعل الزنى قسماً برأسه كما فعل في الدروس^١ كان أنساب ، لا اختلاف حاله .

(ومنها) : ما يثبت (برجلين) خاصة (وهي الردة والقذف والشرب) شرب الخمر وما في معناه (وحده السرقة) احترز به عن نفس السرقة ، فإنها تثبت بهما وبشاهد وامرأتين ، وبشاهد ويعين بالنسبة إلى ثبوت المال خاصة (والزكاة والخمس والنذر والكفارة) .
وهذه الأربعه أحقها المصنف بحقوق الله تعالى وإن كان للأدمي فيها حظ ، بل هو المقصود منها ، لعدم تعين المستحق على الخصوص ; وضابط هذا القسم - على ما ذكره بعض الأصحاب^٢ - ما كان من حقوق الأدمي ليس مالاً ولا المقصود منه المال ، وهذا الضابط لا يدخل تلك الحقوق الأربعه .

(و) منه (الإسلام والبلوغ والولاء والتعديل والجرح والعفو عن القصاص والطلاق والخلع) وإن تضمن المال لكنه ليس نفس حقيته (والوكالة والوصية إليه)

١. الدروس الشرعية . ج ٢، ص ١١٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول . ج ١٠) .

٢. ذكره ابن إدريس في السراير ، ج ٢، ص ١١٥ : والشهيد في الدروس الشرعية . ج ٢، ص ١١١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول . ج ١٠) .

احترز به عن الوصيّة له بمال فإنه من القسم الثالث، (والنَّسْبُ وَالْهَلَالُ) وبهذا يظهر أنَّ الْهَلَالَ من حقِّ الأَدْمِي فثبتت فيه الشهادة على الشهادة كما سأّلت.

(ومنها: ما يثبت برجلين ورجل وامرأتين وشاهد ويدين وهو) كُلُّ ما كان مالاً أو الفرض منه المال مثل (الديون والأموال) الثابتة من غير أن تدخل في اسم الدين (والجناية الموجبة للدية) كقتل الخطأ والعدم المشتمل على التغريب بالنفس كالهاشمة والمُنْقَلَة، وما لا قَوْدَ فيه كقتل الوالد ولده والمسلم الكافر والعرَّ العبد وقد تقدَّم في باب الشاهد واليمين.

ولم يذكر ثبوت ذلك بأمرأتين مع اليمين مع أنه قَوَى في الدروس ثبوته بهما^١ للرواية^٢، ومساواة هما للرجل حالة انضمامهما إليه في ثبوته بهما من غير يمين. وبقي من الأحكام أمرٌ تجمع حقَّ الأَدْمِي المالي وغيره كالنكاح والخلع والسرقة فثبتت بالشاهد واليمين المال دون غيره، واستبعد المصنف ثبوت المهر دون النكاح^٣ للتنافي. (ومنها): ما يثبت (بالرجال والنساء ولو منفرداتٍ). وضابطه ما يعُشُّ اطلاق الرجال عليه غالباً (كالولادة والاستهلاك) وهو ولادة الولد حيَا ليُرث، سُمي ذلك استهلاكاً للصوت الحاصل عند ولادته متن حضر عادةً، كتصويت مَن رأى الْهَلَالَ فاشتُقَّ منه (وعيوب النساء الباطنة) كالقرآن والرثق، دون الظاهرة كالجذام والتبرص والعَقَى فإنه من القسم الثاني، (والرضاع) على الأقوى.

(والوصيّة له) أي بالمال؛ احتراز عن الوصيّة إليه. وهذا الفرد خارج من الضابط ولو أفرده قسماً كما صنع في الدروس^٤ كان حسناً، ليُرتب عليه باقي أحكامه، فإنه يختص بشبوب جميع الوصيّة برجلين وبأربع نسوة، وثبتت ربّعها بكل واحدة، وبالواحدة الربع وبالاثنتين النصف، وبالثلاث ثلاثة الأرباع من غير يمين، وباليمين مع المرأةين ومع الرجل.

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١١١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٧٢، ح ٢٣٩.

٣. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١١٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

وفي ثبوت النصف بالرجل أو الرابع من غير يمين أو سقوط شهادته أصلاً أو جهة: من مساواته للاثنتين، وعدم النصف وأنه لا يقتصر عن المرأة، والأوسط أوسط. وأشكل منه الخنثى، وإلحاده بالمرأة قوي. وليس للمرأة تضييف المال ليصير ما أوصى به ربع ما شهدت به للكذب، لكن لو فعلت استباح الموصى له الجميع مع علمه بالوصية لا بدونه، وكذا القول فيما لا يثبت بشهادته الجميع.

(ومنها): ما يثبت (بالنساء مُنضمّات) إلى الرجال (خاصّةً) أو إلى اليمين على ما تقدّم، (وهو الديون والأموال) وهذا القسم داخل في الثالث.

قيل: وإنما أفرد ليعلم احتياج النساء إلى الرجال فيه صريحاً. وليس بصحيح: لأن الانضمام يصدق مع اليمين، وفي الأول تصريح بانضمامهن إلى الرجل صريحاً، فلو عكس المعتذر كان أولى. ولقد كان إيداله بعض ما أشرنا إليه من الأقسام سابقاً التي أدرجها، وإدراجه هو أولى كما فعل في الدروس!

^١ الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١١١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

(الفصل الثالث في الشهادة على الشهادة)

(ومحلُّها حقوقُ الناس كافَةً) بل ضابطُه كُلُّ ما لم يكن عقوبةً لله تعالى مختصٌ به إجماعاً، أو مشتركةً على الخلاف، (سواءً كانت) الحقوقُ (عقوبةً كالقصاص، أو غير عقوبة) مع كونه حقاً غير مالي (كالطلاق والنَّسَبِ والعتق، أو مالاً كالقرض وعقود المعاوضات وعيوب النساء) هذا وما بعده من أفراد الحقوق التي ليست مالاً؛ ربَّها مشوئَةً (والولادة والاستهلاك والوكالة والوصية بِقسمِيها) وهذا الوصيَّة إليه وله. (ولا يثبتُ في حقِ الله تعالى محضاً كالزنى والمساوط والسحاق، أو مشتركاً كالسرقة والقذف على خلاف) منشأه مراعاةُ العقَّين.

ولم يرجحْ هنا شيئاً وكذا في الدروس¹، والوقوف على موضع اليقين أولى وهو اختيار الأكثرين، فبقي ضابط محل الشهادة على الشهادة «ما ليس بحد».

(ولو اشتتمل الحقُ على الأمرين) كالزنِي (يُثبت) بالشهادة على الشهادة (حقُ الناس خاصةً فيثبت بالشهادة) على الشهادة (على إقراره بالزنِي نَسُرُ الحرمة) لأنَّها من حقوقِ الأَدَمِيَّين، (لا الحدُّ) لأنَّه عقوبةً لله تعالى. وإنما افتقر إلى إضافة «الشهادة» على الشهادة ليصير من أمثلة المبحث، أمَّا لو شَهَدَ على إقراره بالزنِي شاهدان فالحكم كذلك على خلاف، لكنَّه من أحكامِ القسمِ السابق. ومثله ما لو شَهَدَ على إقراره بإثبات البهيمة شاهدان يثبت بالشهادة عليهما تحرِيمُ البهيمة وبيعها، دون الحد. (ويجب أن يشهدَ على) كلَّ (واحدٍ عدلان) لتبثُّ شهادته بهما. (ولو شَهَدا على

1. الدروس الشرعية، ج. 2، ص. 114 (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. 10).

الشاهد़ين فما زاد) كالأربعة في الزنى والنسوة (جاز) لحصول الغرض، وهو ثبوت شهادة كلَّ واحد بعديْن. بل يجوز أن يكون الأصلُ فرعًا لآخر، فيثبت بشهادته مع آخر. وفيما يقبل فيه شهادة النساء؛ يجوز على كلِّ امرأة أربع كالرجال، وقيل: لا يكون النساء فرعًا^١؛ لأنَّ شهادة الفرع تُثبت شهادة الأصل لا ما شهد به.

(ويُشترط) في قبول شهادة الفرع (تعذر) حضور (شاهد الأصل بموت أو مرض أو سفر) وشبهه (وَضَابطُهُ الْمُشَكَّةُ في حضوره) وإن لم يبلغ حدَّ التعذر.

واعلم أنه لا يُشترط تعديل الفرع للأصل، وإنما ذلك فرضُ الحاكم، نعم، يُعتبر تعينه فلا يكفي «أشهَدنا عدلان». ثم إن أشهداهما قالا: «أشهَدنا فلانَ آنَه يشهد بکذا». وإن سمعاهما يشهادان جازت شهادتهما عليهما وإن لم تكن شهادة الأصل عند حاكم على الأقوى؛ لأنَ العدل لا يتسامح بذلك، بشرط ذِكر الأصل للسبب وإلا فلا لاعتراض التسامح عند غير الحاكم به.

وإنما تجوز شهادة الفرع مرتَّةً واحدةً (ولا تُقبل الشهادة الثالثة) على شاهد الفرع (فصادعًا).

١. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ١٢٩ - ١٢٨؛ والمحقق في شرائع الإسلام، ج ٤، ص ١٢٩.

(الفصل الرابع في الرجوع) عن الشهادة

(إذا رجعا) أي الشاهدان فيما يُعتبر فيه الشاهدان أو الأكثر حيث يُعتبر (قبل الحكم امتنع الحكم): لأنَّه تابع للشهادة وقد ارتفعت؛ ولأنَّه لا يدرِّي أَصْدقاً في الأول أو في الثاني، فلا يَبْقَى ظنُّ الصدق فيها، (وإنْ كان) الرجوع (بعدَه لَمْ يُنْفَضِّلَ) إنْ كان مالاً (وَضَمِّنَ الشاهدان) ما شَهَدا به من المال (سواءً كانت العين باقيةً أو تالفةً) على أصحِّ القولين^١، وقيل: تُسْتَعاد العين القائمة^٢.

(ولو كانت الشهادة على قتل أو رجم أو قطع) أو جَرْحٍ أو حَدِّ، وكان قبل استيفائه لم يُسْتَوفَ؛ لأنَّها تسقط بالشبهة والرجوع شبهة، والمال لا يسقط بها. وهو في الحدّ في معنى النقض.

وفي القصاص قيل: ينتقل إلى الديمة^٣: لأنَّها بدَّلَ ممكِّنٌ عند فوات محلِّه، وعلىه لا يُنْفَضِّل. وقيل: تسقط^٤: لأنَّها فرعٌ فلا يثبت الفرعُ من دون الأصل، فيكون ذلك في معنى النقض أيضاً. والعبارة تدلُّ بإطلاقها على عدم النقض مطلقاً، واستيفاء متعلق الشهادة وإنْ كان حدًّا، والظاهر أنَّه ليس بمراد. وفي الدروس: «لا ريب أنَّ الرجوع فيما يوجب الحدّ قبل استيفائه يُبْطِلُ الحدّ، سواءً كان الله أو للإنسان: لقيام الشبهة الدارئة»^٥. ولم يتعرَّض للقصاص؛ وعلى هذا فإنَّ إطلاق العبارة إما ليس بجيد، أو خلافُ المشهور.

١. ذهب إليه الشيخ في المبسوط، ج. ٥، ص. ٦١٢ - ٦١١؛ وابن إدريس في السراير، ج. ٢، ص. ١٤٦.

٢. قال به الشيخ في النهاية، ص. ٣٣٦؛ والقاضي ابن البراج في المذهب، ج. ٢، ص. ٥٦٤.

٣. قال به الشيخ في المبسوط، ج. ٥، ص. ٦١٢.

٤. راجع مختلف الشيعة، ج. ٨، ص. ٥٤٢ - ٥٤١، المسألة ٩٩.

٥. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ١١٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

ولو كان بعد استيفاء المذكورات واتفق موته بالحد (ثم رجعوا واعترفوا بالتعتمد افتُحَصْ منهم) أجمعَ إن شاء ولئه، ورَدَ على كلّ واحدٍ ما زاد عن جنايته كما لو باشروا (أو) افتُحَصْ (من بعضهم) ورَدَ عليه ما زاد عن جنايته (ويُرَدُّ الباقون نصيبَهم) من الجنائية. (وإن قالوا: أخطأنا فالديةُ عليهم) أجمعَ مُؤَزَّعَةً. ولو تفرَّقوا في العمد والخطأ فعلى كلّ واحدٍ لازمُ قوله، فعلى المعترض بالعمد القصاص بعد ردِّ ما يفضلُ من ديته عن جنايته، وعلى المُخطئ نصيبَه من الديمة.

(ولو شَهِدا بطلاق ثم رجعا، قال) الشيخ (في النهاية: تُرَدُّ إلى الأول ويغْرِمان المهرَ للثاني^١، وَتَبِعِه أبو الصلاح^٢) استناداً إلى رواية حسنة^٣ حُمِّلت على تزويجها بمجرد سماع البينة، لا بحكم الحاكم. (و) قال (في الخلاف: إن كان بعد الدخول فلا غُرمَ) للأول: لاستقرار المهر في ذمته به فلا تفويت، والبُطْشُ لا يُضمن بالتفويت والإلْهَجِر على المريض بالطلاق إلا أن يُخرج البُطْشُ من ثلث ماله، ولأنَّه لا يُضمن له لو قُتلَها قاتل، أو قُتلت نفسها، أو حرَّمت نكاحها برضاع (وهي زوجة الثاني) لأنَّ الحكم لا يُنقض بعد وقوعه. (وإن كان قبل الدخول غَرِماً) للأول (نصف المهر) الذي غرمَه؛ لأنَّه وإن كان ثابتاً بالعقد كثبت الجميع بالدخول إلا أنه كان معَرضاً للسقوط بردها، أو الفسخ لعيوب بخلافه بعد الدخول لاستقراره مطلقاً^٤. وهذا هو الأقوى، وبه قطع في الدروس^٥. ونقله هنا قولًا كالآخر يدلُّ على تردُّده فيه، ولعلَّه لمعارضة الرواية المعتبرة^٦.

واعلم أنهم أطلقوا الحكم في الطلاق من غير فرق بين البائن والرجعي، ووجهه

١. النهاية، ص ٣٣٦.

٢. الكافي في الفقه، ص ٤٤١.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٦٠، ح ٦٨٩.

٤. الخلاف، ج ٦، ص ٣٢٢-٣٢٣، المسألة ٧٧٧ و ٧٨٠.

٥. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١١٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٦. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٨٥-٢٨٦، ح ٧٨٩.

حصول السبب المُزيل للنكاح في الجملة، خصوصاً بعد انقضاء عدّة الرجعي، فالتفويت حاصل على التقديرتين. ولو قيل بالفرق واحتراص الحكم بالبائن كان حسناً، فلو شهدا بالرجعي لم يضمنا؛ إذ لم يفوتا شيئاً؛ لقدرته على إزالة السبب بالرجعة، ولو لم يراجع حتى انقضت العدة احتُمِل إلهاقه بالبائن والقرم، وعدمه لتقصيره بترك الرجمة. ويجب تقييد الحكم في الطلاق مطلقاً بعدم عروض وجه مُزيل للنكاح، فلو شهدا به فرقاً فرّجاً، فقامت بيته أنه كان بينهما رضاع محروم فلا غرم؛ إذ لا تفويت.

(ولو ثبت تزوير الشهود) بقاطع كعلم الحاكم به لا بإقرارهما؛ لأنّه رجوع، ولا بشهادة غيرهما؛ لأنّه تعارض؛ (نقض الحكم) لتبين فساده (واستعيد المال) إن كان المحكوم به مالاً، (فإن تعذر أغirmوا) وكذا يلزّمهم كلّ ما فات بشهادتهم (وعزّروا على كلّ حال) سواء كان ثبوته قبل الحكم أم بعده؛ فات شيء أم لا، (وشهّروا) في بلدتهم وما حولها؛ لتجتبيـث شهادتهم ويرتدعـغـيرـهمـ ولا كذلك من تبيـنـغلـطـهـ أوـرـدـتـ شهادـتهـ لـمعـارـضـةـ بيـتهـ أـخـرىـ،ـ أوـظـهـورـفـسـقـأـوـتـهـمـ؛ـ لـإـمـكـانـكـونـهـ صـادـقاــ فيـنـسـ الـأـمـرـ فـلـمـ يـحـصـلـ مـنـهـ بـالـشـهـادـةـ أـمـ زـائـدـ.

كتاب الوقف

(كتاب الوقف)

(وهو تحبّسُ الأصل) أي جعله على حالة لا يجوز التصرُّف فيه شرعاً على وجه ناقلٍ له عن الملك إلَّا ما استثنى (وإطلاق المنفعة).

وهذا ليس تعريفاً بل ذكر شيءٍ من خصائصه، أو تعريف لفظي موافق للحديث الوارد عنه^١: «حبَّس الأصل وسَبَّل الشَّرْمَة»^٢، إلَّا لانتقض بالسكنى وأختيها والحبس؛ وهي خارجة عن حقيقته كما سيشير إليه. وفي الدروس عَرَفَه: بأنَّه الصدقة الجارية^٣، تَبَعَا لِمَا وَرَدَ عنه^٤: «إِذَا ماتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٌ جَارِيَّةٌ»^٥. الحديث.

(ولفظُه الصرِّيحُ) الذي لا يقتصر في دلالته عليه إلى شيءٍ آخر (وقفتُ) خاصةً على أصح القولين^٦؛ (وأَمَا) «حَبَّسْتُ» و«سَبَّلْتُ» و«حَرَّمْتُ» و«تَصَدَّقْتُ» فمُفترِّقٌ إلى القرينة) كالتَّأْيِيدِ ونفي البَيْعِ والهَبَةِ والإِرْثِ فيصير بذلك صريحاً. وقيل: الأوَّلان صريحان أيضاً بدون الضميمة^٧، ويُضَعَّفُ باشتراكهما بينه وبين غيره

١. سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ٨٠، ح ٢٢٩٧؛ عوالي الالكي، ج ٢، ص ٢٦٠، ح ١٤.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٠٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. راجع للحديث مسند أحمد، ج ٣، ص ٦٥، ح ٨٦٢٧؛ جامع الأخبار، ص ٢٨٣، ح ٤٧٥٧.

٤. اختصار الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ١١١؛ ابن إدريس في السرائر، ج ٣، ص ١٥٥.

٥. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ٥٤٢، المسألة ٨؛ وابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٢٩٦.

فلا يدل على الخاص بذاته فلا بد من انضمام قرينة تعيينه. ولو قال: «جعلته وقفاً» أو صدقة مؤبدة محرةً كفى، وفافاً للدروس^١، لأنَّه كالصريح. ولو نوى الوقف فيما يقتصر إلى القرينة وقع باطنًا، ودين بنيته لو ادعاه أو ادعى غيره. ويظهر منه عدم اشتراط القبول مطلقاً ولا القربة، أما الثاني، فهو أصح الوجهين؛ لعدم دليل صالح على اشتراطها وإنْ توقف عليها التواب، وأما الأول، فهو أحد القولين^٢ وظاهر الأكثرين؛ لأصله عدم الاشتراط؛ ولأنَّ إزالة ملكِ فيكتفي فيه بالإيجاب كالاعتق.

وقيل: يُشترط إن كان الوقف على من يمكن في حقه القبول^٣، وهو أجود، وبذلك دخل في باب العقود؛ لأنَّ إدخال شيء في ملك الغير يتوقف على رضاه، وللشك في تمام السبب بدونه فيستصحب. فعلى هذا يُعتبر فيه ما يُعتبر في العقود الازمة من اتصاله بالإيجاب عادةً، ووقعه بالعربيَّة وغيرها. نعم، لو كان على جهة عامة أو قبيلة كالفقراء لم يُشترط وإنْ أمكن قبول الحاكم له، وهذا هو الذي قطع به في الدروس^٤. وربما قيل باشتراط قبول الحاكم فيما له ولا ينبع^٥. وعلى القولين لا يُعتبر قبول البطن الثاني ولا رضاه لتمامية الوقف قبله فلا ينقطع؛ لأنَّ قبوله لا يتصل بالإيجاب فلو اُثير لم يقع له.

(ولا يلزم) الوقف بعد تمام صيغته (بدون القبض) وإنْ كان في جهة عامة قبضها الناظر فيها، أو الحاكم أو القيمة المنصوب من قبل الواقف لقبضه. ويُعتبر وقوعه (بإذن الواقف) كغيره؛ لامتناع التصرف في مال الغير بغير إذنه، والحال أنه لم ينتقل إلى الموقف عليه بدونه. (فلو مات) الواقف (قبله) أي قبل قبضه المستند إلى إذنه (بطل).

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٠٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. اختياره المفيد في المقنعة، ص ٦٥٢؛ والشيخ في النهاية، ص ٥٩٥.

٣. قال به الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢١٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٤. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢١٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٥. اختياره العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٨٨؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٩، ص ١٢.

ورواية عَبْدِ الدَّمْرَقِيِّ بْنِ زُرَارَةَ صَرِيقَةَ فِيهِ^١. وَمَنْ يَظْهِرُ أَنَّهُ لَا تُعْتَدُ فُورَيْتَهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مَوْتَ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ كَذَلِكَ، مَعَ احْتِمَالِ قِيَامِ وَارِثِهِ مَقَامَهُ.

وَيَقْهَمُ مِنْ نَفْيِهِ الْلَّزَومَ بِدُونِهِ أَنَّ الْعَدَدَ صَحِيقَ قَبْلَهُ؛ فَيَتَتَّلِقُ الْمَلْكُ اِنْتِقَالًا مُتَزَلِّلًا يَبْتَأِمُ بِالْقِبْضَ، وَصَرَّاحٌ غَيْرُهُ^٢ - وَهُوَ ظَاهِرٌ فِي الْدُّرُوسِ^٣ - أَنَّهُ شَرْطُ الصَّحَّةِ، وَتَظَاهِرُ الْفَانِدَةُ فِي النَّمَاءِ الْمُتَخَلِّلِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعَدَدِ؛ وَيُسْكَنُ أَنَّ يَرِيدُ هُنَا بِالْلَّزَومِ الصَّحَّةَ بِقُرْبَتِهِ حُكْمِهِ بِالْبَطْلَانِ لَوْ مَاتَ قَبْلَهُ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ مِنْ مَقْتَضِيِّ دَعْمِ الصَّحَّةِ لَا لِلْلَّزَومِ، كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي هَبَةِ الْدُّرُوسِ، وَاحْتَمَلَ إِرَادَتَهُ مِنْ كَلَامِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ فِيهَا^٤.

(وَيُدْخُلُ فِي وَقْفِ الْحَيَوانِ لِبْنَهُ وَصَوْفَهُ) وَمَا شَاكَلَهُ (الْمُوْجُودَانِ حَالِ الْعَدَدِ مَا لَمْ يَسْتَثِنْهُمَا) كَمَا يَدْخُلُ ذَلِكَ فِي الْبَيعِ؛ لِأَنَّهُمَا كَالْجُزْءِ مِنْ الْمَوْقُوفِ بِذَلِلَةِ الْعَرْفِ، وَهُوَ الْفَارَقُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الشَّمْرَةِ؛ فَإِنَّهَا لَا تَدْخُلُ وَإِنْ كَانَ طَلْعًا لَمْ يُؤَبَرْ.

(وَإِذَا تَمَّ الْوَقْفُ (لَمْ يَجُزُ الرَّجُوعُ فِيهِ)؛ لِأَنَّهُ مِنْ الْعَوْدِ الْلَّازِمَةِ.

(وَشَرْطُهُ) مَضَافًا إِلَى مَا سَلَفَ (الْتَّبَجِيزُ) فَلَوْ عَلِقَهُ عَلَى سُرْطِ أَوْ صَفِيَّ بَطْلٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ وَاقِعًا وَالْوَاقِفُ عَالِمٌ بِوُقُوعِهِ، كَفُولَهُ «وَقَفْتُ إِنْ كَانَ الْيَوْمُ الْجَمِيعَةُ»، وَكَذَا فِي غَيْرِهِ مِنِ الْعَوْدِ. (وَالْدَّوْمُ) فَلَوْ قَرَنَهُ بِمَدَّةِ، أَوْ جَعَلَهُ عَلَى مَنْ يَنْتَرِضُ غَالِبًا لَمْ يَكُنْ وَقْفًا، وَالْأَقْوَى صَحَّتْهُ حَبْسًا يَبْطِلُ بِانْقِضَائِهَا، وَانْقِراضِهِ، فَيَرِجِعُ إِلَى الْوَاقِفِ أَوْ وَارِثِهِ حِينَ انْقِراضِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ كَالْوَلَاءِ؛ وَيُحْتَمَلُ إِلَى وَارِثِهِ عَنْدِ مَوْتِهِ، وَيُسْتَرِسلُ فِيهِ إِلَى أَنْ يُصَادِفَ الْانْقِراضَ، وَيُسْتَمِّي هَذَا مُنْقَطِعُ الْآخِرِ، وَلَوْ انْقَطَعَ أُولُهُ أَوْ وَسْطُهُ أَوْ طَرْفَاهُ فَالْأَقْوَى بَطْلَانٌ مَا بَعْدَ الْقِطْعَ، فَيَبْطِلُ الْأُولُوُّ وَالْآخِرُ وَيَصْحَّ أُولُ الْآخِرِ.

١. تهذيب الأحكام، ج. ٩، ص. ١٣٧، ح. ٥٧٧.

٢. كالحق في شرائع الإسلام، ج. ٢، ص. ١٧١؛ والملاحة في قواعد الأحكام، ج. ٢، ص. ٣٨٩.

٣. الدراس الشرعية، ج. ٢، ص. ٢١٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

٤. الدراس الشرعية، ج. ٢، ص. ٢٢٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

(والإقباض) وهو تسلیط الواقف للقابض عليه ورفع يده عنه له، وقد يغاير الإذن في القبض الذي اعتبره سابقاً بأن يأذن فيه ولا يرفع يده عنه؛ (واخراجه عن نفسه) فلو وقف على نفسه بطل وإن عَقَبَ بما يصح الوقف عليه؛ لأنَّه حينئذٍ منقطع الأول وكذا لو شرط لنفسه الخيار في نقضه متى شاء، أو في مدة معينة.

نعم، لو وقفه على قِيلٍ هو منهم ابتداءً أو صار منهم شارك، أو شرط عوده إليه عند الحاجة فالمروري^١ والمشهور أتباع شرطه، وبُعدَ حينئذٍ قصور ماله عن مؤونة سنته فيعود عندها، ويورث عنه لو مات وإنْ كان قبلها. ولو شرط أكمل أهله منه صح الشرط كما فعل النبي ﷺ بوقفه^٢، وكذلك فاطمة^٣، ولا يقدح كونهم واجبي النفقه فتسقط نفقتهم إن اكتفوا به. ولو وقف على نفسه وغيره صح في نصفه على الأقوى إن اتحد، وإن تعدد فبحسبة فلو كان جماعاً للفقراء بطل في ربعه، ويُحتَمَل النصف والبطلان رأساً.

(وشرط الموقوف أن يكون عيناً) فلا يصح وقف المنفعة ولا الدين ولا المُبَهِّم؛ لعدم الانتفاع به مع بقائه وعدم وجوده خارجاً، والمقبوض والمعين بعده غيره (مملوكةً) إن أُريد بالملكية صلاحيتها له بالنظر إلى الواقف؛ ليحتَرَز عن وقف نحو الخمر والخنزير من المسلم فهو شرط الصحة، وإن أُريد به الملك الفعلي ليحتَرَز به عن وقف ما لا يملك، وإن صلح له فهو شرط اللزوم. والأولى أن يراد به الأعم وإن ذكر بعض تفصيله بعد (يُنتَفع بها مع بقائهما) فلا يصح وقف ما لا ينتَفع به إلا مع ذهاب عينه كالخبز والطعام والفاكهه.

ولا يُعتبر في الانتفاع به كونه في الحال بل يكفي المتوقع كالعبد والجَحْشُ الصغيرين، والزَّمِين الذي يُرجَى زوال زمامته. وهل يُعتبر طول زمان المنفعة؟ إطلاق

١. تهذيب الأحكام، ج. ٩، ص. ١٤٦، ح. ٦٠٧.

٢. الكافي، ج. ٧، ص. ٤٧-٤٨، باب صدقات النبي ﷺ وفاطمة والأنستة^٣ ووصاياتهم، ح. ١.

٣. الكافي، ج. ٧، ص. ٤٨-٤٩، باب صدقات النبي ﷺ وفاطمة و...، ح. ٥٥-٦٠.

العبارة والأكثر يقتضي عدمه؛ فيصح وقف ريحان يسرع فساده، ويحتمل اعتباره لقلة المنفعة ومنافاتها للتأييد المطلوب من الوقف، وتوقف في الدروس^١، ولو كان مزروعاً صحيحاً، وكذا ما يطول نفعه كمشك وعنبر.

(ويمكن إقراضها) فلا يصح وقف الطير في الهواء ولا السمك في ماء لا يمكن قبضه عادةً، ولا الآبق والمخصوص ونحوها. ولو وقفه على من يمكنه قبضه فالظاهر الصحة؛ لأن الإقباض المعتبر من المالك هو الإذن في قبضه وتسويقه عليه، والمعتبر من الموقوف عليه تسلمه، وهو ممكן.

(ولو وقف ما لا يملكه وقف على إجازة المالك) كغيره من العقود؛ لأنّه عقد صدر من صحيح العبارة قابل للنقل وقد أجاز المالك فيصح. وباحتلال عدمها هنا وإن قيل به في غيره؛ لأنّ عبارة الفضولي لا أثر لها، وتأنيث الإجازة غير معلوم؛ لأنّ الوقف فك ملك في كثير من موارده ولا أثر لعبارة الغير فيه، وتوقف المصنف في الدروس؛ لأنّه تسب عدم الصحة إلى قول^٢، ولم يفت بشيء، وكذا في التذكرة^٣. وذهب جماعة إلى المنع هنا^٤، ولو اعتبرنا فيه التقرّب قوي المنع لعدم صحة التقرّب بملك الغير.

(ووقف المشاع جائز كالمقسوم) لحصول الغاية المطلوبة من الوقف وهو «تحبيس الأصل وإطلاق الثمرة به» وقبضه كقبض المبيع في توقفه على إذن المالك والشريك عند المصنف مطلقاً، والأقوى أن ذلك في المنقول، وغيره لا يتوقف على إذن الشريك، لعدم استلزم التخلية التصرّف في ملك الغير.

١. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص ٢١٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

٢. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص ٢١٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

٣. تذكرة الفقهاء، ج. ٢، ص ٤٣١ (الطبعة الحجرية).

٤. منهم: فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج. ٢، ص ٣٨٩؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج. ٩، ص ٥٧؛ ابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٦٩.

(وشرطُ الواقفِ الكمالُ) بالبلوغ والعقل والاختيار ورفع الحجر. (ويجوز أن يجعل النظر على الموقوف (نفسه ولغيره) في متن الصيغة (فإن أطلق) ولم يشرطه لأحدٍ (فالنظر في الوقف العام إلى الحاكم) الشرعي (وفي غيره) وهو الوقف على معين (إلى الموقوف عليهم) والواقف مع الإطلاق كالأجنبي. ويُشترط في «المشروط له النظر» العدالة والاهتداء إلى التصرف. ولو عرض له الفسق انعزل، فإن عاد عادت إن كان مشروطاً من الواقف. ولا يجب على المشروط له القبول، ولو قبل لم يجب عليه الاستمرار؛ لأنَّه في معنى التوكيل. وحيث يبطل النظر يصير كما لو لم يشرط.

ووظيفة الناظر مع الإطلاق العمارة والإجارة وتحصيل الفائدة وقسمتها على مستحقها. ولو فرض إليه بعضها لم يتعدَّه، ولو جعله لاثنين وأطلق لم يستقلَ أحدُهما بالتصرف. وليس للواقف عزلُ المشروط في العقد وله عزلُ المنصوب من قبله لو شرط النظر لنفسه فولاه؛ لأنَّه وكيل. ولو آجر الناظر مدةً فزادت الأجرة في المدة أو ظهر طالب بالزيادة لم ينفي العقد؛ لأنَّه جرى بالغبطة في وقته إلا أن يكون في زمان خياره فيتعين عليه الفسخ. ثم إن شرط له شيء عوضاً عن عمله لِمَ ليس له غيره، وإنْ فله أجرة المثل عن عمله مع قصد الأجرة به.

(وشرطُ الموقوف عليه وجوده، وصحَّة تملُّكه، وإباحة الوقف عليه، فلا يصحُّ الوقف (على المعدوم ابتداءً) بأنْ يبدأ به ويجعله من الطبقة الأولى فيوقف على من يتجدد من ولد شخص ثم عليه مثلاً (ويصحَّ تبعاً) بأن يوقف عليه وعلى من يتجدد من ولده. وإنما يصحَّ تبعية المعدوم الممكِن وجوده عادةً كالولد، أمّا ما لا يمكن وجوده كذلك كالميَّت لم يصحَّ مطلقاً، فإنْ ابتدأ به بطل الوقف وإن آخره كان منقطع الآخير أو الوسيط، وإن ضمَّه إلى موجود بطل فيما يخصه خاصةً على الأقوى.

(ولا على) من لا يصحَّ تملُّكه شرعاً مثل (العبد) وإن تشتَّت بالعريمة كأم الولد

(وجبريل عليه السلام) وغيره من الملائكة والجن والبهائم، ولا يكون وفقاً على سيد العبد وملك الدابة عندنا.

وينبغي أن يُستثنى من ذلك العبد المعد لخدمة الكعبة والمشهد والمسجد ونحوها من المصالح العامة، والدابة المعدة لنحو ذلك أيضاً؛ لأنَّه كالوقف على تلك المصلحة. ولما كان اشتراط أهلية الموقوف عليه للملك يُوهِم عدم صحته على ما لا يصح تملُّكه من المصالح العامة كالمسجد والمشهد والقطرة نبيه على صحته وبيان وجهه بقوله: (والوقف على المساجد والقناطر في الحقيقة) وقف (على المسلمين) وإنْ جعل متعلِّقه بحسب اللفظ غيرهم (إذ هو مصروف إلى مصالحهم) وإنما أفاد تخصيصه بذلك تخصيصه ببعض مصالح المسلمين وذلك لا ينافي الصحة.

ولا يَرِدُ أَنْ ذَلِكَ يَسْتَلِزِمُ جَوَازَ الْوَقْفِ عَلَى الْبَيْعِ وَالْكَنَائِسِ كَمَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَى
أَهْلِ الذَّمَةِ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى كَنَائِسِهِمْ وَشَبَهِهَا وَقْفٌ عَلَى مَصَالِحِهِمْ، لِلْفَرْقِ فِيَنَّ الْوَقْفَ
عَلَى الْمَسَاجِدِ مَصْلَحَةً لِلْمُسْلِمِينَ وَهِيَ مَعَ ذَلِكَ طَاعَةٌ وَقَرْبَةٌ، فَهِيَ جَهَةٌ مِنْ جَهَاتِ
الْمَصَالِحِ الْمَأْذُونَ فِيهَا بِخَلْفِ الْكَنَائِسِ؛ فِيَنَّ الْوَقْفَ عَلَيْهَا وَقْفٌ عَلَى جَهَةٍ خَاصَّةٍ مِنْ
مَصَالِحِ أَهْلِ الذَّمَةِ لِكُنْتَهَا مَعْصِيَةً؛ لِأَنَّهَا إِعْانَةٌ لَهُمْ عَلَى الْإِجْتِمَاعِ إِلَيْهَا لِلْعُبَادَاتِ الْمُحرَّمَةِ
وَالْكُفَّارِ بِخَلْفِ الْوَقْفِ عَلَيْهِمْ أَنْفُسِهِمْ؛ لِعدَمِ اسْتِلْزَامِهِ الْمَعْصِيَةِ بِذَاتِهِ؛ إِذْ نَفْعُهُمْ مِنْ حِيثِ
الْحَاجَةِ وَأَنْهُمْ عَبَادُ اللَّهِ وَمِنْ جُمْلَةِ بَنِي آدَمَ الْمُكَرَّمِينَ وَمَنْ يَجُوزُ أَنْ يَتَولَّدَ مِنْهُمْ
الْمُسْلِمُونَ لَا مَعْصِيَةً فِيهِ، وَمَا يَتَرَبَّ عَلَيْهِ مِنْ إِعْانَتِهِمْ بِهِ عَلَى الْمُحرَّمِ كَشْرِ الْخَمْرِ
وَأَكْلِ لَحْمِ الْخَنْزِيرِ وَالْذَّهَابِ إِلَى تِلْكَ الْجَهَاتِ الْمُحرَّمَةِ لَيْسَ مَقْصُودًا لِلْلَّوَاقْفِ، حَتَّى لَوْ
فَرِضَ قَصْدُهُ لَهُ حَكَمْنَا بِيَطْلَانِهِ، وَمِثْلُهُ الْوَقْفُ عَلَيْهِمْ لِكُونِهِمْ كُفَّارًا، كَمَا لَا يَصْحُ الْوَقْفُ
عَلَى فَسَقَةِ الْمُسْلِمِينَ مِنْ حِيثِ هُمْ فَسَقَةً.

(ولا على الزُّناة والفُحْشَة) من حيث هم كذلك؛ لأنَّ إعانته على الإثم والمعدون فيكون معصيَّة. أمَّا لو وقف على شخص متَّصف بذلك لا من حيث كون الوصف مُنَاطًّا الوقف صَحٌ، سواء أطلق أم قَصَد جهةً محَلَّةً.

(والمسلمون من صلّى إلى القبلة) أي اعتقاد الصلاة إليها وإن لم يصلّ، لا مستحلاً، وقيل: يُشترط الصلاة بالفعل^١، وقيل: يختص بالمؤمن^٢، وهما ضعيفان: (إلا الخوارج والغلاة) فلا يدخلون في مفهوم «ال المسلمين » وإن صلوا إليها، للحكم بکفرهم.

ولا وجه لتخفيضه بهما، بل كل من أنكر ما عُلِمَ من الدين ضرورة كذلك عنده، والنواصب كالخوارج فلا بد من استثنائهم أيضاً. وأما المُجَسَّمة، فقطع المصنف بکفرهم في باب الطهارة من الدروس وغيرها^٣، وفي هذا الباب منها تسبب خروج المُشَبَّهَة منهم إلى القيل^٤ مُشيراً بتوافقه فيه، والأقوى خروجه إلا أن يكون الواقف من إحدى الفرق فيدخل فيه مطلقاً، نظراً إلى قصده. ويدخل الإناث تبعاً، وكذلك من بحکيمهم للأطفال والمجانين، ولدلالة العرف عليه.

(والشيعة من شايعَ علياً^{عليه السلام}) أي اتبأه (وقدّمه) على غيره في الإمامة وإن لم يُواافق على إمامية باقي الأئمة بعده، فيدخل فيهم الإمامية والجارودية من الزيدية والإسماعيلية غير الملاحدة منهم والواقفية والفتحية وغيرهم.

وربما قيل بأن ذلك مخصوص بما إذا كان الواقف من غيرهم، أما لو كان منهم صرف إلى أهل بختته خاصةً، نظراً إلى شاهد حاله وفحوى قوله^٥، وهو حسن مع وجود القرينة وإلا فحمل اللفظ على عمومه أجود.

(والإمامية: الاثنا عشرية) أي القائلون بإمامية الاثني عشر، المعتقدون لها. وزاد في الدروس اعتقاد عصمتهم^٦ أيضاً: لأنه لازم المذهب. ولا يُشترط هنا اجتناب

١. قال به الشيخ المفيد في المقمعة، ص ٦٥٤.

٢. قال به ابن إدريس في السراير، ج ٣، ص ١٦٠ - ١٦١.

٣. الدروس الشرعية، ج ١، ص ٤٤؛ البيان، ص ٨٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٩ و ١٢).

٤. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢١٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٥. قال به ابن إدريس في السراير، ج ٣، ص ١٦٢.

٦. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢١٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

الكبار اتفاقاً وإنْ قيل به في المؤمنين^١، وربما أَوْهَمَ كلامُه في الدروس ورودَ الخلاف هنا أيضاً، وليس كذلك، ودليل القائل يُرِشدُ إلى اختصاص الخلاف بالمؤمنين.

(والهاشمية من ولدِه هاشم برأيه) أي اتّصل إليه بالأب وإنْ علا، دون الأم على الأقرب؛ (وكذا كل قبيلة) كالعلوية والحسينية يدخل فيها من اتّصل بالمنسوب إليه بالأب دون الأم، ويستوي فيه الذكور والإناث.

(وإطلاق الوقف) على متعددٍ (يقتضي التسوية) بين أفراده وإنْ اختلفوا بالذكورية والأنوثية؛ لاستواء الإطلاق والاستحقاق بالنسبة إلى الجميع. (ولو فضل) بعضهم على بعض (لِزَمَّ) بحسب ما عين؛ عملاً بمقتضى الشرط.

(وهنا مسائلٌ):

[المسألة] الأولى: نفقة العبد الموقوف والحيوان الموقوف (على الموقوف عليهم) إن كانوا معينين؛ لانتقال الملك إليهم وهي تابعة له، ولو كان على غير معينين ففي كتبه مقدمةً على الموقوف عليه، فإن قصر الكسب ففي بيت المال إن كان، وإن وجوب كفايةً على المكلفين كغيره من المحتاجين إليها.

لو مات العبد فمؤونته تجهيزه كنفقته. ولو كان الموقوف عقاراً فنفقته حيث شرط الواقع، فإن انتهى الشرط ففي غلته، فإن قصرت لم يجب الإكمال، ولو عدمت لم يجب عمارتها بخلاف الحيوان؛ لوجوب صيانة روحه.

(ولو عمي العبد أو مجنون) أو أُقعد (اعتق) كما لو لم يكن موقوفاً، (وبطل الوقف) بالاعتق (وسقطت النفقة) من حيث الملك^٢؛ لأنَّها كانت تابعة له، فإذا زالت.

١. قال به المفيد في المقنة، ص ٦٥٤؛ والشيخ في النهاية، ص ٥٩٧.

٢. قيده بالحيثية للتبيه على أنَّ نفقة هذا العبد مع عجزه - كما هو الحال بالنسبة إلى مرضه - يجب على المسلمين كفاية مع عدم بيت المال كثيرة من المضطرين والموقوف عليهم من الجملة ما يجب عليهم من هذه الحيثية وإن سقطت من حيث الملك. (منه رحمة الله)

[المسألة] (الثانية): لو وَقَفَ في سبِيلِ اللهِ انْصَرَفَ إِلَى كُلِّ قُرْبَةٍ؛ لأنَّ المراد من السبيلِ الطريقُ إلى اللهِ، أيُّ إلى ثوابِه ورِضاوِه فَيُدْخُلُ فيهِ كُلُّ ما يُوجِبُ الشَّوَابَ من نفعٍ المَحَاوِيجَ وعَمَارَةَ الْمَسَاجِدِ وإِصْلَاحَ الْطُّرُقَاتِ وتكفين الموتى. وقيل: يَخْتَصُّ الْجِهَادُ، وقيل: بإضافة الحجَّ وال عمرةِ إليهِ^٢، والأول أَشَهَرٌ.

(وكذا) لو وَقَفَ في (سبِيلِ الخيرِ وسبِيلِ الشَّوَابِ)؛ لاشتراكِ الثلاثةِ في هذا المعنى. وقيل: سبِيلُ الشَّوَابِ الفقراءُ والمساكين^٣ وبيَدَا بأقاربهِ؛ وسبِيلُ الخيرِ الفقراءُ والمساكينُ وابنُ السبيلِ، والغارمونُ الذين استداناوا لمصلحتهم، والمكَاتِبُون. والأول أَقْوَى إِلَّا أَنْ يَقْصِدَ الْوَاقِفُ غَيْرَهُ.

[المسألة] (الثالثة): إذا وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ اشْتَرَكَ أَوْلَادُ الْبَنِينِ وَالْبَنَاتِ^٤؛ لاستعمالِ الأَوْلَادِ فِيمَا يَشْمَلُ أَوْلَادَهُمْ استعمالًا شائعاً لغَةً وشَرْعًا؛ كقوله تعالى: «يَسْبِئُ إِذَمَ»^٥، «يَسْبِئُ إِنْزَرَإِيلَ»^٦ و«يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِتْ أَوْلَادِكُمْ»^٧ والإجماع على تحريم حَلْبِيَةِ ولدِ الولدِ ذَكَرًا وَأَنْثَى من قوله تعالى: «وَحَلَبِلُ أَبْنَاءِكُمْ»^٨، وقوله^٩: «لَا تُنْزِرُوا أَبْنَيَ»^٩ يعني الحسن^{١٠}، أي لا تقطعوا عليه بسوله لَمَّا بَالَّ فِي حَجْرِهِ، والأَصْلُ فِي الْاسْتِعْمَالِ الْحَقِيقَةُ، وَهَذَا الْاسْتِعْمَالُ كَمَا دَلَّ عَلَى دُخُولِ أَوْلَادِ الْأَوْلَادِ فِي الْأَوْلَادِ دَلَّ عَلَى دُخُولِ أَوْلَادِ الإِنَاثِ أَيْضًا. وهذا

١. قال به ابن حمزة في الوسيلة، ص ٣٧١.

٢. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ٥٤٥، المسألة ١٢.

٣. قال به الشيخ في المسوط، ج ٣، ص ١١٥.

٤. إنما يتأتى هذا على تقدير دُخُولِ أَوْلَادِهِ فِي الْوَقْفِ عَلَى أَوْلَادِهِ، أَوْ أَنَّهُ لَمَّا وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ كَانَ هُنَاكَ قَرِيبَةً دَلَّتْ عَلَى دُخُولِ أَوْلَادِ الْأَوْلَادِ (زين رحمه الله)

٥. الأعراف (٧): ٢٦ - ٢١ - ٢٥.

٦. البقرة (٢): ٤٧ - ٤٠ - ١٢٢.

٧. النساء (٤): ١١.

٨. النساء (٤): ٢٣.

٩. معاني الأخبار، ص ٢١١، ح ١: المستدرك على الصحيحين، ج ٤، ص ١٧٦، ح ٤٨٨٢.

أحد القولين^١ في المسألة، وقيل: لا يدخل أولاد الأولاد مطلقاً في اسم الأولاد؛ لعدم فهمه عند الإطلاق، ولصحة السبب فيقال في ولد الولد: «ليس ولدي بل ولد ولدي».^٢

وأجاب المصنف في الشرح عن الأدلة الدالة على الدخول بأنه ثم من دليل خارج، وبأنَّ اسمَ الولد لو كان شاملًا للجميع لزم الاشتراك، وإن عُورِضَ بلزمِ المجاز فهو أولى^٣؛ وهذا أظهر.

نعم، لو دلت قرينة على دخولهم كقوله: «الأعلى فالأعلى» اتجه دخول من دلت عليه. ومن خالف في دخولهم كالفاضلين فرضوا المسألة فيما لو وقف على أولاد أولاده^٤ فإنه حينئذ يدخل أولاد البنين والبنات بغير إشكال. وعلى تقدير دخولهم بوجه فاشتراكهم (بالسوية)؛ لأن ذلك مقتضى الإطلاق، والأصل عدم التفاضل (إلا أن يفضل) بالتصريح، أو بقوله «على كتاب الله» ونحوه^٥.

(ولو قال «على من انتسب إلى» لم يدخل أولاد البنات) على أشهر القولين^٦؛ عملاً بدلالة اللغة والعرف والاستعمال.

[المسألة] (الرابعة: إذا وقف مسجداً لم ينفك وقفه بخراب القرية^٧)؛ للزروع

١. قال به الشيخ العفيف في المقمعة، ص ٦٥٣؛ والقاضي ابن البراج في المذهب، ج ٢، ص ٨٩.

٢. حكاه عن الإسکافي العلامه في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٦٧، المسألة ٣٩؛ وقال به الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ١١٧.

٣. غایة المراد، ج ٢، ص ٢٧٨ (ضمن موسوعة الشهید الأول، ج ٢).

٤. في الدروس لم يذكر هذه المسألة والظاهر أنه استضعف للحكم، وفي شرح الإرشاد [غایة المراد، ج ٢، ص ٢٧٧ - ٢٧٨] مال إلى عدم دخولهم. (منه رحمة الله)

٥. انظر مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٦٧، المسألة ٣٩؛ شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧٢.

٦. ذهب إليه المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧٣؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٩٧.

٧. وقال بعض العامة: يعود طلاقاً بخراب القرية: قياساً على عود الكفن إلى الوارث إذا أخذ السيل الميت. وجوابه - بعد بطلان القياس - رجاء عمارة القرية، أو مرور بعض المسلمين على المسجد، بخلاف الميت. (زين رحمة الله)

الوقف، وعدم صلاحية الخراب؛ لزواله بجواز عودها أو انتفاع المارة به، وكذا لو خرب المسجد^١.

خلافاً لبعض العامة؛ قياساً على عود الكفن إلى الورثة عند اليأس من الميت بجامع استغناه المسجد عن المصليين كاستغناء الميت عن الكفن^٢.

والفرق واضح؛ لأنَّ الكفن ملك للوارث وإنْ وجب بذلك في التكفين، بخلاف المسجد؛ لخروجه بالوقف على وجه فكَ الملك كالتحرير، ولإمكان الحاجة إليه بعمارة القرية وصلة المار، بخلاف الكفن.

(وإذا وقف على القراء أو العلوية انصرف إلى مَنْ في بلد الواقف منهم ومن حضرة^٣) يعني جواز الاقتصار عليهم من غير أن يتبع غيرهم مَنْ يشتملُه الوصف، فلو تتبع جاز. وكذا لا يجب انتظار من غاب منهم عند القسمة.

وهل يجب استيعاب من حضر؟ ظاهر العبارة ذلك؛ بناءً على أنَّ الموقوف عليه يستحق على جهة الاشتراك لا على وجه بيان المصرف، بخلاف الزكاة، وفي الرواية دليل عليه^٤. ويحتمل جواز الاقتصار على بعضهم؛ نظراً إلى كون الجهة المعينة مصرفأً. وعلى القولين^٥ لا يجوز الاقتصار على أقلَّ من ثلاثة، مراعاة لصيغة الجمع. نعم، لا تجب التسوية بينهم، خصوصاً مع اختلافهم في المزية، بخلاف الوقف على المنحصرين فيجب التسوية بينهم والاستيعاب.

١. نعم، لو كان في الأرض المفتوحة عنوة اتجه خروجه عن الوقف بالخراب؛ لأنَّ صحة الوقف تابعة لأنثر المتصرِّف. (منه رحمة الله)

٢. حكاٰء عن محمد بن الحسن الشيباني ابن قدامة في المغني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٦، ص ٢٥١؛ والنوي في المجموع شرح المذهب، ج ١٥، ص ٣٦٢.

٣. ولا يجب تتبع من غاب. ولو تتبع جاز ولم يضمن، بخلاف الزكاة. (زين رحمة الله)

٤. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٢٣، ح ٥٦٣.

٥. قال به المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٧٥؛ والعلامة في إرشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٥٤؛ أَنَّ الاكتفاء بعض من حضر في البلد احتمله المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٩، ص ١٠٠.

واعلم أنَّ الموجود في نسخ الكتاب «بلد الواقف»، والذي دلت عليه الرواية^١ وذكره الأصحاب ومنهم المصنف في الدروس اعتبارًّا بلد الوقف^٢ لا الواقف، وهو موجود.

[المسألة] (الخامسة: إذا آجرَ البطنُ الأوَّلُ الوقفَ ثم انقرضوا تَبَيَّنَا بطلاً الإجارة في المدة الباقيَة): لانتقال الحق إلى غيرهم، وحقُّهم وإنْ كان ثابتاً عند الإجارة إِلَّا أَنَّه مقيَّد بحياتهم لا مطلقاً، فكانت الصَّحةُ في جميع المدة مراعاةً باستحقاقهم لها، حتى لو آجرُوها مدةً يقطع فيها بعدم بقائهم إليها عادةً، فالزائد باطل من الابداء، ولا يُباح لهم أخذُ قِسْطِه من الأجرة، وإنما أُبَيَّح في الممكن استصحاباً للاستحقاق بحسب الإمكَان؛ ولأصلَّة البقاء.

وحيث تُبَطَّل في بعض المدة (فيرجع المستأجرُ على ورثة الأجرِ) بقطْط المدة الباقيَة (إنْ كان قد قَبضَ الأجرةَ وَخَلَّفَ تِرْكَةً)، فلو لم يَخْلُفْ مالاً لم يَجُب على الوارث الوفاءُ من ماله كغيرها من الديون. هذا إذا كان قد آجرَها لمصلحته، أو لم يكن ناظراً، فلو كان ناظراً وآجرَها لمصلحة البطون لم تُبَطَّل الإجارةُ، وكذا لو كان المؤجر هو الناظر في الوقف مع كونه غير مستحقٍ.

١. تقدَّم في ص ١٠٤، الهاشم^٤.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٢٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأوَّل، ج ١٠).

كتاب العطية

(كتاب العطية)

(وهي) أي العطية باعتبار الجنس (أربعة:)

(الأول: الصدقة)

(وهي عقد يفتقر إلى إيجاب وقبول). إطلاق العقد على نفس العطية لا يخلو من تساهل، بل في إطلاقه على جميع المفهومات المشهورة من البيع والإجارة وغيرهما، وإنما هو دالٌ عليها. ويُعتبر في إيجاب الصدقة قبولها ما يُعتبر في غيرها من العقود الالزام.

(وقبض بإذن المُوجب) بل بإذن المالك، فإنه لو وَكَل في الإيجاب لم يكن للوكيل الإيقاضُ.

(ومن شرطها القربة) فلا تصح بدونها وإن حصل الإيجاب والقبول والقبض؛ للروايات الصحيحة الدالة عليه¹ (فلا يجوز الرجوع فيها بعد القبض)؛ ل تمام الملك وحصول العَوْض وهو القربة، كما لا يصح الرجوع في الهبة مع التعويض. وفي تفريعه بالفاء إشارة إلى أن القربة عَوْض، بل العَوْض الآخرى أقوى من العَوْض الدِّينيوى. (ومفروضُها محَرَّمٌ على بني هاشم مِنْ غيرِهم إلَّا مع قصور خُمسِهم)؛ لأنَ الله

1. تهذيب الأحكام، ج. ٩، ص. ١٥١، ح. ٦١٩ - ٦٢٠.

تعالى جعل لهم الخمس عوضاً عنها، وحرماها عليهم معللاً بـ«أنها أوساخ الناس»^١، والأقوى اختصاص التحرير بالزكاة المفروضة دون المستدورة، والكافارة وغيرهما، والتعليل بالأوساخ يُرشد إليه.

(وتجوز الصدقة على الذمتي) رجماً كان أم غيره، وعلى المخالف للحق: (لا العربي) والناصب. وقيل بالمنع من غير المؤمن وإن كانت ندبأ^٢، وهو بعيد. (وصدقة السرّ أفضل^٣) إذا كانت مندوبة؛ للنصّ عليه في الكتاب^٤ والسنة^٥ (إلا أن يُتَهَمَ بالترك) فالإظهار أفضل؛ دفعاً لجعل عرضه عرضة للنّهم، فإن ذلك أمر مطلوب شرعاً حتى للمعصوم كما ورد في الأخبار^٦. وكذا الأفضل إظهارها لو قصد به متابعة الناس له فيها لما فيه من التحرير^٧ على نفع الفقراء.

(الثاني: الهبة)

(وتسمى نِحْلَةٌ^٨ وعَطِيَّةٌ. وتَفَتَّقَ إِلَى الإِعْجَابِ) وهو كل لفظ دلّ على تملك العين من غير عوض كـ«وهبتك» وـ«ملكتك» وـ«أعطيتك» وـ«نَحَلَّتْكَ» وـ«أهديتْ إِلَيْكَ» وـ«هذا لك» مع تبيتها ونحو ذلك. (والقبولي) وهو اللفظ الدال على الرضى (والقبض بإذن الواهب) إن لم يكن مقوياً بيده من قبل (ولو وَهَبَهُ ما يَبْدِهُ لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى قَبْضِهِ) ولا إذن^٩ (ولا مُضي زمان^{١٠}) يمكن فيه قبضه لحصول القبض المشترط

١. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ٥٨ ح ١٥٥.

٢. حكاية عن ابن عقيل العلامة في مختلف الشيعة، ج ٢، ص ٨٦ المسألة ٥٨.

٣. المندوبة، أمّا الواجبة فإنّها أفضل مطلقاً. (زين رحمة الله)

٤. البقرة (٢): ٢٧١.

٥. الكافي، ج ٤، ص ٧، باب فضل صدقة السرّ، ح ١ و ٢ و ٣.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ١٠٤ ح ٢٩٧.

٧. في «س، ن»: «التحرير» بالصاد المهملة.

٨. الفرق بين النحلة والهبة أن النحلة تشمل المنافع والأعيان، والهبة تختص بالأعيان. (زين رحمة الله)

٩. وكذا كلّ متقول بعدد معاوضة. (زين رحمة الله)

فأُغْنِي عن قبضٍ آخرٍ وعن مضي زمان يَسْعُه؛ إذ لا مدخل للزمان في ذلك مع كونه مقبوضاً، وإنما كان معتبراً مع عدم القبض لضرورة امتناع حصوله بدونه.

وإطلاق العبارات يتضمن عدم الفرق بين كونه بيده بإيداع أو عاريه أو غصبٍ أو غير ذلك والوجه واحد. وقيل بالفرق بين القبض بإذنٍ وغيره^١، وهو حسن؛ إذ لا يد للغاصب شرعاً.

(وكذا إذا وهب الولي الصبي) أو الصبيّة (ما في يد الولي كفى الإيجاب والقبول) من غير تجديد القبض؛ لحصوله بيده وهي منزلة بيده، ولا مضي زمان. وقيل: يُعتبر قصد القبض عن الطفل؛ لأنَّ المآل المقوض بيد الولي له، فلا ينصرف إلى الطفل إلا بصارف وهو القصد^٢، وكلام الأصحاب مطلق.

(ولا يُشترط في الإبراء) وهو إسقاط ما في ذمة الغير من الحق (القبول)؛ لأنَّه إسقاطٌ حقٌّ لا نقلٌ ملك. وقيل: يُشترط لاشتماله على المنة^٣، ولا يُجبر على قبولها كهبة العين، والفرق واضح.

(و) كذا (لا) يُشترط (في الهبة القُرْبَةُ)؛ للأصل، لكن لا يُثاب عليها بدونها، ومعها تصير عوضاً كالصدقة.

(ويُذكره تفضيل بعض الولد على بعض) وإن اختلفو في الذُّكورة والأُنوثة؛ لما فيه من كسر قلب المفضل عليه وتعريضهم للعداوة.

وُرُوي أنَّ النبي ﷺ قال لمن أعطى بعض أولاده شيئاً: «أكُلَّ وُلْدَكَ أعطيتَ مثله؟» قال: لا. قال: «فاثنوا الله واغدلو بين أولادكم». فرجع في تلك العطية^٤. وفي رواية أخرى: «لا تُشهدني على جَوْرٍ»^٥. وحيث يُفعَل يُستحبّ الفسخ مع إمكانه:

١. قال به يحيى بن سعيد في الجامع للمرتاجان، ص ٣٦٦.

٢. قال به يحيى بن سعيد في الجامع للمرتاجان، ص ٣٦٥؛ والمحقّق الكركي في جامع المقاصد، ج ٩، ص ١٥٢.

٣. قال به ابن زهرة في غنية التزوع، ج ١، ص ٣٠١؛ وابن إدريس في المرتاجان، ج ٢، ص ١٧٦.

٤. صحيح مسلم، ج ٢، ص ١٢٤٢، ح ١٢٤٢، ١٦٢٢: السنن الكبرى، البهقي، ج ٦، ص ٢٩٢، ح ١١٩٩٤.

٥. صحيح مسلم، ج ٢، ص ١٢٤٣، ح ١٦٢٣، ١٦٧: السنن الكبرى، البهقي، ج ٦، ص ٢٩٢-٢٩٣، ح ١١٩٩٥.

للخبر^١. وذهب بعض الأصحاب إلى التحرير^٢، وفي المختلف خصّ الكراهة بالمرض أو الإعسار^٣: لدلالة بعض الأخبار عليه^٤، والأقوى الكراهة مطلقاً. واستثنى من ذلك ما لو اشتغل المفضل على معنى يقتضيه كحاجة زائدة وزمانية وشغاف بعلم، أو نقص المفضل عليه بسقمه أو فسقٍ أو بدعة ونحو ذلك.

(ويصح الرجوع في الهبة^٥ بعد الإقباض ما لم يتصرف) الموهوب تصرفاً مُتلافاً للعين أو ناقلاً للملك أو مانعاً من الرد كالاستيلاد، أو مُغيّراً للعين كقصارة الشوب ونجارة الخشب وطخن الحينطة على الأقوى في الأخير. وقيل: مطلق التصرف^٦، وهو ظاهر العبارة.

وفي تنزيل موت المتّهِب منزلة التصرف قولان^٧: من عدم وقوعه منه فستناوله الأدلة المجوزة للرجوع، ومن انتقال الملك عنه بالموت بفعله تعالى وهو أقوى من نقله بفعله، وهو أقوى وخيّرة المصطف في الدرس^٨ والشرح^٩.
 (أو يعوض) عنها بما يتفقان عليه أو بمتلها أو قيمتها مع الإطلاق (أو يكن رحماً) قريباً وإن لم يحرّم نكاحه أو يكن زوجاً أو زوجة على الأقوى؛ لصحيحة زراره^{١٠}.
 (ولو عابت لم يرجع بالأرث على الموهوب) وإن كان بفعله: لأنّها غير مضمونة

١. السنن الكبرى، البهقي، ج ٦، ص ٢٩٢-٢٩٣-٢٩٥. ح ١١٩٩٥.

٢. حكاية عن ابن الجنيد العلامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٤٠، المسألة ١٠.

٣. مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٤٠، المسألة ١٠.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٥٦ ح ٦٤٢ و ٦٤٤.

٥. لا يجوز الرجوع في الهبة للرحم، سواء كان محراً كالخالة والعمة، أو غير محظوظ بمنتهي العترة وبنت العالة.
 تحرير الأحكام الشرعية [ج ٣، ص ٢٨٣، الرقم ٤٦٣٠]. (زين رحمة الله)

٦. قال به الشيخ في النهاية، ص ٦٠٣؛ والقاضي ابن البراج في المذهب، ج ٢، ص ٩٥.

٧. الأوزل ليحيى بن سعيد في الجامع للشرعاني، ص ٣٦٦؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٠٨.

٨. الدرس الشرعية، ج ٢، ص ٢٢٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٩. غایة المراد، ج ٢، ص ٢٥٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢).

١٠. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٥٢ ح ٦٢٤.

عليه وقد سلّطه على إتلافها مجاناً فأبعاضُها أولى. (ولو زادت زيادةً متصلةً) كالسِّمن وإنْ كان بعْلَفَ المَتَهِبِ (فللواهُب) إن جوَزَنا الرجوعَ حينئذٍ (والمنفصلةُ) كالولد واللبن (الموهوب له) لأنَّه نَمَاءً حَدَثَ في مِلكِه فَيَخْتَصُّ به، سُوَاءً كَانَ الرجوعُ قَبْلَ انفصالِها بالولادةِ والخلْبُ أَمْ بعده؛ لأنَّه مُنْفَصِلٌ حَكِيمًا. هذا إِذَا تَجَدَّدَتِ الزيادةُ بَعْدَ مِلْكِ المَتَهِبِ بالقبضِ، فَلَوْ كَانَ قَبْلَهُ فَهِي لِلواهُبِ.

(ولو وَهَبَ أَوْ وَقَفَ أَوْ تَصَدَّقَ فِي مَرْضِ مَوْتِهِ فَهِي مِنَ الْثَّلَاثِ) عَلَى أَجْودِ القَوْلَيْنِ^١ (إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَارِثُ) ومِثْلِهِ مَا لَوْ فَعَلَ ذَلِكَ فِي حَالِ الصَّحَّةِ وَتَأْخِيرِ القَبْضِ إِلَى الْمَرْضِ. وَلَوْ شَرَطَ فِي الْهِبَةِ عِوَضًا يُسَاوِي الْمَوْهُوبَ نَفَذَتْ مِنَ الْأَصْلِ؛ لَأَنَّهَا مَعَاوِضَةٌ بِالْمِثْلِ كَالْبَيْعِ بِشَمْنِ الْمِثْلِ.

(الثالث: السُّكْنَى) وَتَوَابُعُهَا

وَكَانَ الْأَوَّلُ عَنْدَ الْبَابِ لِلْعُمَرِيِّ لِأَنَّهَا أَعْمَ مَوْضِعًا، كَمَا فَعَلَ فِي الدُّرُوسِ.^٢

(وَلَا بَدَّ فِيهَا مِنْ إِيجَابٍ وَقَبْوِيلٍ) كَغَيْرِهَا مِنَ الْعَقُودِ؛ (وَقَبْضٌ) عَلَى تَقْدِيرِ لِزُومِهَا، أَمَّا لَوْ كَانَتْ جَائِزَةً كَالْمُطْلَقَةِ كَانَ الإِقْبَاضُ شَرْطًا فِي جُوازِ النَّسْلَطَةِ عَلَى الْإِنْتِفَاعِ، وَلَمَّا كَانَتِ الْفَائِدَةُ بِدُونِهِ مَنْتَفِيَةً أَطْلَقَ اشتِراطَهُ فِيهَا.

وَيَقْهِمُ مِنْ إِطْلَاقِهِ عَدْمَ اشتِراطِ التَّقْرُبِ، وَبِهِ صَرَّحَ فِي الدُّرُوسِ^٣، وَقَيْلٌ: يُشَرِّطُ، وَالْأَوَّلُ أَقْوَى. نَعَمْ، حَصُولُ التَّوَابِ مُتَوَقِّفٌ عَلَى نِيَّتِهِ.

(إِنْ أَفْتَتْ بِأَمْدٍ) مَضْبُوطٌ (أَوْ عَمِّ أَحَدِهِمَا) الْمُشْكِنُ أَوْ السَاكِنُ (لِزِمْت) تِلْكَ

١. قال به الشيخ في المبسوط، ج. ٣، ص. ١٤٤؛ والصدوق في المقنع، ص. ٤٨١ - ٤٨٢؛ القول الثاني للمنفدي في المقنعة، ص. ٦٧١؛ والشيخ في النهاية، ص. ٦٢٠.

٢. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٢٢٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

٣. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٢٢٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١٠).

٤. قال به ابن حمزة في الوسيلة، ص. ٣٨٠؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج. ٢، ص. ٤٠٢.

المدةً ومadam العمر باقياً، وإنما تُوقَّت بأمْدٍ ولا عمر أحدهما (جاز الرجوع فيها^١) متى شاء، وإن مات أحدهما مع الإطلاق (بطلت) وإن لم يرجع، كما هو شأن العقود الجائزة، بخلاف الأوَّلين.

(ويُعبَّر عنها) أي عن السكنى (بالعُمرى) إن قُرِنت بعمر أحدهما، (والرُّقْبى) إن قُرِنت بالعمر، ويفترقان عنها بوقوعهما على ما لا يصلح للسكنى، فيكونان أعمَّ منها من هذا الوجه وإن كانت أعمَّ منها من حيث جواز إطلاقها في المسكون، مع اقترانها بالعمر والمدة والإطلاق بخلافهما.

(وكلُّ ما صَحَّ وفُقِّهَ) من أعيان الأموال (صح إعماُرُه) وإرثاته وإن لم يكن مسْكناً، وبهذا ظهر عموم موضوعهما.

(إطلاقُ السكنى) الشامل للثلاثة حيث يتَعلَّق بالمسكَن (يقتضي سكانه بنفسه ومن جرَّت عادته) أي عادة الساكن (به) أي بإسكانه معه كالزوجة والولد والخدم والضيف والدابة إن كان في المسكن مَوْضِعٌ مُعَدٌ لِمُثْلِهَا، وكذا وضعُ ما جرت العادة بوضعه فيها من الأُمْتِيعَة والقلة بحسب حالها.

(وليس له أن يُؤْجِرها) ولا يُعَيِّرها (ولا أن يُسْكِن غيرَه) وغيرَ من جرت عادته به (إلا بِإذنِ المُسْكِن). وقيل: يجوزان مطلقاً^٢، والأول أشهر، وحيث تجوز الإجارة فالأجرة للساكن.

(الرابع: التحبيس)

(وحكمة حكم السكنى في اعتبار العقد والقبض والتقييد بمدة) والإطلاق، ومحله كالوقف.

(وإذا حبسَ عبده أو فرسه) أو غيرَهما مَا يصلح لذلك (في سبيل الله أو على

١. بشرط أن يسكن ولو قليلاً. (زين رحمة الله)

٢. قال به ابن إدريس في السرائر، ج. ٣، ص. ١٦٩.

زيد لَزِم ذلك ما دامت العين باقيةً، وكذا لو حُبس عبدَه أو أمّته في خدمة الكعبة أو مسجد أو مشهد).

وإطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين إطلاق العقد وتقييده بالدلوام، ولكن مع الإطلاق في حبسه على زيد سيأتي ما يخالفه، وفي الدروس أنَّ الحبس على هذه القُرْب غير زيد يخرج عن الملك بالعقد^١. ولم يذكُر هو ولا غيره حُكم ذلك لو قُرْنَه بمدة، ولا حُكم غير المذكورات، وبالجملة فكلامهم في هذا الباب غير منقحٍ.

(ولو حُبس على رجل ولم يُعِين وقتاً ومات الحابس كان ميراثاً)؛ بمعنى أنه غير لازم كالسكنى فبطل بالموت ويجوز الرجوع فيه متى شاء، ولو قَرَنَ فيه بمدة لَزِم فيها، وزَجَع إلى ملكه بعدها.

واعلم أنَّ جملة أقسام المسألة كالسكنى؛ إما أن يكون على قُرْبة كالمسجد أو على آدمي، ثم إما أن يُطلق أو يَقْرُنَه بمدة أو يُصرَح بالدلوام. والمُحَبَّس إما أن يكون عبداً أو فرساً أو غيرهما من الأموال التي يُمْكِن الانتفاع بها في ذلك الوجه. ففي الآدمي يمكن فرض سائر الأموال ليسْتُوفي منافعها، وفي سبيل الله يمكن فرض العبد والأمة والبَعير والبَغْل والحمار وغيرها، وفي خدمة المسجد ونحوه يمكن فرض العبد والأمة والدابة إذا اخْتَيَّ إليها في نقل الماء ونحوه، وغيره من الأموال ليسْتُوفي منفعتها بالإجارة ويُصْرَف على مصالحة. وكلامهم في تحقيق أحكام هذه الصور قاصر جداً فينبغي تأمله.

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٢٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

كتاب المتاجر

(كتاب المتأخر)

جمعٌ مُتَّجِرٍ وهو مَقْعَلٌ من التَّجَارَةِ؛ إِمَّا مَصْدَرٌ مَيْمَنٌ بِمَعْنَاهَا كَالْمُقْتَلِ وَهُوَ هُنَا نَفْسُ التَّكْسَبِ، أَوْ اسْمُ مَكَانٍ لِمَحْلِ التَّجَارَةِ وَهِيَ الْأَعْيَانُ الْمُكْتَسَبُ بِهَا. وَالْأَوْلُ أَلِيقُ بِمَقْصُودِ الْعِلْمِ؛ فَإِنَّ الْفَقِيْهَ يَبْحَثُ عَنْ فَعْلِ الْمَكْلَفِ، وَالْأَعْيَانُ مُتَعَلِّقَاتُ فَعْلِهِ.

وَقَدْ أَشَارَ الْمُصْنَفُ إِلَى الْأَمْرَيْنِ مَعًا، فَإِلَى الثَّانِي بِتَقْسِيمِ الْأَوْلِ وَإِلَى الْأَوْلِ بِسَقْلِهِ أَخْيَرًا: «ثُمَّ التَّجَارَةُ تَنْقَسِمُ بِأَقْسَامِ الْأَحْكَامِ الْخَمْسَةِ»^١. وَالْمَرَادُ بِهَا هُنَا التَّكْسَبُ بِمَا هُوَ أَعْمَّ مِنَ الْبَيْعِ، فَعَقْدُ الْبَابِ بَعْدَ ذِكْرِ الْأَقْسَامِ لِلْبَيْعِ خَاصَّةً غَيْرُ جَيْدٍ، وَكَانَ إِفْرَادُهَا بِكَتَابٍ ثُمَّ ذِكْرُ الْبَيْعِ فِي كِتَابٍ كَغَيْرِهِ مَمْتَأْ يَحْصُلُ بِهِ الْإِكْتَسَابِ - كَمَا صُنِعَ فِي الدَّرْدُسِ^٢ - أَوْلَى. (وفيه فصول):

[الفصل] [الأول]:

(يَنْقِسِمُ مَوْضِعُ التَّجَارَةِ) وَهُوَ مَا يُكْتَسَبُ بِهِ، وَيَبْحَثُ فِيهَا عَنْ عَوَارِضِهِ اللاحِقَةِ لِهِ مِنْ حِيثُ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ (إِلَى مُحَرَّمٍ وَمُكْرَوِّهٍ وَمُبَاحٍ).

١. يَأْتِي فِي ص. ١٢٧.

٢. الدَّرْدُسُ الشَّرْعِيَّةُ، ج. ٢، ص. ١٤٥ وَ ١٧١ (ضَمِنَ مُوسَوِّعَةِ الشَّهِيدِ الْأَوْلِ، ج. ١١).

ووجه الحصر في الثلاثة أن المكتسب به إما أن يتعلّق به نهي أولاً، والثاني المباح، والأول إما أن يكون النهي عنه مانعاً من النقيض أولاً، والأول الحرام والثاني المكروه. ولم يذكر الحكمين الآخرين وهو الوجوب والاستحباط؛ لأنهما من عوارض التجارة كما سيأتي في أقسامها.

(فالمحرّم الأعيان النجسُ كالغَمْرِ) المتَّحدُ من العنْب (والنبيذ) المتَّحدُ من التمر، وغيرهما من الأثْنَيْنِ، كالبَيْثُونُ والمِزْرُ والعِجْعَةُ والنَّضِيقُ والنَّقْيُونُ. وضابطها المُسْكُرُ وإن لم يكن مائعاً كالحشيشة إن لم يفرض لها نفع آخر وقصد بيعها المنفعة المحللة. (والفَّقَاعُ) وإن لم يكن مسکراً؛ لأنَّه «خر استصرفة الناس».^١

(والمائِعِ النجسُ غير القابل للطهارة) إما لكون نجاسته ذاتية كأليات الميئنة والمُبَانَة من الحي، أو عَرَضيَّةً كما لو وقع فيه نجاسته، وقلنا بعدم قبوله للطهارة - كما هو أصح القولين - في غير الماء النجس^٢؛ (إلا الدُّهْنُ) بجميع أصنافه (للضوء تحت السماء) لا تحت الظلّال في المشهور، والنَّصْوَضُ مطلقة^٣؛ فجوازه مطلقاً متوجه، والاختصاص بالمشهور تعبد لا لنجاسته دخانه؛ فإنَّ دُخَانَ النجسِ عندنا ظاهر لاستحالته.

وقد يُعَلَّلُ بتصاعد شيءٍ من أجزائه مع الدخان قبل إحالة النار له بسبب السخونة إلى أن يلقى الظلّال فتتأثر بتجاسته^٤. وفيه عدم صلاحيته - مع تسليمه - للمنع؛ لأنَّ تنجيسيَّ مالك العين لها غير محرّم.

والمراد الدهن النجس بالعرض كالرَّبَث تموت فيه الفأرة ونحوه، لا بالذات كآلية

١. الكافي، ج. ٦، ص. ٤٢٣، باب الفقاع، ح. ٩.

٢. ذهب إلى عدم التطهير الشيخ في المبسوط، ج. ٤، ص. ٦٨٠ - ٦٨١؛ ابن إدريس في السرائر، ج. ٢، ص. ١٢٧.

الشهيد في الدروس الشرعية، ج. ٣، ص. ٢٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١)؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج. ١، ص. ١٨٣؛ وأما قبوله التطهير ذهب إليه العلامة في تذكرة الفقهاء، ج. ١، ص. ٨٨ ذيل المسألة ٢٥.

٣. الكافي، ج. ٦، ص. ٢٦١، باب الفأرة تموت....، ح. ١.

٤. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج. ٨، ص. ٣٤٩، المسألة ٤٧.

الميّة فإنَّ استعمالَه محرَّم مطلقاً؛ للنهي عن استعماله كذلك^١.
 (والميّة) وأجزائِها التي تَحْلُّلُ الحياة دون ما لا تَحْلُلُ، مع طهارة أصله بحسب ذاته. (والدم) وإنْ فُرِضَ له نفعٌ حُكْمِيٌ كالصَّبغ. (وأرواتٍ وأبوالٍ غير المأكول) وإنْ فُرِضَ لهما نفع، أمَّا هما متأثِّرُ بِكلِّ لحمه، فيجوز مطلقاً لطهارتهما ونفعهما، وقيل بالمنع مطلقاً إلَّا بولَ الإبل للاستشفاء به^٢.

(والخنزير والكلب) البتَّيان مطلقاً (إلَّا كُلُّ الصيد والماشية والزرع والهائط) كالبستان، والجَرُو القابل للتعليم. ولو خرجت الماشية عن ملكه أو حُصِّدَ الزرع أو استُغْلِيَ الحائطُ لم يحرُّم اقتناوُها رجاءً لغيرها، ما لم يَطُلِ الزمانُ بحيث يلحق بالهراس. (وآلاتُ اللهو) من الدفَّ واليزمار والقصب وغيرها. (والصنُّون) المستَخدَم لعبادة الكفار. (والصلبُ) الذي يَتَبَعَّدُه النصارى. (وآلاتُ القمار كالترد) بفتح النون (والشِّطرَنْج) بكسر الشين فسكون الطاء ففتح الراء.

(والنَّقِيرَى) بضم الباء الموحدة وتشديد القاف مفتوحةً وسكون الياء المثلثة من تحت وفتح الراء المهمَلة، قال الجوهرى: هي لُعنة للصبيان وهي كُومة من تراب حولها خطوطٌ^٣، وعن المصنف: «أنَّا الأربعة عشر»^٤.

(وبَيْعُ السِّلاح) بكسر السين، من السيف والرمح والقوس والسهام ونحوها (الأعداء الدين) مسلمين كانوا أم كفاراً - ومنهم قطاع الطريق - في حال الحرب أو التهئُّـ له لا مطلقاً. ولو أرادوا الاستعانة به على قتال الكفار لم يحرُم. ولا يلحق بالسلاح ما يُعَذَّ جُنَاحَه للقتال كالذرع والنبيضة وإنْ كُرَّه.

(وإِجَارَةُ الْمَسَاكِنِ وَالْحَمْوَلَةِ) بفتح الحاء، وهي الحيوان الذي يصلح للحمل

١. تهذيب الأحكام، ج. ٩، ص. ٧٨، ح. ٣٢٠.

٢. قال به المفيد في المقنعة، ص. ٥٨٧؛ والشيخ في النهاية، ص. ٣٦٤.

٣. الصحاح، ج. ٢، ص. ٥٩٥، «بقر».

٤. لم نعثر عليه.

كالإبل والبغال والخيمر، والسفُنُ داخلةً فيه تَبَأْ (للمُحَرَّم) كالخمر وركوبِ الظلمة وإسكانهم لأجله ونحوه.

(وبيعُ العنْبُ والتمرِ) وغيرِهما مَا يَعْتَلُ مِنْهُ المُسْكِرُ (يَعْتَلُ مُسْكِرًا) سواه شَرطَه في العقد أَمْ حَصَلَ الْاِنْفَاقُ عَلَيْهِ: (أَوْ الْخَشْبُ لِيُصْنَعَ صَنْمًا) أوَّغْيِرَهُ مِنَ الْآلاتِ الْمُحَرَّمَةِ. (وَيُكَرِّهُ بَيْعُهُ لِمَنْ يَعْمَلُهُ) مِنْ غَيْرِ أَنْ يَبْيَعِهُ لِذَلِكَ، إِنْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ يَعْمَلُهُ وَإِلَّا فَالْأَجْوَدُ التَّحْرِيمُ، وَغَلَبَةُ الظُّنُونِ كَالْعِلْمِ. وَقِيلَ: يَحْرُمُ مَنْ يَعْمَلُهُ مُطلقاً^١.

(ويَحْرُمُ عَمَلُ الصُّورِ الْمُجَسَّمَةِ) ذَوَاتُ الْأَرْوَاحِ. وَاحْتَرَزُ بِالْمُجَسَّمَةِ عَنِ الصُّورِ الْمُنْقَوِشَةِ عَلَى نَحْوِ الْوِسَادَةِ وَالْوَرْقِ. وَالْأَقْوَى تَحْرِيمُهُ مُطلقاً، وَيُمْكِنُ أَنْ يَرِيدَ ذَلِكَ بِحَمْلِ الصَّفَةِ عَلَى الْمُمَثَّلِ لَا الْمِثَالِ.

(وَالْفِنَاءُ) بِالْمَدِ، وَهُوَ مَدُ الصَّوْتِ الْمُشَتَّمِ عَلَى التَّرْجِيعِ الْمُطَرِّبِ، أَوْ مَا يُسْتَمِّي فِي الْعَرْفِ غَيْنَاهُ وَإِنْ لَمْ يُطْرِبْ، سَوَاءً كَانَ فِي شِعْرٍ أَمْ قُرْآنًا أَمْ غَيْرَهُما. وَاسْتَشَّتِي مِنْهُ الْمُصْتَفُ^٢ وَغَيْرُهُ الْحَدَاءُ لِلإِبْلِ^٣، وَآخَرُونَ^٤ - وَمِنْهُمُ الْمُصْنَفُ فِي الدُّرُوسِ - فِعْلَهُ لِلْمَرْأَةِ فِي الْأَعْرَاسِ إِذَا لَمْ تَشَكَّلْمُ بِيَاطِلْ وَلَمْ تَعْمَلْ بِالْمَلَاهِي - وَلَوْ بَدَّفَ فِيهِ صَنْجٌ لَا بَدْوَنَهِ - وَلَمْ يَسْمَعْ صَوْتَهَا أَجَانِبُ الرِّجَالِ^٥، وَلَا بَأْسَ بِهِ.

(وَمَعْوِنَةُ الظَّالِمِينَ بِالظُّلْمِ) كَالْكِتَابَةِ لَهُمْ وَإِحْضَارِ الظُّلْمَوْ وَنَحْوِهِ، لَا مَعْوِنَتِهِمْ بِالْأَعْمَالِ الْمُحَلَّةِ كَالْخِيَاطَةِ، وَإِنْ كُرِّهَ التَّكْسِبُ بِمَا لِهِ (وَالْتَّوْحُ بِالْبَاطِلِ) بِأَنْ تَصْفِي الْمَيِّتَ بِمَا لَيْسَ فِيهِ، وَيَجُوزُ بِالْحَقِّ إِذَا لَمْ يَسْمَعُهَا الْأَجَانِبُ؛ (وَهِجَاءُ الْمُؤْمِنِينَ) بِكَسْرِ الْهَاءِ وَالْمَدِ، وَهُوَ ذَكْرُ مَعَايِّبِهِمْ بِالشِّعْرِ. وَلَا فَرْقٌ فِي الْمُؤْمِنِ بَيْنِ الْفَاسِقِ وَغَيْرِهِ، وَيَجُوزُ هِجَاءُ غَيْرِهِمْ كَمَا يَجُوزُ لَعْنَهُ.

١. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٣، المسألة ١٨.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٠٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٣. كالحقّ في شرائع الإسلام، ج ٤، ص ١١٧.

٤. مثل الشيخ في النهاية، ص ٣٦٧؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٨.

٥. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٤٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

(والغيبة) بكسر المعجمة، وهو القول وما في حكمه في المؤمن بما يَسْوُه لو سمعه مع اتصافه به. وفي حكم القول الإشارةُ باليد وغيرها من الجوارح، والتحاكي بقول أو فعل كِمْشَيَّة الأُخْرَج، والتعرِيضُ كقوله: «أنا لست متصفًا بِكَذَا»، أو «الحمد لله الذي لم يجعلني كذا» مُعْرِضاً بمن يفعله. ولو فعل ذلك بحضوره أو قال فيه ما ليس به فهو أَغْلَظ تحريراً وأعظم تأثيماً وإن لم يكن غيبة اصطلاحاً.

واستثنى منها نُصُحُّ المُشَتَّشِير، وجرح الشاهد، والتظلم وساعده، ورُدُّ من ادعى نَسْبَاً ليس له، والقدح في مقالةٍ أو دعوى باطلةٍ في الدين، والاستعانة على دفع المنكر، ورُدُّ العاصي إلى الصلاح، وكُون المقول فيه مستحقاً للاستخفاف لظهوره بالفسق، والشهادة على فاعل المحرّم جِنْسَيَّةً.

وقد أفردت التحقيقها رسالَة شرفة من أراد الاطلاع على حقائق أحكامها فليقف عليها^١. (وحفظُ كُتبِ الضلال) عن التلف أو عن ظهر القلب (وَتَسْخُّها وَدَرْسُها) قِراءَةً ومطالعةً ومذاكرةً (لغير النقض) لها (أو الحجَّة) على أهلها بما اشتَمَلت عليه مَتَّا يَصْلُح دليلاً لإثباتِ الحق أو نقض الباطل لمن كان من أهلها، (أو التقية) وبدون ذلك يجب إتلافها إن لم يمكن إفراط مواضعِ الضلال، وإلا اقتصر عليها.

(وتعلُّمُ السحر) وهو كلام أو كتابةٌ يَحُدُّث بسببه ضررٌ على من عُمِّل له في بدنه أو عقله، ومنه عقدُ الرجل عن حَلِيلِه وإلقاءُ البنضاء بينهما، واستخدامُ الجن والملائكة، واستنزالُ الشياطين في كشف الغائبات وعلاج المُصاب، وتلبُّسُهم ببدن صبيٍّ أو امرأةٍ في كشف أمر على لسانه، ونحو ذلك، فتعلم ذلك كله وتعلمه حرام والتکبُّ به سُحتٌ ويُقتل مستحلاً.

والحق أنَّ له أثراً حقيقةً وهو أمرٌ وجديٌ لا مجرَّد التخييل كما زَعَم كثيرٌ^٢. ولا

١. كشف الربية (ضمن الموسوعة، ج ٢، رسائل ١٧).

٢. منهم: العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٩؛ حكاَه عن الأكثَر المصنَّف في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٥٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

بأنس بتعلمه ليتوقّى به أو يُدفع سحر المتنبئ به، وربما وجّب على الكفاية لذلك، كما اختاره المصنف في الدروس !

(والكِهانة) بكسر الكاف، وهي عمل يُوجّب طاعة بعض الجنّ له فيما يأْمُرُه به، وهو قريب من السحر أو أَخْصَّ منه: (والقيافة) وهي الاستناد إلى علامات وأَمارَاتٍ يترتب عليها إلحاقي نسب ونحوه، وإنما يحرّم إذا رُتّب عليها محَرَّمٌ أو جُرِمَ بها.

(والشَّعْبَدَةُ) « وهي الأفعال العجيبة المترتبة على سرعة اليد بالحركة فيليس على الحسن »، كذا عَرَفَها المصنف ؟ (وتعلّيمُها) كغيرها من العلوم والصناعات المحَرَّمة .

(والقمار) بالآلات المعدّة له حتى اللعب بالخاتم والجوز والبيض، ولا يُسلِكُ ما يترتب عليه من الكسب. وإن وقع من غير المكلَّف فيجب ردُّه على مالكه، ولو قبضه غير مكلَّف فالمخاطب بردِّه الوليُّ، فإنْ جُهِلَ مالكه تَصَدَّقَ به عنه، ولو انحصر في محصورين وجّب التخلصُ منهم ولو بالصلح .

(والغُشُّ) بكسر الغين (الغَفْيُّ) كشوب اللبن بالماء ووضع الحرير في البرودة ليكتسب ثقلًا؛ ويُكره بما لا يخفى كمزاج الحنطة بالتراب والبيتين، وجيتدها بردّيهما.

(وتديليس الماشطة) بإظهارها في المرأة محسنة ليست فيها من تحمير وجهها ووصل شعرها ونحوه. ومثله فعل المرأة له من غير ماشطة، ولو انتقى التدليس كما لو كانت مُرَوَّجَةً فلا تحرِيم .

(وتزيين كلّ من الرجل والمرأة بما يحرّم عليه) كلبس الرجل السوار والخلخال والثياب المختصة بها عادةً. ويختلف ذلك باختلاف الأزمان والأصوات. ومنه تزيينه بالذهب وإنْ قلَّ، والحرير إلا ما استثنى؛ وكلبس المرأة ما يختص بالرجل كالبنطة والعِمامَة .

(والاجرةُ على تغسيل الموتى وتوكفينهم) وحملهم إلى المغتسل وإلى القبر وحفر

قبورهم (ودفِنُهم والصلة عَلَيْهِم) وغيرها من الأفعال الواجبة كفايةً. ولو اشتملت هذه الأفعال على مندوب؛ كتفسيلهم زيادة على الواجب، وتنظيفهم ووضوئهم وتکفينهم بالقطع المندوبة، وحَفْرُ القبر زيادةً على الواجب الجامع لوصفي كثُم الريح وحراسة الجنة إلى أن يبلغ القامة، وشق اللحد ونقشه إلى ما يُدفن فيه من مكان زائد على ما يمكن دفنه فيه لم يحرم التكستب به.

(والأجرة على الأفعال الخالية من غرض حكمي كالغَبَث) مثل الذهاب إلى مكان بعيد، أو في الظلمة، أو رفع صخرة ونحو ذلك ممّا لا يعتد بفائدة عند العقلاء؛ (والأجرة على الرزق) واللبوط وما شاكلهما.

(ورعايا القاضي) بضم أوله وكسره مقصوراً، جمع رُشوة بهما، وقد تقدم^١.
 (والأجرة على الأذان والإقامة) على أشهر القولين^٢، ولا بأس بالرزرق من بيت المال. والفرق بينهما أن الأجرة تفتقر إلى تقدير العمل والعِوْض والمدة والصيغة الخاصة، والرزرق متواتٌ بنظر الحاكم. ولا فرق في تحريم الأجرة بين كونها من معين ومن أهل البلد والمحلّة وبيت المال. ولا يتحقق بها أخذٌ للمؤذنين من أوقاف صالح المسجد وإن كان مقدراً وباعناً على الأذان؛ نعم، لا يُتاب فاعله إلا مع تمحض الإخلاص به كغيره من العبادات.

(والقضاء) بين الناس لوجوهه، سواء احتاج إليها أم لا، وسواء تعيّن عليه القضاء أم لا، (ويجوز الرزق من بيت المال) وقد تقدم في القضاء أنه من جملة المرتّبة منه.
 (والأجرة على تعليم الواجب من التكليف) سواء وجب علينا كالفاتحة والسورة وأحكام العبادات العينية، أم كفاية كالنفقة في الدين وما يتوقف عليه من المقدّمات علمًا وعملاً، وتعليم المكلفين صيغ العقود والإيقاعات ونحو ذلك.

١. تقدم في ص ٤٨.

٢. ذهب إليه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٩، المسألة ١٢؛ نقل الكراهة عن المصباح للسيد المرتضى في مختلف الشيعة، ج ٢، ص ١٤٨، المسألة ٨١.

(وأَمَا الْمَكْرُوهُ، فِكَالصِّرْفِ) وَعَلَلٌ فِي الْأَخْبَارِ بِأَنَّهُ لَا يَسْلِمُ فَاعْلَمُ مِنَ الرِّبَا^١؛ (وَبَيْعُ الْأَكْفَانِ) لِأَنَّهُ يَتَمَنَّى كَثْرَةَ الْمَوْتِ وَالْوَبَاءِ^٢؛ (وَالرِّقْيقِ) فَـ«شَرَّ النَّاسَ مِنْ بَاعِ النَّاسِ»^٣.

(وَاحْتِكَارِ الطَّعَامِ) وَهُوَ حَبْسَهُ بِتَوْقُّعِ زِيَادَةِ السِّعْرِ. وَالْأَقْوَى تَحْرِيمُهُ مَعَ اسْتِغْنَاهُ عَنْهُ وَحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهِ، وَهُوَ اخْتِيَارُهُ فِي الدُّرُوسِ^٤، وَقَدْ قَالَ^٥: «الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ»^٦. وَسِيَّاضَتِي^٧ الْكَلَامُ فِي بَقِيَّةِ أَحْكَامِهِ.

(وَالْذِبَابِيَّةِ) لِإِفْضَائِهَا إِلَى قَسْوَةِ الْقَلْبِ وَسُلْبِ الرَّحْمَةِ. إِنَّمَا تُكَرِّهُ إِذَا اتَّخَذَهَا حِرْفَةً وَصَنْعَةً لَا مَجْرَدُ فَعْلَهَا، كَمَا لَوْ احْتَاجَ إِلَى صِرْفِ دِينَارٍ أَوْ بَيْعِ كَفْنٍ أَوْ ذَبِيعَ شَاةً وَنَحْوِي ذَلِكَ، وَالْتَّعْلِيلُ بِمَا ذَكَرْنَا فِي الْأَخْبَارِ^٨ يَرْشُدُ إِلَيْهِ.

(وَالنِّسَاجِيَّةِ) وَالْمَرَادُ بِهَا مَا يَعْمَلُ الْحَيَاكَةَ، وَالْأَخْبَارُ مُتَضَافِرَةٌ بِالنَّهِيِّ^٩ عَنْهَا وَالْمُبَالَغَةُ فِي ضِعْفِهَا وَنُقْصَانِ فَاعْلَمِهَا، حَتَّى نُهَيَّ عَنِ الصلَّةِ خَلْفَهُ^{١٠}. وَالظَّاهِرُ اخْتِصَاصُ النِّسَاجِيَّةِ وَالْحَيَاكَةِ بِالْمَغْزُولِ وَنَحْوِهِ فَلَا يُكَرِّهُ عَمَلُ الْخُوَصِّ وَنَحْوِهِ، بَلْ رُوَيَّ: «أَنَّهُ مِنْ أَعْمَالِ الْأَنْبِيَاءِ وَالْأُولَيَاءِ»^{١١}.

(وَالْحِجَامَةِ) مَعَ شَرْطِ الْأَجْرَةِ لَا بَدْوَنَهَا، كَمَا قَيَّدَهُ الْمُصْنَفُ فِي غَيْرِهِ^{١٢}، وَغَيْرِهِ^{١٣}،

١. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج. ٦، ص. ٣٦١-٣٦٢، ح. ١٠٢٨-١٠٢٧.

٢. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج. ٦، ص. ٣٦١-٣٦٢، ح. ١٥٩.

٤. الدُّرُوسُ الْشُّرْعِيَّةُ، ج. ٢، ص. ١٦٤ (ضَمِّنَ مُوسَوعَةِ الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ، ج. ١١).

٥. الْكَافِيُّ، ج. ٥، ص. ١٦٥، بَابُ الْعُكْرَةِ، ح. ٦.

٦. يَأْتِي فِي ص. ١٦١.

٧. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج. ٦، ص. ٣٦٢، ح. ١٠٢٨.

٨. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج. ٦، ص. ٣٦٣، ح. ١٠٤٢.

٩. نَقْلُهُ الشَّهِيدِ فِي الْفَوَانِدِ الْمُلِيَّةِ، ص. ٢٩٦ نَقْلًا عَنِ الْفَقِيهِ وَلَمْ نُعْتَرِفْ عَلَيْهِ (ضَمِّنَ الْمُوسَوعَةِ، ج. ١٢).

١٠. بَحَارُ الْأَنْوَارِ، ج. ١٤، ص. ١٥، ح. ٢٥.

١١. الدُّرُوسُ الْشُّرْعِيَّةُ، ج. ٢، ص. ١٦٥ (ضَمِّنَ مُوسَوعَةِ الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ، ج. ١١).

١٢. النِّهَايَةُ، ص. ٣٦٦: شَرَانِعُ الْإِسْلَامِ، ج. ٢، ص. ٥.

ودلل عليه الخبر^١، وظاهره هنا الإطلاق.

(وَضَرَابُ الفَحْل) بأن يأجِّره لذلك مع ضبطه بالمرة والمرات المعينة أو بالمدة، ولا كراهة فيما يُدْفعُ إِلَيْهِ عَلَى جَهَةِ الْكَرَامَةِ لِأَجْلِهِ.

(وَكَسْبُ الصَّبَيَانِ) المجهولُ أَصْلُهُ: لِمَا يَدْخُلُهُ مِن الشَّهَيْدَةِ النَّاشرَةِ مِن اجتِنَاءِ الصَّبَيِّ عَلَى مَا لَا يَحْلُّ: لِجَهْلِهِ أَوْ عِلْمِهِ بِارْتِفَاعِ الْقَلْمَ عَنْهُ، وَلَوْ عِلْمَ اِكْتَسَابَهُ مِنْ مَحْلًّ فَلَا كراهة وإنْ أطلقَ الأَكْثَرُ^٢، كما أنه لو عِلْمَ تَحْصِيلُهُ أَوْ بَعْضِهِ مِنْ مَحْرَمٍ وَجَبَ اِجْتِنَابُهُ أَوْ اِجْتِنَابُ مَا عِلْمَ مِنْهُ أَوْ اِشْتَبَهَ بِهِ، وَمَحْلُ الْكَرَاهَةِ تَكَسَّبُ الْوَلَيَّ بِهِ أَوْ أَخْذُهُ مِنْهُ، أَوْ الصَّبَيِّ بَعْدِ رُفْعِ الْحِبْرِ عَنْهُ.

(و) كذا يُكَرِّهُ كسب (من لا يجتنب المحرّم) في كسبه.

(وَالْمَبَاحُ مَا خَلَاعْنَ وَجْهُ رُجْحَانِ) مِن الْطَّرَفَيْنِ بَأنْ لَا يَكُونُ راجِحًا وَلَا مَرْجُوحًا لِتَحْقِيقِ الإِبَاحةِ.

(ثُمَّ التَّجَارَةُ) وَهِي نَفْسُ التَّكَسُّبِ (تَنقِيسُ بِاِنْقَسَامِ الْأَحْكَامِ الْخَمْسَةِ) فَالْوَاجِبُ مِنْهَا مَا تَوَقَّفُ تَحْصِيلُهُ مَؤْوِتَهُ وَمَؤْوِنَتَهُ عَيْالَهُ الْوَاجِبِيُّ النَّفَقَةُ عَلَيْهِ، وَمَطْلُقُ التَّجَارَةِ الَّتِي يَتَبَيَّنُ بِهَا نَظَامُ النَّوْعِ الإِيْسَانِيِّ فَإِنْ ذَلِكَ مِن الْوَاجِبَاتِ الْكَفَافِيَّةِ وَإِنْ زَادَ عَلَى الْمَؤْوِنَةِ؛ وَالْمَسْتَحْبُ مَا يَحْصُلُ بِهِ الْمَسْتَحْبُ وَهُوَ التَّوْسِعَةُ عَلَى الْعِيَالِ وَنَفَقَ الْمُؤْمِنِينَ وَمَطْلُقُ الْمَحَاوِيِّ غَيْرِ الْمُضْطَرِّينِ؛ وَالْمَبَاحُ مَا يَحْصُلُ بِهِ الْزِيَادَةُ فِي الْمَالِ مِنْ غَيْرِ الْجَهَاتِ الرَّاجِحةِ وَالْمَرْجُوحَةِ؛ وَالْمَكْرُوَهُ وَالْحَرَامُ التَّكَسُّبُ بِالْأَعْيَانِ الْمَكْرُوَهَةِ وَالْمَحْرُمَةِ، وَقَدْ تَقَدَّمَتْ.

١. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٥٤، ح ١٠٠٨.

٢. كالحقّ في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٥؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٦؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٦٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٣. كذا في النسخ، تقدم قول الشارح نقلًا عن المصنف في ص ١١٩: «تنقسم بأقسام الأحكام الخمسة».

(الفصل الثاني في عقد البيع وأدابه)

(وهو) أي عقد البيع (الإيجاب والقبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم). وهذا - كما هو تعریف للعقد - يصلاح تعریفًا للبيع نفسه؛ لأنّه عند المصنف^١ وجماعه عبارة عن «العقد المذكور»^٢، استناداً إلى أن ذلك هو المتبادر من معناه فيكون حقيقة فيه. ويمكن أن يكون الضمير عائداً إلى البيع نفسه وأن يكون إضافة البيع بيانياً، ويؤيده أنه في الدراسات عرّف البيع بذلك مزيداً قيد التراصي^٣.

وجعل جنس التعریف «الإيجاب والقبول» أولى من جعله «اللفظ الدال» كما صنع غيره^٤، لأنّهما جنس قریب واللفظ بعيد، وبباقي القيود خاصةً مرکبة يخرج بها من العقود ما لا نقل فيه كالوديعة والمضاربة والوكالة، وما تضمّن نقل الملك بغير عوض كالهبة والوصية بالمال. ويشتمل ما كان ملكاً للعاقِد وغيره فدخل بيع الوكيل والولي - وخرج بـ«العوض المعلوم» الهبة المشروط فيها مطلق الثواب - وبيع المكره حيث يقع صحيحاً إذ لم يعتبر التراصي وهو وارد على تعریفه في الدراسات^٥، وبيع الآخرين بالإشارة وشرعاً، فإنه يصدق به الإيجاب والقبول، ويرد على تعریف أخذ «اللفظ» جنساً كالشروع. وبقي فيه دخول عقد الإجارة؛ إذ الملك يشمل العين والمنفعة، والهبة

١. الدراسات الشرعية، ج.٢، ص.١٧١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج.١١).

٢. منهم: المحقق في المختصر النافع، ص.١٩٩؛ والفالضل المقداد في التنقح الرابع، ج.٢، ص.٢٤.

٣. الدراسات الشرعية، ج.٢، ص.١٧١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج.١١).

٤. المحقق في شرائع الإسلام، ج.٢، ص.٧.

٥. الدراسات الشرعية، ج.٣، ص.١٧١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج.١١).

المشروع فيها عوضٌ معين، والصلح المشتمل على نقل الملك بعوض معلوم، فإنه ليس بيعاً عند المصنف^١ والمتأخرین^٢.

وحيث كان البيع عبارةً عن الإيجاب والقبول المذكورين (فلا يكفي المعاطة^٣) وهي إعطاء كلّ واحد من المتباقعين ما يريده من المال عوضاً عما يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص، سواءً في ذلك الجليل والحقير على المشهور بين أصحابنا، بل كاد يكون إجماعاً. (نعم، يباح) بالمعاطة (التصرّف) من كلّ منها فيما صار إليه من العوض لاستلزم دفع المالك له على هذا الوجه الإذن في التصرف فيه. وهل هي إباحة أم عقد متزلزل؟ ظاهر العبارة الأول، لأنَّ الإباحة ظاهرة فيها ولا ينافي قوله: (ويجوز الرجوع) فيها (مع بقاء العين) لأنَّ ذلك لا ينافي الإباحة. وربما ظهر من بعض الأصحاب الثاني، لتعبيره بـ«جواز فسخها»^٤ الدالُّ على وقوع أمر يوجبه. وتظهر الفائدة في النساء، فعلى الثاني هو للقاض متى تحقق اللزوم بعده، وعلى الأول يحتمله وعدمه.

وبفهم من «جواز الرجوع مع بقاء العين» عدمه مع ذهابها، وهو كذلك. ويصدق بتلف العينين وإداحتها، وبغضِّ كلّ واحدة منها ونقلها عن ملكه، ويستثيرها كطعن الحنطة فإنَّ عينَ المنتقلِ غيرَ باقية مع احتمال العدم. أما لبس الثوب مع عدم تغييره فلا أثر له، وفي صبغه وقضره وتفصيله وخياطته ونحو ذلك من التصرفات المُغيّرة للصفة مع بقاء الحقيقة نظر.

١. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص ٢٩٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

٢. كابن إدريس في السرائر، ج. ٢، ص ٦٤؛ والمحقق في شرائع الإسلام، ج. ٢، ص ٩٩؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج. ٢، ص ١٧٢.

٣. المعاطة على أربعة أقسام: عين بعين، وعين بذمة، وذمة بعين، وذمة بذمة، فالأقسام الثلاثة صحيحة، والأخيرة باطلة، ولو تلف البعض في المعاطة لزم بنسبيته، وكذلك لو مزجها بحيث لا يتميز، قال بعض الفقهاء: يشترط في المعاطة بدأً بيده. وقال ابن مكي: لا يشترط. وإذا قبض بعض الشئون وأتلفه أو تلف لزمه. (زين رحمة الله)

٤. كالعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج. ٢، ص ٢٧٥، الرقم ٣٠٦٧.

وعلى تقدير الرجوع في العين وقد استعملها من انتقلت إليه يأخذُها بغير أجرة؛ لإذنه في التصرف مجاناً. ولو نَمَتْ وتَلَفَ النَّمَاءُ فلا رجوع به كالأصل، وإنما فالوجهان. وهل تصير مع ذهاب العين بِيَعَا أو معاوضة خاصة؟ وجهان: من حصرهم المعاوضات وليس أحدهما^١، ومن اتفاقهم على أنها ليست بِيَعَا باللفاظ الدالة على التراضي فكيف تصير بِيَعَا بالتلف.

ومقتضى المعاطاة أنها مفاعة من الجانيين، فلو وقعت بقبض أحد العوضين خاصةً مع ضبط الآخر على وجه يرفع الجهالة ففي لحق أحكامها نظر: من عدم تحققها وحصول التراضي، وهو اختياره في الدروس^٢ على تقدير دفع السُّلْعَة دون الثمن.

(ويُشترط وقوعهما) الإيجاب والقبول (بلغظ الماضي) العربي (كـ«بِعْتُ») من البائع (واشتريتُ من المشتري و«شَرَيْتُ» منهما؛ لأنَّه مشترك بين البيع والشراء (وَمَلَكُتُ بالتشديد، من البائع؛ والتخفيف من المشتري، و«تمَلَّكتُ»).

(ويكفي الإشارة^٣) الدالة على الرضى على الوجه المعين (مع العجز) عن النطق لخَرَسٍ وغيره، ولا تكفي مع القدرة. نعم، تفيد المعاطاة مع الإفهام الصريح. (ولا يُشترط تقديم الإيجاب على القبول وإنْ كان) تقديمه (أحسن) بل قيل بتعينته^٤.

ووجه عدم الاشتراط أصلَّه الصحة وظهورُ كونه عقداً فيجب الوفاء به، ولتساويهما في الدلالة على الرضى، وتساوي المالكين في نقل ما يملكون إلى الآخر. وجاء التعيين الشك في ترتيب الحكم مع تأخيره ومخالفته للأصل، ولذلك مفهوم القبول على ترتبه على الإيجاب؛ لأنَّه رضى به. ومنه يظهر وجاه الحسن. ومحلَّ الخلاف ما لو وقع

١. توضيح العبارة راجع مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٥١.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٧٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٣. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٢٤٣ و ٢٤٩؛ والملاحة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٨٤، المسألة ٤٥.

القبول بلفظ «اشترت» كما ذكره، أو «ابتعمت» أو «تملكت» إلى آخره، لا بـ«قُبِّلَتْ» وشبيه وإن أضاف إليه باقي الأركان؛ لأنَّه صريح في الإناء على أمر لم يقع. (ويُشترط في المتعاقدين الكمال) برفع الحجر الجامع للبلوغ والعقل والرشد (والاختيار إلا أن يرضى المكره بعد زوال إكراهه) لأنَّه بالغ رشيد قادر إلى اللفظ دون مدلوله، وإنما متَّع عدم الرضى فإذا زال المانع أثر العقد، كعقد الفضولي حيث انتفى القصد إليه من مالكه مع تحقق القصد إلى اللفظ في الجملة، فلتَّأْجِّقْته إجازةُ المالك أثَرَتْ. ولا تُعتبر مقارنته للعقد؛ للأصل، بخلاف العقد المسلوب بالأصل كعبارة الصبي، فلا تجبره إجازة الوالِي ولا رضاه بعد بلوغه.

(والقصد، فلو أوقعه الغافل أو النائم أو الهازِلُ لغا^١) وإن لحقته الإجازة؛ لعدم القصد إلى اللفظ أصلًاً بخلاف المكره.

وربما أشكَّلَ الفرقُ في «الهازِلُ» من ظهور قصده إلى اللفظ من حيث كونه عاقلاً مختاراً، وإنما تخلَّفَ قصدُ مدلوله. وألْحقَ المصنف بذلك المكره على وجه يرتفع قصده أصلًا^٢، فلا يُؤثِّرُ فيه الرضى المتعقب كالغافل والسكران؛ وهو حسن مع تحقق الإكراه بهذا المعنى فإنَّ الظاهر من معناه حملُ المكره على الفعل خوفاً على نفسه أو ما في حكمها مع حضور عقله وتمييزه.

واعلم أنَّ بيع المكره إنما يقع موقوفاً مع وقوعه بغير حقٍّ ومن ثم جاز بيعه في مواضع كثيرةٍ كمن أجبره الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه ونفقة واجب النفقة، وتقويم العبد على معيق نصيبه منه، وفككه من الرق ليُرث، وإذا أسلم عبدُ الكافر أو اشتراه وسُوَّغناه، أو اشتري المصحف، وبيع الحيوان إذا امتنع مالكه من القيام بحق نفقته، والطعام عند المُخْحَصَة يشتريه خائفُ التلف، والمحتكِر مع عدم وجود غيره واحتياج الناس إليه، ونحو ذلك.

١. هو اللاعب. (زين رحمة الله)

٢. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص ١٧٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

(ويُشترط في اللزوم الملك) لكيٌّ من البائع والمشتري لما ينقوله من العِوض (أو إجازة المالك) فبدونه يقع العقد موقوفاً على إجازة المالك لا باطلًا من أصله، على أشهر القولين^١.

(وهي) أي الإجازة اللاحقة من المالك (كاشفة عن صحة العقد) من حين وقوعه لا ناقلة له من حينها؛ لأن السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرطٍ وكلها كانت حاصلة إلا رضي المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام عمله، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود^٢، فلو توقف العقد على أمر آخر لزِم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصًّا، بل هو مع الآخر؛ ووجه الثاني توقف التأثير عليه فكان كجزء السبب.

وتطهر الفائدة في النساء، فإن جعلناها كاشفة (فالثماء) المنفصل (المتخلف) بين العقد والإجازة الحاصل من المبيع (للمشتري، ونماء الثمن المعين للبائع) ولو جعلناها ناقلةً فهـما للمالك المجيز.

ثم إن اتحد العقد فالحكم كما ذُكر، وإن ترتب العقود على الثمن أو المثلمن أو بما وأجاز الجميع صحةً أيضاً، وإن أجاز أحدها فإن كان المثلمن صحيحة في المجاز وما بعده من العقود، أو الثمن صحة وما قبله. والفرق أن إجازة المبيع توجب انتقاله عن ملك المالك المجيز إلى المشتري فتصح العقود المتأخرة عنه، وتبطل السابقة لعدم الإجازة، وإجازة الثمن توجب انتقاله إلى ملك المجيز فتبطل التصرفات المتأخرة عنه حيث لم يجزها، وتصح السابقة؛ لأن ملك الثمن المتوسط يتوقف على صحة العقود السابقة، وإلا لم يمكن تملُّك ذلك الثمن.

هذا إذا بيعت الأثمان في جميع العقود، أمّا لو تعلقت العقود بالثمن الأول مراراً كان

١. ذهب إليه المفید في المقنعة، ص ٦٠٦؛ والشيخ في النهاية، ص ٣٨٥. والقول بالبطلان للشيخ في الخلاف، ج ٢، ص ١٦٨، المسألة ٢٧٥؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٢٧٤ - ٢٧٥.
٢. المائدة (٥): ١.

كالمتن في صحة ما أَجِيزَ وما بعده، وهذا القيد واردٌ على ما أَطْلَقَهُ الجَمِيعُ^١ في هذه المسألة كما فصَّلَناهُ أَوْلًا. مثاله: لو باع مالَ الْمَالِكِ بثوبٍ ثُمَّ باع التوبَ بعَيْنَةً ثُمَّ باعه المشتري بعَيْنَةٍ ثُمَّ باعه مشتريه بثلايَةٍ فَأَجَازَ الْمَالِكُ الْعَدَدَ الْأَخِيرَ فَإِنَّهُ لَا يَقْتَضِي إِجَازَةً مَا سَبَقَ، بَلْ لَا يَصْحَّ سَوَاهُ، وَلَوْ أَجَازَ الْوَسْطَ صَحَّ وَمَا بعده كالمتن. نعم، لو كان قد باع التوبَ بكتابٍ ثُمَّ باع الكتابَ بسيفٍ ثُمَّ باع السيفَ بفرسٍ فِي إِجَازَةٍ بِعِنْدِ السِيفِ بِالْفَرَسِ تَقْتَضِي إِجَازَةً مَا سَبَقَهُ مِنَ الْعَوْدَدِ؛ لَأَنَّهُ إِنَّمَا يَمْلِكُ السيفَ إِذَا مَلَكَ الْعَوْضَ الَّذِي اشترى بِهِ وَهُوَ التوبُ، فَهُنَا يَصْحَّ مَا ذُكْرَوهُ.

(وَلَا يَكْفِي فِي الإِجَازَةِ السِكُوتُ عِنْدَ الْعَدَدِ) مع علمه بـ(أَوْ عِنْدَ عَرْضَهَا) أي الإِجازَةِ (عَلَيْهِ)؛ لَأَنَّ السِكُوتَ أَعْمَّ مِنَ الرَّضْيِ فَلَا يَدْلِلُ عَلَيْهِ، بَلْ لَا بدَّ مِنْ لُفْظٍ صَرِيحٍ فِيهَا كَالْعَدَدِ. (وَيَكْفِي أَجْزَتُ الْعَدَدِ أَوِ الْبَيْعِ (أَوْ أَنْفَذَتُ، أَوْ أَمْضَيْتُ، أَوْ رَضِيْتُ، وَشَبِهُهُ) كـ«أَفْرَرْتُهُ» وـ«أَبْقَيْتُهُ» وـ«أَنْزَمْتُ بِهِ»).

(فَإِنْ لَمْ يُجْزِي انتَزَاعَهُ مِنَ الْمُشْتَرِيِّ)؛ لَأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ. (ولو تَصَرَّفَ) المشتري (فيه بِمَا لَهُ أَجْرَةٌ) كُشْكُنِي الدارِ وَرِكْوبُ الدَّاتَةِ (رَجَعَ بِهَا عَلَيْهِ) بَلْ لَهُ الرِّحْوَعُ بِعَوْضِ الْمَنَافِعِ وَإِنْ لَمْ يَسْتَوِفْهَا مَعَ وَضْعِ يَدِهِ عَلَيْهَا؛ لَأَنَّهُ حِينَئِذٍ كَالْفَاسِدِ وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا. (ولو نَمَا كَانَ) النَّمَاءُ (الْمَالِكُهُ) مَتَصَلًا كَانَ أَمْ مَنْفَصَلًا، بِاقِيًّا كَانَ أَمْ هَالِكًا، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ بِعَوْضِهِ وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا. وَكَذَا يَرْجِعُ بِعَوْضِ الْمَبَيِّعِ نَفْسِهِ لَوْ هَلَكَ فِي يَدِهِ، أَوْ بَعْضِهِ مَعَ تَلْفِهِ بَعْضِهِ بِتَغْرِيْطٍ وَغَيْرِهِ. وَالْمُعْتَبِرُ فِي القيمةِ قِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلْفِ إِنْ كَانَ التَّفَاوْتُ بِسَبَبِ السُّوقِ، وَبِالْأَعْلَى إِنْ كَانَ بِسَبَبِ زِيادةِ عَيْنِيَّةِ.

(وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِيُّ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ إِنْ كَانَ يَا قِيًّا، عَالِمًا كَانَ أَوْ جَاهِلًا) لَأَنَّهُ مَالُهُ وَلَمْ يَحْصُلْ مِنْهُ مَا يُوجِبُ نَقْلَهُ عَنْ مِلْكِهِ فَإِنَّمَا دَفَعَهُ عِوْضًا عَنْ شَيْءٍ لَمْ يُسَلِّمَ لَهُ

١. كعبارة إيضاح الفوائد، ج. ١، ص ٤١٨؛ والدروس الشرعية، ج. ٢، ص ١٧٢ - ١٧٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

(وإن تلِف قيل) والقائل به الأكثر^١ بل أدعى عليه في التذكرة الإجماع^٢: (لا رجوع) به (مع العلم) بكونه غير مالك ولا وكيل؛ لأنَّه سلطه على إتلافه مع علمه بعدم استحقاقه له فيكون بمنزلة الإباحة، بل ظاهر كلامهم عدم الرجوع به مطلقاً؛ لما ذكرناه من الوجه. (وهو) مع بقاء العين في غاية البعد ومع تلفه (بعيد مع تَوْقُع الإجازة)؛ لأنَّه حينئذ لم يُبخِّ له مطلقاً، بل دفعه متوقعاً لكونه عوضاً عن المبيع فيكون مضموناً له، ولتصرف البائع فيه تصرفاً ممنوعاً منه فيكون مضموناً عليه، وأما مع بقائه، فهو عين مال المشتري، ومع تسليم الإباحة لم يحصل ما يوجب الملك، فيكون القول بجواز الرجوع به مطلقاً قوياً وإنْ كان نادراً. إن لم يثبت الإجماع على خلافه والواقع خلافه فقد ذهب المحقق إلى الرجوع به مطلقاً^٣. وكيف يجتمع تحريره تصرف البائع فيه مع عدم رجوع المشتري به في حال؟ فإنه حينئذ لا محالة غاصب آكل للمال بالباطل. ولا فرق في هذا الحكم بين الفاصل محسناً، والبائع فضوليًّا مع عدم إجازة المالك.

(ويرجع) المشتري على البائع (بما اغترم) للمالك حتى بزيادة القيمة عن الثمن لو تلقت العين، فيرجع بها عليه على الأقوى؛ لدخوله على أن تكون له مجاناً، أما ما قابل الثمن من القيمة، فلا يرجع به؛ لرجوع عوضه إليه، فلا يجتمع بين العوض والمعوض. وقيل: لا يرجع بالقيمة مطلقاً؛ لدخوله على أن تكون العين مضمونة عليه، كما هو شأن البيع الصحيح وال fasid، كما لو تلقت العين. وفيه أنَّ ضمانه للمثل أو القيمة أمر زائد على فوات العين الذي قدِّم على ضمانه، وهو مغرور من البائع بكون المجموع له بالثمن، فالزائد بمنزلة ما رجع عليه به، وقد حصل له في مقابلته نفع، بل أولى.

هذا إذا كانت الزيادة على الثمن موجودةٌ حال البيع، أما لو تجددت بعده، فحكمها

١. منهم: العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٩؛ وفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٢١؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧٧.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ١٨، ذيل المسألة ٥.

٣. نسبة إلى بعض تحقiqاته في مسائل الأفهام، ج ٢، ص ١٦١.

٤. حكاية المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٨.

حكم التمرة، فيرجع بها أيضاً - كغيرها ممّا حصل له في مقابلته نفع - على الأقوى؛ لغروفه، ودخوله على أن يكون ذلك له بغير عوض.

أما ما أنفقه عليه ونحوه مما لم يحصل له في مقابلته نفع، فيرجع به قطعاً (إن كان جاهلاً) بكونه مالكاً أو مأذوناً، بأن أدعى البائع ملكه أو الإذن فيه أو سكت، ولم يكن المشتري عالماً بالحال.

(ولو باع غير المملوك مع ملكه ولم يُجز المالك، صح البيع (في ملكه)، ووقف فيما لا يملك على إجازة مالكه، فإن أجاز صح البيع ولا خيار، (و) إن رد (تخير المشتري مع جهله) تكون بعض المبيع غير مملوك للبائع؛ لبعض الصفقة أو الشركة، (فإن) فسخ رجع كل مال إلى مالكه، وإن (رضي صح) البيع (في المملوك) للبائع (بحصته من الثمن)، وتعلم مقدار الحصة (بعد تقويمهما جميعاً ثم تقويم أحدهما) منفرداً، ثم نسبة قيمته إلى قيمة المجموع، فيخصه من الثمن مثل تلك النسبة، فإذا قُوِّما جميعاً بعشرين وأحددهما بعشرة صح في المملوك بنصف الثمن كائناً ما كان.

وإنما أخذ نسبة القيمة ولم يخصه من الثمن قدر ما قُوِّم به؛ لاحتمال زياستها عنه ونقصانها، فربما جُمع في بعض الفروض بين الثمن والثمن على ذلك التقدير، كما لو كان قد اشتَرَى المجموع في المثال عشرة.

وإنما تُعتبر قيمتهما مجتمعين إذا لم يكن لاجتماعهما مدخل في زيادة قيمة كل واحد كثوبين، أما لو استلزم ذلك كمurai باب لم يقُوِّما مجتمعين، إذ لا يستحق مالك كل واحد ماله إلا منفرداً، وحينئذ فيقوم كل منها منفرداً، وتُحسب قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين، ويؤخذ من الثمن بتلك النسبة. نعم، لو كانا لمالك واحد، فأجاز^١ في أحدهما دون الآخر أمكن فيه ما أطلقوه، مع احتمال ما قيَّدناه.

(وكذا لو باع ما يُملِكَ) مبنية للمجهول (وما لا يُملِكَ كالعبد مع الحر، والخنزير

١. في «م»: «وأجاز».

مع الشاة)، فإنه يصح في المملوك بنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين من الشمن، (ويقُوم الحرج لو كان عبداً) على ما هو عليه من الأوصاف والكيفيات، (والخنزير عند مستحلبيه)، إنما بإخبار جماعةٍ منهم كثيرةٍ يؤمن اجتماعهم على الكذب، ويحصل بقولهم العلم أو الظنُّ المتأخرُ له؛ أو بإخبار عدلين مسلمين يطلعن على حاله عندهم، لا منهم مطلقًا لاشترط عدالة المقصوم. هذا مع جهل المشتري بالحال؛ ليتم قصده إلى شرائهما، ويعتبر العلم بشمن المجموع لا الأفراد فيوزع حيث لا يتم له.

أما مع علمه بفساد البيع، فيشكّل صحته؛ لإضانه إلى الجهل بشمن البيع حال البيع؛ لأنَّه في قوله «بعْتُك العبد بما يخصُّه من الألف» إذا وزُعَتْ عليه وعلى شيء آخر لا يعلم مقداره الآن، أما مع جهله، فقصده إلى شراء المجموع، ومعرفة مقدار ثمنه كافي وإن لم يعلم مقدار ما يخصُّ كلَّ جزء.

ويمكن جريان الإشكال في البائع مع علمه بذلك، ولا بُعد في بطلانه من طرف أحدهما دون الآخر. هذا إذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن، أو كانت عينه باقيةً، أو كان جاهلاً، وإلا جاء فيه مع علمه بالفساد ما تقدم في الفضولي بالنسبة إلى الرجوع بالشمن. (وكما يصح العقد من المالك يصح من القائم مقامه^١، وهو) أي القائم - جمعة باعتبار معنى الموصول، ويجوز توحيد نظرًا إلى لفظه - (ستة: الأب والجد) له وإن علا، (والوصي) من أحدهما على الطفل والمجنون الأصلي، ومن طرًا جنونه قبل البلوغ، (والوكيل) عن المالك أو من له الولاية حيث يجوز له التوكيل، (والحاكم) الشرعي حيث تُفقد الأربعه، (وأمينه) وهو منصوبه لذلك أو ما هو أعمّ منه.

(وبحكم الحاكم المقاصل)، وهو من يكون له على غيره مال، فيجحده أو لا يدفعه إليه مع وجوبه، فله الاستقلال بأخذه من ماله قهراً من جنس حقه إن وجد، وإلا فين غيره بالقيمة، مختاراً بين بيعه من غيره ومن نفسه.

١. مراده به يجوز الأخذ من المماطل وإن كان من غير الجنس، وحيثُنَّ بيعه ويستوفي حقه. وهذا من جملة من بيع مال غيره ولم يذكره الأصحاب؛ لأنَّه بحكم الحاكم. (زين رحمة الله)

ولا يُشترط إذنُ الحاكم وإنْ أمكن؛ لوجوده ووجود البَيْنَةِ المقبولةِ عنده في الأشهر^١.

ولو تَدَرَّ الأَخْذُ إِلَّا بِزِيادةِ جاز، فتكون في يده أمانةً في قول^٢ إلى أنْ يَتَمَكَّنَ من ردها، فيجب على الفور.

ولو تَوَقَّفَ أَخْذُ الْحَقِّ عَلَى نَفْيِ جَدَارٍ أَوْ كَسْرِ قَفْلٍ جاز، ولا ضَمَانَ عَلَى الظَّاهِرِ.
وَيُعَتَّبُ فِي الْمَأْخُوذِ كَوْنِهِ زائِدًا عَلَى الْمُسْتَنْدِ فِي قَضَاءِ الدِّينِ.
ولو تَلَفَّ مِنَ الْمَأْخُوذِ شَيْءٌ قَبْلَ تَمْلِكِهِ، فَفِي ضَمَانِهِ قَوْلَانٌ^٣.
وَيَكْفِي فِي التَّمْلِكِ النَّيْتَةُ، سَوَاءً كَانَ بِالْقِيمَةِ أَمْ بِالْمُثَلِّ.

وفي جواز المُقَاشَةِ مِنَ الْوَدِيعَةِ قَوْلَان٤، وَالْمَرْوِيِّ الْعَدْمُ^٥، وَحُمِّلَ عَلَى الْكَرَاهَةِ^٦.
وفي جواز مُقاشَةِ الغائبِ مِنْ غَيْرِ مَطَالَبَةِ وَجْهَهُ: أَجْوَدُهُمَا الْعَدْمُ، إِلَّا مَعْ طَولِهَا
بِحِيثِ يَؤْدِي إِلَى الضَّرَرِ، وَلَوْ أَمْكَنَ الرَّجُوعَ هُنَا إِلَى الْحاكمِ، فَالْأَقْوَى تَوْقِفُهُ عَلَيْهِ.
(ويجوز للجميع) أي جمِيعِ مَنْ لَهُ الْوَلَايَةُ مِنْ تَقْدِيمِ (تَوْلِي طَرَفِيِّ الْعَدْمِ) بِأَنَّ
يَبْيَعَ مِنْ نَفْسِهِ وَمِنْ لَهُ الْوَلَايَةَ عَلَيْهِ، (إِلَّا الْوَكِيلُ وَالْمُقَاشَةُ) فَلَا يَجُوزُ تَوْلِيهِمَا طَرْفِيهِ،
بَلْ يَبْيَعُانِ مِنَ الْغَيْرِ. وَالْأَقْوَى كُونُهُمَا كَفِيرَهُمَا، وَهُوَ اخْتِيَارُهُ فِي الدَّرُوسِ^٧؛ لِعُومِ الْأَدَلَّةِ^٨.
وَعَدْمُ وَجْدَهُ مَا يَصْلُحُ لِلتَّخْصِيصِ. (ولو استَأْذَنَ الْوَكِيلُ جاز)؛ لِانْتِفَاءِ الْمَانَعِ حِينَئِذٍ.
(ويُشترطُ كُونُ الْمُشَتَّرِي مُسْلِمًا إِذَا ابْتَاعَ مُضْحَفًا أَوْ مُسْلِمًا)؛ لِمَا فِي مِلْكِهِ لِلْأَوَّلِ

١. ذهب إلى العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٤٨؛ وإلى قول الغير الأشهر الفخر في إيضاح الفوائد، ج ٤، ص ٣٤٦.

٢. هو قول العلامة في قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٨٤؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٥، ص ١٥٤، الرقم ٦٤٧٩.

٣. قال الشيخ بعدم الضمان في البسوط، ج ٨، ص ٦٨٢؛ قال المحقق بالضمان في شرائع الإسلام، ج ٤، ص ١٠٠.

٤. نقل القولين واختار الجواز العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٩٤، المسألة ١٠.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ١٩٧، ح ٤٢٨.

٦. حمله عليها الشيخ في الاستبصار، ج ٣، ص ٥٣، ذيل الحديث ١٧٢.

٧. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٧٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١ و ١٠).

٨. أي عوم أدللة الولاية.

من الإهانة، وللثاني من الإذلال وإثبات السبيل له عليه، «وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِكُنَفِيرِنَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا»^١. وقيل: يصح ويؤمر بإزالة ملكه^٢.

وفي حكم المسلم ولدُه الصغير والمجنون، ومسيئه المنفرد به إن الحقناه به فيه، ولقيط يحکم بإسلامه ظاهراً.

(إلا فيمن يتعقّل عليه)، فلا منع: لانتفاء السبيل بالعتق. وفي حكمه مشروع العتق عليه في البيع، ومن أقر بحربيته، وهو في يد غيره. وضابطه: جواز شرائه حيث يتعقّله العتق قهراً.

وفي حكم البيع تملّكه له اختياراً كالهبة، لا بغيره كالإرث وإسلام عبده، بل يُجبر على بيعه من مسلم على الفور مع الإمكان، وإن جيل بينهما بوضعه على يد مسلم إلى أن يوجد راغب.

وفي حكم بيعه منه إجارته له الواقعه على عينه لا على ذمته، كما لو استدان منه. وفي حكم المصحف أبعاضه. وفي إلحاد ما يوجد منه في كتاب غيره شاهداً ونحوه نظر، من الجزئية، وعدم صدق الاسم؛ وفي إلحاد كتب الحديث النبوية به وجه.

(وهنا مسائل):

[[المسألة الأولى:]] (يُشترط كون المبيع مما يُملك) أي يقبل الملك شرعاً، فلا يصح بيع الحر، وما لا نفع فيه غالباً، كالحشرات) بفتح الشين، كالحيتان والعقارب والفثran والخناfis والنمل ونحوها؛ إذ لا نفع فيها يقابل بالمال وإن ذكر لها منافع في الخواص، وهو الخارج بقوله «غالباً»، (وقفَلات الإنسان) وإن كانت ظاهرة، (إلا بين المرأة)، فيصح بيعه والمعاوضة عليه مقدراً بالمقدار المعلوم أو المدّة؛ لِعَظَم الانتفاع به.

١. النساء (٤): ١٤١.

٢. حكاية العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٩١، المسألة ٥١.

(و) لا (المباحات قبل العِيَازَة)؛ لانتفاء الملك عنها حينئذٍ، والمتبايعان فيها سيان؛ وكذا بعد العِيَازَة قبل تَبَيَّنَتِ التَّمْلُكَ إن اعتبرناها فيه، كما هو الأَجْوَد.

(ولا الأرض المفتوحة عَنْهُ) بفتح العين، أي قهراً كأرض العراق والشام؛ لأنَّها للMuslimين قاطبةً لا تَمْلُكُ على الخصوص، (إِلَّا تَبَعًا لِآثارِ الْمُتَصَرِّفِ) من بناء وشجر، فيصح في الأقوى، وتَبَقَّى تابعةً لما دامت الآثار، فإذا زالت رَجَعَت إلى أصلها. والمراد منها المُحِيَاةُ وقت الفتح، أمَّا الموَات فِيمِلِكُهَا الْمُخْيِي، ويصح بِعُهُوها كغيرها من الأملاك.

(والأَقْرَبُ عَدْمُ جُوازِ بَيعِ رِبَاعٍ مَكَّةً^٢) أي دُورِها (زادها الله شَرْفًا)، لنقل الشيخ في الخلاف الإجماعي على عدم جوازه^٣ (إنْ قَلَّنَا إِنَّهَا فُتِّحَتْ عَنْهُ)؛ لاستواء الناس فيها حينئذٍ، ولو قلنا إنَّهَا فُتِّحَتْ صَلْحًا جاز.

وفي تقدير المَنْع بـ«القول بفتحها عَنْهُ»، مع تعليمه بنقل الإجماع المنسَنُ بخبر الواحد، تَنَافِرٌ؛ لأنَّ الإجماع إنْ تَبَيَّنَتْ لم يتوَقَّفْ على أمرٍ آخرٍ، وإنْ لم يَثْبُتْ افتَرَ إلى التعليل بالفتح عَنْهُ وغيره.

وبَيْقَى فِيهِ أَنَّهُ عَلَى مَا اختاره سابقًا من ملكه تَبَعًا لِآثارِ يَنْبَغِي الجُوازُ؛ للقطع بِتَجَدُّدِ الآثارِ في جميع دُورِها عَمَّا كَانَ عَلَيْهِ عَامَ الفتح.

وربما عَلَلَ المَنْع بالرواية عن النبي ﷺ بالنهي عنه^٤، وبكونها في حكم المسجد؛ لأنَّه الإسراء^٥، مع أنَّه كان من بيت أم هانئ. ولكنَّ الخبر لم يَثْبُتْ، وحقيقة المسجدية مُنتَفِيَة، ومَجَازُ المجاورة والشرف والحرمة ممكِنٌ، والإجماع غير متحقِّق، فالجواز متَّجِهة.

[المسألة] (الثانية: يُشترط) في البيع (أن يكون مقدوراً على تسليمه، فلو

١. جمع زَنْج (زين رحمة الله)

٢. وفي الدروس الشرعية [ج. ٢، ص. ١٨٠] نقل الخلاف من غير فتوى. (منه رحمة الله)

٣. الخلاف، ج. ٢، ص. ١٩٠، المسألة .٣١٦

٤. سنن الدارقطني، ج. ٢، ص. ٦٦٠ - ٦٦١، ح. ٢٩٩١ - ٢٣٣؛ السنن الكبير، البهقي، ج. ٦، ص. ٥٧، ح. ١١١٨٣

٥. الإسراء (١٧): ١

باع الحمام الطائر) أو غيره من الطيور المملوكة (لم يصح، إلا أن تقضى العادةً بعوده)، فيصح: لأنَّه حينئذٍ كالعبد المُنْتَدَ في الحوائج والداتِيَ المرسلة. (ولو باع) الملعونَ (الآبق) المتعدَّ تسليمه (صح مع الضمية) إلى ما يصح بيعه منفرداً، (فإن وَجَدَه) المشتري، وقدر على إثبات يده عليه، (وإلا كان الثمنُ بإزاره الضمية)، ونُزِّلَ الآبقُ بالنسبة إلى الثمن منزلة المعدوم، ولكن لا يخرج بالتعذر عن ملك المشتري، فيصح عتقه عن الكفار، وبيعه لغيره مع الضمية.

(ولا خيار للمشتري مع العلم بِإياقه)؛ لقدومه على النقص، أمَّا لو جَهَلَ جاز الفسخ إن كان البيع صحيحاً.

ويُشترط في بيعه ما يُشترط في غيره، من كونه معلوماً موجوداً عند العقد، وغير ذلك، بِسُوءِ القدرة على تسليمه.

فلو ظهر تلفه حين البيع أو استحقاقه لغير البائع أو مخالفًا للوصف، بطل البيع فيما يقابلها في الأوَّلين، وتخيَّر المشتري في الأخير على الظاهر.

(ولو قدر المشتري على تحصيله) دون البائع، (فالأقربُ عدمُ اشتراط الضمية) في صحة البيع: لحصول الشرط، وهو القدرة على تسليمه. ووجه الاشتراط صدق الإياب الموجِّبُ للضمية بالنصٌّ^١، وكُونُ الشرط التسليم وهو أمرٌ آخرٌ غير التسلُّم.

ويُضَعَّفُ بأنَّ الغاية المقصودة من التسليم حصوله بيد المشتري بغير مانع وهي موجودة، والموجبة للضمية العجز عن تحصيله وهي مفقودة.

(وعدمُ لحوقِ حكماتها لوضُمٍّ^٢). فيوزَّعُ الثمنُ عليهمَا لو لم يقدر على تحصيله، أو

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٢٤، ح ٥٤١ - ٥٤٢.

٢. أحكام الضمية مثل: ما لو ظهر عدم الآبق أو تجدَّد عدمه؛ فإنَّ الثمن في مقابلة الضمية. ومنها: ما لو ظهر في الضمية عيبٌ والحال هذه فإنَّ الأرش منسوب إلى كلِّ الثمن. ومنها: لو بانت الضمية مستحقةً يرجع بكلِّ الثمن، ولا يترك شيء لأجل الآبق. (زين رحمه الله)

تلف قبل القبض، ولا يتخير لو لم يعلم بإياقه، ولا يشترط في الضميمة صحة إفرادها بالبيع؛ لأنَّه حينئذٍ بمنزلة المقبوض، وغير ذلك من الأحكام.

ولا يلحق بالأباق غيره ممَّا في معناه كالبعير الشارد والفرس العاير على الأقوى، بل المملوك المتعدِّر تسليمه بغير الإباق؛ اقتصاراً فيما خالف الأصل على المنصوص.

(أَمَا الضالُّ والمجحود) من غير إباق. (فيصح البيع، ويراعى بإمكان التسليم)، فإنَّ أمكن في وقتٍ قريباً لا يفوته به شيءٌ من المنافع يعتدَّ به، أو رضي المشتري بالصبر إلى أن يسلم لزِم، وإن تعذر فسخ المشتري إن شاء وإن شاء التزم، وبقى على ملكه يتَّنفع به بالعتق ونحوه. ويتحمَّل قوياً بطلانَ البيع لفقد شرط الصحة، وهو إمكان التسليم.

وكما يجوز جعل الآباق مثمناً يجوز جعله ثمناً، سواءً كان في مقابلته آباق آخر أم غيره؛ لحصول معنى البيع في الثمن والمشن.

(وفي احتياج العبد الآباق المجعل ثمناً إلى الضميمة احتمالاً)؛ لصدق الإباق المقتضي لها، (ولعله الأقرب)؛ لاشراكهما في العلة المقتضية لها. (وحيثئذٍ يجوز أن يكون أحدهما ثمناً والآخر مثمناً مع الضميمتين).

(ولا يكفي) في الضميمة في الثمن والمشن (ضمُّ آباق آخر إليه)؛ لأنَّ الفرض من الضميمة أن تكون ثمناً إذا تعذر تحصيله، فتكون جامدة لشرائطه التي من جملتها إمكان التسليم، والأباق الآخر ليس كذلك.

(ولو تعددَت العبيد) في الثمن والمشن، (كفتْ ضميمةً واحدةً)؛ لصدق الضميمة مع الآباق، ولا يُعتبر فيها كونها مُتَّسِّلةً إذا وزُعَت على كل واحد؛ لأنَّ ذلك يصير بمنزلة ضمانَ، مع أنَّ الواحدة كافية.

وهذه الفروع من خواص هذا الكتاب، ومثلها في تضاعيفه كثير، نُتَّبِّه عليه إن شاء الله في مواضعه.

[المسألة] (الثالثة: يُشترط) في البيع (أن يكون طلقاً، فلا يصح بيع الوقف) العام مطلقاً، إلا أن يتلاشى ويضمحلَّ بحيث لا يمكن الاتفاعُ به في الجهة المقصودة مطلقاً، كحصرِيَّةٍ يتلاشى ولا يصلحُ للاتفاع به في محلِّ الوقف، وجدُّعَ ينكسر كذلك، ولا يمكن صرفهما بأعيانهما في الوقود لمصالحة، كآجرِ المسجد، فيجوز بيعه حينئذٍ وصرفه في مصالحة إن لم يمكن الاعتراضُ عنه بوقف.

ولو لم يكن أصله موقوفاً، بل اشتريَ للمسجد - مثلاً - من غلَّته، أو بذله له باذلَّ صحَّ للناظر بيعه مع المصلحة مطلقاً.

(ولو أدى بقاوِه إلى خرابه لخُلف بين أربابه) في الوقف المحصور، (فالمشهور الجواز) أي جواز بيعه حينئذٍ. وفي الدروس اكتفى في جواز بيعه بخوف خرابه، أو خُلفِ أربابه المؤدي إلى فسادٍ. وكلَّ أن يتفق في هذه المسألة فتوى واحدٍ، بل في كتاب واحد في باب البيع والوقف، فتأمَّلها أو طالع شرح المصنف للإرشاد^١ تلطِّخ على ذلك.

والأقوى في المسألة ما دلت عليه صحيحَة علَيَّ بن مهزيار عن أبي جعفر^٢ الجواد^{عليه السلام} من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خُلف شديدٌ، وعلَّله^{عليه السلام} بأنه «ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس»^٣. وظاهره أنَّ خوف أدائه إليهما أو إلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنةً لذلك.

ومن هذا الحديث اختلفت آفهامُهم في الشرط المسوغ للبيع، ففهم المصنف هنا أنَّ المعتبر الخُلف المؤدي إلى الخراب، نظراً إلى تعليمه بتلف المال، فإنَّ الظاهر أنَّ المراد بالمال الوقف، إذ لا دخل لنغيره في ذلك.

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٢٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

٢. غاية المراد، ج ٢، ص ٢٦ - ٣٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢).

٣. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٣٠، ح ٥٥٧ .

ولا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه وإن احتاج إلى بيعه أرباب الوقف ولم تكفهم غلتها، أو كان بيعه أعدة، أو غير ذلك متناقل^١؛ لعدم دليل صالح عليه. وحيث يجوز بيعه يُشتري بشمنه ما يكون وفقاً على ذلك الوجه إن أمكن، مراعياً للأقرب إلى صفتة فالأقرب، والمتولى لذلك الناظر إن كان، وإلا الموقوف عليهم إن انحصروا، وإلا فالناظر العام.

(ولا بيع) الأمة (المُسْتَوَدَة) من المولى. ويتحقق الاستيلاد المانع من البيع بعلوها في ملكه وإن لم تلتجئ الروح كما سيأتي، فقوله (ما دام الولد حيّاً) مبنيٌ على الأغلب، أو على التجوز؛ لأنَّه قبل ولوج الروح لا يُوصف بالحياة إلَّا مجازاً. ولو مات صارت كغيرها من إماء عندنا.

أما مع حياته فلا يجوز بيعها (إلَّا في ثمانية مواضع) وهذا الجمع من خواص هذا الكتاب.

(أحدها): في ثمن رقبتها مع إعسار مولاهَا، سواءً كان حيّاً أو ميتاً) أما مع الموت، فموضع وفاق، وأما مع الحياة، فعلى أصح القولين^٢: لإطلاق النص^٣. والمراد بإعساره أن لا يكون له من المال ما يُوفي ثمنها زائداً على المستثنيات في وفاء الدين.

(وثانيها): إذا جئت على غير مولاهَا، فيدفع ثمنها في العناية أو رقبتها إن رضيَ المجنى عليه. ولو كانت العناية على مولاهَا لم يجز؛ لأنَّه لا يثبت له على ماله مال.

(وثالثها): إذا عَجَزَ مولاهَا (عن نفقتها)، ولو أمكن تأديتها ببيع بعضها وجب الاقتصر عليه؛ وقوفاً فيما خالق الأصل على موضع الضرورة.

(ورابعها): إذا مات قريئها ولا وارث له سواها؛ لتعتق وترثه. وهو تعجيز عقِّ

١. راجع مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٥٠ - ٢٥١، المسألة ٢٥١؛ غایة المراد، ج ٢، ص ٢٦ - ٢٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢).

٢. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٥١، المسألة ١١٥؛ نقل القول بعدم جواز البيع عن السيد الرضاي ابن إدريس في السراير، ج ٢، ص ٢١، لم ونعتر عليه في كتب السيد.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٨، ح ٨٦٢.

أولى بالحكم من إيقائها لتعنق بعد وفاة مولاها.

(وخامسها: إذا كان علوقها بعد الارتهان)، فيققدم حق الترثي عن سبقة. وقيل: يقدّم حق الاستيلاد؛ لبناء العنق على التغليب^١؛ ولعموم النهي عن بيعها^٢.

(وسادسها: إذا كان علوقها بعد الإفلاس)، أي بعد الحجر على المفلس، فإنّ مجرّدة ظهور الإفلاس لا يُوجّب تعلق حق الدّيّان بالمال، والخلاف هنا كالرهن.

(وسابعها: إذا مات مولاها ولم يختلف سواها، وعليه دين مستغرق وإن لم يكن ثمناً لها)؛ لأنّها إنما تعنق بموت مولاها من نصيب ولدها، ولا نصيب له مع استغراق الدين، فلا تعنق، فتُصرف في الدين.

(وثمانها: بيعها على من تتعنق عليه، فإنه في قوّة العنق)، فيكون تعجّيل خير يستفاد من مفهوم المواجهة، حيث إنّ المتن من البيع لأجل العنق.

(وفي جواز بيعها بشرط العنق نظر، أقربه الجواز^٣)؛ لما ذكر، فإن لم يف المشتري بالشرط ففسخ البيع وجوباً، فإن لم يفسح المولى احتيال افساحه بنفسه، وفشنّ المحاكم إن اتفق. وهذا موضع تاسع.

وما عدا الأول من هذه الموضع غير منصوص بخصوصه، وللننظر فيه مجال، وقد حكاهَا في الدروس بلفظ «قيل»، وبعضها جعله احتمالاً من غير ترجيح شيء منها^٤.

١. قال به المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٧٣.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢٢٨، ح ٨٦٢.

٣. وتأسّها: لنفقتها. وعاشرها: إذا أسلمت عند الكافر على الأظهر. وحادي عشرها: إذا رهنها في غير ثمن رقبتها وجوزناه. وثاني عشرها: كتابتها عند من يجعله بيعاً. وتالث عشرها في كفن مولاها إذا لم يختلف سواها. ورابع عشرها: إذا قتلت مولاها على قول. وخامس عشرها: إذا كان ولدها غير وارث كما إذا كان قاتلاً أو كافراً. وسادس عشرها: إذا فسخ البائع بعد إيجاب المشتري. وسابع عشرها: إذا عجزت عن الكسب وعن بيت المال، وعن راغب في التزوّيج؛ فإنه يجوز البيع على الأقوى. (زين رحمة الله)

٤. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٧٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٠).

وزاد بعضهم موضع آخر^١:

عاشرها: في كفن سيدها إذا لم يخلف سواها، ولم يمكن بيع بعضها فيه، وإلا اقتصر عليه.

حادي عشرها: إذا أسلمت قبل مولاهما الكافر.

وثاني عشرها: إذا كان ولدُها غير وارثٍ؛ لكونه قاتلاً أو كافراً؛ لأنها لا تُنْعِق بموت مولاهما حينئذٍ؛ إذ لا نصيب لولدها.

ثالث عشرها: إذا جئت على مولاهما جنائيةً تستغرق قيمتها.

رابع عشرها: إذا قتلت خطأً.

خامس عشرها: إذا حملت في زمان خيار البائع أو المشترك، ثم فسخ البائع بخياره.

سادس عشرها: إذا خرج مولاهما عن الذمة ومُلِكَت أمواله التي هي منها.

سابع عشرها: إذا لحقت هي بدار الحرب ثم استرقت.

ثامن عشرها: إذا كانت لمكاتبٍ مشروطٍ ثم فُسخ كتابته.

واسع عشرها: إذا شرط أداء الضمان منها قبل الاستيلاد ثم أُولَدَها، فإن حق المضون له أسبق من حق الاستيلاد كالرهن والفلس السابقين.

والعشرون: إذا أسلم أبوها أو جدُّها وهي مجنونة أو صغيرة، ثم استولَدَها الكافر بعد البلوغ قبل أن تخرج عن ملكه، وهذه في حكم إسلامها عنده. وفي كثير من هذه الموضع نظر.

[المسألة] (الرابعة: لو جئَ العبدُ خطأً لم تمنع) جنائيته (من بيعه)، لأنَّه لم يخرج عن ملك مولاه بها. والتخيير في فكه للمولى، فإن شاء فكَّه بأقل الأمرين من

١. راجع مختلف الشيعة، ج ٨، ص ١٥١-١٥٧، المسألة ١١٥-١٢١؛ وجامع المقاصد، ج ٤، ص ٩٨.

أرش الجنائية وقيمتها، وإن شاء دفعه إلى المجنى عليه أو وليه ليستوفي من رقتبه ذلك، فإذا باعه بعد الجنائية كان التزاماً بالفداء على أصح القولين^١، ثم إن فداء، وإن جاز للمجنى عليه استرقاقه، فيتفيض البيع إن استوَّ عبُث قيمته؛ لأن حقه أسبق. ولو كان المشتري جاهلاً بعيه تخير أيضاً.

(ولو جئَى عمدًا، فالأقرب أنه) أي البيع (موقوف على رضى المجنى عليه أو وليه)؛ لأن التخир في جنائية العمد إليه وإن لم يخرج عن ملك سيده، فالثاني يصح البيع، وبالأول يثبت التخير، فيضعف قول الشيخ ببطلان البيع فيه^٢؛ نظراً إلى تعلق حق المجنى عليه قبله، ورجوع الأمر إليه، فإن ذلك لا يقضى ببطلان ولا يقصُّ عن بيع الفضولي.

ثم إن أجاز البيع ورضي بفائدته بالمال وفكه المولى، لِرِم البيع، وإن قتله أو استرققه بطل. ويختير المشتري قبل استقرار حاله مع جهله للعيب المُعَرِّض للغواط. ولو كانت الجنائية في غير النفس واستوفى، فباقيه مبيع، وللمشتري الخيار مع جهله؛ للتبعيض، مضافاً إلى العيب سابقاً.

[المسألة] (الخامسة: يُشترط علُم الشئون قَدْرًا وجنساً ووصفاً)^٣ قبل إيقاع عقد البيع، (فلا يصح البيع بحكم أحد المتعاقدين أو أجنبى) اتفاقاً، وإن ورد في روایة شاذة جواز تحكيم المشتري^٤، فيلزم الحكم بالقيمة فما زاد؛ (ولا بشئون مجھول القدر

١. اختاره العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٢، ص ٢٨٠، الرقم ٣٠٨٤؛ وأنما عدم التزام السيد بالفداء فقد احتمله في نهاية الإحكام، ج ٢، ص ٤٤٤.

٢. المعسوط، ج ٢، ص ٧٤؛ الخلاف، ج ٣، ص ١١٧، المسألة ١٩٨.

٣. أي من المشتري والبائع، وكذا المثنى ولو يأخبار البائع كما يدل عليه بعض الأخبار، أو الاكتفاء بالوصف ولو في المثنى، فكان المراد بالعلم ما يشمل مثل ذلك، والله أعلم. (منه رحمة الله)

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٦٩، ح ٢٩٧.

وإِنْ شُوهدَ؛ لبقاءِ الجَهَالَةِ، وثبوتِ الغَرَرِ المَنْفِيِّ مَعَهَا^١. خِلَافاً للشِّيخِ فِي الموزون^٢، وللمَرْتَضِيِّ فِي مَالِ السَّلَمِ^٣، وَلَابْنِ الْجَنَيدِ فِي المَجْهُولِ مُطْلَقاً^٤ إِذَا كَانَ الْمَبْيَعُ صَبْرَةً مَعَ اخْتِلَافِهِمَا جِنْسَأَ.

(ولا مجھول الصفة) كمائة درهم وإنْ كانت مشاهدةً لا يعلم وصفها مع تعدد النَّقد الموجود؛ (ولا مجھول الجنس وإنْ عُلِمَ قدرُهُ)؛ لتحقُّقِ الجَهَالَةِ فِي الجَمِيعِ. فلو باع كذلك كأن فاسداً وإنْ اتَّصلَ بِهِ القبضُ، ولا يكون كالمعاطاة؛ لأنَّ شرطَها اجتِماعُ شرائطِ صحةِ الْبَيْعِ سَوْيَ الْعَدْدِ الْخَاصِّ. (فَإِنْ قَبضَ الْمُشَتَّرِيُّ الْمَبْيَعَ وَالْحَالُ هَذِهِ كَانَ مَضْمُونَأَ عَلَيْهِ)؛ لأنَّ «كُلَّ عَدْدٍ يُضْمَنُ بِصَحِيحِهِ يُضْمَنُ بِفَاسِدِهِ» وبالعكس؛ فَيُرْجِعُ بِهِ وِيزْوَانِهِ مَتَّصَلَةً وَمَنْفَصَلَةً وَبِمَنْفَعِهِ الْمُسْتَوْفَةِ وَغَيْرَهَا عَلَى الأَقْوَى. ويَضْمَنْهُ (إنْ تَلَفَّ) بِقِيمَتِهِ يَوْمَ التَّلَفِ عَلَى الأَقْوَى. وَقَيْلٌ: يَوْمَ الْقَبْضِ^٥. وَقَيْلٌ: الأَعْلَى مِنْ إِلَيْهِ^٦. وَهُوَ حَسْنٌ إِنْ كَانَ التَّفَاوْثُ بِسَبَبِ نَقْصٍ فِي الْعَيْنِ أَوْ زِيَادَةِ، أَمَّا باختِلَافِ السُّوقِ، فَالْأَوَّلُ أَحْسَنُ. وَلَوْ كَانَ مِثْلَيَاً ضَمِّنَهُ بِمَثْلِهِ، فَإِنْ تَعَذَّرَ فِي قِيمَتِهِ يَوْمَ الإِعْوَازِ عَلَى الأَقْوَى.

[الْمَسْأَلَةُ] (السادسة: إِذَا كَانَ الْعَوْضَانِ مِنَ الْمَكِيلِ أَوِ الْمَوْزُونِ أَوِ الْمَعْدُودِ، فَلَا يَبْدَأُ مِنْ اعْتِبَارِهِمَا بِالْمَعْتَادِ) مِنَ الْكَيْلِ وَالْوَزْنِ وَالْعَدْدِ، فَلَا يَكْفِي الْمِكِيلُ الْمَجْهُولُ، كَفْضَعَةٌ حَاضِرَةٌ وَإِنْ تَرَاضَيَا بِهِ، وَلَا الْوَزْنُ الْمَجْهُولُ، كَالاعْتِمَادُ عَلَى صَخْرَةٍ مُعَيَّنَةٍ وَإِنْ

١. سنن ابن ماجة، ج. ٢، ص. ٧٣٩، ٢١٩٤ و ٢١٩٥؛ السنن الكبرى، البهجهي، ج. ٥، ص. ٥٥٢، ح. ١٠٨٤٦ و ١٠٨٤٧.

٢. البسيط، ج. ٣، ص. ٢٤.

٣. المسائل الناصريةات، ص. ٣٦٩، المسألة ١٧٥.

٤. حكاه عنده العلامة في مختلف الشيعة، ج. ٥، ص. ٢٦٦، المسألة ٢٣٤.

٥. قال به سلّار في المراسم، ص. ١٧٢؛ والحقّ في شرائع الإسلام، ج. ٢، ص. ١٧.

٦. قال به ابن إدريس في السراير، ج. ٢، ص. ٢٨٥.

عَرَفَا قدرَها تخميناً، ولا العَدُ المجهولُ بِأَنْ عَوْلَا عَلَى مِلْءِ الْيَدِ أَوْ آلَهُ يُجَهَّلُ مَا تَشتملُ عَلَيْهِ ثُمَّ اعْتَبَرَا العَدَ بِهِ؛ لِلغرِّ المنهيٌّ عَنْهُ^١ فِي ذَلِكَ كُلَّهُ.

(ولو باع المعدود وزناً صحيحاً)؛ لارتفاع الجهة له، وربما كان أضيقاً. (ولو باع الموزون كيلاً أو بالعكس أمكن الصحة فيهما)؛ للانضباط، ورواية وهب عن الصادق عليه السلام، ورجحه في سلم الدروس^٢. (ويُحتمل صحة العكس) وهو بيع المكيل وزناً (لا الطرد؛ لأنَّ الوزنَ أصلٌ للكيل) وأضيق منه، وإنما عدل إلى الكيل تسهيلاً.

(ولو شقَ العدُّ) في المعدود؛ لكثرته أو لضرورة (اعتبر مكيالاً وتُسَبِّبُ الباقي إليه) واغتفار التفاوتُ الحاصل بسببه. وكذا القول في المكيل والموزون حيث يشق وزنهما وكيلهما.

وعبرَ كثيرون من الأصحاب في ذلك بـ«تعذر العد». والاكتفاء بالمشقة والغُسر - كما فعل المصنف - أولى. بل لو قيل بجوازه مطلقاً؛ لزوال الغرر وحصول العلم واغتفار التفاوت كان حسناً، وفي بعض الأخبار دلالة عليه^٣.

[المسألة] (السابعة): يجوز ابتياعُ جزءٍ معلوم النسبة)، كالنصف والثلث (مشاعاً، تساوتُ أجزاؤه)، كالحبوب والأدهان، (أو اختلفت)، كالجواهر والحيوان (إذا كان الأصلُ الذي يبيع جزؤه معلوماً) بما يعتبر فيه من كيل أو وزن أو عد أو مشاهدة، (فيصبح بيع نصف الصبرة المعلومة) المقدار والوصف، (و) نصف (الشاة المعلومة) بالمشاهدة أو الوصف.

(ولو باع شاةً غير معلومة من قطع بطل) وإن علم عدد ما اشتمل عليه من الشياه

١. صحيح مسلم، ج ٣، ص ١١٥٣ ح ١٥١٣/٤: سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ٧٣٩ ح ٢١٩٥.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٤ ح ١٩٢.

٣. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢٢٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٢٢ ح ٥٣٤.

وتساوت أثمانها؛ لجهالة عين المبيع.

(ولو باع قفيزاً من صبرة صح^١ وإن لم يعلم كمية الصبرة) لأن المبيع مضبوط المقدار، وظاهره الصحة وإن لم يعلم اشتعمال الصبرة على القدر المبيع، (فإن نقصت تخير المشتري بين الأخذ لل موجود منها (بالحصة)، أي بحصته من الثمن (وبين الفسخ)؛ لبعض الصفة).

واعتبر بعضهم العلم باشتعمالها على المبيع أو إخبار البائع به، وإلا لم يصح^٢، وهو حسن. نعم، لو قيل بالاكتفاء بالظن الغالب باشتعمالها عليه كان متوجهاً، وتفرع عليه ما ذكره أيضاً.

واعلم أن أقسام بيع الصبرة عشرة، ذكر المصطف بعضها منطوقاً وبعضها مفهوماً. وجملتها: أنها إما أن تكون معلومة المقدار أو مجهولة، فإن كانت معلومة صح بيعها أجمع، ويبيع جزء منها معلوماً مشاع، ويبيع مقداراً - كقفيز - تشمل عليه، وبيعها كل قفيز بكل قفيز منها بهذا. والمجهولة يطل بيعها في الأقسام الخمسة إلا الثالث. وهل ينزل القدر المعلوم في الصورتين على الإشاعة، أو يكون المبيع ذلك المقدار في الجملة؟ وجهان: أجودهما الثاني. وظهور الفائدة فيما لو تلف بعضها، فعلى الإشاعة يتلف من المبيع بالنسبة، وعلى الثاني يبقى المبيع ما بقي قدره.

[المسألة] (الثامنة: يكفي المشاهدة عن الوصف ولو غاب وقت الابتياع) بشرط أن يكون^٣ مملاً لا يتغير عادةً كالأرض والأوانى والحديد والنحاس، أو لا تمضي مدةً يتغير فيها عادةً، ويختلف باختلافه زيادةً ونقصاناً، كالفاكهه والطعام والحيوان. فلو

١. وتنزل على الإشاعة، فلو تلف منه شيء سقط من المبيع بالنسبة إن كان بغير تفريط. (زين رحمة الله)

٢. تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٧٦، المسألة ٤٦: يصح عندنا... إذا علما اشتعمالها على ذلك. قال البحرياني في الحدائق الناطحة، ج ١٨، ص ٤٧٨: يعتبر العلم باشتعمالها على المبيع أو إخبار البائع بذلك في ظاهر المشهور.

٣. في النسخ: «أن لا يكون»، وما أثبتناه من المطبوع هو الصحيح.

مضت المدة كذلك لم يصحّ لتحقّق العِجَالَةُ المترتبة على تغييره عن تلك الحالة. نعم، لو احتُمِلَ الأمرين صحّ؛ عملاً بأصله البقاء.

(إِنْ ظَهَرَ الْمُخَالَفَةُ) بزيادته أو نقصانه، فإن كان يسيراً يتسامح بمثله عادةً، فلا خيار، وإنـا (تخيـر المغبـون) منهاـ، وهو البائع إن ظهر زائداً، والمشـري إن ظـهـرـ نـاقـساًـ. (ولـو اخـتـلـفاـ فـي التـغـيـرـ قـدـمـ قولـ المشـريـ معـ يـمينـهـ) إنـ كـانـ هوـ المـدعـيـ للـتـغـيـرـ المـوـجـبـ لـلـخـيـارـ، وـالـبـائـعـ يـنـكـرـهـ؛ لأنـ الـبـائـعـ يـدـعـيـ عـلـمـ بـهـذـهـ الصـفـةـ، وـهـوـ يـنـكـرـهـ؛ ولـأنـ الأـصـلـ عـدـمـ وـصـولـ حـقـهـ إـلـيـهـ، فـيـكـونـ فـيـ مـعـنىـ الـنـكـرـ؛ ولـأـصـالـةـ بـقـاءـ يـدـهـ عـلـىـ الشـمـ.

وربما قيل بتقديم قول البائع؛ لتحقّق الاطّلاع الموجّز للبيع، وأصلّة عدم التغيير. ولو انعكس الفرضُ: بأن أدعى البائع تغييره في جانب الزيادة وأنكر المشـريـ، احتـمـلـ تـقـدـيمـ قولـ المشـريـ أـيـضاـ، كـماـ يـقـضـيـ إـطـلاقـ الـعـبـارـةـ؛ لـأـصـالـةـ عـدـمـ التـغـيـرـ، ولـزـومـ الـبـيعـ.

والظاهر تقديم قول البائع يعني ما ذكر في المشـريـ. وفي تقديم قول المشـريـ فيما جمع بين متنافيين مدعى ودليلـاـ. المشـهـورـ فـيـ كـلامـهـ هـوـ القـسـمـ الـأـوـلـ، فـلـذـاـ أـطـلـقـ الـمـصـنـفـ هـنـاـ، لـكـنـ نـاـفـرـهـ تـعـيـمـهـ الـخـيـارـ لـلـمـغـبـونـ مـنـهـمـ قـبـلـهـ، وـعـطـفـهـ عـلـيـهـ مـطـلـقاــ. وـلـوـ اـتـقـاـ عـلـىـ تـغـيـرـهـ، لـكـنـ اـخـتـلـفـاـ فـيـ تـقـدـمـهـ عـلـىـ الـبـيعـ وـتـأـخـرـهـ، فـإـنـ شـهـدـتـ الـقـرـائـنـ بـأـحـدـهـمـ حـكـمـ بـهـ، وـإـنـ اـحـتـمـلـ الـأـمـرـانـ، فـالـوـجـهـانـ. وـكـذـاـ لـوـ وـجـدـاهـ تـالـفـاـ وـكـانـ مـتـاـ يـكـفيـ فـيـ قـبـصـهـ التـخلـيـةـ وـاخـتـلـفـاـ فـيـ تـقـدـمـ التـلـفـ عـنـ الـبـيعـ وـتـأـخـرـهـ، أـوـ لـمـ يـخـتـلـفـاـ، فـإـنـهـ يـتـعـارـضـ أـصـلـاـ دـعـمـ قـلـ منـهـمـ، فـيـتـسـاـقـانـ وـيـتـسـاقـطـانـ. وـيـتـجـهـ تـقـدـيمـ حـقـ المشـريـ؛ لـأـصـالـةـ بـقـاءـ يـدـهـ وـمـلـكـهـ لـلـشـمـ، وـالـعـقـدـ النـاقـلـ قـدـ شـكـ فـيـ تـأـثـيرـهـ؛ لـتـعـارـضـ الـأـصـلـينـ.

[المسألة] (الحادية عشر: يعتبر ما يراد طعمه) كالدينـسـ (وريـحـهـ) كالـمـسـكـ، أوـ يـوـصـفـ عـلـىـ الـأـوـلـيـ، (ولـوـ اـشـتـراهـ) منـ غـيرـ اـخـتـبـارـ لـاـ وـصـفـ، (بـنـاءـ عـلـىـ الـأـصـلـ) وـهـوـ الصـحةـ (جازـ) معـ الـعـلـمـ بـهـ مـنـ غـيرـ هـذـهـ الـجـهـةـ، كـالـقـوـامـ وـالـلـوـنـ وـغـيرـهـاـ مـتـاـ يـخـتـلـفـ

قيمة باختلافه. وقيل: لا يصح بيعه إلا بالاعتبار أو الوصف كغيره^١; للغرر. والأظهر جواز البناء على الأصل؛ إحالة على مقتضى الطبع، فإنه أمر مضبوط عرفاً لا يتغير غالباً إلا بعيوب^٢، فيجوز الاعتماد عليه؛ لارتفاع الغرر به، كالاكتفاء برؤية ما يدل بعضه على باقيه غالباً، كظاهر الصبرة وأنموذج التماثل، وينجيز النقص بالخيار. فإن خرج معييناً تخيئ المشتري بين الرد والأرش، إن لم يتصرف فيه تصرفاً زائداً على اختباره، (ويتعين الأرش لو تصرف فيه) كما في غيره من أنواع البيع، (وإن كان) المشتري المتصرف (أعمى)؛ لتناول الأدلة له، خلافاً لسلار^٣، حيث خير الأعمى بين الرد والأرش وإن تصرف.

(وأبلغ في الجواز) من غير اعتباره (ما يفسد باختباره كالبطيخ والجوز والبيض)؛ لمكان الضرورة والحرج، (فإن) اشتراه، فظهر صحيحاً فذاك، وإن (ظهر فاسداً) بعد كشره (رجع بأرضه) وليس له الرد؛ للتصرف إن كان له قيمة، (ولو لم يكن لمكسوره قيمة) كالبيض الفاسد (رجع بالثمن) أجمع؛ لبطلان البيع، حيث لا يقابل الثمن مال.

(وهل يكون العقد مفسوخاً من أصله)؛ نظراً إلى عدم المالية من حين العقد، فيقع باطلأً ابتداء، (أو يطرأ عليه الفسخ) بعد الكسر وظهور الفساد؛ التفاتاً إلى حصول شرط الصحة حين العقد، وإنما تبيّن الفساد بالكسر، فيكون هو المفسد؟ (نظر)، ورجحان الأول واضح؛ لأن ظهور الفساد كشف عن عدم المالية في نفس الأمر حين البيع، لا أحذث عدمها حينه، والصحة مبنية على الظاهر، وفي الدروس جزم بالثاني، وجعل الأول احتمالاً، وظاهر كلام الجماعة^٤.

١. قال به المفيد في المقنعة، ص ٦٠٩؛ والشيخ في النهاية، ص ٤٠٤.

٢. في «ن»: «العيوب».

٣. المراسم، ص ١٨١.

٤. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٧٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

(و) تظهر (الفائدةُ في مَؤْوِنَةٍ نَقْلِهِ عن الموضع) الذي اشتراء فيه إلى موضع اختباره، فعلى الأول على البائع، وعلى الثاني على المشتري؛ لوقوعه في ملكه. ويشكّل بأنّه وإنْ كان ملكاً للبائع حينئذٍ لكن نقله بغير أمره، فلا يتّجه الرجوعُ عليه بالمؤونة.

وكونُ المشتري هنا كجاهل استحقاق البيع حيث يرجع بما غرم، إنما يتّجه مع الغرور، وهو منفيٌ^١ هنا؛ لاشتراكهما في الجهل. ولو أريد بها مؤونة نقله من موضع الكسر لو كان مملوكاً، وطلبَ مالكه نقله أو ما في حكمه، انعكس الحكم، واتّجه كونه على البائع مطلقاً؛ ببطلان البيع على التقديرين.

واحتمال كونه على المشتري؛ لكونه من فعله وزوالِ الماليّة عنهما مشتركاً أيضاً بين الوجهين. وكيف كان، فبناء حكمها على الوجهين ليس بواضح. وربما قيل بظهور الفائدة أيضاً فيما لو تبرأَ البائع من عبيه، فيتّجه كون تلفه من المشتري على الثاني دون الأول. ويشكّل صحة الشرط على تقدير فساد الجميع؛ لمنافاته لمقتضى العقد، إذ لا شيء في مقابلة الثمن، فيكون أكل مالٍ بالباطل. وفيما لو رضيَّ به المشتري بعد الكسر. وفيه أيضاً نظر؛ لأنَّ الرضى بعد الحكم بالبطلان لا أثر له.

[المسألة] (العاشرة: يجوز بيع المِسْكِ في فَارِهِ) بالهمز، جمع فَارَةَ به أيضاً، كالفارأة في غيره، وهي الجلدَة المشتملة على المِسْك (وإنْ لم تُفْتَقَ)، بِنَاءً على أصل السلامة، فإن ظهر بعد فَتْقِه معيّناً تَحْيَرَ (وفتقه بأن يُدخل فيه خيطةً) بإبرة ثم يخرج (ويُشَمَّ، أحْوَطُ): لترتفع الجهةَ رأساً.

١. صحيح مسلم، ج ٣، ص ١١٥٣، ح ١٥١٣؛ سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ٧٣٩، ح ٢١٩٥.

[المسألة] (الحادية عشرة): لا يجوز بيع سُمَكِ الأَجَامَ مع ضميمة القَصْبِ أو غيره؛ للجهالة ولو في بعض المبيع. (ولا البن في الصُّرْع) بفتح الضاد، وهو التذي لكل ذات حَفَ أو ظِلْفٍ (كذلك) أي وإن ضم إليه شيئاً ولو لبناً محلوباً؛ لأن ضميمة المعلوم إلى المجهول تُصَيِّر المعلوم مجهولاً. أما عدم الجواز بدون الضمية، فموضع وفاق، وأما معها، فالمشهور أنه كذلك.

وقيل: يصح^١؛ استناداً إلى رواية ضعيفة^٢. وبالغ الشيخ فجوز ضميمة ما في الضرع إلى ما يتجدد مدةً معلومة^٣. والوجه المنع. نعم، لو وقع ذلك بلفظ الصلح أتجه الجواز. وفضل آخرون فحكموا بالصحة مع كون المقصود بالذات المعلوم وكون المجهول تابعاً، والبطلان مع العكس، وتساويهما في القصد الذاتي^٤، وهو حسن. وكذا القول في كل مجهول ضم إلى معلوم.

(ولا الجلود والأصوات) والأشعار (على الأنعام) وإن ضم إليها غيره أيضاً؛ لجهالة مقداره، مع كون غير الجلود موزوناً، فلا يباع جُزاً، (إلا أن يكون الصوف) وشبيهه (مُسْتَجِرٌ أو شَرْط جَزَّه، فالأقرب الصحة): لأن المبيع حينئذ مشاهد، والوزن غير معتبر مع كونه على ظهرها وإن استجررت، كالثمرة على الشجرة وإن استجررت. وينبغي على هذا عدم اعتبار اشتراط جزء؛ لأن ذلك لا مدخل له في الصحة، بل غايته مع تأخيره أن يتمترج بمال البائع، وهو لا يقتضي بطلان البيع، كما لو امتنَرَت لقطة الخضر بغيرها، فيرجع إلى الصلح. ولو شرط تأخيره مدةً معلومة وتبعية المتجدد، يبني على القاعدة السالفة، فإن كان المقصود بالذات هو الموجود صحة، وإلا فلا.

١. قال به الشيخ في النهاية، ص ٤٠١ - ٤٠٠؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٤٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٢٦، ح ٥٥٠ و ٥٥١.

٣. النهاية، ص ٤٠٠.

٤. مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٦٩، المسألة ٢٣٨.

[المسألة] (الثانية عشرة): يجوز بيع دُود القَزْ؛ لأنَّه حَيْوانٌ طَاهِرٌ يُنْتَقَعُ بِهِ منفعة مقصودة محللة، (ونفسِ القَزْ وإنْ كَانَ الدُّودُ فِيهِ؛ لأنَّه كالنَّوْيِ فِي التَّمْرِ)، فلا يَمْنَعُ مِنْ بِيعِهِ.

وربما احْتَمِلَ المَنْعُ؛ لأنَّ إِنْ كَانَ حَيَاً عَرْضَةً لِلفَسَادِ، وَإِنْ كَانَ مِيتاً دَخَلَ فِي عُومِ النَّهْيِ عَنْ بِيعِ الْمِيَتَةِ^١. وَهُوَ ضَعِيفٌ؛ لِأَنَّ عَرْضَةَ الْفَسَادِ لَا يَقْتَضِيَ الْمَنْعَ، وَالدُّودُ لَا يَقْصَدُ بِالْبَيْعِ حَتَّى تَمْنَعَ مِيَتَتَهُ، وَإِلَى جَوَابِهِ أَشَارَ الْمُصَنْفُ بِقَوْلِهِ: «لَأَنَّهُ كَالنَّوْيِ». وَقَدْ يَقَالُ: إِنَّ فِي النَّوْيِ مَنْفَعَةً مَمْسُودَةً كَعْلَفِ الدَّوَابِتِ، بِخَلْفِ الدَّوَدِ الْمَيَتِ. وَكَيْفَ كَانَ لَا يَمْنَعُ مِنْ صَحَّةِ الْبَيْعِ.

[المسألة] (الثالثة عشرة): إذا كان المبيَعُ فِي ظَرْفٍ جاز بِيعُهُ مَعَ وزْنِهِ مَعَهُ، وَ(أَسْقَطَ مَا جَرَتِ العَادَةُ بِهِ لِلظَّرْفِ)، سَوَاءً كَانَ مَا جَرَتِ به زائداً عَنْ وزنِ الظَّرْفِ قَطْعاً، أَمْ ناقصاً. وَلَوْ لَمْ تَطَرِّدِ العَادَةُ لَمْ يَجُزْ إِسْقاطُ مَا يَزِيدُ إِلَّا مَعَ التَّرَاضِيِ. وَلَا فَرْقُ بَيْنِ إِسْقاطِهِ بِغَيْرِ ثَمَنٍ أَصْلَأَ، وَبِثَمَنٍ مُغَایِرٍ لِلْمَظْرُوفِ.

(ولو باعهُ مَعَ الظَّرْفِ) مِنْ غَيْرِ وَضْعٍ، جَاعِلًا مَجْمُوعَ الظَّرْفِ وَالْمَظْرُوفِ مَبِيعًا وَاحِدًا بَوْزِنِ وَاحِدٍ (فَالْأَقْرَبُ الْجَوَازُ)؛ لِحَصُولِ مَعْرِفَةِ الْجَمْلَةِ الْمَافِعَةِ لِلْجَهَالَةِ، وَلَا يَقْدِحُ الْجَهَلُ بِمَقْدَارِ كُلِّ مِنْهُمَا مُنْفَرِداً؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ هُوَ الْجَمْلَةُ، لَا كُلُّ فَرِيدٍ بِخَصْوصِهِ. وَقَيلَ: لَا يَصْحُحُ حَتَّى يَعْلَمَ مَقْدَارَ كُلِّ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا فِي قَوَّةٍ مَبِيعَيْنِ^٢ وَهُوَ ضَعِيفٌ.

١. المائدة (٥): ٣: مستطرفات السرائر، ج ٢، ص ٥٧٣؛ عوالى اللاطى، ج ٢، ص ١١٠، ح ٣٠١.

٢. لم نظر عليه في كتب فقهائنا، نعم، نسبه إلى بعض الشافعية والحنابلة العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٩٠، المسألة ٤٩.

(القول في الآداب^١)

(وهي أربعة وعشرون:)

(الأول: التفقة فيما يتولاه) من التكثب؛ ليعرف صحيح العقد من فاسده، ويسلم من الربا. (و) لا يشترط معرفة الأحكام بالاستدلال، كما يقتضيه ظاهر الأمر بالتفقه، بل (يكفي التقليد)؛ لأنَّ المراد به هنا معرفتها على وجهٍ يصحُّ، وقد قال عليٌ عليه السلام: «من اتَّجَرَ بِغَيْرِ عِلْمٍ فَقَدْ ازْتَهَمَ فِي الرِّبَا ثُمَّ ازْتَهَمَ»^٢.

(الثاني: التسوية بين المعاملين في الإنفاق)، فلا يفرق بين المماكن وغيره، ولا بين الشريف والحقير. نعم، لو فاوتَ بينهم بسبب فضيلة ودين، فلا بأس، لكن يكره للأخذ قبول ذلك، ولقد كان السلف يُوكِلون في الشراء ممَّن لا يُعرف؛ هَرَباً من ذلك.

(الثالث: إقالة النادر) فقد قال الصادق عليه السلام: «أَيُّمَا عَبْدٌ مُسْلِمٌ أَقَالَ مُسْلِمًا فِي بَيْعٍ أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»^٣، وهو مطلق في النادر وغيره، إلا أنَّ ترتب العاية مشرِّعاً به. وإنما يفتقر إلى الإقالة (إذا تفرقا من المجلس، أو شرطاً عدم الخيار)، فلو كان للمشتري خيار، فَسَخَّ به، ولم يكن محتاجاً إليها.

(وهل تشرع الإقالة في زمان الخيار؟ الأقرب نعم): لشمول الأدلة له خصوصاً الحديث السابق، فإنه لم يتقييد بتوقف المطلوب عليها. (ولا يكاد تتحقق الفائدة) في الإقالة حينئذ، (إلا إذا قلنا هي بيع)، فيتترتب عليها أحكام البيع من الشفعة وغيرها، بخلاف الفسخ، (أو قلنا بأنَّ الإقالة من ذي الخيار إسقاطٌ للخيار)؛ لدلائلها على

١. في بعض النسخ زيادة: «المستحبة».

٢. تهذيب الأحكام، ج.٧، ص.٥، ح.١٤.

٣. تهذيب الأحكام، ج.٧، ص.٨، ح.٢٦.

الالتزام بالبيع، وإسقاطُ الخيار لا يختصُّ بلغفظِ، بل يحصل بكلِّ ما دلَّ عليه من قولٍ وفعلٍ. وتظهر الفائدة حينئذٍ فيما لو تبيَّن بطلانَ الإقالة، فليس له الفسخُ بال الخيار.
(ويُحتمل سقوط خياره بنفس طلبها مع علمه بالحكم)؛ لما ذكرناه من الوجه، ومن ثَمَّ قيل بسقوط الخيار لمن قال لصاحبِه «اخْتَرْ»^١، وهو مردُّ أيضًا^٢.

والأقوى عدم السقوط في الحالين؛ لعدم دلالته على الالتزام حتى بالالتزام، ويجوز أن يكون مطلوبه من الإقالة تحصيل الثواب بها، فلا ينافي إمكانَ فسخه بسبِّ آخر، وهو من أتمِّ الفوائد.

(الرابع: عدم تزيين المتع) ليترغَب فيه الجاهلُ، مع عدم غايةٍ أخرى للزينة، أمَّا تزيينه لغايةٍ أخرى، كما لو كانت الزينة مطلوبةً عادةً، فلا بأس.

(الخامس: ذِكْرُ الغَيْب) الموجود في متاعه (إنْ كان) فيه عيبٌ، ظاهراً كأنَّ أمَّ خفياً؛ للخبر^٣؛ ولأنَّ ذلك من تمام الإيمان والتبيحة.

(السادس: تركُ الحلف على البيع والشراء)؛ قال^٤: «ويل للناجر من لا والله وبلى والله»^٥، وقال^٦: «من باع واشترى فليحافظْ خمسَ خصالٍ، وإلا فلا يشتري ولا يبيع: الربا، والحلف، وكتمان العيب، والحمد إذا باع، والذم إذا اشترى»^٧. وقال الكاظم^٨: «ثلاثة لا ينظرُ الله إليهم، أحدُهم: رجلٌ اتَّخذَ الله عزَّ وجلَّ بضاعةً، لا يشتري إلا بيمين ولا يبيع إلا بيمين»^٩، وموضع الأدبِ الحلفُ صادقاً، أمَّا الكاذبُ، فعليه لعنة الله.

(السابع: المسامحة فيهما وخصوصاً في شراء آلاتِ الطاعات)، فإنَّ ذلك مُوجِّبٌ

١. نسبة إلى قيل المحقق في شرائع الإسلام، ج. ٢، ص. ١٥ والعلامة في مختلف الشيعة، ج. ٥، ص. ٩٤، المسألة ٥٥.

٢. صحيح البخاري، ج. ٢، ص. ٧٤٣، ح. ٢٠٠٣.

٣. الكافي، ج. ٥، ص. ١٥٣، باب آداب التجارة، ح. ١٨.

٤. الفقيه، ج. ٢، ص. ١٦٠، ح. ٣٥٨٧.

٥. الكافي، ج. ٥، ص. ١٥٠، باب آداب التجارة، ح. ٢.

٦. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٣، ح. ٥٦.

للبركة والزيادة. وكذا يستحب في القضاء والاقتضاء، للخبر^١.

(الثامن: تكبير المشتري) ثلاثة (وتشهد الشهادتين بعد الشراء) ولينقل بعدهما: «اللهم إني اشتريته التمسم فيه من فضلك، فاجعل لي فيه فضلاً، اللهم إني اشتريته التمسم فيه رزقاً، فاجعل لي فيه رزقاً».

(التاسع: أن يقيض ناقصاً ويدفع راجحاً؛ نقصاناً ورجحاناً لا يؤدي إلى الجهالة) بأن يزيد كثيراً بحيث يجهل مقداره تقريراً.

ولو تنازعا في تحصيل الفضيلة قدم من بيده الميزان والمكيال؛ لأنَّه الفاعل المأمور بذلك، زيادة على كونه معطياً وأخذها.

(العاشر: أن لا يمدح أحدُهما سلعة، ولا يذم سلعة صاحبِه؛ للخبر المتقدم^٢ وغيره^٣. (ولو ذم سلعة نفسه بما لا يستعمل على الكذب، فلا بأس).

(الحادي عشر: ترك الربح على المؤمنين)؛ قال الصادق عليه السلام: «ربُّنَّ الْمُؤْمِنِ عَلَى الْمُؤْمِنِ حَرَامٌ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِي بِأَكْثَرِ مِنْ مائةِ درْهَمٍ، فَأَرْبِخْ عَلَيْهِ قُوتَ يَوْمِكَ، أَوْ يَشْتَرِي لِلتَّجَارَةِ، فَأَرْبِخُوهُ عَلَيْهِمْ وَازْفَقُوهُ بَعْهُمْ»^٤. (إِلَّا مع الحاجة، فيأخذ منهم نفقةَ يومٍ له ولعياله، (مُؤَرَّغَةً على المعاملين) في ذلك اليوم مع انضباطهم، وإِلَّا ترك الربح على المعامل^٥ بعد تحصيل قوت يومه. كل ذلك مع شرائهم للقوت، أمّا للتَّجَارَةِ فلا بأس مع الرِّفْقِ، كما دلَّ عليه الخبر^٦.

(الثاني عشر: ترك الربح على الموعود بالإحسان) بأن يقول له: «هَلْمَّ أَخْسِنْ إِلَيْكَ»، فيجعل إحسانه الموعود به ترك الربح عليه، قال الصادق عليه السلام: «إِذَا قَالَ الرَّجُلُ

١. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٨، ح. ٧٩.

٢. تقدم في ص. ١٥٥، الهاشم.^٣

٣. الكافي، ج. ٥، ص. ١٥٣، باب آداب التجارة، ح. ١٨.

٤. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٧، ح. ٢٣. وفيه: «ربِّنَ الْمُؤْمِنِ عَلَى الْمُؤْمِنِ رِبَاً».

٥. في «س ، ن»: «المعاملين».

٦. تقدم تخرجه في الهاشم.^٣

للرجل هُلْمَ أَخْسِنْ بِيَعْكَ يَحْرُمْ عَلَيْهِ الرِّبَحُ»^١، والمراد به الكراهة المؤكدة.

(الثالث عشر: ترك السبق إلى السوق والتأخير فيه)، بل يُبادر إلى قضاء حاجته ويخرج منه؛ لأنَّه مأوى الشياطين، كما أنَّ المسجد مأوى الملائكة، فيكون على العكس. ولا فرق في ذلك بين التاجر وغيره، ولا بين أهل السوق عادةً وغيرهم.

(الرابع عشر: ترك معاملة الأذنيَّن)، وهو الذين يحاسبون على شيء الدون، أو من لا يُسْرُه الإحسان ولا تُسْوَءُه الإساءة، أو من لا يبالي بما قال ولا ما قيل فيه؛ (والمحارفين) بفتح الراء، وهم الذين لا يبارك لهم في كسبهم. قال الجوهرى:

رجل محارف -فتح الراء- أي محدود محروم، وهو خلاف قوله: مبارك، وقد حُورِفَ كسبُ فلان، إذا شدَّدَ عليه في معاشه، كأنَّه ميلَ برزقه عنه.^٢

(والمؤوفين) أي ذوي الآفة والنقص في أجسادهم؛ للنهي عنه في الأخبار، معللاً بـ«أنَّهم أَظْلَمُ شَيْءٍ»^٣، (والأكراد): للحديث عن الصادق عليه معللاً بـ«أنَّهم حيٌّ من أحياه الجنُّ كشف الله عنهم الغطاء»^٤، ونهى فيه أيضاً عن مخالطتهم؛ (وأهل الذمة) للنهي عنه^٥، ولا يتعذر إلى غيرهم من أصناف الكفار؛ للأصل، والفارق، (وذوي الشُّبهة في المال) كالظلمة؛ لسريان شُبههم إلى ماله.

(الخامس عشر: ترك التعرُّض للكيل أو الوزن إذا لم يُعسِّن)؛ حذراً من الزيادة والنقصان المؤدي إلى المحرَّم. وقيل: يَحْرُمْ حِينَئِذٍ^٦؛ للنهي عنه في الأخبار المقتضي للتحريم^٧، وحُمِّلَ على الكراهة.

١. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٧٢ ح ٢١.

٢. الصاحب، ج. ٣، ص. ١٢٤٢، «حرف».

٣. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٠١-١١٠، ح ٢٥ و ٤٠.

٤. و. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١١٠، ح ٤٢.

٥. الفقيه، ج. ٢، ص. ١٦٤، ح ١٦٤-٢٦٧؛ تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٨٥، ح ٨١٥

٦. في مسالك الأنفاس، ج. ٢، ص. ١٨٦؛ «حرَمَ بعض الأصحاب»؛ وفي مفتاح الكرامة، ج. ١٢، ص. ٤٤٩؛ «لم تجد القاتل...».

٧. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٢١، ح ٤٧.

(السادس عشر: تركُ الزيادة في السِّلْعَة وقت النداء) عليها من الدلائل، بل يصِر حتى يَسْكُتَ ثم يَزِيدُ إن أراد؛ لقول علي عليه السلام: «إذا نادى المنادي، فليس لك أن تَرِيد، وإنما يُحرِم الزيادة النداء ويُجْلِلُها السُّكوتُ».^١

(السابع عشر: تركُ السَّوْم) وهو الاشتغال بالتجارة (ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس)؛ لنهي النبي ﷺ عنه^٢؛ ولأنَّه وقت الدعاء ومسألة الله تعالى لا وقت تجارة، وفي الخبر: «أنَّ الدعاء فيه أبلغ في طلب الرزق من الضرب في البلاد».^٣

(الثامن عشر: تركُ دخول المؤمن في سَوْمِ أخيه) المؤمن (بيعاً وشراةً) بأن يطلب ابتعاث الذي ي يريد أن يشتريه ويبدل زيارته عنه ليقدمه البائع، أو يبدل للمشتري متابعاً غير ما اتفق هو والبائع عليه؛ لقول النبي ﷺ: «لا يَسُومُ الرجل على سَوْمِ أخيه»^٤، وهو خبر معناه النهي، ومن ثم قيل بالتحريم^٥؛ لأنَّه الأصل في النهي.

إنما يُكره أو يحرِم (بعد التراضي أو قربه)، فلو ظهر له ما يدلُّ على عدمه فلا كراهة ولا تحريم. (ولو كان السوم بين اثنين) سواء دخل أحدهما على النهي أم لا، بأن ابتدأ في معاً قبل محل النهي (لم يجعل نفسه بدلًا من أحدهما)؛ لصدق الدخول في السوم.

(ولا كراهة فيما يكون في الدلالة)؛ لأنَّها موضوعة عرفاً لطلب الزيادة ما دام الدلائل يطلبها، فإذا حصل الاتفاقُ بين الدلائل والغريم تعلقت الكراهة؛ لأنَّه لا يكون حينئذ في الدلالة وإنْ كان بيد الدلائل.

(وفي كراهة طلب المشتري من بعض الطالبين الترك له نظر) من عدم صدق

١. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٢٢٧، ح. ٩٩٤.

٢. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٨، ح. ٢٨.

٣. الخصال، ص. ٦١٥-٦١٦، حديث أربعوناتة، ح. ١٠.

٤. الفتاوى، ج. ٤، ص. ٥، ح. ٤٩٧١؛ الجامع الصحيح، ج. ٣، ص. ٥٨٧، ح. ١٢٩٢؛ السنن الكبرى، البهقي، ج. ٥، ص. ٥٦٥، ح. ١٠٨٩٧ و ١٠٨٩٨.

٥. قال به الشيخ في المبسوط، ج. ٢، ص. ١٠٢؛ ابن إدريس في السرائر، ج. ٢، ص. ٢٣٥.

الدخول في السوم من حيث الطلب منه، ومن مساواته له في المعنى حيث أراد أن يغمره مطلوبه. والظاهر القطعُ بعدم التحرير على القول به في السوم، وإنما الشكُ في الكراهة. (ولا كراهيَة في ترك الملتَمس منه): لأنَّه قضاء حاجة لأخيه، وربما استجَبت إجابَتُه لو كان مؤمناً. ويُحتمل الكراهة لو قلنا بكراهة طلبه؛ لإعانته له على فعل المكروره. وهذه الفروع من خواص الكتاب.

(التاسع عشر: ترك توكل حاضرٍ لبادٍ)، وهو الغريبُ الجالبُ للبلد وإنْ كان فَرِوْيَاً، قال النبي ﷺ: «لا يتوكلُ حاضرٌ لبادٍ، دعُوا الناسَ يَرْزُقُ اللهُ بعضَهم من بعضٍ»^١. وحمل بعضُهم النهي على التحرير^٢، وهو حسنٌ لو صَحَّ الحديث، وإلا فالكراهة أوجَه للتسامح في دليلها.

وشرطُه ابتداءُ الحَضْرَى به، فلو التمسه منه الغريب فلا بأس به، وجهلُ الغريب بسرع البلد، فلو عَلِمَ به لم يُكره، بل كانت مساعدَتُه محضرَ الخير. ولو باع مع النهي انعقدَ وإنْ قيل بتحريمه. ولا بأس بشراء البلدي له؛ للأصل.

(العشرون: ترك التلقّي) وهو الخروج إلى الركْب القاصِد إلى بلدٍ للبيع عليهم أو الشراء منهم، (وَحَدُّهُ أربعَةُ فراسخٍ) فما دون، فلا يُكره ما زاد؛ لأنَّه سفرٌ للتجارة. وإنما يُكره (إذا قَصَدَ) الخروج لأجله، فلو اتفق مصادفَتِه الركْب في خروجه لغرضٍ لم يكن به بأس، (وَمَعَ جهْلِ الْبَاعِيْأَ أوَّلِ المشتري) القادر (بالسعر) في البلد، فلو عَلِمَ به لم يُكره، كما يُشَعِّرُ به تعليله ^٣ في قوله: «لا يَتَنَقَّ أَحَدُكُمْ تجَارَةً خارجاً من مصر، والمسلموْن يَرْزُقُ اللهُ بعضَهم من بعضٍ»^٤، والاعتبار بعلم من يعامله خاصَّةً. (و) كذا ينبغي (ترك شراء ما يُتَنَقَّى) ممَّن اشتراه من الركْب بالشرائط، ومن ترتبَتْ يَدُه على يده وإنْ تَزَامَى؛ لقول الصادق ^٥: «لا يَتَنَقَّ ولا تَشَتَّرْ ما يُتَنَقَّى ولا تَأْكُلْ

١. الأمالي، الطوسي، ص ٣٩٦-٣٩٧، ٢٧/٨٧٩، ٢٧. وفيه: لا يبيع حاضر لبادٍ.

٢. الشيخ في البسطوط، ج ٢، ص ١٠٢ - ١٠٣؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٢٣٦.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٥٨، ح ٦٩٧.

منه^١. وذهب جماعة إلى التحرير^٢: لظاهر النهي في هذه الأخبار.
وعلى القولين يصح البيع، (ولا خيار) للبائع والمشتري (إلا مع الغبن) فيتخير
المغبون على الفور في الأقوى.

ولا كراهة في الشراء والبيع منه بعد وصوله إلى حدود البلد بحيث لا يصدق التلقي
وإن كان جاهلاً بسغره؛ للأصل، ولا في بيع نحو المأكول والعلف عليهم وإن تلقى.
(الحادي والعشرون: ترك الحكمة بالضم، وهو جمع الطعام وحبسه يترافق به
الغلاء. والأقوى تحريره مع حاجة الناس إليه؛ لصحة الخبر بالنهي عنه عن النبي^ص^٣
وأنه «لا يحتكر الطعام إلا خاطئ»^٤، وأنه «ملعون»^٥.
وإنما ثبتت الحكمة (في) سبعة أشياء: (الحنطة، والشعير، والتمر، والزبيب،
والسمن، والرَّيْت، والمُلْحِ). وإنما تكره إذا وجد باذلٌ غيره يكتفي به الناس، (ولو
لم يوجد غيره وجوب البيع) مع الحاجة. ولا يتقيَّد بثلاثة أيام في الغلاء وأربعين في
الرُّخص. وما رُويَ من التحديد بذلك^٦ محمول على حصول الحاجة في ذلك الوقت؛
لأنَّه مقتضها.

(ويُسَعَّر عليه) حيث يجب عليه البيع (إنْ أَجْحَفَ) في النمن؛ لما فيه من الإضرار
المنفي^٧، (وإلا فلا). ولا يجوز التسعيَّر في الرُّخص مع عدم الحاجة قطعاً. والأقوى أنه
مع الإجحاف حيث يُؤْمِر به لا يُسَعَّر عليه أيضاً، بل يُؤْمِر بالنزول عن المُجْحَفِ وإن
كان في معنى التسعيَّر، إلا أنه لا يُحصَر في قدرٍ خاصٍ.

١. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٥٨، ح. ٦٩٦.

٢. منهم: الشيخ في المبوسط، ج. ٢، ص. ١٠٢؛ وابن إدريس في السرائر، ج. ٢، ص. ٢٢٧-٢٢٨.

٣. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٦٠، ح. ٧٠٧؛ المصتف، ابن أبي شيبة ج. ٥، ص. ٤٧، باب احتكار الطعام، ح. ٢.

٤. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٥٩، ح. ٧٠١.

٥. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٥٩، ح. ٧٠٢.

٦. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٥٩، ح. ٧٠٣.

٧. الفقيه، ج. ٤، ص. ٣٣٤، ح. ٥٧٢١.

(الثاني والعشرون: ترك الربا في المعدود على الأقوى)؛ للأخبار الصحيحة الدالة على اختصاصه بالمكيل والموزون^١. وقيل: يحرم فيه أيضاً؛ استناداً إلى رواية ظاهرة في الكراهة^٢; (وكذا في النسيئة) في الربوي (مع اختلاف الجنس) كالتمر بالزبيب.

وإنما كرِه فيه: للأخبار الدالة على النهي عنه^٣؛ إلا أنها في الكراهة أظهره؛ لقوله^٤: «إذا اختلف الجنس فبمِنْهَا كُلُّهُ كُلُّهُ». وقيل بتحريره^٥: لظاهر النهي كالسابق.

(الثالث والعشرون: ترك نسبة الربح والوضيعة إلى رأس المال)، بأن يقول: «بعنك بمائة وربع المائة عشرة أو وضيعتها»؛ للنهي عنه^٦؛ ولأنه بصورة الربا. وقيل: يحرم^٧: عملاً بظاهر النهي. وترك نسبته كذلك أن يقول: «بعنك بكذا وربع كذا، أو وضيعته».

(الرابع والعشرون: ترك بيع ما لا يقبض مما يُكال أو يُوزن)؛ للنهي عنه في أخبار صحيحة^٨ حملت على الكراهة؛ جماعاً بينها وبين ما دلَّ على الجواز^٩. والأقوى التحريم^{١٠} وفاماً للشيخ في المبسوط مدعياً الإجماع^{١١}، والعلامة في التذكرة والإرشاد^{١٢}؛ لضعف روایات الجواز المقتضية لحمل النهي في الأخبار الصحيحة على غير ظاهره.

١. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١١٨، ح. ٥١٥.

٢. قال به الشيخ المفید في المقنعة، ص. ٦٠٥: وسلام في المراسم، ص. ١٨٠.

٣. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٢٠، ح. ٥٢١.

٤. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٩٣، ح. ٣٩٦.

٥. صحيح مسلم، ج. ٢، ص. ١٢١١، ح. ١٥٨٧/٨١؛ وسنن أبي داود، ج. ٣، ص. ٢٤٨-٢٤٩، ح. ٣٣٥٠ بتفاوت قليل؛ والمعجم الكبير، الطبراني، ج. ١، ص. ٣٣٩، ح. ١٠١٧، وفيه: فإذا اختلف النوعان فلا يأس....

٦. قال به الشيخ في المبسوط، ج. ٢، ص. ١٩.

٧. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٥٤، ح. ٢٣٤-٢٣٦.

٨. قال به الشيخ في النهاية، ص. ٣٨٩.

٩. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٣٧، ح. ١٥٦.

١٠. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٣٦، ح. ١٥١.

١١. المبسوط، ج. ٢، ص. ٥٥.

١٢. تذكرة الفقهاء، ج. ١، ص. ١٢٢، المسألة ٦٦: إرشاد الأذهان، ج. ١، ص. ٣٨٢.

(الفصل الثالث في بيع الحيوان^١)

وهو قسمان: أناسيٌ وغيره. ولما كان البحث عن البيع موقوفاً على الملك، وكان تملك الأول موقوفاً على شرائط، تبه عليها أولاً ثم عقبه بأحكام البيع. والثاني وإن كان كذلك، إلا أن لذكر ما يقبل الملك منه محلآ آخر بحسب ما اصطلحوا عليه، فقال:

(والأناسي تملك بالسببي مع الكفر الأصلي)، وكونهم غير ذمة. واحترز بالأصلي عن الارتداد، فلا يجوز السببي وإن كان المرتد بحكم الكافر في جملة من الأحكام.

(و) حيث يملكون بالسببي (يسري الرق) في أعقابهم (وإن أسلموا بعد) الأشر (مالم يعرض) لهم (سبب محرز) من عتق أو كتابة أو تنكيل أو رجم على وجه.

(والملقط في دار الحرب رق إذا لم يكن فيها مسلم^٢) صالح لتوليه منه، (بخلاف) لقيط (دار الإسلام) فإنه حر ظاهراً، (إلا أن يبلغ) ويرشد على الأقوى، (ويُقر على نفسه بالرق)، فيقبل منه على أصح القولين^٣: لأن «إقرار العقلا على

١. فاند: لو باع حيواناً بعيون فالثمن ما قرن بـ«الباء»، كقوله: «يعتك هذا بهذا»، فالثاني هو المقربون بها، وليس هو الأول. وقيل: لهما الخيار. وقال السيد المرتضى: يثبت للبائع والمشتري مطلقاً. (زين رحمة الله)

٢. صالح للاستيلاد ولو تاجرأ أو أسرى. (زين رحمة الله)

٣. قال به العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٣٠٦، المسألة ١٣١؛ وبعدم القبول قال ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٣٥٤.

أنفسهم جائز^١. وقيل: لا يقبل؛ لسبق الحكم بحررته شرعاً، فلا يتعقبها الرق بذلك^٢. وكذا القول في لقيط دار الحرب إذا كان فيها مسلم، وكلّ مقر بالرقبة بعد بلوغه ورشه وجهاه تسبّه، مسلماً كان أم كافراً، لمسلم أقر أم لكافر، وإن بيع على الكافر لو كان المقرّ مسلماً.

(والمبين حال الغيبة يجوز تملكه ولا خمس فيه) للإمام رحمه الله ولا لفريقه، وإن كان حّقّه أن يكون للإمام رحمه الله خاصةً؛ لكونه مغنوّماً بغير إذنه، إلا أنّهم رحمه الله أذنوا لنا في تملكه كذلك (رخصةً) منهم لنا^٣، وأمّا غيرنا، فتقرّ يده عليه ويحکم له بظاهر الملك؛ للشبهة، كتملك الخارج والمُقاسمة، فلا يُؤخذ منه بغير رضاه مطلقاً.

(ولا يستقر للرجل ملك الأصول) وهم الأبوان وأباوهما وإن علوا، (والفروع) وهم الأولاد ذكوراً وإناثاً وإن سفلن، (والإناث المحرّمات) كالعمة والخالة والأخت؛ (نسباً) إجماعاً، (ورضاعاً) على أصح القولين^٤؛ للخبر الصحيح؛ معللاً فيه بأنّه «يحرّم من الرضاع ما يحرّم من النسب»^٥؛ لأنّ «الرضاع لحمه كلحمة النسب»^٦. (ولا) يستقر للمرأة ملك العمودين^٧: الآباء وإن علوا، والأولاد وإن سفلوا. ويستقر على غيرهما وإن حرّم نكاحه، كالأخ والعم والخال وإن استحب لها اعتناق المَحْرَم.

١. لم نجد في ما بين أيدينا من المصادر الحدّيثية ولكن أوردنا العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٥٩، المسألة ٢٢٦، وص ٣٧٠، المسألة ٢٢٧، وص ٥٤٣، المسألة ٢٥٨؛ وتذكر الفقهاء، ج ٤، ص ٢٢٣، المسألة ٤٣١، ولبيان الفوائد، ج ٢، ص ٤٢٨؛ والشهيد في غایة المراد، ج ٢، ص ١٤٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢)؛ وكذلك في عالي الالباني، ج ٢، ص ٢٥٧، ح ٥.

٢. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٣٥٤.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٤، ص ١٣٧، ١٤٣، باب الزيادات في الأنفال.

٤. قال بعدم الملك الشيخ في النهاية، ص ٤٠٩؛ والعالمة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٣٦، المسألة ٢٠٧؛ وقال بالملك الشيخ المقيد في المقنعة ص ٥٩٩؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٣٤٣.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٢٦، ح ١٣٤٢.

٦. لم نعثر عليه في كتب الرواية ولكن نقله الكركي في جامع المقاصد، ج ٤، ص ١٢٩.

وفي إلحاد الخنثي هنا بالرجل أو المرأة نظر؛ من الشك في الذكورية التي هي سبب عتق غير العمودين، فيوجب الشك في عتقهم، والتمسّك بأصالة بقاء الملك. ومن إمكانها فيعتقدون لينائه على التغليب. وكذا الإشكال لو كان مملوكاً. وإلحاده بالأئمّة في الأول وبالذكر^١ في الثاني لا يخلو من قوّة؛ تمسكاً بالأصل فيهما.

والمراد بعدم استقرار ملكٍ منْ ذُكِرَ أَنَّهُ يُمْلَكُ ابتداءً بوجود سبب الملك آناً قليلاً لا يقبل غير العتق ثم يعتقدون؛ إذ لو لا الملك لما حصل العتق. ومن عَبَرَ من الأصحاب بأنّهما لا يُمْلِكُان ذلك تَجَوَّزَ في إطلاقه على المستقر. ولا فرق في ذلك كله بين الملك الظاهري والاختياري، ولا بين الكلّ والبعض، فيقوّم عليه باقيه إنْ كان مختاراً على الأقوى.

وقرابة الشبهة بحكم الصحيح، بخلاف قرابة الزنى على الأقوى؛ لأنَّ الحكم الشرعي يتبع الشرع لا اللغة.

ويفهم من إطلاقه كغيره «الرجل» و«المرأة» أنَّ الصبيَّ والصبيَّة لا يُعْتَقُ عليهم ذلك لو ملَكُوه إلى أن يبلغوا، والأخبار مطلقة في الرجل^٢ والمرأة كذلك، ويُعْضُدُه أصالة البراءة وإنْ كان خطابُ الوضع غير مقصور على المكلَف.

(ولا تَمْنَعُ الزوجيَّةُ من الشراء، فبتُطُلُّ) الزوجيَّةُ وبقع البِلْكُ، فإنْ كان المشتري الزوج استباحها بالبِلْك، وإنْ كانت الزوجةُ حُرْمٌ عليها وطَهْ مملوكها مطلقاً، وهو موضوع وفاق. وعُلِّلَ ذلك بأنَّ التفصيل في جلِّ الوطء يقطع الاشتراك بين الأسباب^٣، وباستلزمـه اجتماع علَيْتين على معلول واحد. ويُضَعَّفُ بأنَّ علل الشرع مُعرفات. ويمثلُ البعض كالكلَّ؛ لأنَّ البعض لا يتبعُ.

(والحَمْلُ يَدْخُلُ) في بيع العامل (مع الشرط) أي شرط دخوله، لا بدونه في

١. في «س، ن»: «الذكر».

٢. تهذيب الأحكام، ج.٨، ص.٢٤٣ - ٢٤٤، ح.٨٧٨ و ٨٨١.

٣. راجع غایة المراد، ج.٢، ص.٦١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج.٢).

أصح القولين^١ للتفاير، كالثمرة. والقائل بدخوله مطلقاً يتنظر إلى أنه كالجزء من الأمة، وفرع عليه عدم جواز استثنائه، كما لا يجوز استثناء الجزء المعين من الحيوان. وعلى المختار لاتمنع جهالته من دخوله مع الشرط؛ لأنّه تابع، سواء قال «بعندها وحملها»، أم «وشرط لك حملها». ولو لم يكن معلوماً وأريد إدخاله، فالعبارة الثانية ونحوها لا غير.

ولو لم يشترطه، واحتُمِل وجوده عند العقد وعدمه، فهو للمشتري؛ لأصله عدم تقدُّمه. فلو اختلفا في وقت العقد قُدُّم قول البائع مع اليمين وعدم البينة؛ للأصل. والبيض تابع مطلقاً، لا كالحمل، كسائر الأجزاء وما يحتويه البطن.

(ولو شرط فسقَط قبل القبض رجع) المشتري من الثمن (بنسبته) لفوات بعض البيع، (بأن تُقْوَم حاملاً ومُجْهِضاً) أي مسقطاً، لا حائلاً؛ لاختلافه، ومطابقة الأول للواقع، ويرجع بنسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن.

(ويجوز ابتعاد جزءٍ مشاع من الحيوان) كالنصف والثلث (لا معين^٢) كالرأس والجلد، ولا يكون شريكاً نسبة قيمته على الأصح^٣؛ لضعف مستند الحكم بالشركة، وتحقق الجهة، وعدم القصد إلى الإشاعة، فيبطل البيع بذلك، إلا أن يكون مذبوحاً، أو يراد ذبحه، فيقوى صحة الشرط.

(ويجوز النظر إلى وجه الم المملوكة إذا أراد شراءها وإلى محاسنها) وهي مواضع الزينة - كالكفين والرجلين والشعر - وإن لم يأذن المولى. ولا تجوز الزيادة عن ذلك إلا بإذنه، ومعه يكون تحليلياً يتبع ما ذُلِّ عليه لفظه حتى العورة. ويجوز منع ما أُبِح له نظره مع الحاجة. وقيل: يباح له النظر إلى ما عدا العورة بدون الإذن^٤، وهو بعيد.

١. كما في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٣٨ - ٢٣٩، المسألة ٢٠٩. وبالعكس قال ابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٤٨.

٢. يدخل التعل في بيع الدابة مع الإطلاق. (زين رحمة الله)

٣. القائل بالشركة الشيخ في النهاية، ص ٤١٣؛ والميسوط، ج ٢، ص ٥١؛ وابن البراج في المذهب، ج ١، ص ٣٨٢.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٧٩٧ ح ٣٤١، ص ٨١ ح ٣٥٠.

٥. قال به العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٣٣٨، المسألة ١٥١.

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

(ويُذكره وطء) الأمة (المولودة من الزنى بالملك أو بالعقد)؛ للنهي عنه في الخبر؛ معللاً بأن «ولد الزنى لا يُفلح»^٢، وبـ«العار»^٣. وقيل: يحرم؛ بناء على كفره، وهو من نوع.

(والعبد لا يملك) شيئاً مطلقاً على الأقوى، عملاً بظاهر الآية^٤، والأكثر على أنه يملك في الجملة، فقيل: فاضل الضريبة^٥، وهو مردوي^٦، وقيل: أرش الجنابة^٧، وقيل ما ملكه مولاه معهما^٨، وقيل: مطلقاً، لكنه محجور عليه بالرق^٩؛ استناداً إلى أخبار^{١٠} يمكن حلها على إباحة تصرفه في ذلك بالإذن جمعاً.

وعلى الأول، (فلو اشتراه ومعه مال، فللباقي)؛ لأن الجميع مال المولى، فلا يدخل في بيع نفسه: لعدم دلالته عليه، (إلا بالشرط، فغيره فيه شروط المبيع)، من كونه معلوماً لهما أو ما في حكمه، وسلماته من الربا بأن يكون التمن مخالفًا لجنسه الربوي أو زانداً عليه، وبقى مقابل الربوي في المجلس وغيرها.

١. الدروس الشرعية، ج. ٣، ص. ٢٠٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

٢. عوالي اللائي، ج. ٢، ص. ٥٣٤، ح. ٢٥؛ مستدرك الوسائل، ج. ١٧، ص. ٤٣٢ - ٤٣٣، كتاب الشهادات، الباب ٢٥، ذيل الحديث ٥.

٣. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٤٧٧، ح. ١٩١٧.

٤. قال به ابن إدريس في السرائر، ج. ٢، ص. ٣٥٣.

٥. التحل (١٦) : ٧٥.

٦. قال به المحقق في المختصر النافع، ص. ٢١٨.

٧. الكافي، ج. ٦، ص. ١٩٠، باب المملوك يعتق وله مال، ح. ١.

٨. قال بهما الشيخ في النهاية، ص. ٥٤٣.

٩. قال به المحقق في شرائع الإسلام، ج. ٢، ص. ٥٢.

١٠. قال به المحقق في شرائع الإسلام، ج. ٢، ص. ٨٠٣ و ٨٠٤.

١١. تهذيب الأحكام، ج. ٨، ص. ٢٢٣، ح. ٨٠٣.

(ولو جعل العبد) لغيره (جعلًا على شرائه لم يلزم): لعدم صحة تصرّفه بالحجر وعدم الملك. وقيل: يلزم إن كان له مال بناه؛ على القول بملكه.^١ وهو ضيف. (ويجب) على البائع (استبراء الأمة قبل بيعها) إن كان قد وطئها وإن عرّل، (بحيضة أو مضي خمسة وأربعين يوماً فيمن لا تحيض وهي في سن من تحيض، ويجب على المشتري أيضاً استبراؤها، إلا أن يخبره الثقة بالاستبراء). والمراد بالثقة: العدل، وإنما عبر به تبعاً للرواية^٢، مع احتمال الاكتفاء بمن سكُن النفس إلى خبره. وفي حكم إخباره له بالاستبراء إخباره بعدم وطئها.

(أو تكون لامرأة) وإن أمكن تحليلها لرجل؛ لإطلاق النص^٣. ولا يلحق بها العنيف والمجبوب والصغير الذي لا يمكن في حقه الوطأ وإن شارك فيما ظن كونه عليه^٤ ببطلان القياس.

وقد يجعل بيعها من امرأة ثم شراؤها منها وسيلة إلى إسقاط الاستبراء، نظراً إلى إطلاق النص، من غير التفات إلى التعليل بالأمن من وطئها؛ لأنها ليست منصوصة، ومنع العلة المستنبطة وإن كانت مناسبة.

(أو تكون يائسة^٥) أو صغيرة أو حائضاً إلا زمان حيضها وإن بقي منه لحظة. واستبراء الحامل بوضع الحمل) مطلقاً؛ لإطلاق النهي عن وطئها في بعض الأخبار «حتى تضع ولدها»^٦، واستثنى في الدروس ما لو كان العمل عن زنى، فلا حرمة له.^٧

والأقوى الاكتفاء بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام لحملها، وكراهة وطئها بعدها، إلا أن يكون من زنى، فيجوز مطلقاً على كراهة؛ جمعاً بين الأخبار الدال بعضها على المنع

١. قال به الشيخ في النهاية، ص ٤١٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٧٣، ح ٦٠٣.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٧٤، ح ٦٠٧-٦٠٨.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ١٧٦، ح ٦١٧.

٥. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢٠٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

مطلقاً كالسابق، وبعض على التحديد بهذه الغاية^١، بحمل الزائد على الكراهة.
 (ولا يحرّم في مدة الاستبراء غير الوطء) قبلاً ودبراً من الاستمتاع على الأقوى؛
 للخبر الصحيح^٢. وقيل: يحرّم الجميع^٣.

ولو واطئ في زمن الاستبراء أثيم وعزر مع العلم بالتحرير، ولحق به الولد؛ لأنَّه
 فراش كوطنه حائضاً.

وفي سقوط الاستبراء حينئذ وجه: لانتفاء فائدته حيث قد اختلط الماءان؛ والأقوى
 وجوب الاجتناب بقية المدة، لإطلاق النهي فيها.

ولو واطئ الحامل بعد مدة الاستبراء عَزَلَ، فإن لم يفعَل كُرْه بيع الولد، واستحبَّ له
 عزل قسط «من ماله يعيش به»؛ للخبر معللاً بـ«تجذيته بنطفته»^٤، و«أنَّه شاركَ في
 إتمامِه»^٥، وليس في الأخبار تقدير القسط، وفي بعضها أنَّه «يتعقه ويجعل له شيئاً
 يعيش به؛ لأنَّه غذَاه بنطفته»^٦.

وكما يجب الاستبراء في البيع، يجب في كل ملكٍ زائلٍ وحادٍثٍ بغيره من العقود،
 وبالسبني والإرث، وفَضْرُه على البيع ضعيف.

ولو باعها من غير استبراء أثيم وصح البيع وغيره، ويتعين حينئذ تسليمها
 إلى المشتري ومن في حكمه إذا طلبها؛ لصيروتها ملكاً له. ولو أمكن إيقاؤها
 برضاه مدة الاستبراء ولو بالوضع في يدِ عدلٍ وجَبَ، ولا يجب على المشتري
 الإجابة.

(ويُكره التفرقة بين الطفل والأم قيل سبع سنين) في الذكر والأنثى. وقيل: يكفي

١. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٤٦٨، ح. ١٨٧٨.

٢. تهذيب الأحكام، ج. ٨، ص. ١٧٣، ح. ٦٠٥.

٣. قال به الشيخ في المبسوط ح. ٢، ص. ٧٩؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج. ٢، ص. ٤٠٧، الرقم ٣٤٨٨.

٤. تهذيب الأحكام، ج. ٨، ص. ١٧٨، ح. ٦٢٤.

٥. تهذيب الأحكام، ج. ٨، ص. ١٧٩، ح. ٦٢٦.

٦. تقدُّم في الهاشم، ٤.

في الذكر حولان^١، وهو أجود؛ لثبوت ذلك في حضانة العرّاء، ففي الأمة أولى؛ لفقد النصّ هنا. وقيل: يحرّم التفريق في المدة^٢؛ لتضارف الأخبار بالنهي عنه^٣، وقد قال^٤: «من فرق بين والدة ولدها فرق الله بينه وبين أحبته»^٤. (والتحريم أحوط) بل أقوى. وهل يزول التحريم أو الكراهة برضاهما أو رضى الأم؟ وجهان: أجودهما ذلك. ولا فرق بين البعي وغیره على الأقوى.

وهل يتعدّى الحكم إلى غير الأم من الأرحام المشاركة لها في الاستئناس والشفقة - كالأخت والعنة والخالة -؟ قولان^٥: أجودهما ذلك؛ لدلالة بعض الأخبار عليه^٦.

ولا يتعدّى الحكم إلى البهيمة؛ للأصل، فيجوز التفرقة بينهما بعد استغنائه عن اللين مطلقاً؛ وقبله إن كان مما يقع عليه الذكارة، أو كان له ما يمونه من غير لبن أمّه.

وموضع الخلاف بعد سقي الأمّ للبّيا، أمّا قبله، فلا يجوز مطلقاً؛ لما فيه من التسبب إلى هلاك الولد، فإنه لا يعيش بدونه على ما صرّح به جماعة^٧.

(وهنا مسائل):

[المسألة الأولى:] (لو حدث في الحيوان عيب قبل القبض، فللمشتري الرد والأرش)، أمّا الرد فموضوع وفاق، وأمّا الأرش فهو أصح القولين^٨؛ لأنّه عوض عن

١. قال به الشيخ في النهاية، ص ٥٠٣: ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٦٥١.

٢. قال به الشيخ المفيد في المقدمة، ص ٦٠١: سلار في المراسم، ص ١٧٨.

٣. تهذيب الأحكام ج ٧، ص ٧٣، ح ٣١٢-٣١٤.

٤. سنن الدارقطني، ج ٢، ص ٦٧١، ح ٢٥٦/٢٠١٤؛ السنن الكبرى، البهيمي، ج ٩، ص ٢١٢، ح ١٨٣٠٩، و ١٨٣١٠.

٥. نقل التحرير عن ابن الجنيد العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٤٩، المسألة ٢١٧.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٦٧-٦٨، ذيل الحديث ٢٩٠.

٧. منها: العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٣٢٥، المسألة ١٥٠؛ والمعحق الكركي في جامع المقاصد، ج ٤، ص ١٥٨.

٨. قال به الشيخ في النهاية، ص ٣٩٥: والعلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١١، ص ٨٣، المسألة ٢٦٩؛ واختار عدم الأرش ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٣٠٥؛ والمحقق في نكت النهاية، ج ٢، ص ١٦٢.

جزءٌ فائتٍ، وإذا كانت الجملة مضمونةً على البائع قبل القبض، فكذا أجزاءُها.
 (وكذا) لو حدث (في زمن الخيار) المختص بالمشتري، أو المشترٰك بينه وبين
 البائع أو غيره؛ لأنَّ الجملة فيه مضمونةً على البائع أيضاً. أمّا لو كان الخيار مختصاً
 بالبائع أو مشترٰكَا بينه وبين أجنبي، فلا خيار للمشتري.

هذا إذا كان التعيب من قبِيل الله تعالى أو من البائع، ولو كان من أجنبي، فللمشتري
 عليه الأرْشُ خاصةً. ولو كان بتفريط المشتري فلا شيء.
 (وكذا) الحكم في (غير الحيوان) بل في تلف المبيع أجمع، إلا أنَّ الرجوع فيه
 بمجموع القيمة. فإن كان التلف من قبِيل الله تعالى والخيار للمشتري ولو بمشاركة
 غيره، فالتلف من البائع، وإلا فمن المشتري.

وإن كان التلف من البائع أو من أجنبي، وللمشتري خيار واختار الفسخ والرجوع
 بالثناء، وإلا رجع على المُتَلِّف بالمثل أو القيمة. ولو كان الخيار للبائع والمُتَلِّف أجنبي
 أو المشتري تخيراً ورجع على المُتَلِّف.

[المسألة] (الثانية: لو حدث) في الحيوان (عَيْبٌ من غير جهة المشتري في
 زمن الخيار، فله الردُّ بأصل الخيار)؛ لأنَّ القيد الحادث غير مانع منه هنا؛ لأنَّه
 مضمونٌ على البائع، فلا يكون مؤثراً في رفع الخيار، (والأقرب جواز الردُّ بالعيب
 أيضاً)؛ لكونه مضموناً.

(وتطهير الفائدةُ لو أُسقط الخيار الأصلي والمُشترط^١) فله الردُّ بالعيب. وتظهر
 الفائدةُ أيضاً في ثبوتِ الخيار بعد انقضاءِ الثلاثةِ وعدمه، فعلى اعتبار خيار
 الحيوان خاصةً يُسْقَط الخيار، وعلى ما اختاره المصنف يبقى؛ إذ لا يتَّقدَّد خيار
 العيب بالثلاثة وإنْ اشْتَرَط حصوله في الثلاثةِ فما قبلها، وغايتها ثبوته فيها بسبعين،

١. بأن يكون الإسقاط بعد حدوث العيب. (زين رحمة الله)

وهو غير قادر؛ فإنها معرفات يمكن اجتماعُ كثِيرٍ منها في وقتٍ واحدٍ، كما في خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن إذا اجتمعت في عينٍ واحدةٍ قبل التفرق.

(وقال الفاضل نجم الدين أبو القاسم) جعفر بن سعيد (رحمه الله) (في الدرس) على ما نقل عنه: (لا يردد إلا بالختار، وهو ينافي حكمه في الشرائع بأنَّ الحدث) الموجِب لنقص الحيوان (في الثلاثة من مال البائع)، وكذا التلف (مع حكمه) فيها بعد ذلك بلا فصل (بعد الأرش فيه)^١؛ فإنه إذا كان مضموناً على البائع كالجملة لزمه الحكم بالأرش؛ إذ لا معنى لكون الجزء مضموناً إلا ثبوت أرشه، لأنَّ الأرش عوض الجزء الفائت؛ أو التخيير بينه وبين الرد، كما أنَّ ضمان الجملة يقتضي الرجوع بمجموع عوضها، وهو الشمن.

والأقوى التخيير بين الرد والأرش كالمتقدم؛ لاشتراكهما في ضمان البائع، وعدم المانعية من الرد، وهو المنقول عن شيخه نجيب الدين بن نما (رحمه الله)^٢.
ولو كان حدوث العيب بعد الثلاثة منع الرد بالعيوب السابق؛ لكونه غير مضمون على البائع، مع تغير المبيع، فإنَّ رده مشروعٍ بيقائه على ما كان، فيثبت في السابق الأرش خاصته.

[[المسألة]] (الثالثة: لو ظهرت الأمة مستحقة فأغرم) المشترى (الواطئ العشر)
إن كانت بكرًا، (أو نصفه) إن كانت ثيابًا، لما تقدَّم من جواز رجوع المالك على المشترى - عالماً كان أم جاهلاً - بالعين ومتنازعها المستوفاة وغيرها، وأنَّ ذلك هو عوض بُضع الأمة: للنص^٣ الدال على ذلك: (أو مهر المثل)، لأنَّ القاعدة الكلية في

١. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٥١.

٢. نقله عنه الشهيد في غاية المراد، ج ٢، ص ٥٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢).

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٤٩، ح ١٤٢٦.

عوض البعض، بمنزلة قيمة المثل في غيره، واطرحاً للنحص الدال على التقدير بالعشر أو نصفه^١.

وهذا الترديد توقف من المصنف في الحكم، أو إشارة إلى القولين^٢، لا تخير بين الأمرين، والمشهور منهما الأول.

(و) أَغْرِمُ (الأَجْرَةَ) عَمَّا اسْتَوْفَاهُ مِنْ مَنَافِعِهَا أَوْ فَاتَتْ تَحْتَ يَدِهِ؛ (وَقِيمَةُ الْوَلَدِ) يَوْمُ ولادتِه لَوْ كَانَ قَدْ أَحْبَلَهَا وَوَلَدَتْهُ حَيَاً، (رَجْعٌ بِهَا) أَيْ بِهَذِهِ الْمَذْكُورَاتِ جُمِعَ (عَلَى الْبَاعِثِ مَعْ جَهْلِهِ) بِكُونِهَا مُسْتَحْقَّةً؛ لِمَا تَقْدَمَ مِنْ رَجُوعِ الْمُشْتَرِيِ الْجَاهِلِ بِفَسَادِ الْبَيعِ عَلَى الْبَاعِثِ بِجَمِيعِ مَا يَغْرِمُهُ.

والغرضُ من ذكر هذه هنا التنبية على مقدار ما يرجِعُ به مالكُ الأمة على مشترها الواطئ لها مع استيلادها.

ولا فرق في ثبوت المقر بالوطء بين علم الأمة بعدم صحة البيع وجهلها على أصح القولين^٣، وهو الذي يقتضيه إطلاق العبارة؛ لأن ذلك حق للمولى «ولَا تَنْزِرْ وَازِرَةً وَزَرْ أَخْرَى»^٤؛ ولا تصير بذلك أمّ ولد؛ لأنها في نفس الأمر ملك غير الواطئ.

وفي الدروس: لا يرجع عليه بالمهر إلا مع الإكراه^٥ استناداً إلى أنه «لا مهر لغيري»^٦. ويُضَعَّفُ بما مر، وأن المهر المنفي مهر الحرة بظاهر «الاستحقاق»، و«نسبة المهر»، ومن ثم يُطْلَقُ عليها «المهبرة».

ولو نَقَصَتْ بِالولادة ضَمِينَ نَقَصَهَا مَضَافاً إِلَى مَا تَقْدَمَ. ولو مَاتَتْ ضَمِينَ القيمة.

١. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٢٤٤، ح. ١٠٦٤.

٢. بالعشر ونصفه قال الشيخ في الخلاف، ج. ٢، ص. ١٥٨، المسألة ٢٥١؛ وبمهر المثل قال ابن إدريس في السرائر، ج. ٢، ص. ٣٤٧.

٣. راجع القولين في مختلف الشيعة، ج. ٦، ص. ٨٩، المسألة ٧٧.

٤. الأنعام (٦): ١٦٤.

٥. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ١٠٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

٦. السنن الكبير، البهقي، ج. ٦، ص. ٩-٨، ح. ١١٠٦؛ سنن ابن ماجة، ج. ٢، ص. ٧٣٠، ح. ٢١٥٩.

وهل يضمن مع ما ذكر أرش البكاراة لو كانت بكرة، أم يقتصر على أحد الأمرين؟ وجهان: أجودهما عدم التداخل؛ لأنَّ أحد الأمرين عوض الوطء وأرش البكاراة عوض جنابية، فلا يدخل أحدهما في الآخر.

ولو كان المشتري عالماً باستحقاقها حال الانتفاع لم يرجع بشيء، ولو علم مع ذلك بالتحرير كان زانياً والولد رِثْقَةً، وعليه المهر مطلقاً. ولو اختلفت حالتُه، بأنَّ كان جاهلاً عند البيع ثم تحدَّد له العلم، رجع بما غَرِيَه حال الجهل وسقط الباقى.

[المسألة] (الرابعة: لو اختلف مولى مأذونٍ) وغيره (في عبدٍ أعتقه المأذونُ عن الغير ولا بيتة) لمولى المأذون ولا للغير، (حَلَفَ المولى) أي مولى المأذون، واسترقَ العبد المفتق؛ لأنَّ يده على ما بيد المأذون، فيكون قوله مقدماً على مَنْ خرج عند عدم البينة.

(ولا فرق بين كونه) أي العبد الذي أعتقه المأذون (أباً للمأذون أو لا) وإن كانت الرواية تضمنت كونه أباً^١؛ لاشتراكيهما في المعنى المقتضى لترجيح قول ذي اليد؛ (ولا بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله)، بأن يكون قد دفع للمأذون مالاً يتَّجر به، فاشترى أباً من سَيِّده بماله، (وعدمه)؛ لأنَّه على التقدير الأول يَدعُى فساد البيع، ومدَّعي صحته مقدماً، وعلى الثاني خارج؛ لمعارضة يده القديمة يَدَ المأذون الحادثة، فيَقُدُّم، والرواية تضمنت الأول؛ (ولا بين استئجاره على حجَّ وعدمه)؛ لأنَّ ذلك لا مدخل له في الترجيح وإنْ كانت الرواية تضمنت الأول.

والأصل في هذه المسألة رواية عليٍّ بن أشيم عن الباقر عليهما السلام فيَمَنْ دفع إلى مأذونٍ ألفاً ليُعْتَقَ عنه نَسْمَةً ويَحْجُّ عنه بالباقي، فأَعْتَقَ أباً وأَحْجَجَ بعد موته الدافع، فادَّعَى

وارئه ذلك، وزعم كلّ من مولى المأذون ومولى الأب أنه اشتراه بماله. فقال ^{عليه السلام}: «إنَّ الحجَّةَ تَمْضي، وَيَرَدُ رِقًا لِمَوْلَاهُ حَتَّى يَقِيمَ الْبَاقُونَ بَيْنَهُ»^١. وعَيْلَ بِعِضْمُونَهَا الشَّيْخُ^٢ ومن تَبِعَهُ^٣ وَمَالَ إِلَيْهِ فِي الدُّرُوسِ^٤.

والمصنف هنا وجماعة^٥ أطْرَحُوا الرِّوَايَةَ؛ لِضَعْفِ سُنْدِهَا، وَمُخَالَفَتِهَا لِأَصْوَلِ الْمَذْهَبِ في ردِّ العَبْدِ إِلَى مَوْلَاهُ مَعَ اعْتِرَافِهِ بِبِعْيِهِ وَدُعْوَاهِ فَسَادِهِ، وَمَدْعِيِ الصَّحَّةِ مَقْدَمٌ، وَهِيَ مُشْتَرَكَةُ بَيْنِ الْآخَرَيْنِ، إِلَّا أَنَّ مَوْلَى المأذون أَقْوَى يَدًا، فَيُقْدَمُ.

واعتذر في الدروس عن ذلك بـ:

أنَّ المأذونَ بِيدهِ مَالًّا لِمَوْلَى الْأَبِ وَغَيْرِهِ وَبِتَصَادُمِ الدِّعَاوَيِّيِّيْنِ التَّكَافِنَةُ يُرجَعُ إِلَى أَصَالَةِ بَقَاءِ الْمِلْكِ عَلَى مَالِكِهِ، قَالَ: وَلَا تَعْرَضُهُ فِتْوَاهُمْ بِتَقْدِيمِ دُعْوَى الصَّحَّةِ عَلَى الْفَسَادِ؛ لِأَنَّهَا مُشْتَرَكَةُ بَيْنِ مُتَقَابِلَيْنِ مُتَكَافِنَيْنِ فَتَسَاقَطَتْ^٦.

وَفِيهِما نَظَرٌ؛ لِمَنْ تَكَافَفَهَا مَعَ كُونِهِ عَدَا مَوْلَاهُ خَارِجًا وَالْدَّاخِلُ مَقْدَمٌ، فَسَقَطَتْ دُونَهُ، وَلَمْ يَتِمِّمِ الْأَصْلُ.

وَمِنْ يَظْهَرُ عَدْمُ تَكَافُؤِ الدِّعَوَيَيْنِ الْأَخْرَيَيْنِ؛ لِخُروجِ الْأَمْرِ وَوَرَثَتِهِ عَمَّا فِي يَدِ الْمَأْذُونِ التِّي هِيَ بِمَنْزِلَةِ يَدِ سَيِّدِهِ، وَالْخَارِجَةُ لَا تُكَافِئُ الدَّاخِلَةَ، فَتَقْدَمُ.

وَإِقْرَارُ الْمَأْذُونِ بِمَا فِي يَدِهِ لِغَيْرِ الْمَوْلَى غَيْرُ مَسْمُوعٍ، فَلَازِمٌ اطْرَاحُ الرِّوَايَةِ؛ وَلَا شَعْلَالُهَا عَلَى مُضِيِّ الْحِجَّةِ، مَعَ أَنَّ ظَاهِرَ الْأَمْرِ حَجَّهُ بِنَفْسِهِ وَلَمْ يَفْعَلْ، وَمُجَامِعَةُ صَحَّةِ الْحِجَّةِ لِعُودِهِ رِقًا، وَقَدْ حَجَّ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، فَمَا اخْتَارَهُ هَذَا أَوْضَحُ.

وَبِتِهِ بِقُولِهِ: «وَلَا بَيْنَ دُعْوَى مَوْلَى الْأَبِ شَرَاءَهُ مِنْ مَالِهِ وَعَدْمِهِ» عَلَى خَلَافِ الشَّيْخِ

١. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج. ٧، ص. ٢٢٤، ح. ١٠٢٣.

٢. النهاية، ص. ٤١٤.

٣. مِنْهُمْ أَبُو الصَّلاحِ الْعَلَبِيُّ فِي الْكَافِيِّ فِي الْفَقَهِ، ص. ٣٥٣.

٤. الْدُّرُوسُ الشُّرْعِيَّةُ، ج. ٣، ص. ٢١١ (ضَمِنْ مُوسَوِّعَةِ الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ، ج. ١١).

٥. كَالْعَلَمَةُ فِي مُخْتَلِفِ الشِّعْبَيْنِ، ج. ٥، ص. ٢٦٣، السَّالَةُ ٢٢٠؛ وَابْنُ إِدْرِيسِ فِي السَّرَايَرِ، ج. ٢، ص. ٣٥٧.

٦. الْدُّرُوسُ الشُّرْعِيَّةُ، ج. ٣، ص. ٢١١ (ضَمِنْ مُوسَوِّعَةِ الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ، ج. ١١).

ومن تبعه^١، حيث حكموا بما ذُكر مع اعترافهم بدعوى مولى الأب فساد البيع، وعلى خلاف العلامة^٢، حيث حملها على إنكار مولى الأب البيع لا فساده هرّباً من تقديم مدعى الفساد، والتّجاء إلى تقديم منكر بيع عبده.

وقد عرفت ضعف تقديم مدعى الفساد. ويُضيّع الثاني بمنافاته لمنطق الرواية الدالة على دعوى كونه أشتبأ بماله^٣.

هذا كله مع عدم البينة، ومعها تقدّم إن كانت لواحدٍ، ولو كانت لاثنين أو للجميع بنيَ على تقديم بينة الداخلي أو الخارج عند التعارض؛ فعلى الأول الحكم كما ذُكر، وعلى الثاني يتعارض الخارجان ويقوى تقديم ورثة الأمر بمرجح الصحة.

واعلم أن الاختلاف يقتضي تعدد المخالفين، والمصنف اقتصر على نسبته إلى مولى المأذون، وكان حقه إضافة «غيره» معه، وكأنه اقتصر عليه؛ لدلالة المقام على الغير، أو على ما اشتهر من المتنازعين في هذه المادة.

[المسألة] (الخامسة: لو تنازع المأذونان بعد شراء كلّ منهما صاحبه في الأسبق) منها: ليبطل بيع المتأخر؛ بطلان الإذن بزوال الملك، (ولا بينة) لهما ولا لأحدهما بالتقديم، (قيل: يُقرع^٤، والقائل بها مطلقاً غير معلوم، والذي نقله المصنف وغيره عن الشيخ: القول بها مع تساوي الطريقين^٥؛ عملاً برواية وردت بذلك^٦. وقيل بها مع اشتباه السابق أو السابق^٧.

١. تقدّم آنفاً.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٣٢٣، المسألة ١٤٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٢٤، ح ١٠٢٣.

٤. راجع مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ٣٨٤.

٥. الدراس الشرعية، ج ٢، ص ٢١٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١)؛ مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٥٦.

المسألة ٢٢٢: الاستبصار، ج ٢، ص ٨٣، ذيل الحديث ٢٧٩.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٧٣، ح ٣١١.

٧. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٥٧، المسألة ٢٢٣.

(وَقِيلَ: تُمسَحُ الطَّرِيقُ) التي سَلَكُهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى مَوْلَى الْآخَرِ، وَيُحَكَّمُ بِالسُّبْقِ لِمَنْ طَرَيْقُهُ أَقْرَبُ مَعْ تَسَاوِيهِمَا فِي الْمَتْهِيِّ، فَإِنْ تَسَاوَيَا بَطْلُ الْبَيْعَانِ^١؛ لِظُهُورِ الْاقْتَرَانِ.

هذا إِذَا لم يُجِزِّ الْمُولَيانِ، (ولَوْ أَجِيزَ عَقْدُهُمَا، فَلَا إِشْكَالٌ) فِي صَحَّتِهِمَا. (ولَوْ تَقدَّمَ الْعَقْدُ مِنْ أَحَدِهِمَا صَحَّ خَاصَّةً) مِنْ غَيْرِ تَوْفِيقٍ عَلَى إِجَازَةِ (إِلَامِعِ إِجَازَةِ الْآخَرِ) فَيُصَحِّحُ الْعَقْدَانِ. وَلَوْ كَانَا وَكِيلَيْنِ صَحَّا مَعًا.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْإِذْنِ وَالْوِكَالَةِ أَنَّ الْإِذْنَ مَا جَعَلْتُ تَابِعَةً لِلْمِلْكِ، وَالْوِكَالَةُ مَا أَبَاحَتَ التَّصْرِيفَ الْمَأْذُونَ فِيهِ مُطْلَقاً. وَالْفَارَقُ بَيْنَهُمَا مَعْ اشْتِراكَهُمَا فِي مُطْلَقِ الْإِذْنِ، إِمَّا تَصْرِيفُ الْمُولَى بِالْخُصُوصِيَّيْنِ، أَوْ دَلَالَةِ الْقَرَائِنِ عَلَيْهِ. وَلَوْ تَجَرَّدَ الْلَّفْظُ عَنِ الْقَرِينَةِ لِأَحَدِهِمَا، فَالظَّاهِرُ حَمْلُهُ عَلَى الْإِذْنِ؛ لِدَلَالَةِ الْعَرْفِ عَلَيْهِ.

وَاعْلَمُ أَنَّ القَوْلَ بِالْقَرْعَةِ مُطْلَقاً لَا يَتَمَمُ فِي صُورَةِ الْاقْتَرَانِ؛ لِأَنَّهَا لِإِظْهَارِ الْمُشَبِّهِ، وَلَا اشْتِبَاهِ حِينَئِذٍ، وَأَوْلَى بِالْمَنْعِ تَخْصِيصُهَا بِهَذِهِ الْحَالَةِ. وَالْقَوْلُ بِمَسْحِ الطَّرِيقِ مُسْتَنَدٌ إِلَى رِوَايَةٍ^٢ لِيُسْتَهْلِكَ الطَّرِيقُ. وَالْحُكْمُ لِلساِبِقِ مَعْ عِلْمِهِ لَا إِشْكَالٌ فِيهِ، كَمَا أَنَّ القَوْلَ بِوقْفِهِ مَعِ الْاقْتَرَانِ كَذَلِكَ. وَمَعِ اشْتِبَاهِ تَنَّجِهِ الْقَرْعَةِ، لَكِنْ مَعِ اشْتِبَاهِ السَّابِقِ يُسْتَخْرَجُ بِرُبْعَتَيْنِ لِإِخْرَاجِهِ، وَمَعِ اشْتِبَاهِ السُّبْقِ وَالْاقْتَرَانِ يُنْبَغِي ثَلَاثُ رُقْمٍ فِي إِحْدَاهُ الْاقْتَرَانِ؛ لِيُحَكَّمُ بِالْوَقْفِ مَعَهُ.

هذا إِذَا كَانَ شَرَاؤُهُمَا لِمُوْلَاهُمَا، أَمَّا لَوْ كَانَ لِأَنْفُسِهِمَا، كَمَا يَظْهُرُ مِنِ الرِّوَايَةِ^٣، فَبَإِنِّا مُلِكُ الْعَبْدِ بَطْلًا، وَإِنْ أَجْزَنَاهُ صَحَّ السَّابِقِ، وَبَطْلُ الْمُقَارِنِ وَاللَّاحِقِ حَتَّمًا؛ لِأَنَّ لَا يُنْتَصِرُ مِلْكُ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ.

المسألة [ال السادسة]: الأمة المسرقة من أرض الصلح لا يجوز شراؤها؛

١. قال به المحقق في المختصر النافع، ص. ٢٢٠.

٢. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٧٢، ح. ٣١٠.

٣. أي رواية ذرع الطريق تقدمت آنفًا.

لأنَّ مالَ أهلها محترمٌ به، (فلو اشتراها) أحدُ من السارق (جاھلًا) بالسرقة أو الحكم (رَدَّها^١) على بائعها (واستعاد ثمنها) منه، (ولو لم يُوجَد الشمْنُ)، بأنَّ أَعْسَرِ البائع أو امْتَنَعَ من رَدِّه ولم يمكن إجبارُه، أو بغير ذلك من الأسباب (ضاع) على دافعه.

(وقيل: تَسْعَى) الأُمَّةُ (فيه)^٢، لرواية مسكنين السَّيَّان عن الصادق^{عليه السلام}^٣. ويُضَعَّفُ بجهالَةِ الراوي ومخالفَةِ الحُكْمِ للأسْوَلِ، حيث إنَّها مِلْكٌ لِلْغَيْرِ وسُعْنَاهَا كَذَلِكَ، ومالُكُهَا لَمْ يَظْلِمْهُ فِي الثَّمْنِ، فكيف يَسْتَوِيهِ مِنْ سَعِيهَا، مَعَ أَنَّ ظَالِمَهُ لَا يَسْتَحْقُهَا وَلَا كَسْبَهَا، وَمِنْ ثَمَّ تَسْبِهُ الْمَصْنُفُ إِلَى القَوْلِ تَمْرِيضاً لَهُ.

ولكن يُشكِّل حُكْمُهُ برَدَّها إِلَّا أَنْ يَحْمِلَ رَدَّهَا عَلَى مالِكُهَا لَا عَلَى البَائِعِ، طرحاً للرواية الدَّالِّةُ^٤ على رَدَّهَا عَلَيْهِ.

وفي الدروس استقرَّب العملُ بالرواية المشتملة على رَدَّها على البائع واستسعائِها في ثمنها لو تعرَّضَ على المشتري أَخْدُهُ من البائع ووارثَهُ مع موته، واعتذر عن الرَّدِّ إليه: بِأَنَّهُ تَكْلِيفٌ لَهُ لِيَرْدَهَا إِلَى أَهْلِهَا، إِمَّا لِأَنَّهُ سَارِقٌ، أَوْ لِأَنَّهُ تَرَبَّى يَدُهُ عَلَيْهِ، وَعَنْ استسعائِها بِأَنَّ فِيهِ جَمِيعًا بَيْنَ حَقِّ الْمُشْتَرِيِّ وَحَقِّ صَاحِبِهِ، نَظَرًا إِلَى أَنَّ مَالَ الْحَرَبِيِّ فِي الْحَقِيقَةِ، إِنَّمَا صَارَ محترَمًا بِالصلْحِ احْتِرَاماً عَرَضِيًّا، فَلَا يَعَارِضُ ذَهَابُ مَالٍ محترِمٍ فِي الْحَقِيقَةِ^٥.

ولَا يخفى أَنَّ مَثْلَ ذَلِكَ لَا يَصْلُحُ لتأسِيسِ مُثْلِ هَذَا الْحُكْمِ، وَتَقْرِيبُهُ لِلنَّصْرِ إِنَّمَا يَتَمَّ لَوْ كَانَتِ الْمَرْوِيَّةُ مَمَّا تَصْلُحُ لِلْحُجَّةِ، وَهِيَ بَعِيدَةٌ عَنْهُ، وَتَكْلِيفُ الْبَائِعِ بِالرَّدِّ لَا يَقْتَضِي جَوَازَ دفعِهَا إِلَيْهِ كَمَا فِي كُلِّ غَاصِبٍ، وَقَدْمُ يَدِهِ لَا أَثْرٌ لَهُ فِي هَذَا الْحُكْمِ، إِلَّا لِكَانَ الغَاصِبُ مِنَ الْغَاصِبِ يَجُبُ عَلَيْهِ الرَّدُّ إِلَيْهِ وَهُوَ باطِلٌ.

١. بل تدفع إلى العَالِمِ ولا تُسْعَى، ولو لم يكن حاكِمَ خَلْقِ سَبِيلِهَا. (زين رحمة الله)

٢. قال به الشِّيخُ فِي النَّهايَةِ، ص ٤١٤.

٣. تَهذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج ٧، ص ٨٣ ح ٣٥٥.

٤. تَقدَّمَ آنَفَهُ.

٥. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢١٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

والفرق في المال بين المحترم بالأصل والعارض، لا مدخل له في هذا الترجيح مع اشتراكيهما في التحرير، وكون المُتَّلِف للثمن ليس هو مولى الأمة، فكيف يُسْتَوْفَى من ماله. ويَنْتَقِض بمال أهل الذمة، فإن تحريرته عارضٌ، ولا يُرْجَح عليه مالُ المسلم المحترم بالأصل عند التعارض.

والأقوى اطْرَاحُ الرواية بواسطة مسكنين، وشهرتها لم تبلغ حدًّا وجوب العمل بها، وإنما عَيْلَ بها الشِّيخ^١ على قاعدته واشتهرت بين أتباعه^٢، وردَّها المستنبطون^٣ لمخالفتها للأصول.

والأقوى وجوب رد المشترى لها على مالكها أو وكيله أو وارثه، ومع التعذر على الحاكم، وأمّا الثمن، فيطالَّب به البائع مع بقاء عينه مطلقاً، ومع تلفه إن كان المشترى جاهلاً بسرقتها، ولا تُسْتَسْعَى الأمة مطلقاً.

[المسألة] (السابعة: لا يجوز بيع عبدٍ من عبدَين) من غير تعين، سواء كانا متساوين في القيمة والصفات أم مختلفين؛ لجهالة المبيع المقتصية للبطلان؛ (ولا عبدٍ) كذلك؛ للعلة^٤.

وقيل: يصح مطلقاً^٥; استناداً إلى ظاهر رواية ضعيفة^٦. وقيل: يصح مع تساويهما من كل وجه، كما يصح بيع فقيرٍ من صُبْرٍ متساوية الأجزاء^٧.
ويُضَعَّف بمنع تساوي العبدَين على وجه يلحق بالمتلبي، وضعف الصحة مطلقاً واضح.

١. النهاية، ص ٤١٤.

٢. منهم: القاضي ابن البراج نقله عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٦٢، المسألة ٢٢٩، ولم نعثر عليه في المذهب.

٣. كabin ادريس في السرائر، ج ٢، ص ٢٥٦؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٦٢، المسألة ٢٢٩.

٤. قال به الشِّيخ في الغلاف، ج ٢، ص ٣٨-٣٩، المسألة ٥٤.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٧٢، ح ٣٠٨.

٦. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٥٤، المسألة ٢٢١.

(ويجوز شراؤه) أي شراء العبد (موصوفاً) على وجه ترتفع الجهالة (سَلَّمَاً)؛ لأنَّ ضابطَ المُسْلِمِ فيه ما يمكن ضبطه كذلك، وهو منه، كغيره من الحيوان إلَّا ما يُستثنى. (والأقربُ جوازُه) موصوفاً (حالاً)؛ لتساويهما في المعنى المصحح للبيع.

(فلو) باعه عبداً كذلك (دفع إليه عبدين للتخيير^١) أي ليتخيير ما شاء منها (فأبقي أحدُهما) من يده، (بُيُّنِي) ضمانُ الآبق (على ضمان المقبوض بالسوم^٢)، وهو الذي قبضه ليشتريه، فتَّالِفَ في يده بغير تفريط، فإنْ قلنا بضمائه - كما هو المشهور - ضَمَنْ هنا؛ لأنَّه في معناه: إذ الخصوصية ليست لقبض السوم، بل لعلوم قوله^٣: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخْدَثْتُ حَتَّى تُؤْدِيَ»^٤، وهو مشترك بينهما، وإنْ قلنا بعدم ضمانه لكونه مقبوضاً بإذن المالك، والحال أنه لا تفريط، فيكون كاللوَّادِعِي لم يضمن هنا.

بل يمكن عدم الضمان هنا وإنْ قلنا به شَمَّ؛ لأنَّ المقبوض بالسوم مبيع بالقوءة أو مجازاً بما يَوْوُلُ إليه، وصحيحُ البيع وفاسدُه مضمون، بخلاف صورة الفرض؛ لأنَّ المقبوض ليس كذلك؛ لوقوع البيع سابقاً، وإنما هو محض استيفاء حق.

لكنَّ يندفع ذلك بأنَّ المبيع لما كان أمراً كلياً، وكان كلَّ واحد من المدفوع صالحًا لكونه فرداً له، كان في قوَّة المبيع، بل دَفْعُهما للتخيير حصرٌ له فيهما، فيكون بمنزلة المبيع، حيث إنَّه منحصر فيهما، فالحكم هنا بالضمان أولى منه.

(والمروريُّ) عن الباقي^٥ بطريقٍ ضعيفٍ، ولكنَّ عَمِلَ به الأكثرون^٦ (انحصر حقه فيهما) على سبيل الإشاعة، لا كون حقه أحدهما في الجملة (وعدم ضمانه) أي

١. في نسخة «م»: «للتحيير».

٢. الفرق بين المعاطة والمقبوض بالسوم أنها اتفقا على المقبوض في المعاطة بعرض معين من غير عقد ولا عزماً على إيقاع عقد في ثاني الحال. وأمّا السوم، فقبضه مع تواظذهما على إيقاع عقد فيما يأتي. (زين رحمة الله)

٣. سنن ابن ماجة، ج. ٢، ص. ٨٠٢، ح. ٢٤٠٠؛ الجامع الصحيح، ج. ٣، ص. ٥٦٦، ح. ١٢٦٦.

٤. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٧٢، ح. ٣٠٨، وص. ٨٢-٨٣، ح. ٣٥٤.

٥. مختلف الشيعة، ج. ٥، ص. ٢٥٢-٢٥٣، المسألة ٢٢١.

الآبق (على المشتري، فينفسخ نصفُ المبيع)؛ تنزيلاً للآبق منزلة التالف قبل القبض، مع أنَّ نصفَه مبيعٌ (ويرجع) المشتري (بنصف الثمن على البائع) وهو عِوض التالف، (ويكون) العبدُ (الباقي بينهما) بالنصف، (إلا أن يجد الآبق يوماً، فيتخير) فيأخذ أَلِئِها شاء^١. وهو مبني على كونهما بالوصف المطابق للمبيع، وتساويهما في القيمة. وجَه انحصارِ حقِّه فيما كونه عَيْنَهَا للتخيير، كما لو حَصَرَ الحقَّ في واحد، وعدم ضمان الآبق، إنما لعدم ضمان المقوض بالسوم، أو كون القبض على هذا الوجه يخالف قبض السوم؛ للوجه الذي ذكرناه أو غيره، أو تنزيلاً لهذا التخيير منزلة الخيار الذي لا يُضمن الحَيَوانُ التالفُ في وقته.

ويُشكِّل با انحصارِ الحقَّ الكلَّي قبل تعيينه في فردين، ومنع ثبوت الفرق بين حصره في واحد وبقائه كلياً، وثبوت المبيع في نصف الموجود المقتصي للشركة مع عدم الموجب لها، ثم الرجوع إلى التخيير لو وجد الآبق، وأن دفعه الاثنين ليس تشخيصاً وإن حَصَرَ الأمَّرَ فيما؛ لأصالته بقاء الحق في الذمة إلى أن يتبرأ المُزيلُ شرعاً، كما لو حصره في عشرة وأكثر. هذا مع ضعف الرواية^٢ عن إثبات مثل هذه الأحكام المخالفَة للأصول.

(وفي انسحابه في الزيادة على اثنين إن قلنا به) في الاثنين وعملنا بالرواية^٣ (تردد)، من صدق العبدتين في الجملة، وعدم ظهور تأثير الزيادة مع كون محل التخيير زائداً عن الحق، والخروج عن المنصوص المخالف للأسأل.

فإن سَخَبَنا الحكم وكانوا ثلاثة فأَبْيقَ واحداً، فاتَّلَى المبيع، وارتَجَعَ تَلَى الثمن إلى آخر ما ذُكِر. ويُحتمل بقاء التخيير وعدم فوات شيء، سواء حَكَمَنا بضمان الآبق أم لا؛ لبقاء محل التخيير الزائد عن الحق.

(وكذا لو كان المبيع غير عبد كامة) فدفع إليه أَمْتنَين أو إماء، وقطع في الدروس

بثبت الحكم هنا^١، (بل) في انسحاب الحكم في (أي عين كانت) - كثوب وكتاب إذا دفع إليه منه اثنين أو أكثر - التردد: من المشاركة فيما ظن كونه علة الحكم. وبطلاً في القياس.

والذي ينبغي القطع هنا بعدم الانسحاب؛ لأنَّ قياس محض لانقول به. ولو هَلَكَ أحدُ العبدَيْن، ففي انسحاب الحكم الوجهان: من أنَّ تنزيل الإيقاع منزلة التلف يقتضي الحكم مع التلف بطريق أولى. ومن ضعفه بتجزئ التنصيف من غير رجاء لعود التخbir، بخلاف الإيقاع. والأقوى عدم اللحاق.

هذا كله على تقدير العمل بالرواية؛ نظراً إلى انجبار ضعفها بما زعموه من الشهرة، والذي أراه منْع الشهرة في ذلك، وإنما حكم الشيخ^٢ بهذه ونظائرها على قاعدته، والشهرةُ بين أتباعه^٣ خاصةً، كما أشرنا إليه في غيرها.

والذي يُناسب الأصل أنَّ العبدَيْن إن كانوا مطابقين للطبع تخيير بين اختيار الآبق والباقي، فإن اختيار الآبق رَدَ الموجَد ولا شيء له، وإن اختيار الباقي انحصر حَقُّه فيه، ويبني ضمان الآبق على ما سبق. ولا فرق حينئذٍ بين العبدَيْن وغيرهما من الزائد والمخالف. وهذا هو الأقوى.

١. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢٠٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. النهاية، ص ٤١١.

٣. تقله عن الكامل لابن البراج العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٥٢، المسألة ٢٢١.

(الفصل الرابع في الشمار)

(ولا يجوز بيع الشمرة قبل ظهورها) وهو بُروزُها إلى الوجود وإنْ كانت في طَلْعٍ أو إِكَامٍ، (عاماً) واحداً، بمعنى ثمرة ذلك العام وإنْ وُجِدَتْ في شَهْرٍ أو أَقْلَى، سواهُ في ذلك ثمرة النخل وغيرها، وهو موضع وفاق، وسواء ضَمَّ إليها شيئاً أمْ لا.

(ولا) بيعها قبل ظهورها أيضاً (أَزِيدَ) من عام (على الأَصْحَاحِ)؛ للغَرَرِ، ولم يخالف فيه إِلَّا الصَّدُوقُ^١؛ لصِحِّيَّةِ يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عَلَيْهِ الدَّائِلَةُ عَلَى الْجَوَازِ^٢، ولا يخلو من قوَّةٍ إنْ لم يثبُت الإِجماعُ على خلافه.

(ويجوز) بيعها (بعد بُدُودٍ صَلَاحَهَا) إِجماعاً.

(وفي جوازه قبله بعد الظهور) من غير ضَمِيمَةٍ ولا زِيادَةٍ عن عام، ولا مع الأَصْلِ، ولا بشرط القطع (خلافُ، أقربُهُ الكراهة)؛ جمِعاً بين الأخبار^٣ بحمل ما دلَّ منها على النهي^٤ على الكراهة، والقولُ الآخرُ للأَكْثَرِ المَنْعُ.

(وتزول) الكراهة (بالضَّمِيمَةِ) إلى ما يصح إفراذه بالبيع (أو شرط القطع)، وإنْ لم يقطع بعد ذلك مع تراضيهما عليه، (أو بيعها مع الأَصْلِ) وهو في معنى الضَّمِيمَةِ.

(وبُدُودُ الصَّلَاحِ) المسوَغُ للبيع مطلقاً أو من غير كراهة، هو (احْيَارُ التَّمرِ) بالمُتَنَاهِ من فوق، مجازاً في ثمرة النخل باعتبار ما يَبُولُ إِلَيْهِ (أو اصْفَارُهُ) فيما يَضْفَرُ؛ (أو انْعَادُ ثمرة غَيْرِهِ) من شجر الفَوَاكهِ (وإنْ كانت في إِكَام) بكسر الكاف، جمع أَكِمَةٌ.

١. المقتنع، ص ٣٦٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٧ و ٨٨، ح ٣٧٣.

٣ و ٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٤ - ٨٦، باب بيع الشمار.

بفتح الهمزة وكسر الكاف وفتح الميم مشددةً، وهي غطاء الشمرة والتوبر^١ كالرمان، وكذا لو كانت في كمامين كالجوز واللوز. وهذا هو الظهور المجوز للبيع أيضاً.

وإنما يختلف بدو الصلاح والظهور في النخل. ويظهر في غيرها عند جعله تنازلاً الزهر بعد الانعقاد، أو تلوّن الشمرة أو صفاء لونها، أو الحلاوة وطيب الأكل في مثل التفاح، أو التضيّع في مثل الإطيخ، أو تناهي عظيم بعضه في مثل القثاء، كما زعمه الشيخ في المبسوط.

(ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها) وإن لم يتثنّأ عظمها (القطة، ولقطات معينة) أي معلومة العدد، (كما يجوز شراء الشمرة الظاهرة وما يتजدد في تلك السنة وفي غيرها) مع ضبط السنين؛ لأن الظاهر منها بمنزلة الضميمة إلى المعدوم، سواء كانت المتتجدد من جنس الخارجـة أم غيره.

(ويُرجـع في اللقطة إلى العـرف)، فـما ذـلـى على صـلاحـيـته للقطع يـقطعـ، وـما ذـلـى على عدمـه لـصـغـرـه أو شـكـ فيـه لا يـدخلـ، أـمـا الأولـ فـواضحـ، وأـمـا المشـكـوكـ فيـه فلاـصـالةـ بـقـائـهـ علىـ مـلـكـ مـالـكـهـ، وـعدـمـ دـخـولـهـ فـيـماـ أـخـرـجـ بالـلـقطـ.

(ولـا اـمـتـزـجـتـ الثـانـيـةـ) بـالـأـولـيـ؛ لـتأـخـيرـ المشـتـريـ قـطـعـهاـ فـيـ أـوـانـهـ (تخـيـرـ المشـتـريـ بـيـنـ الفـسـخـ وـالـشـرـكـةـ)؛ لـلتـعـيـبـ بـهـاـ؛ وـلـتـعـذـرـ تـسـلـيمـ الـمـبـعـ منـفـرـداـ، فـإـنـ اـخـتـارـ الشـرـكـةـ، فـطـرـيـقـ التـخـلـصـ بـالـصـلـحـ، (ولـا اـخـتـارـ الإـمـضـاءـ، فـهـلـ لـلـبـائـعـ الفـسـخـ؛ لـعـيـبـ الشـرـكـةـ؟ نـظـرـ، أـقـرـبـهـ ذـلـكـ إـذـ لـمـ يـكـنـ تـأـخـرـ القـطـعـ بـسـبـبـهـ) بـأـنـ يـكـونـ قـدـ مـنـعـ المشـتـريـ مـنـ.

(وـحـيـنـتـدـ) أيـ حينـ إـذـ يـكـونـ الـخـيـارـ لـلـبـائـعـ (لـوـ كانـ الـاـخـتـلاـطـ بـتـفـريـطـ المشـتـريـ مـعـ تـمـكـيـنـ الـبـائـعـ وـقـبـضـ المشـتـريـ أـمـكـنـ عـدـمـ الـخـيـارـ) لـلـمشـتـريـ؛ لـأـنـ التـعـيـبـ جاءـ مـنـ قـبـيلـهـ، فـيـكـونـ ذـرـكـ عـلـيـ الـبـائـعـ، كـمـاـ لـوـ حـصـلـ مـجـمـوعـ التـلـفـ مـنـ قـبـيلـهـ.

(ولـوـ قـيـلـ بـأـنـ الـاـخـتـلاـطـ إـنـ كـانـ قـبـلـ الـقـبـضـ تـخـيـرـ المشـتـريـ) مـطـلـقاـ؛ لـحـصـولـ

النص مضموناً على البائع، كما يضمن الجملة كذلك، وإن كان بعده، فلا خيار لأحدهما؛ لاستقرار البيع بالقبض، وبراءة البائع من ذرته بعده (كان قوياً). وهذا القول لم يذكر في الدروس غيره جازماً به! وهو حسنٌ إن لم يكن الاختلاطُ قبل القبض بتغريط المشتري، وإلا فعدم الخيار له أحسن؛ لأنَّ العيبَ من جهته، فلا يكون مضموناً على البائع.

وحيث يثبتت الخيار للمشتري بوجه لا يسقط بذل البائع له ما شاء، ولا الجميع على الأقوى؛ لأصالة بقاء الخيار وإن انتفت العلة الموجبة له، كما لو بذل للمغبون التفاوت؛ ولما في قبول المسموح به من المنه.

(وكذا يجوز بيع ما يُخْرِط) أصل الخَرْطُ أن يَقْبِض باليد على أعلى القُضيب، ثم يُمْرِّرُها عليه إلى أسفله ليَأْخُذَ عنه الورق، ومنه المثل السائر «دُوَّاهَ خَرْطُ الْفَتَاد»^٢، والمراد هنا ما يُقصَد من ثمرة ورقة (كالجِنَاء والتوت) بالثاءين المُتَنَاثِيَن من فوق، (خَرْطَةٌ وَخَرْطَاتٌ، وما يُجَزِّ كَالْرَطْبَة) بفتح الراء وسكون الطاء، وهي الفِصَّة^٣ والقُضَبُ^٤، (والبَقل) كالعناء (جَزَّةٌ وَجَزَّاتٌ).

(ولا تدخل الشمرة) بعد ظهورها (في بيع الأصول) مطلقاً، ولا غيره من العقود (إلا في) ثمرة (النخل)، فإنها تدخل في بيعه خاصةً (بشرط عدم التأثير)، ولو نقل أصل النخل بغير البيع فكغيره من الشجر.

(ويجوز استثناء ثمرة شجرة معينة أو شجراتٍ معينة (وجزءٌ منها) كالنصف والثلث، وأرطالٌ معلومة. وفي هذين) الفردين وهما: استثناء الجزء المشاع، والأرطال المعلومة (يسقط من الثنائي) وهو المستثنى (بحسابه)، أي نسبته إلى الأصل

^١ الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢١٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. القتاد: شجر له شوك، وهو الأعظم، وفي المثل: ومن دونه خرّط القتاد. الصحاح، ج٢، ص٥٢١، «فتدا».

^٣. الفِضْفَصَةُ - بالكسر - الرطبة، وأصلها بالفارسية: إسفشت. الصحاح، ج. ٢، ص. ١٠٤٩، «فصل».

^٤ القضية والقضية: الرطبة، وهي الانفت. الصحاح، ج ١، ص ٢٠٣، «قض».

(لو خاست الثمرة) بأمر من الله تعالى، (بخلاف المعين) كالشجرة والشجرات، فإن استثناءها كبيع الباقي منفرداً، فلا يسقط منها بتلف شيء من المبيع شيء؛ لامتياز حقيقة كل واحد منها عن صاحبه، بخلاف الأول؛ لأنّه حق شائع في الجميع، فيوزع الناقص عليهما إذا كان التلف بغیر تفريط.

قال المصنف في الدروس: «وقد يفهم من هذا التوزيع تنزيل شراء صاع من الصبرة على الإشاعة»^١، وقد تقدّم ما يرجح عدمه^٢، ففيه سؤال الفرق.

وطريق توزيع النقص على الحصة المشاعرة جعل الذاهب عليهما والباقي لهما على نسبة الجزء، وأما في الأرطال المعلومة، فيعتبر الجملة بالتخمين، وينسب إليها المستثنى، ثم ينظر الذاهب فيسقط منه بتلك النسبة.

(مسائل:)

[المسألة الأولى:] (لا يجوز بيع الثمرة بجنسها) أي نوعها الخاص، كالعنب بالعنب والزبيب، والرطب بالرطب والتمر (على أصولها)، أمّا بعد جمعها، فيصبح مع التساوي، (نخلاً كان) المبيع ثمرة (أو غيره) من التمار، إجماعاً في الأول، وعلى المشهور في الثاني؛ تعديلاً للعلة المنصوصة في المنع من بيع الرطب بالتمر، وهي: «نقصانه عند الجفاف إن بعث بياس»^٣، وتطرق احتمال الزيادة في كل من العواضين الربوين، ولا فرق في المنع بين كون الشمن منها ومن غيرها، وإن كان الأول أظهر منعاً.

(ويُسمى في النخل مُزانةً) وهي مفادة من الزبن، وهو الدفع، ومنه الزبانة، سمعت بذلك؛ لِبنائها على التخمين المقتصي للغبن، فيزيد المغبون دفعه والغائب خلافه، فييدفعان.

١. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢١٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. تقدّم في ص ١٤٩ - ١٤٨.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٤ - ٩٥، ح ٣٩٨ و ٤٠٨.

وَخُصَّ التعرِيفُ بالنخل؛ للنَّصْ عَلَيْهِ بِخُصُوصِهِ، مُفْسِرًا بِالْمَزَابِنَةِ فِي صَحِيحَةِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ^١. وَالْحَقُّ بِهِ غَيْرُهُ؛ لِمَا ذُكِرَنَاهُ، وَفِي إِلْحَاقِ الْيَابِسِ وَجْهُهُ، وَالرَّطْبُ نَظَرُهُ.

(ولا) بيع (السنبل بحسب منه أو من غيره من جنسه، ويسمى محاقةً) مأخوذه من الحَقل، جمْع حَقْلَةٍ، وهي الساحة التي تُزرع، سميت بذلك؛ لتعلقها بزرع في حقلة. وخرج بالسنبل بيعه قبل ظهور الحب، فإنَّه جائز؛ لأنَّه حينئذٍ غير مطعم. (إلا الغريزة) هذا استثناءً من تحريم بيع المزابنة، والمراد بها النخلة تكون في دارِ الإنسان أو بستانه، فيشتري مالكُهما أو مستأجرُهما أو مستعيرُهما رُطْبَها (بخرصها تمراً من غيرها) مقداراً موصوفاً حالاً، وإنْ لم يقبض في المجلس، أو بلغت خمسة أو سُقِّ، ولا يجوز بتمر منها: لثلاً يتَّحد العوضان. ولا يُعتبر مطابقةً ثمرتها جافةً لثمنها في الواقع، بل تكفي المطابقةُ ظناً، فلو زادت عند الجفاف عنه أو نقصت لم يقدح في الصحة. ولا عريزة في غير النخل، فإنَّ الحقناه بالمزابنة، وإلا لم يتَّقيَد بقيودها.

[المسألة] (الثانية): يجوز بيع الزرع قائماً على أصوله، سواءً أَخْصَدَ أم لا، قَدِّمَ قَضْلَهُ أم لا؛ لأنَّه قابل للعلم مملوِّكٌ فيتناوله الأدلة؟ خلافاً للصدق حيث شرط كونه سنبلأً أو القصل؟ (وحصيداً)، أي مخصوصاً وإنْ لم يعلم مقدار ما فيه؛ لأنَّه حينئذٍ غير مكيل ولا موزون، بل يكفي في معرفته المشاهدة؛ (وقصيلاً) أي مقطوعاً بالقوءة، بأنْ شرط قطمه قبل أن يُحصد لعلف الدواب. فإذا باعه كذلك وجب على المشتري قَضْلَهُ بحسب الشرط.

١. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٤٢، ح. ٦٣٣ و ٦٣٥.

٢. البقرة (٢): ٢٧٥.

٣. المقنع، ص. ٢٩٢.

(فلو لم يحصله المشتري، فللبائع قصله) وتغريم أرضه منه؛ لأنَّه حينئذٍ ظالم، ولا حقَّ لِعِزْقِ ظالِمٍ^١؛ (وله المطالبة بأجرة أرضه) عن المدة التي يَقْيَ فيها بعد إمكان قصله مع الإطلاق، وبعد المدة التي شرطاً قصله فيها مع التعيين.

ولو كان شراؤه قبل أوان قصله وجب على البائع الصبر به إلى أوانه مع الإطلاق كما باع الشمرة والزرع للحصاد.

ومقتضى الإطلاق جوازَ تَوْلِي البائع قطعه مع امتناع المشتري منه وإنْ قَدِرَ على الحاكم، وكذا أطلق جماعة^٢. والأقوى توقيه على إذنه حيث يمتنع المشتري مع إمكانه، فإنْ تعرَّجَ جازَ له حينئذٍ مباشرةً القطع؛ دفعاً للضرر المنفي^٣. وله إيقاؤه والمطالبة بأجرة الأرض عن زمن العدوان، وأرْشِ الأرض إنْ نَقَصَتْ بسببه، إذا كان التأخير بغير رضاه.

[المسألة] (الثالثة: يجوز أن يتَّقدِّل أحدُ الشريكين بحصة صاحبه من الشمرة) بخَرْصٍ معلومٍ وإنْ كان منها، (ولا يكون) ذلك (بيعاً)، ومن ثَمَّ لم يُشترط فيه شروطُ البيع، بل معاملةً مستقلةً. وفي الدروس أنه نوع من الصلح^٤، (و) يُشكِّلُ بأنَّه (يَلْزَمُ بشرط السلامة)، فلو كان صَلْحاً لِلْزَمَ مطلقاً.

وظاهر المصنف^٥ والجماعة أنَّ الصيغة بلفظ القبالة^٦، وظاهر الأخبار تأديه بما دلَّ على ما اتفقا عليه^٧. ويملك المقبَّل^٧ الزائد، ويترَّمه لو نقص.

١. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢٩٤، ح ٨١٩.

٢. منهم: العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٣٦٥. المسألة ١٧٢؛ والحقّ الكركي في جامع المقاصد، ج ٤، ص ١٦٤.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤٦ - ١٤٧، ح ٦٥١.

٤. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢١٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٥. منهم: العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٤٠٨. المسألة ١٩٧؛ ويعنى بن سعيد في الجامع للترانع، ص ٢٦٥.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٨ - ٨٩، ح ٣٧٦ و ٣٧٧. وص ١٢٥، ح ٥٤٦.

٧. في نسختين «المقبل»، والمراد من المقبول أو المقبَّل هنا: الشريك الذي باع حصته إلى شريكه بخرص معلوم وقبل الشريك بذلك المقدار. ولم يعلم وجه تسمية هذا بالمستقبل أو المقبَّل.

وأما الحكم بأن قراره مشروط بالسلامة، فوجهه غير واضح، والنص خالٍ عنه. وتوجيهه بأن المقبّل^١ لـ«الراضي» بحصة معينة في العين صار بمنزلة الشريك. فيه أن العوض غير لازم كونه منها وإن جاز ذلك، فالرضا بالقدر لا به مشتركاً إلا أن يُنذر على الإشاعة كما تقدّم.^٢

ولو كان النقصان لا بآفة، بل لخلل في الخزص لم ينقص شيء، كما لا ينقص لو كان بتغريط المقبّل.

وبعض الأصحاب سدّ باب هذه المعاملة؛ لمخالفتها للأصول الشرعية.^٣ والحق أن أصلها ثابت ولزومها مقتضى العقد، وباقى فروعها لا دليل عليه.

[المسألة] (الرابعة: يجوز الأكل مما يمْرُّ به من ثمر النخل والفواكه والزريع، بشرط عدم القصد وعدم الإفساد) أثنا أصل الجواز، فعليه الأكثر^٤، ورواه ابن أبي عمير مرسلاً عن الصادق^{عليه السلام}^٥، ورواه غيره.^٦

وأما اشتراط عدم القصد، فدلالة ظاهر المرور عليه، والمراد كون الطريق قريبة منها بحيث يصدق المرور عليها عرفاً، لا أن يكون طريقه على نفس الشجرة.

وأما الشرط الثاني، فرواه عبد الله بن سنان عن الصادق^{عليه السلام}: قال: «يأكل كل منها ولا يفسيد»^٧، والمراد به أن يأكل كل كثيراً بحيث يؤثر فيها أثراً بيّناً، ويصدق معه الإفساد

١. في نسختين «المقبّل»، والمراد من المقبّل أو المقبّل هنا: الشريك الذي ياع حصته إلى شريكه بخرص معلوم وقتل الشريك بذلك المقدار. ولم يعلم وجه تسمية هذا بالمقبّل أو المقبّل.

٢. تقدّم في ص ١٨٦.

٣. كابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٣٧٢.

٤. لاحظ مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٥، المسألة ٢١؛ غایة المراد، ج ٢، ص ٤٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢).

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٣، ح ٣٩٣.

٦. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٩، ح ٣٨٠.

٧. الكافي، ج ٣، ص ٥٦٩، باب نادر من كتاب الزكاة، ح ١.

عرفًا، ويختلف ذلك بكثره الشمرة والمارأة وقلّيهم.

وزاد بعضهم: عدم علم الكراهة ولا ظنها. وكون الشمرة على الشجرة.^١

(ولا يجوز أن يحمل) معه شيئاً منها وإن قل^٢; للنهي عنه صريحاً في الأخبار^٣; ومثله أن يطعم أصحابه، وقوفاً فيما خالف الأصل على موضع الرخصة، وهو أكله بالشرط.

(وتركه بالكلية أولى): للخلاف فيه؛ ولما روي أيضاً من المنع منه^٤، مع اعتضاده بنص الكتاب الدال على النهي عن أكل أموال الناس بالباطل وبغير تراض^٥; ولقيح التصرُّف في مال الغير، وباشتمال أخبار النهي على الخظر^٦، وهو مقدم على ما تضمن الإباحة والرخصة؛ ولمنع كثير من العمل بخبر الواحد فيما وافق الأصل، فكيف فيما خالفه.

١. انظر المذهب البارع، ج ٢، ص ٤٤٦؛ والدروس الشرعية، ج ٢، ص ٣٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٨٩ ح ٢٨٠.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٢ ح ٣٩٢.

٤. النساء (٤): ٢٩.

٥. تقدم في الهاشم^٤.

٦. تقدم في ص ١٨٩، الهاشم ١٣ وفي هذه الصفحة، الهاشم ١.

(الفصل الخامس في الصرف)

(وهو بيع الأثمان) وهي الذهب والفضة (بمثلاها).

(ويُشترط فيه) زيادة على غيره من أفراد البيع (النفاذ في المجلس) الذي وقع فيه العقد، (أو اصطحابهما) في المشي عرفاً وإن فارقاه (إلى) حين (القبض)، ويصدق اصطحاب بعدم زيادة المسافة التي بينهما عنها وقت العقد، ولو زادت ولو خطوة بطل. (أورضاه) أي رضى الغريم الذي هو المشتري - كما يدل عليه آخر المسألة - (بما في ذمته) أي ذمة المديون الذي هو البائع (قبضاً) أي مقوضاً، أقام المصدر مقام المفعول، (بوكالته) إتاه (في القبض)؛ لما في ذمته. وذلك (فيما إذا اشتري) من له في ذمته نقد (بما في ذمته) من النقد (نقداً آخر)، فإن ذلك يصير بمنزلة المقوض. مثاله: أن يكون لزيد في ذمة عمرو دينار، فيشتري زيد من عمرو بالدينار عشرة دراهم في ذمته ويؤكّله في قبضها في الذمة، بمعنى رضاه بكونها في ذمته، فإن البيع والقبض صحيحان؛ لأن ما في الذمة بمنزلة المقوض بيد من هو في ذمته، فإذا جعله وكيلًا في القبض صار كأنه قابض لما في ذمته، فصدق النفاذ قبل التفرق.

والأصل في هذه المسألة ما روی فيمن قال لمن في ذمته دراهم: «حوّلها إلى دنانير»^١ أن ذلك يصح وإن لم يتقاضا، معللاً بأن النقادين من واحد^٢. والمصنف (رحمه الله) عدل عن ظاهر الرواية إلى الشراء بدلاً التحويل والتوكيل صريحاً في القبض والرضى فيه بكونه في ذمة الوكيل القابض؛ لاحتياج الرواية إلى

تكلف إرادة هذه الشروط بجعل الأمر بالتحويل توكيلاً في توقيع طرف العقد، وبنائه على صحته وصحة القبض إذا توقف البيع عليه بمجرد التوكل في البيع، نظراً إلى أن التوكل في شيء إذن في لوازمه التي يتوقف عليها. ولما كان ذلك أمراً خفيأً عدل المصطف إلى التصريح بالشروط.

(ولو قُبض البعض) خاصةً قبل التفرق (صح فيه) أي في ذلك البعض المقوض، وبطل فيباقي (وتخيّراً) معأً في إجازة ما صح فيه وفسخه؛ لتبغض الصفة (إذا لم يكن من أحدهما تفريط) في تأخير القبض، ولو كان تأخيره بتفريطهما، فلا خيار لهما. ولو اختص أحدهما به سقط خياره دون الآخر.

(ولا بد من قبض الوكيل) في القبض عنهم أو عن أحدهما (في مجلس العقد قبل تفرق المتعاقدين)، ولا اعتبار بتفرق الوكيل وأحدهما أو هما أو الوكيلين. وفي حكم مجلس العقد ما تقدم، فكان يعني قوله «قبل تفرق المتعاقدين» عنه: لشمول الثاني لما في حكم المجلس.

هذا إذا كان وكيلاً في القبض دون الصرف، (ولو كان وكيلاً في الصرف) سواء كان مع ذلك وكيلاً في القبض أم لا، (فالمعتبر مفارقته) لمن وقع العقد معه دون المالك، والاضبط أنَّ المعتبر التقابل قبل تفرق المتعاقدين سواء كانا مالكين أم وكيلين. (ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد)؛ لأنَّه حينئذ يجتمع حكم الربا والصرف، فيعتبر فيه التقابل في المجلس؛ نظراً إلى الصرف، وعدم التفاضل؛ نظراً إلى الربا، سواء اتفقا في الجودة والرداة والصنة أم اختلفا، بل (وإنْ كان أحدُهما مكسوراً أو زديداً) والآخر صحيحاً أو جيئاً الجوهر.

(وتراب معدن أحدُهما يُباع بالآخر أو بجنس غيرِهما) لا بجنسه، لاحتمال زيادة أحد العوضين عن الآخر، فيدخل الربا.

ولو عُلِمَ زيادة الشمن عَمَّا في التراب من جنسه، لم يصح هنا وإنْ صح في المعشوش بغيره؛ لأنَّ التراب لا قيمة له ليصلح في مقابلة الزائد.

(وتراها بهما) إذا جُمعا أو أُريد بيهما معاً (يُباعان بهما)، فینصرف كلُّ إلى مخالفه. ويجوز بيعهما بأحدهما مع زيادة الثمن على مجانيه بما يصلح عوضاً في مقابل الآخر، وأولى منها بيعهما بغيرهما.

(ولا عبرة باليسير من الذهب في النحاس) بضمَّ النون، (واليسير من الفضة في الرصاص) بفتح الراء، (فلا يمنع من صحة البيع بذلك الجنس) وإن لم يعلم زيادة الثمن عن ذلك البسيط ولم يقتص في المجلس ما يساويه؛ لأنَّه مضمحلٌ وتاتي غير مقصود بالبيع. ومثله المنقوش منها على السقوف والجدران بحيث لا يحصل منه شيء يعتمد به على تقدير نزعة.

ولا فرق في المنع من الزيادة في أحد المتجانسين بين العينية وهي الزيادة في الوزن، والحكمية كما لو بيع المتساويان وشرط مع أحدهما شرطاً وإن كان صنعة. (وقيل: يجوز اشتراط صياغة خاتم في شراء درهم بدرهم^١؛ للرواية التي رواها أبو الصباح الكتани عن الصادق عليه السلام: قال: سأله عن الرجل يقول للصائغ: صُغ لي هذا الخاتم وأبدل لك درهماً طازجيًّا بدرهمٍ غلليًّا، قال عليه السلام: «لا بأس»^٢.

وأختلفوا في تنزيل الرواية، فقيل: إنَّ حكمها مستثنٍ من الزيادة الممنوعة، فيجوز بيع درهم بدرهم مع شرط صياغة الخاتم، ولا يتعذر إلى غيره؛ اقتصاراً فيما خالَ الأصل على موضع النص^٣، وهو القول الذي حكاه المصنف. وقيل: يتعذر إلى كل شرط؛ لعدم الفرق^٤؛ وقيل إلى كل شرطٍ حكميٍّ^٥.

والأقوال كلُّها ضعيفة؛ لأنَّ بناءها على دلالَة الرواية على أصل الحكم (وهي غير

١. قال به الشيخ في النهاية، ص ٣٨١؛ ابن إدريس في السراير، ج ٢، ص ٢٦٧.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١١٠، ح ٤٧١.

٣. تقدَّم في الهاشم، ٢.

٤. قال به الشيخ في النهاية، ص ٣٨٠ - ٣٨١.

٥. قال به ابن إدريس في السراير، ج ٢، ص ٢٦٧.

صريحة في المطلوب): لأنها تضمنت إيدال درهم طارج بدرهم غللة مع شرط الصياغة من جانب الغلة، وقد ذكر أهل اللغة أنَّ الطارج هو الخالص^١ والغللة غيره^٢، وهو المغشوش، وحيثُنِي فالزيادة الحكمية^٣ - وهي الصياغة - في مقابلة الغشن، وهذا لا مانع منه مطلقاً. وعلى هذا يصح الحكم ويتعذر^٤، لا في مطلق الدرهم كما ذكروه ونقله عنهم المصنف؛ (مع مخالفتها) أي الرواية (للأصل) لو حملت على الإطلاق كما ذكروه؛ لأنَّ الأصل المطرد عدم جواز الزيادة من أحد الجانبين، حكمية كانت أم عينية، فلا يجوز الاستناد فيما خالق الأصل إلى هذه الرواية، مع أنَّ في طريقها من لا يعلم حاله.

(والآواني المصوحة من الندين إذا بيعت بهما) معاً (جاز) مطلقاً، (وإن بيعت بأحدهما) خاصةً (اشترطت زيادته على جنسه)؛ لتكون الزيادة في مقابلة الجنس الآخر، بحيث تصلح ثمناً له وإن قلَّ. ولا فرق في الحالين بين العلم بقدر كل واحدٍ منها وعدمه، ولا بين إمكان تخلص أحدهما عن الآخر وعدمه، ولا بين بيعها بالأقل مما فيها من الندين والأكثر.

(ويكفي غلبة الظن) في زيادة الثمن على مجامسه من الجوهر؛ لمشه العلم اليقيني بقدر غالباً ومشقة التخلص الموجب له. وفي الدروس اعتبار القطع بزيادة الثمن^٥، وهو أجود.

(وحلية السيف والمركب يعتبر فيهما العلم إن أريد بيعها) أي الحلية (بجنسها). والمراد بيع الحلية والتحلى، لكن لما كان الغرض التخلص من الربا والصرف خصَّ الحلية. ويُعتبر مع بيعها بجنسها زيادة الثمن عليها؛ لتكون الزيادة في مقابلة السيف والمركب إن ضمَّهما إليها.

١. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٢، ص ١٢٣، «طرح».

٢. لسان العرب، ج ١٠، ص ١٠٦، «غلل».

٣. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٧١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

(فإن تعدد العلم) كفى الظنُّ الغالبُ بزيادة الثمن عليها). والأجود اعتبار القطع؛ وفأقاً للدروبي^١ وظاهر الأكتر، فإن تعدد بيعتُ بغير جنسها، بل يجوز بيعها بغير الجنس مطلقاً كغيرها، وإنما خصَ المصنفُ موضع الاشتباه.

(ولو باعه بنصف دينار فشِقٌ) أي نصف كاملٌ مشاعٌ؛ لأنَ النصف حقيقةٌ في ذلك، (إلا أن يراد نصفاً صحيحَ عرفاً) بأن يكون هناك نصف مضروبٌ بحيث ينصرف الإطلاق إليه، (أو نُطْقاً) بأن يصرّح بإرادة الصحيح وإن لم يكن الإطلاق محمولاً عليه، فينصرف إليه. وعلى الأول، ولو باعه بنصف دينار آخر تخير بين أن يعطيه شِقَي دينارين ويصير شريكاً فيما، وبين أن يعطيه ديناراً كاملاً عنهما، وعلى الثاني لا يجب قبولُ الكامل.

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

(وحكُمُ تراب الذهب والفضة عند الصياغة) بفتح الصاد وتشديد الياء، جمع صائغ، (حكم) تراب (المعدن) في جواز بيعه مع اجتماعهما بهما وبغيرهما، وبأخذهما مع العلم بزيادة الثمن عن مجانته، ومع الانفراد بغير جنسه.

(ويجب) على الصائغ (الصدقة به مع جهل أربابه) بكل وجه. ولو علمهم في محصورين وجوب التخلصُ منهم ولو بالصلح مع جهل حق كل واحد بخصوصه. ويتحمّل مع الجهل بين الصدقة بعينه وقيمتها.

(والأقربُ الضمانُ لو ظهرُوا ولم يرضُوا بها) أي بالصدقة؛ لعموم الأدلة الدالة على ضمان ما أخذت اليد^٢، خرج منه ما إذا رضوا أو استئذنوا الاشتباه، فيبقى الباقى. ووجه العدم إذن الشارع له في الصدقة^٣، فلا يتعقبُ الضمان، ومصرفُ هذه الصدقة الفقراء والممساكين.

١. الدروس الشرعية، ج. ٣، ص ٢٧١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

٢. سنن ابن ماجة، ج. ٢، ص ٨٠٢، ح ٢٤٠٠، باب العارية: الجامع الصحيح، ج. ٢، ص ٥٦٦، ح ١٢٦٦.

٣. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص ١١١، ح ٤٧٩.

ويلحق بها ما شابهها من الصنائع الموجبة لتخلف أثر المال كالجحادة^١ والطعن والخيطة والخيانة.

(ولو كان بعضهم معلوماً وجوب الخروج من حقه)، وعلى هذا يجب التخلص من كل غريم يعلمه، وذلك يتحقق عند الفراغ من عمل كل واحد، فلو آخر حتى صار مجهولاً أثّم بالتأخير ولزمه حكم ما سبق.

(خاتمة)

(الدرارهم والدنانير يتعمّنان بالتعيين) عندنا (في الصرف وغيره): لعموم الأدلة الدالة على التعيين والوفاء بالعقد^٢؛ ولقيام المقتضي في غيرها.

(فلو ظهر عيب في المعين) ثمناً كان أم مئيناً (من غير جنسه)، بأن ظهرت الدرارهم نحاساً أو رصاصاً (بطل البيع فيه)، لأنّ ما وقع عليه العقد غير مقصود بالشراء، والعقد تابع له؛ فإن كان بإزاره مجانسٌ بطل البيع من أصله إن ظهر الجميع كذلك، وإلا فبالنسبة، (كدرارهم بدراهم، وإن كان) بإزاره (مخالفاً) في الجنس (صح) البيع (في السليم وما قابله). ويجوز لكل منها (الفسخ مع الجهل) بالعيوب لتبعُض الصفة.

(ولو كان العيب من الجنس) كخشونة الجوهر واضطراب السكّة (وكان بإزاره مجانس، فله الردُّ بغير أرش^٣)؛ لثلا يلزم زيادة جانب المعيب المفضي إلى الربا؛ لأنّ هذا النقص حكمي، فهو في حكم الصحيح.

(وفي المخالف) بإزار المعيب (إن كان صرفاً) كما لو باعه ذهباً بفضة، فظهر أحدهما معيناً من الجنس، (فله الأرش في المجلس والردُّ)، أمّا ثبوت الأرش،

١. الجحادة بالكسر اسم لصنعة الحدادي. المصباح المنير، ص ١٥٣، «حدد».

٢. العائدة (٥) : ١.

٣. أي الإمساك بغير أرش. (زين رحمة الله)

فللعيوب، ولا يضرُّ هنا زيادة عوَضه؛ للاختلاف، واعتبر كونه في المجلس للصرف، وجَه الردُّ ظاهِرٌ؛ لأنَّه مقتضى خيار العيب بشرطه.
 (وبعد التفرُّق له الردُّ، ولا يجوز أخذُ الأرش من النَّقدين)؛ ثُمَّ يكون صرفاً بعد التفرُّق.

(ولو أخذ) الأرش (من غيرهما قيل) والسائل العلامة: (جاز)؛ لأنَّه حينئذٍ كالعاوَضَة بغير الأثمان، فيكون جملة العقد بمنزلة بيعٍ وصرفٍ، والبيع ما أخذ عوَضَه بعد التفرُّق.

ويُشكِّل: بأنَّ الأرش جزءٌ من الثمن، والمعتبر فيه النقُدُ الغالبُ، فإذا اختار الأرش لزم النقُد حينئذٍ، واتفاقُهما على غيره معاوَضَةٌ على النقُد الثابت في الذمة أرشاً لا نفس الأرش.

ويمكن دفعه: بأنَّ الثابت وإنْ كان هو النقد، لكن لما لم يتعين إلا باختياره الأرش - إذ لو ردَ لم يكن الأرش ثابتاً - كان ابتداء تعلُّمه بالذمة - الذي هو بمنزلة المعاوَضة - اختياره، فيعتبر حينئذٍ قبضه قبل التفرُّق؛ مراعاةً للصرف؛ وكما يكفي في لزوم معاوَضة الصرف دفع نفس الأثمان قبل التفرُّق، كذلك يكفي دفع عوضها قبله بل مطلقاً براءة ذمة من يطلب منه، فإذا اتفقا على جعلِه من غير النَّقدين جاز، وكانت المعاوَضَة كأنَّها واقعةٌ به.

وفيه: أنَّ ذلك يقتضي جوازَ أخذِه في مجلس اختياره من النَّقدين أيضاً ولا يقولون به، ولزومه وإنْ كان موقوفاً على اختياره، إلا أنَّ سببه العيب الثابت حالة العقد، فقد صدق التفرُّق قبل أخذِه وإنْ لم يكن مستقرّاً.

والحقُّ أنَّنا إنْ اعتربنا في ثبوت الأرش السبب، لزم بطلانُ البيع فيما قابله بالتفريق قبل قبضه مطلقاً، وإنْ اعتربنا حالة اختياره، أو جعلناه تمامَ السبب على وجه النقل، لزم جوازَ

أخذه في مجلسه مطلقاً، وإن جعلنا ذلك كاشفاً عن ثبوته بالعقد، لزم البطلان فيه أيضاً. وعلى كل حال، فالمعتبر منه النقد الغالب، وما اتفقا على أخذه أمر آخر، والوجه الأخير أوضح، فيتتجه مع اختياره البطلان فيما قابلَه مطلقاً. وإن رضي بالمدفوع، لزム. فإن قيل: المدفوع أرضاً ليس هو أحد عوْضي الصرف، وإنما هو عوْض صفةٍ فائتةٍ في أحد العوضين، ويترتب استحقاقها على صحة العقد، وقد حصل التقابل في كل من العوضين، فلا مقتضي للبطلان؛ إذ وجوب التقابل إنما هو في عوْضي الصرف، لا فيما وجب بسببيهما.

قلنا: الأرثُ وإن لم يكن أحد العوضين، لكنه كالجزء من الناقص منهمما، ومن ثم حكموا بأنه جزء من الثمن نسبة إليه كسبة قيمة الصحيح إلى المعيب، والتقابلُ الحاصل في العوضين وقع متزاللاً، إذ يحتمل رده رأساً وأخذ أرض النقصان الذي هو كتمنة العوض الناقص، فكان بمنزلة بعض العوض. والتخيير بين أخذه والعفو عنه ورد المبيع لا ينافي ثبوته، غایته التخيير بينه وبين أمرٍ آخر، فيكون ثابتاً ثبوتَا تخييرياً بينه وبين ما ذكر.

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

(ولو كانا) أي العوضان (غير معينين، فله الإبدال) مع ظهور العيب، جنسياً كان أم خارجياً، لأن العقد وقع على أمرٍ كليٍ، والمقبولُ غيره، فإذا لم يكن مطابقاً لم يتعمّن؛ لوجوده في ضمنه، لكن الإبدال (مادامما في المجلس في الصرف)، أمّا بعده، فلا: لأنّه يقتضي عدم الرضى بالمقبوض قبل التفرق، وأنّ^١ الأمر الكلي باقٍ في الذمة فيؤدي إلى فساد الصرف.

١. في نسخة «ن»: «ولأنّ».

هذا إذا كان العيب من الجنس، أما غيره، فالمحبوب ليس ما وقع عليه العقد مطلقاً، فيبطل بالتفرق؛ لعدم التفاصيل في المجلس.

ويُحتمل قوياً مع كون العيب جنسياً جواز إبداله بعد التفرق؛ لصدق التفاصيل في العوضين قبله، والمحبوب محسوب عوضاً وإن كان معيلاً؛ لكونه من الجنس، فلا يخرج عن حقيقة العوض المعين، غايته كونه مقوتاً لبعض الأوصاف، فاستدراكه ممكن بال الخيار، ومن ثم لو رضي به استقرار ملكه عليه، ونماوه له على التقديرتين، بخلاف غير الجنسي.

وحيثند، فإذا فسخ رجع الحق إلى الذمة، فيتعين حينئذ [كونه]^١ عوضاً صحيحاً، لكن يجب قبض البدل في مجلس الرد؛ بناءً على أن الفسخ رفع العوض، فإذا لم يقدح في الصحة سابقاً يتعمّن القبض حينئذ؛ ليتحقق التفاصيل. ويُحتمل قوياً سقوط اعتباره أيضاً؛ لصدق التفاصيل في العوضين الذي هو شرط الصحة، وللحكم بصحة الصرف بالقبض السابق، فيستصحب إلى أن يثبت خلافه، وما وقع غير كافٍ في الحكم بوجوب التفاصيل؛ لأنّه حكم طارئ بعد ثبوت البيع.

(وفي غيره) أي غير الصرف له الإبدال (وإن تفرقاً)؛ لانتفاء المانع منه، مع وجود المقتضي له وهو العيب في عين لم يتعمّن عوضاً.

(الفصل السادس في السلف^١)

وهو بيع مضمونٍ في الذمة مضبوطٍ بمال معلوم مقبوض في المجلس إلى أجل معلوم بصيغة خاصة.

(ويُعتقد بقوله) أي قول المسلم وهو المشتري: (أَسْلَمْتُ إِلَيْكُ، أَوْ أَسْلَفْتُكُّ) أو «سلفتُك» بالتضعيف وفي «سلمتُك» وجہ، (كذا في كذا إلى كذا، ويقبل المخاطب)، وهو المسلم إليه، وهو البائع بقوله: «قِيلَتْ» وشبيهه. ولو جعل الإيجاب منه جاز بلفظ البيع والتمليك و«استلمت منك» و«استلقت» و«تسليفت» ونحوه.

(ويُشترط فيه) شروطُ البيع باشرها، (ذكر الجنس)، والمراد به هنا الحقيقة النوعية كالجنسية والشعر، (والوصف الرافع للجهالة): الفارق بين أصناف ذلك النوع، لا مطلق الوصف، بل (الذي يختلف لأجله الثمن اختلافاً ظاهراً) لا يتسامح بمعته عادةً، فلا يقدح الاختلاف البسيط غير المؤدي إليه.

والمرجع في الأوصاف إلى العرف، وربما كان العاميًّا أعرف بها من الفقيه، وحظى الفقيه منها بالإجمال. والمعتبر من الوصف ما يتناوله الاسم، المزيل لاختلاف أسماء الأفراد الداخلية في المعين، (ولا يبلغ فيه الغاية)، فإن بلغها وأفضى إلى عزة الوجود بطل، وإلا صحت.

١. مسألة: هل يثبت خيار الحيوان في السلم؟ لم تتفق فيه على نص بالخصوص، وهنا احتمالات ثلاثة: [الأول]: الثبوت: لعموم «من اشتري حيواناً»، والمسلم مشترٍ. [الثاني]: النفي: لأن الاستقراء دل على أن الحكمة في خيار الحيوان إمهال المشتري؛ ليطلع على خفاياه. وهذا في السلم متذرّ: إذ ليس هناك حيوان مشار إلى عينه حتى يكون مجالاً للتروي. وهو أضعفها. [الثالث]: أن يثبت بعد تسليمه لتعينه. ويضعف: لسبق لزوم العقد، ولا ينقلب جائزًا. ولم تتفق في هذه المسألة على كلام أحد سبق. (زين رحمة الله)

(و) اشتراطُ (الجيّد والرديء جائزٌ): لإمكان تحصيلهما بسهولة. والواجب أقل ما يطلّق عليه اسمُ الجيّد، فإن زاد عنه زاد خيراً، وما يصدق عليه اسمُ الرديء وكلما قللَ الوصف، فقد أحسن.

(و) شرطُ (الأجود والأرداً ممتنع): لعدم الانضباط؛ إذ ما من جيّد إلا ويمكن وجودُ أجود منه، وكذا الأرداً.

والحكمُ في الأجود وفاق، وأما الأرداً، فالأجود أنه كذلك. وربما قيل بصحّته والاكتفاء بكونه في المرتبة الثانية من الرديء؛ لتحقيق الأفضلية ثم إن كان الفردُ المدفوعُ أرداً فهو الحق، وإلا فدفعُ الجيّد عن الرديء جائزٌ وقبوله لازمٌ، فيمكن التخلصُ بخلافِ الأجود.

ويُشكل بأنَّ ضبطَ المسلم فيه معتبرٌ على وجهٍ يمكن الرجوعُ إليه عند الحاجة مطلقاً، ومن جملتها ما لو امتنع المسلمُ إليه من دفعه، فيؤخذ من ماله بأمرِ الحاكم قهراً، وذلك غير ممكن هنا؛ لأنَّ الجيّد غير معتبرٍ عليه، فلا يجوز لغيره دفعه، فيتعذر التخلصُ، فعدم الصحة أوضح، وتردّد المصنفُ في الدروس^١.

(وكلُّ ما لا يُضبط وصفُه يمتنع السلمُ فيه كاللحم والخُبز والنَّبْل المنحوت)، ويجوز قبله: لإمكان ضبطها بالعدد والوزن، وما يبيّنُ فيه من الاختلاف غيرُ قادرٍ لعدم اختلاف الشمن بسببه بخلاف المعمول.

(والجلود): لتعذر ضبطها، وبالوزن لا يُفيد الوصف المعتبر؛ لأنَّ أهمَّ أوصافها السنفُ ولا يحصلُ بها. وقيل: يجوز؛ لإمكان ضبطه بالمشاهدة^٢؟ ورُدَّ بأنَّه خروجٌ عن السلم^٣؛ لأنَّه ذين.

ويمكن الجمعُ بمشاهدة جملة يدخلُ المسلمُ فيه في ضمنها من غير تعين، وهو

١. الدروس الشرعية، ج.٢، ص.٢٢٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج.١١).

٢. قال به الشيخ في النهاية، ص.٣٩٧.

٣. هو المحقق في شرائع الإسلام، ج.٢، ص.٥٦.

غير مُخرجٍ عن وضعه؛ كاشتراطه من غلَّةٍ قريةٍ معينةٍ لا تَخِسُّ عادةً، وحيثَنِدٌ فيكفي مشاهدةً الحيوان عن الإيمان في الوصف. والمشهور المنع مطلقاً.
 (والجواهرِ واللآلئِ الكبارِ؛ لتعذرُ ضبطها) على وجهٍ يُرفع بسببه اختلافُ الثمن،
 (وتفاوتِ الثمن فيها) تفاوتاً باعتبارات لا تحصل بدون المشاهدة.

أما اللآلئ الصغارُ التي لا تشتمل على أوصافٍ كثيرةٍ تختلفُ القيمةُ باختلافها،
 فيجوزُ مع ضبط ما يُعتبرُ فيها، سواءً في ذلك المتأخدة للدواء وغيرُها. وكذا القول في بعض
 الجواهر التي لا يتفاوتُ الثمنُ باعتبارها تفاوتاً بيناً كبعض العقيق، وهو خيرٌ الدروس.^١
 (ويجوز) السلمُ (في الحبوبِ والفواكهِ والخُضرُ والشُحْمُ والطِيبُ والحيوانِ
 كلُّه) ناطقاً وصامتاً (حتى في شاةٍ لبونٍ)؛ لإمكانِ ضبطها وكثرة وجودِ مثلها، وجهالة
 مقدارِ اللبنِ غيرِ مانعةٍ - على تقدير وجوده - لأنَّه تابعٌ: (ويلزمُ تسلیمُ شاةٍ يمكنُ أن
 تُحلَّبُ في مقارِب زمانِ التسلیم)، فلا يكفيُ الحاملُ وإنْ قَرُبَ زمانُ ولادتها.
 (ولا يُشترطُ أن يكونُ اللبنُ حاصلاً بالفعلِ حينَئذٍ، فلو حلَّبَها وسلَّمَها أجزاءً)؛
 لصدقِ اسم الشاةِ اللبونِ عليها بعده.

(أما الجاريةُ الحاملُ أو ذاتُ الولد، أو الشاةُ كذلك، فالأقربُ المنع)؛ لاعتبار
 وصفِ كلَّ واحدٍ منها، فيعِزُّ اجتماعُهما في واحدٍ؛ ولجهالةِ الحمل، وعدمِ إمكانِ وصفه.
 وقيل: يجوزُ في الجميع: لإمكانِه من غيرِ عشر، واغتفارِ الجهةَ في الحمل؛ لأنَّه
 تابعٌ^٢. وفي الدروس جوزٌ في الحامل مطلقاً، وفي ذاتِ الولد المقصودُ بها الخدمةُ دون
 التَّسْرِيٍّ^٣. والأجودُ الجوازُ مطلقاً؛ لأنَّ عزَّةَ وجودِ مثلِ ذلك غيرِ واضح، وعمومُ الأمر
 بالوفاء بالعقد^٤ يقتضيه.

١. الدروس الشرعية، ج.٢، ص.٢٢٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج.١١).

٢. جوز السلف في جارية العجل في مختلف الشيعة، ج.٥، ص.١٨١، المسألة ١٣٥؛ والمعنى الكركي في
 جامع المقاصد، ج.٤، ص.٢١٤ - ٢١٥؛ لم نعثر على غيره.

٣. الدروس الشرعية، ج.٢، ص.٢٢٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج.١١).

٤. المائدة (٥): ١.

(ولا بد من قبض الثمن قبل التفرق أو المحاسبة) به (من دينٍ عليه) أي على المثلثم [إليه] (إذا لم يشترط ذلك في العقد)، بأن يجعل الثمن نفس ما في الذمة، (ولو شرطه) كذلك (بطل؛ لأنَّه بيع دينٍ بدینٍ^١)، أما كون المسلم فيه ديناً فواضح، وأما الثمن الذي في الذمة؛ فلأنَّه دينٍ في ذمة المثلثم [إليه]، فإذا جعل عوضاً للمسلم فيه صدق بيع الدين بالدين؛ لأنَّ نفس الدين قد فُرون بالباء، فصار ثمناً، بخلاف المحاسبة عليه قبل التفرق إذا لم يشترط؛ لأنَّه استيفاء دينٍ قبل التفرق مع عدم ورود العقد عليه، فلا يقصُر عما لو أطلقاه ثم أحضره قبل التفرق.

وإنما يقتصر إلى المحاسبة مع تخالفهما جنساً أو وصفاً، أما لو اتفق ما في الذمة والثمن فيما وقع التهاتر قهرياً ولزِم العقد. ولكن المصنف في الدروس استشكل على هذا صحة العقد؛ استناداً إلى أنه يلزم منه كون مورد العقد ديناً بدین^٢.

ويندفع بأنَّ بيع الدين بالدين لا يتحقق إلا إذا جعلا معاً في نفس العقد متقابلين في المعاوضة، قضية للباء، وهي منافية هنا؛ لأنَّ الثمن هنا أمرٌ كليٌّ، وتعيشه بعد العقد في شخصٍ لا يقتضي كونه هو الثمن الذي جرى عليه العقد، ومثل هذا التناقض والتحاسب استيفاء لامعاوضة، ولو أثر مثل ذلك لأنَّه مع إطلاقه ثم دفعه في المجلس؛ لصدق بيع الدين بالدين عليه ابتداءً. بل قيل بجواز الصورة الثانية أيضاً، وهي ما لو جعل الدين

١. مسألة: قولهم: «ولا يجوز بيع الدين بدین» ما صورته: فلو كان له عند زيد شيء على وجه السلم أو الدين أو القرض، فباعه له أو لغيره هل يصح أم لا؟ ولو اشتري منه شيئاً مطلقاً ولم يقبضه هل يصح بيعه له أو لغيره أم لا؟ الجواب: بيع الدين بالدين له تفسيرات: الأولى: بيع دين في ذمة زيد بدين للمشتري في ذمة عمرو، الثاني: بيع شيء في الذمة مؤجل إلى أجل بثمن مؤجل إلى أجل وهذا باطلان. الثالث: بيع ما في الذمة بدين مؤجل على الغريم أو على غيره. وفيه خلاف بين الأصحاب. والأرجح المنع. الرابع: بيع ما في الذمة بدين حالاً ولم يقبض في المجلس. والظاهر أنه ليس منه. الخامس: بيع مضمون مؤجل بحال لم يقبض في المجلس ثمنه، وهذا هو السلم الباطل. السادس: بيع مضمون حالاً بحالاً ولم يقبض في المجلس، والأولى المنع. السابع: بيع مضمون في الذمة حال بثمن مؤجل. والأولى المنع منه أيضاً. وأما من اشتري من غيره موصفاً في الذمة بعقد السلم أو البيع وكان عام الوجود عند العقد أو عند. (زين رحمة الله)

٢. الدروس الشرعية، ج. ٣، ص ٢٢٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

ثمناً في العقد؛ نظراً إلى أنَّ ما في الذمة بمنزلة المقبوض.
 (وتقدِيره) أي المُسلَم فيه أو ما يعْمَلُ الشَّمْنَ (بالكيل أو الْوَزْنِ المعلومين) فيما يُكَالُ أو يُوزَنُ، وفيما لا يُضْبِطُ إِلَّا بِهِ وَإِنْ جَازَ بِعِهِ جُزَافاً كَالْحَطَبِ وَالْحِجَارَةِ؛ لأنَّ المشاهدة تَرْفَعُ الغَرَرَ، بخلاف الدَّيْنِ. واحتَرَرَ بالمعلومين عن الإِحْالَةِ عَلَى مَكِيَالٍ وَصَنْجَةٍ مَجْهُولَيْنِ، فَبِطْلٌ.

(أو العدِ) في المعدود (مع قَلَّةِ التفاوتِ) كالصنفُ الْخَاصُّ من الجوز واللوز، أمَّا مع كثْرَتِهِ كَالرِّمَانِ، فَلَا يُجُوزُ بَغْيَرِ الْوَزْنِ.

والظاهر أنَّ البيض مُلْحق بالجوز في جوازه مع تعين الصنف، وفي الدرس قطع بإلحاقه بالرمان الممتنع به^١.

وفي مثل التوب يُعتبر ضبطه بالذرع وإنْ جاز بعده بدونه مع المشاهدة كما مرَّ. وكان عليه أن يذْكُرَه أَيضاً لخروجه عن الاعتبارات المذكورة. ولو جعلت هذه الأشياء ثمناً، فإنَّ كان مشاهداً لِحَقَّه حُكْمُ الْبَيعِ المطلق، فيكفي مشاهدته فيه، واعتبار ما يُعتبر.

(وتعينِ الأجل المحروس من التفاوتِ) بحيث لا يتحملُ الزِّيادةُ وَالنِّقصانُ إنْ أُريدُ موضعَهِ، ولو أُريدُ به مطلقُ الْبَيعِ لم يُشْتَرِطْ وإنْ وقع بلفظِ السَّلَمِ.
 (والاقرب جوازه) أي السَّلَمِ (حالاً مع عموم الوجودِ) أي وجودُ المُسلَمِ فيه (عند العقد)، ليكون مقدوراً على تسليمه حيث يكون مستحِقاً.

ووجهُ التَّرْبِيَّةِ أنَّ السَّلَمَ بعضُ جُرْئَيَّاتِ الْبَيعِ، وقد استُعملَ لفظهُ في نقلِ الْمِلْكِ على الوجه المخصوص فجاز استعماله في الجنس؛ لذَلِكَهُ عَلَيْهِ حِيثُ يُصرَحُ بإبرادةِ المعنى العام، وذلك عند قصدِ العقول، كما ينعقدُ الْبَيعُ بـ «مَلَكُكُ كَذَا بَكَذَا». مع أنَّ التَّسْلِيمَ

١. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٢، ص ٤٢٥، الرقم ٣٥٣٦؛ والفضل الآبي في كشف الرموز، ج ١، ص ٥٢٤.

٢. الدرس الشرعية، ج ٣، ص ٢٢٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

موضوع لمعنى آخر، إلا أن قرينة العوضِ المقابل عيّنته للبيع، بل هذا أولى؛ لأنَّه بعضُ أفراده، بخلاف التمثيل المستعمل شرعاً في الهبة، بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها، وإنما صرَّفه عنها القيودُ الخارجية. ومثله القولُ فيما لو استعملَ السلمَ في بيعِ عينٍ شخصيةٍ وأولى بالجواز؛ لأنَّها أبعدُ عن الفرر، والحلولُ أدخلُ في إمكان التسليم من التأجيل.

ومن التعليل يلوح وجه المنع فيهما، حيث إنَّ بناءَه على البيعِ المؤجلِ مُتنَّه الثابتُ في الذمة، وقد قال النبي ﷺ: «منْ أَسْلَفَ فَلَيُسْلِفَ فِي كِيلٍ مَعْلُومٍ أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ [إِلَى] أَجْلٍ مَعْلُومٍ»^١. وأُجِيبُ بتسليمه حيث يقصد السلمُ الخاصُّ، والبحثُ فيما لو قصداً به البيعُ الحالُ.

واعلم أنَّ ظاهرَ عبارةِ المصنَّفِ هنا وفي الدروس^٢ وكثيرٌ أنَّ الخلافَ مع قصد السلم، وأنَّ المختارَ جوازُه مؤجلًا وحالاً مع التصرِّيف بالحلول ولو قصداً، بل مع الإطلاق أيضاً، ويُحتمل على الحلول، والذي يُرشدُ إليه التعليلُ والجوابُ أنَّ الخلافَ فيما لو قصداً به البيعُ المطلقُ واستعملَ السلمُ فيه بالقرائن، أمَّا إذا أريد به السلفُ المطلقُ اشتَرط ذكرُ الأجلِ.

(ولا بدَّ من كونه عاماً الوجود عند رأس الأجل إذا شُرِطَ الأجل) في البلدِ الذي شُرِطَ تسليمه فيه أو بلدِ العقد حيث يطلق - على رأيِ المصنَّفِ هنا - أو فيما قاربه بحيث يُنقلُ إليه عادة، ولا يكفي وجودُه فيما لا يعتاد نقلُه منه إليه إلا نادراً. كما لا يشترط وجودُه حال العقد حيث يكون مؤجلًا ولا فيما بينهما.

ولو عيَّنَ غلَّةً بلدٍ لم يكفي وجودُه في غيره وإنْ اعتيدَ نقلُه إليه، ولو انعكَسَ، بأنَّ عيَّنَ غلَّةً غيره مع لزومِ التسليم به شارطاً نقلُه إليه، فالوجهُ الصحةُ وإنْ كان يبطلُ مع

١. صحيح مسلم، ج. ٣، ص. ١٢٢٦ - ١٢٢٧، ح. ١٢٢٧ - ١٢٢٨، بابِ السلم: سنن ابن ماجة، ج. ٢، ص. ٧٦٥، ح. ٢٢٨، بابُ السلف.

٢. الدروس الشرعية، ج. ٣، ص. ٢٣٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

الإطلاق. والفرق أنَّ بلد التسليم حينئذٍ بمنزلة شرط آخر، والمعتبر هو بلد المسلم فيه. (**والشهور يُحمل**) إطلاقها (على الهلالية) مع إمكانه، كما إذا وقع العقد في أول الشهر. ولو وقع في أثنائه، ففي عدده هلالياً بحسبه مقدار ما مضى منه، أو إكماله ثلاثة، أو انكسار الجميع لو كان معه غيره، وعددها ثلاثة يوماً أو جهـة، أو سلطها الوسط، وقواه في الدروس^١، وبظهور من العبارة الأولى.

(ولو شَرط تأجيل بعض الثمن بطل في الجميع)، أما في المؤجل ظاهر؛ لاشترط بعض الثمن قبل التفرق المنافي له، وعلى تقدير عدم منافاته لقصر الأجل يمتنع من وجيه آخر؛ لأنَّه بيع بالكالى فقد فسَرَه أهل اللغة بأنَّه بيع مضمونٍ مؤجلٍ بمثله^٢؛ وأما البطلان في الحال على تقدير بطلان المؤجل؛ فلجهالة قسطه من الثمن وإنْ جعل كلاًّ منهما قدرًا معلوماً، كتأجيل خمسين من مائة؛ لأنَّ المعجل يقابل من المبيع قسطاً أكثر مما يقابله المؤجل؛ لتقسيط الثمن على الأجل أيضاً، والنسبة عند العقد غير معلومة. وربما قيل بالصحة؛ للعلم بجملة الثمن، والتقييسُ غير مانع، كما لا يمتنع لو باع ماله ومالٌ غيره فلم يجز المالك، بل لو باع الحرَّ والعبد بثمنٍ واحدٍ مع كون بيع الحرَّ باطلًا من حين العقد كالمؤجل هنا.

(ولو شَرط موضع التسليم لِزَمَّ)؛ لوجوب الوفاء بالشرط السائع، (وإلا) يتشرط (اقتضى) الإطلاق التسليم في (موقع العقد^٣)، كنظائره من المبيع المؤجل. هذا أحد الأقوال في المسألة، والقول الآخر اشتراطَ تعين موضعه مطلقاً، وهو اختياره في الدروس^٤؛ لاختلاف الأغراض باختلافه الموجب لاختلاف الثمن والرغبة؛ ولجهالة موضع الاستحقاق لابتنائه على موضع الحلول المجهول؛ وبهذا فارق الفرض

١. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٢٢٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

٢. الصاحب، ج. ١، ص. ٦٩؛ المصباح المنير، ص. ٥٤٠، «كلاً».

٣. إلا أن يكونا في بريّة أو بلد غربة وقدهما مفارقته قبل الحلول فيجب تعين المكان. (زين رحمة الله)

٤. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٢٢٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

المحمول على موضعه؛ لكونه معلوماً. وأما النسبيّة، فخرج بالإجماع على عدم اشتراط تعين محله.

وفصل ثالث باشتراطه إن كان في حمله مؤونة وعدمه^١، ورابع بكونهما في مكانٍ قصدُهما مفارقةٌ وعدمه^٢، وخامس باشتراطه فيهما^٣. ووجه الثلاثة مركبٌ من الأوّلين. ولا ريب أنَّ التعين مطلقاً أولى.

(ويجوز اشتراط السائغ في العقد) كاشتراط حنله إلى موضع معين، وتسلیمه كذلك، ورہن، وضمیں، وكونه من غلّة أرضٍ أو بدلٍ لا تخیس فيهما غالباً، ونحو ذلك. (و) كما يجوز (بيعه بعد حلوله) قبل قبضه (على الغريم وغيره على كراهية)؛ للنهي عن ذلك في قوله^٤: «لا تبیعنَ شيئاً حتّی تقضِه»^٤ ونحوه^٥ المحمول على الكراهة، وخصّها بعضُهم بالمكيل والموزون^٦ وأخرون بالطعام^٧، وحرّم آخرون فيهما^٨ وهو الأقوى، حملأً لما ورد صحيحاً من النهي على ظاهره^٩؛ لضعف المعارض الدال على الجواز^{١٠} العامل للنهي على الكراهة؛ وحديث النهي عن بيع مطلق ما لم يقبض لم يتثبت. وأما بيعه قبل حلوله، فلا؛ لعدم استحقاقه حينئذٍ؛ نعم، لو صالح عليه، فالأقوى الصحة.

(وإذا دفع) المسلم إليه (فوق الصفة وجب القبول)؛ لأنَّه خيرٌ وإحسانٌ، فالامتناع منه عناد؛ ولأنَّ الجودة صفةٌ لا يمكن فضلُها فهي تابعة، بخلاف ما لو دفع أزيدَ قدرًا.

١. قال به الشيخ في المبسوط، ج. ٢، ص. ١١٨ - ١١٩؛ وتبعد ابن حمزة في الوسيلة، ص. ٢٤١.

٢. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج. ٥، ص. ١٧٨، المسألة ١٢٠.

٣. قال به العلامة في تذكرة الفقهاء، ج. ١١، ص. ٣٤٣ - ٣٤٤، المسألة ٥٠٢.

٤. المعجم الكبير، ج. ٢، ص. ١٩٦، ح. ١٩٧، ٢١٠، ٨، و ٢١٠.

٥. قال به المقيد في المقنعة، ص. ٥٩٦؛ والشيخ في النهاية، ص. ٣٩٨.

٦. قال به المقيد في المختصر النافع، ص. ٢٢٢.

٧. قال به العلامة في المختصر النافع، ص. ٢٧٩.

٨. تقدم في الهاشم ٤ و ٥.

٩. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٣٦، ح. ١٥١، وص. ٣٩، ح. ١٦٤.

يمكن فصله ولو في ثوب. وقيل: لا يجب؛ لما فيه من المنة^١. (ودونها) أي دون الصفة المشترطة (لا يجب) قبوله وإن كان أجود من وجه آخر؛ لأنَّه ليس حَقّه مع تضرُّره به. ويجب تسلِّيم الحِنْطة ونحوها عند الإطلاق نقيَّةً من الزُّوَان والمَدَر والتراب والقُشْر غير المعتاد، وتسلِّيم التَّسْرُر والزَّبِيب جائِفَين، والعنب والرُّطْب صحِيَّحين، ويعُقَّ عن اليسير المُحتَمِل عادةً. (ولو رَضِيَ) المُسْلِم (به) أي بالأدون صفة (لِرَم)؛ لأنَّه أَسَقَطَ حَقَّه من الزائد برضاه، كما يلزم لو رَضِيَ بغير جنسه. (ولو انقطع) المُسْلِم فيه (عند الحلول) حيث يكون مُؤَجَّلاً ممكِّن الحصول بعد الأجل عادةً، فاتفاق عدمه (تخيَّر) المُسْلِم (بين الفسخ) فيرجح برأس ماله؛ لعدُور الوصول إلى حَقَّه، وانتفاء الضَّرر، (و) بين (الصبر) إلى أن يحصل. وله أن لا يفسخ ولا يصير بل يأخذ قيمته حينئذٍ؛ لأنَّ ذلك هو حَقَّه. والأقوى أنَّ الخيار ليس فوريًا، فله الرجوع بعد الصبر إلى أحد الأمرين ما لم يُصرَّح باسقاط حَقَّه من الخيار.

لو كان الانقطاع بعد بذله له ورضاه بالتأخير سقط خياره، بخلاف ما لو كان بعد المطالبة أو بمنع البائع مع إمكانه.

وفي حكم انقطاعه عند الحلول موت المُسْلِم إليه قبل الأجل وقبل وجوده، لا العلم قبله بعده، بل يتوقف الخيار على الحلول على الأقوى؛ لعدم وجود المقتضي له الآن؛ إذ لم يستحق شيئاً حينئذٍ.

ولو قَبَضَ البعض تخيَّر أيضاً بين الفسخ في الجميع والصبر، وبين أخذ ما قَبَضَه والمطالبة بحصة غيره من الثمن، أو قيمة المُثمن على القول الآخر.

وفي تخيَّر المُسْلِم إليه مع الفسخ في البعض وجه قوي؛ لتبُّعُص الصفة عليه، إلا أن يكون الانقطاع من تقصيره، فلا خيار له.

١. حكاية عن ابن الجنيد العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٨١، المسألة ١٣٤.

(الفصل السابع في أقسام البيع)

بالنسبة إلى الإخبار بالثمن وعدمه

(وهو أربعة) أقسام؛ لأنَّه إِمَّا أَنْ يُخْبِرَ بِهِ أَوْ لَا، وَالثَّانِي الْمُسَاوَمَةُ، وَالْأَوَّلُ إِمَّا أَنْ يُبَاعَ مَعَهُ بِرَأْسِ الْمَالِ، أَوْ بِزِيادَةٍ عَلَيْهِ، أَوْ نَقْصَانٍ عَنْهُ، وَالْأَوَّلُ التَّوْلِيَّةُ، وَالثَّانِي الْمَرَابِحَةُ، وَالثَّالِثُ الْمَوَاضِعَةُ.

وَبَقِيَ قَسْمٌ خَامِسٌ، وَهُوَ إِعْطَاءُ بَعْضِ الْمُبَعِّضِ بِرَأْسِ مَالِهِ، وَلَمْ يُذْكُرْهُ كَثِيرٌ، وَذَكَرَهُ الْمُصْنَفُ هُنَا وَفِي الدُّرُوسِ^١، وَفِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ دَلَالَةً عَلَيْهِ^٢.

وَقَدْ تَجَتَّبَ الْأَقْسَامُ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ بِأَنَّ اشْتَرَى خَمْسَةً ثُوَّبًا بِالسُّوَيْدَةِ، لَكِنْ ثَمَنَ نَصِيبُ أَحَدِهِمْ عَشْرُونَ، وَالآخَرُ خَمْسَةُ عَشَرَةَ، وَالثَّالِثُ عَشَرَةَ، وَالرَّابِعُ خَمْسَةَ، وَالْخَامِسُ لَمْ يُبَيَّنْ، ثُمَّ بَاعَ مَنْ عَدَا الرَّابِعَ نَصِيبَهُمْ بَسْتَيْنَ بَعْدَ إِخْبَارِهِمْ بِالْحَالِ، وَالرَّابِعُ شَرِكٌ فِي حَصَّتِهِ، فَهُوَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأَوَّلِ مَوَاضِعَةُ، وَالثَّانِي تَوْلِيَّةُ، وَالثَّالِثُ مَرَابِحَةُ، وَالرَّابِعُ تَشْرِيكُ، وَالْخَامِسُ مَسَاوَمَةُ. وَاجْتِمَاعُ قَسْمَيْنِ وَثَلَاثَةِ أَرْبَعَةِ مِنْهَا عَلَى قِيَاسِ ذَلِكِ.

وَالْأَقْسَامُ الْأَرْبَعَةُ:

(أَحَدُهَا: الْمُسَاوَمَةُ) وَهِيَ الْبَيعُ بِمَا يَتَفَقَّانِ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِضٍ لِلْأَخْبَارِ بِالثَّمَنِ، سَوَاءً عَلِمَهُ الْمُشْتَرِي أَمْ لَا، وَهِيَ أَفْضَلُ الْأَقْسَامِ.

(وَثَانِيَهَا: الْمَرَابِحَةُ، وَيُشْتَرِطُ فِيهَا الْعِلْمُ) أَيْ عِلْمٌ كُلُّ مِنَ الْبَايِعِ وَالْمُشْتَرِي (بِقَدْرِ الثَّمَنِ وَ) قَدْرِ (الرِّبَعِ) وَالْغَرَامَةِ وَالْمُؤْنَةِ إِنْ ضَمَّهَا.

١. الدُّرُوسُ الشُّرُعِيَّةُ، ج٣، ص١٩٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج١١).

٢. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج٧، ص١٨٥، ١٨٧، ٨١٧، وَص١٨٧، ح٨٢٥.

(ويجب على البائع الصدق) في الثمن والمُؤن وما طرأ من موجب النقص والأجل وغيره.

(فإن لم يُحدث فيه زيادةً قال : «اشترىتُه» أو «هو عَلَيَّ أو تَقَوَّمَ» بکذا، (وإن زاد بفعله) من غير غرامةٍ ماليةٍ (أخبار) بالواقع؛ بأن يقول : «اشترىتُه بکذا وعملتُ فيه عملاً يُساوي كذا». ومتنه ما لو عمل فيه متطوعًّا.

(و) إن زاد (باستئجاره) عليه (ضمه)، فيقول «تَقَوَّمَ عَلَيَّ» بکذا (لا «اشترىتُه به»؛ لأن الشراء لا يدخل فيه إلا الثمن، بخلاف «تَقَوَّمَ عَلَيَّ» فإنه يدخل فيه الثمن وما يلحقه من أجرة الكتال والدلائل والحارس والمحرس والقصار والرقاء والصباغ وسائر المُؤن المراده للاسترباح، لا ما يقصد به استبقاء الملك دون الاسترباح كنفقة العبد وكشوةه وعلف الدابة، نعم، العلف الزائد على المعتاد للتسمين يدخل. والأجرة وما في معناها لا تنضم إلى «اشترىت بکذا» (إلا أن يقول : واستأجرت بکذا) فإن الأجرة تنضم حينئذ إلى الثمن للتصریح بها.

واعلم أن دخول المذكورات ليس من جهة الإخبار، بل فائدته إعلام المشتري بذلك ليدخل في قوله: «بعثك بما اشتريت أو بما قام على أو بما اشتريت واستأجرت وربح كذا». (وإن طرأ عيبٌ وجب ذكره): لنقص المبيع به عتاً كان حين شراء، (وإن أخذ أرشاً بسببه أُسقطه): لأن الأرش جزء من الثمن، فكانه اشتراه بما عداه وإن كان قوله: «اشترىتُه بکذا» حقاً لطروع النقصان الذي هو بمنزلة الجزء.

ولو كان الأرش بسبب جنائية لم يسقط من الثمن؛ لأنها حق متعدد لا يقتضيها العقد، كنتاج الدابة، بخلاف العيب وإن كان حادثاً بعد العقد حيث يُضمن؛ لأنه بمقتضى العقد أيضاً، فكان كال موجود حالتها. ويقْهُم من العبارة إسقاط مطلق الأرش، وليس كذلك، وبما قيَّدناه صرحاً في الدرس^١ كغيره^٢.

١. الدرس الشرعي، ج ٣، ص ١٩٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. منهم العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٥٧.

(ولا يَقُومُ أَبْعَاثُ الجَمْلَةِ) وَيُخَبِّرُ بِمَا يَقْتَضِيهِ التَّقْسِيْطُ مِن الشَّمْنِ وَإِنْ كَانَ مُتَسَاوِيَّةً أَوْ أَخْبَرَ بِالحَالِ؛ لِأَنَّ الْمَبْيَعَ الْمُقَابِلَ بِالشَّمْنِ هُوَ الْمُجْمُوعُ لِلْأَفْرَادِ وَإِنْ يَقْسِطَ الشَّمْنُ عَلَيْهَا فِي بَعْضِ الْمَوَارِدِ، كَمَا لَوْ تَأْتَى بَعْضُهَا أَوْ ظَهَرَ مُسْتَحْقَّاً.

(ولو ظَهَرَ كَذِبُهُ) فِي الْإِخْبَارِ بِقَدْرِ الشَّمْنِ أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ، أَوْ جَنْسِهِ أَوْ وَصْفِهِ، (أَوْ غَلْطُهُ) فِيهِ بَيِّنَةٌ أَوْ إِقْرَارٌ (تَخْيَيرُ الْمُشْتَرِيِّ) بَيْنَ رَدِّهِ وَأَخْذِهِ بِالشَّمْنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَدْدُ؛ لِغَرْرَوْهِ.

وَقَيلَ لَهُ أَخْذُهُ بِحَطَّ الرِّيَادَةِ وَرِبْجِهَا؛ لِكَذِبِهِ مَعَ كَوْنِ ذَلِكَ هُوَ مُقتَضِيُّ الْمَرَابِحةِ شَرْعًا^١. وَيَضُعُّفُ بَعْدَمِ الْعَدْدِ عَلَى ذَلِكَ، فَكِيفَ يَبْتَئِثُ مَقْتَضَاهُ.

وَهُلْ يُشْتَرِطُ فِي ثَبَوتِ خِيَارِ الْمُشْتَرِيِّ عَلَى الْأَوَّلِ بِقَاؤِهِ عَلَى مِلْكِهِ؟ وَجَهَانَ: أَجْوَدُهُمَا الْعَدْدُ؛ لِأَصَالَتِ بِقَائِهِ مَعَ وَجْدِ الْمُقْتَضِيِّ، وَعَدْمِ صَلَاحِيَّةِ ذَلِكَ؛ لِلسَّامِعِ، فَمَعَ التَّلْفِ أَوْ انتِقالِهِ عَنْ مِلْكِهِ انتِقاًلاً لَازِماً أَوْ وَجْدِ مَانِعٍ مِنْ رَدِّهِ - كَالْاسْتِيلَادِ - بَرِّدَ مَثَلَهُ أَوْ قِيمَتَهُ إِنْ اخْتَارَ الفَسْخَ، وَيَأْخُذُ الشَّمْنَ أَوْ عَوْضَهُ مَعَ فَقَدِهِ.

(وَلَا يَجُوزُ الْإِخْبَارُ بِمَا اشْتَرَاهُ مِنْ غَلَامِهِ) الْحَرَّ (أَوْ وَلِدِهِ) أَوْ غَيْرِهِمَا (حِيلَةً؛ لِأَنَّهُ خَدِيعَةً) وَتَدْلِيسَ، فَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ أَثِيمٌ وَصَحَّ الْبَيْعُ، لَكِنْ يَتَخْيَيرُ الْمُشْتَرِيِّ إِذَا عَلِمَ بَيْنَ رَدِّهِ وَأَخْذِهِ بِالشَّمْنِ، كَمَا لَوْ ظَهَرَ كَذِبُهُ فِي الْإِخْبَارِ.

(نَعَمْ، لَوْ اشْتَرَاهُ) مِنْ وَلَدِهِ أَوْ غَلَامِهِ (ابْتِدَاءً مِنْ غَيْرِ سَابِقِ بَيْعٍ عَلَيْهِمَا) وَلَا مُواطَأَةً عَلَى الْزِيَادَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ سَبَقَ مِنْهُ بَيْعٌ، (جَازَ)؛ لِانْتِفاءِ الْمَانِعِ حِينَئِذٍ، إِذَا لَمْ يَأْمُرْ مَعَالِمَةً مِنْ ذَكْرِ.

(وَكَذَا لَا) يَجُوزُ (الْإِخْبَارُ بِمَا قَوَّمَ عَلَيْهِ التَّاجِرُ) عَلَى أَنْ يَكُونَ لَهُ الزَّانِدُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقْرِدَ مَعَهُ الْبَيْعَ؛ لِأَنَّهُ كَاذِبٌ فِي إِخْبَارِهِ؛ إِذْ مَجْرِدُ التَّقْوِيمِ لَا يَوْجِبُهُ، (وَالشَّمْنُ) عَلَى تَقْدِيرِ بَيْعِهِ كَذِبُكَ (لَهُ) أَيْ لِلتَّاجِرِ، (وَلِلَّدَلَالِ الْأَجْرَةُ)؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ عَمَلاً لِهِ أَجْرَةً عَادَةً.

١. حَكاَهُ عَنْ أَبِنِ الْجَنِيدِ الْعَلَمَةُ فِي مُخْتَلَفِ الشِّيَعَةِ، ج٥، ص١٩٣، الْمَسَأَةُ ١٥٠.

فإذا فاتَ المُشترطُ رجع إلى الأجرة.

ولا فرق في ذلك بين ابتداء التاجر له واستدعاء الدلائل ذلك منه، خلافاً للشيخين حيث حكما بملك الدلائل الزائدة في الأول^١؛ استناداً إلى أخبار صحيحة^٢ يمكن حملها على الجعلالة، بناءً على أنه لا يقتضي فيها هذا النوع من الجهة.

(وثلاثتها: الموضعة، وهي كالمراقبة في الأحكام) من الإخبار على الوجوه المذكورة، (إلا أنها بنقية معلومة)، فيقول: «بعتك بما اشتريته أو تَقْوَم عَلَيَّ، ووضيعة كذا أو حَطُّ كذا».

فلو كان قد اشتراه بمائة فقال: «بعتك بمائة، ووضيعة درهم من كل عشرة»، فالثمن تسعون، أو «كل عشرة» زاد عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من الدرهم؛ لأن الموضع في الأول من نفس العشرة؛ عملاً بظاهر التبعيض، وفي الثاني من خارجها، فكأنه قال «من كل أحد عشر».

ولو أضاف «الوضيعة» إلى «العشرة» احتتمل الأمرين، نظراً إلى احتمال الإضافة لـ«لام» و«من». والتحقيق هو الأول؛ لأن شرط الإضافة بمعنى «من» كونها تبيينية لا تبعيضية، بمعنى كون المضاف جزئياً من جزئيات المضاف إليه، بحيث يصح إطلاقه على المضاف وغيره، والإخبار به عنه، كـ«خاتم فضيّة»، لا جزءاً من كل كـ«بعض القوم» وـ«يد زيد»، فإن كلَّ القوم لا يطلق على بعضه ولا زيد على يده، والموضع هنا بعض العشرة، فلا يخبر بها عنه، فتكون بمعنى اللام.

(ورابعها: التولية، وهي الإعطاء برأس المال)، فيقول بعد علمهما بالثنين وما تبعه: «وليتك هذا العقد»، فإذا قيلَ لِزِمه مثله جنساً وقدراً وصفةً، ولو قال: «بعتك أكمله بالثنين أو بما قام عليه ونحوه. ولا يفتقر في الأول إلى ذكره. ولو قال: «وليتك

١. المقتنع، ص ٦٠٥: النهاية، ص ٣٨٩.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٥٤-٥٣، ح ٢٢١ و ٢٢٢.

السلعة» احتمل في الدروس الجواز.^١

(والتشريكُ جائزٌ، وهو) أن يجعل له فيه نصيباً بما يخصه من الثمن بـ(أن يقول : «شَرِكْتُكُ بالتضعيف (بنصفه بنسبة ما اشتريتُ مع علمهما) بقدرها.

ويجوز تعديته بالهمزة، ولو قال: «أشركتُك بالنصف» كفى ولزمه نصفُ مثل الثمن، ولو قال: «أشركتك في النصف» كان له الرابع، إلا أن يقول: «بنصف الثمن»، فيتبعَن النصف، ولو لم يُبَيِّن الحصةَ كما لو قال: «في شيء منه» أو أطلق بطل؛ للجهل بالمبيع. ويُحتمل حملُ الثاني على التنصيف.

(وهو) أي التشريك (في الحقيقة بيعُ الجزء المنشَاع برأس المال)، لكنه يختص عن مطلق البيع بصحّته بلفظه.

١. الدروس الشرعية، ج.٢، ص.١٩٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج.١١).

(الفصل الثامن في الربا)

بالقصر، وألفه بدلٌ من واو. (ومورده) أي محلٌ وروده (المتجانسان إذا قُدّرا بالكيل أو الوزن وزاد أحدهما) عن الآخر قدرًا ولو بكونه مؤجلًا. وتحريمه مؤكدٌ، وهو من أعظم الكبائر (والدرهم منه أعظم) وزرًا (من سبعين زنةً) - بفتح أوله وكسره - كلها بذات محرم. رواه هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام !

(وضابط الجنس) هنا (ما دخل تحت اللفظِ الخاصّ) كالتمر والزبيب واللحم، فالتمر جنسٌ لجميع أصنافه (والزبيب جنسٌ) كذلك (والحنطة والشعير) هنا (جنس) واحد (في المشهور) وإن اختلفا لفظاً واستتملا على أصناف؛ لدلالة الأخبار الصحيحة على اتحادهما^١، الخالية عن المعارض، وفي بعضها: «إن الشعير من الحنطة»^٢. فدعوى اختلافهما نظراً إلى اختلافهما صورةً وشكلًا ولوناً وطعمًا وإدراكاً وحسناً واسعاً، غير مسموع. نعم هما في غير الربا - كالزكاة - جنسان إجماعاً.

(واللحوم تابعة للحيوان)، فلحم الضأن والمغز جنسٌ؛ لشمول الفنم لهما، والبقر والجاموس جنسٌ؛ والعِراب^٤ والبَخَاتِي^٥ جنسٌ.

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤، ح ٦١.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٥-٩٦، ح ٤٠٩ و ٤١٠ و ٤١٢.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٩٥، ح ٤٠٩ و ٤١٠.

٤. العِراب جمع عربي من الخيل والإبل. المعجم الوسيط، ص ٥٩١، «عرب».

٥. البَخَاتِي جمع يُختَنُ: الإبل الخراسانية. المعجم الوسيط، ص ٤١، «بخت».

(ولا ربا في المعدود) مطلقاً على أصح القولين^١، نعم، يكرهه.
 (ولا بين الوالد وولده)، فيجوز لكلّ منها أخذُ الفضل على الأصحَّ والأجود
 اختصاص الحكم بالنسبي مع الأب، فلا يتعدى إليه مع الأمّ ولا مع الجدّ ولو للأب،
 ولا إلى ولد الرضاع، اقتصاراً بالرخصة على مورد اليقين، مع احتمال التعدّي في
 الآخرين؛ لإطلاق اسم الولد عليهما شرعاً؛ (ولا بين الزوج وزوجته^٢) دواماً ومتعةً
 على الأظهر.

(ولا بين المسلم والعربي إذا أخذ المسلم الفضل) وإلا ثبت. ولا فرق في العربي
 بين المعاهد وغيره، ولا بين كونه في دار الحرب والإسلام.
 (ويثبتُ بينه) أي بين المسلم (ويبين الذمّي) على الأشهر^٣، وقيل: لا يثبت^٤
 كالعربي؛ للرواية^٥ المخصّصة له كما خصّتُ غيره. وموضع الخلاف ما إذا أخذ
 المسلم الفضل، أمّا إعطاؤه إتاء فحرام قطعاً.

(ولا في القسمة): لأنّها ليست بيعاً ولا معاوضةً، بل هي تمييز الحقّ عن غيره،
 ومن جعلها بيعاً مطلقاً أو مع اشتتمالها على الرّدّ أثبتَ فيها الربا.

(ولا يضرُّ عقدُ البيتن والرِّوان^٦) بضم الزاي وكسرها وبالهمز وعدمه؛ (اليسيير) في
 أحد العوضين دون الآخر أو زيادةً عنه؛ لأن ذلك لا يقدح في إطلاق المثلية والمساواة
 قدرأ. ولو خرجا عن المعتاد ضرراً. ومتلهمها يسيرُ التراب وغيره مما لا ينفكُ الصنفُ عنه

١. ذهب إليه الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ١٧؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١١٤، المسألة ٧٧؛ القول بشوت الربا للمفید في المقنع، ص ٦٠٥؛ وسلاط في المراسم، ص ١٧٩.

٢. في الدائم. (زين رحمة الله)

٣. ذهب إليه الشيخ في النهاية، ص ٣٧٦؛ وأiben إدريس في السراير، ج ٢، ص ٢٥٢.

٤. قال به الشيخ الصدوقي في المقنع، ص ٣٧٤؛ والسيد المرتضى في الانتصار، ص ٤٤٢، المسألة ٢٥٣.

٥. القبيه، ج ٣، ص ٢٧٨، ح ٤٠٥.

٦. الرِّوان: عشب ينبع بين أنواع العنطة غالباً، حبه كعبتها إلا أنه أسود وأصفر، وهو يخالط البر فيكسبه رداءة. المعجم الوسيط، ص ٣٨٧.

غالباً كالدُّرْدِي^١ في الدِّينِ والرَّيْتِ.

(ويَتَخلَّصُ مِنْهُ) أي من الربا إذا أَرِيدَ بِيعُ أَحَدَ الْمُتَجَانِسِينَ بِالْآخَرِ مُتَفَاضِلاً (بِالضَّمِيمَةِ) إِلَى الناقصِ مِنْهُما، أو الضَّمِيمَةُ إِلَيْهِما مَعَ اشتباهِ الْحَالِ، فَتَكُونُ الضَّمِيمَةُ فِي مُقَابِلِ الْزِيَادَةِ.

(وَيَجُوزُ بِيعُ مُدَّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٌ بِمُدَّيْنِ أَوْ دِرْهَمِينَ، وَبِمُدَّيْنِ وَدِرْهَمِينَ، وَأَمْدَادٍ وَدِرَاهِمَ، وَيُصَرِّفُ كُلُّهُ إِلَى مُخَالَفِهِ) وإنْ لَمْ يَقْصِدْهُ، وَكَذَا لَوْ ضَمَّ غَيْرَ رِبَوِيِّ.

وَلَا يُشْتَرِطُ فِي الضَّمِيمَةِ أَنْ تَكُونَ ذَاتَ وَقْعٍ فِي مُقَابِلِ الْزِيَادَةِ، فَلَوْ ضَمَّ دِينَاراً إِلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ ثُمَّاً لِأَلْفِيْ دِرْهَمٍ جَازَ؛ لِلرِّوَايَةِ^٢.

وَحُصُولُ التفاوتِ عِنْدِ المُقاَبِلَةِ وَتَوْزِيعُ الشَّمْنِ عَلَيْهِما باعتبارِ القيمةِ عَلَى بَعْضِ الوجوهِ لَا يَقْدِحُ؛ لِحُصُولِهِ حِينَئِذٍ بِالتَّقْسِيتِ لَا بِالْبَيْعِ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا وَقَعَ عَلَى الْمُجَمُوعِ بِالْمُجَمُوعِ، فَالتَّقْسِيتُ غَيْرُ مُعْتَبِرٍ وَلَا مُفَقَّرٍ إِلَيْهِ.

نعم، لَوْ عَرَضَ سَبْطُ بُوْرِجِهِ كَمَا لَوْ تَلَفَّ الدِّرْهَمُ الْمُعَيْنُ قَبْلَ الْقِبْضِ، أَوْ ظَهَرَ مُسْتَحْفَأً وَكَانَ فِي مُقَابِلَهُ مَا يَوْجِبُ الْزِيَادَةَ الْمُفَضِيَّةَ إِلَى الْرِّبَا احْتَمَلَ بِطْلَانُ الْبَعْضِ حِينَئِذٍ؛ لِلزُّومِ التفاوتِ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ، وَبِطْلَانُ فِي مُخَالَفِ التَّالِفِ خَاصَّةً؛ لَأَنَّ كُلَّاً مِنَ الْجَنْسِيْنِ قَدْ قُوِّيلَ بِمُخَالَفِهِ، إِنَّمَا بَطَلَ مَا قُوِّيلَ بِهِ خَاصَّةً. وَهَذَا هُوَ الأَجْوَدُ وَالْمَوْافِقُ لِأُصُولِ الْمَذَهَبِ وَالْمَصْحُونُ لِأَصْلِ الْبَيْعِ، وَإِلَّا كَانَ مَقْتَضِيُّ الْمُقاَبِلَةِ لِزُومِ الْرِّبَا مِنْ رَأْسِهِ.

(وَ) يَتَخلَّصُ مِنْ الْرِّبَا أَيْضًا (بِأَنْ يَبْيَعِهِ بِالْمُمَاثِلِ وَيَهْبِهِ الرَّائِدَ) فِي عَقِدِ وَاحِدٍ أَوْ بَعْدِ الْبَيْعِ (مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ) لِلْهِيَةِ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ؛ لَأَنَّ الشَّرْطَ حِينَئِذٍ زِيَادَةٌ فِي الْعِوَاضِ الْمَصَاحِبِ لَهُ، (أَوْ) بِأَنْ (يَقْرِضُ كُلُّهُمَا صَاحِبَهُ وَيَتَبَارَأُ عَلَيْهِ) بَعْدِ التَّقَابِضِ السَّوِّيْجِ.

١. الدردي: ما يزيدُ كُلَّهُ فِي أَسْفَلِ كُلِّ مَا نَعْلَمُ كَالْأَشْرَبَةِ وَالْأَدْهَانِ. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٢، ص ١١٢. «درد».

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٠٤، ح ٤٤٥.

لملك كلّ منها ما افترضه، وصيرورة عوضه في الذمة. ومثله ما لو وَهَبَ كُلُّ منها الآخر عوضه.

ولا يقبح في ذلك كله كون هذه العقود غير مقصودة بالذات مع أن العقود تابعة للقصد؛ لأن قصد التخلص من الربا الذي لا يتم إلا بالقصد إلى بيع صحيح أو قرض أو غيرهما، كافٍ في القصد إليها؛ لأن ذلك غاية مترتبة على صحة العقد مقصودة، فيكفي جعلها غاية؛ إذ لا يعتبر قصد جميع الغايات المترتبة على العقد.

(ولا يجوز بيع الرطب بالتمر)؛ للنص المعلم بكونه ينفع إذا جفأ، (وكذا كل ما ينفع مع الجفاف)، كالعنب بالزبيب، تعدية للعلمة المنصوصة إلى ما يُشاركه فيها. وقيل: يثبت في الأول من غير تعدية^٢ ردًا لقياس العلة.

وقيل بالجواز في الجميع^٣ ردًا لخبر الواحد، واستناداً إلى ما يدلّ بظاهره على اعتبار الممائلة بين الرطب والبابس^٤. وما اختاره المصنف أقوى. وفي الدروس جعل التعدية إلى غير المنصوص أولى^٥.

(ومع اختلاف الجنس) في العوضين (يجوز التفاضل نقداً) إجماعاً (ونسبيّة) على الأقوى: للأصل والأخبار^٦. واستند المانع إلى خبر دلّ بظاهره على الكراهة^٧. ونحن نقول بها.

(ولا عبرة بالأجزاء المائية في الخبز والخل والدقيق) بحيث يجهل مقداره في كل من العوضين الموجب لجهالة مقدارهما، وكذا لو كانت مفقودة من أحدهما كالخبز

١. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٩٤، ح. ٣٩٨.

٢. قال به الشيخ في الخلاف، ج. ٢، ص. ٦٤، المسألة ١٠٥.

٣. قال به ابن إدريس في السرائر، ج. ٢، ص. ٢٥٨-٢٥٩؛ والشيخ في الاستبصار، ج. ٢، ص. ٩٣، ذيل الحديث ٣١٦.

٤. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٩٧، ح. ٤١٧.

٥. الدروس الشرعية، ج. ٣، ص. ٢٦٥-٢٦٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

٦. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٩٣، ح. ٣٩٥-٣٩٦.

٧. الفقيه، ج. ٣، ص. ٢٧٩، ح. ٤٠٩.

اليابس واللّين؛ لإطلاق الحقيقة عليهما مع كون الرطوبة يسيرةً غير مقصودة، كقليل الزوان والتّين في الحنطة؛ (إلا أن يظهر ذلك للحسّ ظهوراً بيّناً) بحيث يظهر التفاوتُ بينهما، فيمّعَنْ مع احتمال عدم منعه مطلقاً، كما أطلقه في الدروس^١ وغيره^٢ لبقاء الاسم الذي يترتب عليه تساوي الجنسين عرفاً.

(ولا يُباع اللحم بالحيوان مع التمايل) كلّ حم الفنم بالشاة إن كان مذبوحاً؛ لأنّه في قوّة اللحم، فلابدّ من تحقق المساواة. ولو كان حيّاً، فالجواز قويٌ؛ لأنّه حينئذٍ غير مقدّر بالوزن.

(ويجوز) ببعد به (مع الاختلاف^٣) قطعاً؛ لانتفاء المانع مع وجود المصحّح.

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٦٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١). لم ننشر في كتب الشهيد.

٢. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٦٢ و ٦٣.

٣. يجوز بيع اللبن باللحام، واللحام بالسمن؛ لاختلاف الماهية، بخلاف الدبس بالخل؛ لاختلاف الصفة لا غير. (زين رحمة الله)

(الفصل التاسع في الخيار)

(وهو أربعة عشر) قسماً، وجعله بهذا القدر من خواص الكتاب.

(الأول: خيار المجلس)

أضافه إلى موضع الجلوس، مع كونه غير معتبر في ثبوته، وإنما المعتبر عدم التفرق، إما تجوزاً في إطلاق بعض أفراد الحقيقة، أو حقيقة عرفية.

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

ويثبت للمتابعين ما لم يفترقا، (ولا يزول بالحال) بينهما غليظاً كان أم رقيقاً، مانعاً من الاجتماع أم غير مانع؛ لصدق عدم التفرق معه؛ (ولا بمقارقة) كلّ واحد منها (المجلس مضطجبين) وإن طال الزمان ما لم يتبعدهما عنه حالة العقد، وأولي بعدم زواله لو تقاربَا عنه.

(ويسقط باشتراط سقوطه في العقد) عنهم، أو عن أحدهما بحسب الشرط، (وياسقاطه بعده)، بأن يقولا: «أسقطنا الخيار» أو «أوجبنا البيع» أو «التزمناه» أو «اخترناه» أو ما أدى ذلك؛ (وبمقارقة أحدهما صاحبه) ولو بخطوة اختياراً، فلو أكرها أو أحدهما عليه لم يسقط مع منعهما من التخاير، فإذا زال الإكراه، فلهما الخيار في مجلس الزوال، ولو لم يمنع من التخاير لزم العقد.

(ولو التزم به أحدهما سقط خياره خاصةً)؛ إذ لا ارتباط لحق أحدهما بالآخر.

(ولو فسخ أحدهما وأجاز الآخر قدم الفاسخ) وإن تأخر عن الإجازة؛ لأن إثبات

ال الخيار إنما قُصِد به التمكّن من الفسخ دون الإجازة؛ لأصالتها؛ (وكذا) يقدّم الفاسخ على المجبّز (في كلّ خيارٍ مشترٍك)؛ لاشتراك الجميع في العلة التي أشرنا إليها. (ولو خيره فسكت، فخيارهما باقٍ)، أمّا الساكت فظاهر؛ إذ لم يحصل منه ما يدلّ على سقوط الخيار، وأمّا المخier؛ فلأنَّ تخييره صاحبه أعمُّ من اختياره العقد، فلا يدلّ عليه. وقيل: يسقط خياره؛ استناداً إلى رواية^٢ لم تثبت عندنا.

(الثاني: خيار الحيوان)

(وهو ثابت للمشتري خاصةً) على المشهور، وقيل: لهما^٣، وبه رواية صحيحة^٤. ولو كان حيواناً بحيوان قويٍ ثبوته لهما، كما يقوى ثبوته للبائع وحده لو كان الثمن خاصةً - وهو ما قرُن بالباء - حيواناً.

ومدّة هذا الخيار (ثلاثة أيام مبدأها من حين العقد) على الأقوى، ولا يقتدح اجتماعُ خيارين فصاعداً. وقيل: من حين التفرق^٥: بناءً على حصول الملك به. (ويسقط باشتراط سقوطه) في العقد، (أو إسقاطه بعد) العقد، كما تقدّم.^٦ (أو تصرفه) أي تصرف ذي الخيار، سواءً كان لازماً كالبيع، أم لم يكن كالهبة قبل القبض، بل مطلق الانتفاع كركوب الدابة ولو في طريق الرد، وتغليها، وحلب ما يُحلب، وليس الثوب وقارته، وسكنى الدار.

ولو قَصَد به الاستخبار ولم يتجاوز مقدار الحاجة، ففي منه من الرد وجهاً. أمّا مجرد سوق الدائة إلى منزله، فإن كان قريباً بحيث لا يُعدُّ تصرفًا عرفاً، فلا أثر له، وإن

١. حكاية في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢١.

٢. السنن الكبرى، البهقي، ج ٥، ص ٤٤٢، ذيل الحديث ١٠٤٣٤؛ سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٦٣، ح ٣٤٥٥.

٣. قال به السيد المرتضى في الانتصار، ص ٤٣٣، المسألة ٢٤٥.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٢-٢٤، ح ٩٩-١٠٠.

٥. ذهب إليه الشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ٣٣، المسألة ٤٤.

٦. تقدّم في خيار المجلس.

كان بعيداً مُفرطاً احتِمَل قوياً منعه. وبالجملة فكلّ ما يُعدَّ تصرفاً يَمْتَع، و إلّا فلا.

(الثالث: خيار الشرط)

(وهو بحسب الشرط إذا كان الأجل مضبوطاً)، متصلًا بالعقد أم منفصلًا. فلو كان منفصلًا صار العقد جائزًا بعد لزومه مع تأخّره عن المجلس.

(ويجوز اشتراطه لأحدهما ولكلّ منها ولأجنبى عنهمَا أو عن أحدهما)، ولأجنبى مع أحدهما عنه وعن الآخر ومعهما. واشتراط الأجنبي تحكيم لا توكل عن جعل عنه، فلا اختيار له معه.

(واشتراط المؤامرة) وهي مفأَلة من الأمر، بمعنى اشتراطهما أو أحدهما استثمار من سَيِّاه والرجوع إلى أمره مَدَّةً مضبوطةً، فيلزم العقد من جهتهما ويتوقف على أمره، فإنْ أمر بالفسخ جاز للمشروط له استثماره الفسخ. والظاهر أنه لا يتعين عليه؛ لأنَّ الشرط مجرد استثمار لا التزام قوله، وإنْ أمر بالالتزام لم يكن له الفسخ قطعاً وإنْ كان الفسخ أصلح؛ عملاً بالشرط؛ ولأنَّه لم يجعل لنفسه خياراً. فالحاصل أنَّ الفسخ يتوقف على أمره؛ لأنَّه خلاف مقتضى العقد، فيرجع إلى الشرط، وأمَّا الالتزام بالعقد، فلا يتوقف.

وظاهر معنى المؤامرة وكلام الأصحاب أنَّ المستأمر - بفتح العيم - ليس له الفسخ ولا الالتزام، وإنما إليه الأمرُ والرأيُ خاصةً، فقول المصنف: (إإن قال المستأمر: «فسخت» أو «أجزت»، فذاك، وإن سكت، فالأقرب للزوم، فلا يلزم) المستأمر (الاختيار)، إنْ قرئَ المستأمر بالفتح مبنياً للمجهول أشكَل بما ذكرناه. وإنْ قرئ بالكسر مبنياً للفاعل، بمعنى المشروط له المؤامرة لغيره، فمعناه: إن قال «فسخت» بعد أمره له بالفسخ، أو «أجزت» بعد أمره له بالإجازة، لزم، وإن سكت ولم يلتزم ولم يفسخ - سواء فعل ذلك بغير استثمار أم بعده ولم يفعل مقتضاه - لزم؛ لما بيَّناه من أنه لا يجب عليه امتثالُ الأمر، وإنما يتوقف فسخه على موافقة الأمر.

وهذا الاحتمال أنسُب بالحكم، لكن دلالة ظاهر العبارة على الأول أرجح، خصوصاً بقرينة قوله «ولا يلزم الاختيار»، فإنَّ اللزوم المنفي ليس إلا عمن جُعل له المِؤامرة، وقوله (وكذا) كُلُّ (من جُعل له الخيار)، فإنَّ المعمول له هنا الخيار، هو الأجنبي المستشار لا المشروط له، إلا أنَّ للمشروط له حظاً من الخيار عند أمر الأجنبي له بالفسخ.

وكيف كان، فالأقوى أن المستأمر - بالفتح - ليس له الفسخُ ولا الإجازة، وإنما إليه حكم امثاله ما فصلناه. وعلى هذا فالفرقُ بين اشتراطِ المؤامرة لأجنبي وجعل الخيار له واضحٌ؛ لأنَّ الغرضَ من المؤامرة الانتهاءُ إلى أمره، لا جعلُ الخيار له، بخلاف من جعل له الخيار. وعلى الأول يُشكِّل الفرقُ بين المؤامرة وشرط الخيار.

والمراد بقوله «وكذا كلُّ من جعل له الخيار» أنه إن فسخ أو أجاز تقدُّم، وإن سكت إلى أن انقضَّت مدةُ الخيار لزِم البيع. كما أنَّ المستأمر هنا لو سكت عن الأمر؛ أو المستأمر - بالكسر - لو سكت عن الاستئمار لزِم العقد؛ لأنَّ الأصلَ فيه اللزومُ إلا بأمر خارج، وهو مُنْتَقِي.

(ويجب اشتراط مدة المؤامرة) بوجهٍ منضبطٍ حذراً من الفرار، خلافاً للشيخ^١ حيث جوز الإطلاق.

(الرابع: خيار التأخير)

أي تأخير إقراض الثمن والمثمن (عن ثلاثة أيام فيمن باع ولا قبض) الثمن (ولا
أقبض) المبيع (ولا شرط التأخير)، أي تأخير الإقراض والقبض، فللباقي الخيار بعد
الثلاثة في الفسخ.

(وَقْبَضُ الْبَعْضِ كَلَا قَبْضٍ): لصدق عدم قبض الشمن وإقباض المثمن، مجتمعاً ومنفرداً. ولو قبض الجميع أو أقبضه، فلا خيار وإن عاد إليه بعده.

وشرط القبض المانع كونه بإذن المالك، فلا أثر لما يقع بدونه، وكذا لو ظهر الثمن مستحقاً أو بعضه.

ولا يسقط بطالبة البائع بالثمن بعد الثلاثة وإن كان قرينة الرضى بالعقد. ولو بذل المشتري الثمن بعدها قبل الفسخ، ففي سقوط الخيار وجهان، منشؤهما الاستصحاب وزوالُ الضرر.

(وتلفه) أي المبيع (من البائع مطلقاً) في الثلاثة وبعدها؛ لأنَّه غير مقبوض، و«كلُّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائمه»^١. وتبَّأْ بالإطلاق على خلاف بعض الأصحاب^٢ حيث زعم أنَّ تلفه في الثلاثة من المشتري؛ لانتقال المبيع إليه، وكون التأخير لمصلحته. وهو غير مسموع في مقابلة القاعدة الكلية الثابتة بالنص^٣ والإجماع.

(الخامس: خيار ما يفسد ليومه)

(وهو ثابت بعد دخول الليل)، هذا هو الموافق لمدلول الرواية^٤، ولكن يُشكِّل بأنَّ الخيار لدفع الضرر، وإذا توقف ثبوته على دخول الليل مع كون الفساد يحصل في يومه، لا يندفع الضرر، وإنما يندفع بالفسخ قبل الفساد.

وفرضه المصنف في الدروس: « الخيار ما يفسده العَيْتُ »^٥، وهو حسن وإنْ كان فيه خروج عن النصّ؛ لتألُّفه بخبر الضرار^٦. واستقرَّت تَفْسِيرَتُه إلى كلِّ ما يشارع إليه الفساد عند خوفه، ولا يَتَقَيَّدُ بالليل، واكْتَفَى في الفساد بنقص الوصف وفوات الرغبة،

١. عالي الالكي، ج.٣، ص.٢١٢، ح.٥٩؛ المذهب البارع، ج.٢، ص.٣٨٠.

٢. منهم الشيخ المفيد في المقنعة، ص.٥٩٢؛ ولـ«سَلَارُ في المراسم»، ص.١٧٢؛ أبو الصلاح الحلي في الكافي في الفقه، ص.٣٥٣.

٣. تقدُّم في الهاشم^٧.

٤. تهذيب الأحكام، ج.٧، ص.٢٥، ح.١٠٨.

٥. الدروس الشرعية، ج.٣، ص.٢٤٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج.١١).

٦. تهذيب الأحكام، ج.٧، ص.١٤٦-١٤٧، ح.٦٥١.

كما في **الحضرات واللحم والعتب** وكثير من الفواكه، واستشكّل فيما لو استلزم التأخير فوات السوق^١. فعلى هذا لو كان متى يقْسُد في يومين تأخّر الخيار عن الليل إلى حين خوفه.

وهذا كله متّجّه وإن خرج عن مدلول النص الدال على هذا الحكم؛ لقصوره عن إفادته الحكم مثناً وسندًا، وخبر الضرار المتفق عليه يفيده في الجميع.

(السادس: خيار الرؤية)

(وهو ثابت لمن لم يَرِ) إذا باع أو اشتَرَى بالوصف.

ولو اشتَرَى بـ**رؤيَةٍ قديمة**، فكذلك يتخيّر لو ظهر بخلاف ما رآه، وكذا من طرف البائع، إلا أنه ليس من أفراد هذا القسم بقرينة قوله «ولا بدّ فيه من ذكر الجنس» إلى آخره، فإنه مقصور على ما لم يَرِ أصلًا؛ إذ لا يُشترط وصف ما سبقت رؤيَته.

وإنما يثبت الخيار فيما لم يَرِ (إذا زاد في طرف البائع أو نقص في طرف المشتري) ولو وُصِف لهما فزاد ونقص باعتبارين تخيراً وقُدُّم الفاسخ منها.

وهل هو على الفور أو التراخي؟ وجهان، أجودهما الأول وهو خيرته في الـ**الدروس**^٢ (ولا بدّ فيه) أي في بيع ما يتربّط عليه خيار الرؤية، وهو العين الشخصية الغائبة (من ذكر الجنس والوصف) الرافعين للجهالة، (والإشارة إلى معين^٣)، فلو انتفى الوصف بطل، ولو انتفت الإشارة كان المبيع كلياً لا يوجّب الخيار لو لم يطابق المدفوع، بل عليه إيداله.

١. الـ**الدروس الشرعية**، ج ٣، ص ٢٤٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. الـ**الدروس الشرعية**، ج ٣، ص ٢٤٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٣. أي أن يقصد إلى معين، كالعنطة التي في البيت، وبذلك يخرج السلم؛ فإنه وإن وجّب فيه ذكر الجنس والوصف إلا أنه لا يشار به إلى معين، وإنما يشار به إلى ما في الذمة. والفرق بين السلم والموصوف المعين أنه في السلم وشبهه من الموصفات الكلية متى لم يطابق الموصوف الوصف ردّه وطالب بحقّه، بخلاف الموصوف المعين.

(زين رحمة الله)

(ولو رأى البعض وُصف الباقى تَخِيرٌ في الجميع مع عدم المطابقة)، وليس له الاقتصر على فسخ ما لم يَرِ: لأنَّه مبيعٌ واحدٌ.

(السابع: خيار الغبن)

بِسْكُونِ الْبَاءِ، وَأَصْلِهِ الْخَدِيْعَةِ، وَالْمَرَادُ هُنَا الْبَيْعُ أَوِ الشِّرَاءُ بِغَيْرِ القيمةِ.
 (وَهُوَ ثَابِتٌ) فِي الْمَشْهُورِ لِكُلِّ مِنِ الْبَاعِثِ وَالْمُشَتَّرِي (مَعَ الْجَهَالَةِ) بِالْقِيمَةِ (إِذَا كَانَ)
 الْغَبْنُ، وَهُوَ الشِّرَاءُ بِزِيَادَةِ عَنِ القيمةِ أَوِ الْبَيْعُ بِنَقْصَانِ عَنْهَا (بِمَا لَا يُتَعَابَنَ) أَيْ يَسْتَامِحُ
 (بِهِ غَالِبًاً)، وَالْمَرْجُعُ فِيهِ إِلَى الْعَادَةِ: لِعدَمِ تَقْدِيرِهِ شَرْعًا.

وَتُعْتَبَرُ القيمةُ وَقْتُ الْعَدَدِ، وَيُرْجَعُ فِيهَا إِلَى الْبَيْنَةِ عِنْدِ الْاِخْتِلَافِ، وَفِي الْجَهَالَةِ إِلَيْهَا
 لِلْمُطَلِّعِ عَلَى حَالِهِ، وَالْأَقْوَى قِبْوُلُ قُولِهِ فِيهَا بِعِيْنِهِ مَعَ إِمْكَانِهَا فِي حَقِّهِ.
 وَلَا يَسْقُطُ الْخِيَارُ بِبَذْلِ الْغَابِنِ التَّفَاوْتَ إِنْ اَنْتَفَى مُوجِبُهُ: اسْتَصْحَابًا لِمَا ثَبَّتَ قَبْلَهُ.
 نَعَمْ، لَوْ اَنْتَفَى عَلَى إِسْقاطِهِ بِالْعَوْضِ، صَحَّ كَفِيرُهُ مِنِ الْخِيَارِ.

(وَ) كَذَا (لَا يَسْقُطُ بِالْتَّصْرِيفِ)، سَوَاءً كَانَ الْمُتَصْرِفُ الْغَابِنُ أَمِ الْمُغْبُونَ، وَسَوَاءً خَرَجَ
 بِهِ عَنِ الْمِلْكِ كَالْبَيْعِ، أَمْ مَنَعَ مَانِعٌ مِنْ رَدِّهِ كَالْاستِيلَادِ أَمْ لَا، (إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُغْبُونُ
 الْمُشَتَّرِيِّ، وَقَدْ أَخْرَجَهُ عَنِ مِلْكِهِ) فَيَسْقُطُ خِيَارُهُ؛ إِذْ لَا يُمْكِنُهُ رُدُّ الْعَيْنِ الْمُنْتَقَلَةِ إِلَيْهِ
 لِيَأْخُذَ الثَّمنَ. وَمَتَّلِهُ مَا لَوْ عَرَضَ لَهُ مَا يَمْنَعُ مِنْ رُدِّهِ شَرْعًا كَالْاستِيلَادِ وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ عَنِ
 الْمِلْكِ. هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ، وَعَلَيْهِ عَمَلُ الْمُصْنَفِ فِي غَيْرِ الْكِتَابِ!

(وَفِيهِ نَظَرٌ: لِلضررِ) عَلَى الْمُشَتَّرِي مَعَ تَصْرِفِهِ فِيهِ عَلَى وَجْهِ يَمْنَعُ مِنْ رُدِّهِ لَوْ قَلَّا
 بِسَقْوَطِ خِيَارِهِ بِهِ (مَعَ الْجَهَلِ) بِالْغَبْنِ أَوْ بِالْخِيَارِ، وَالضَّرُرُ مُنْفِيٌّ بِالْخَبْرِ؟، بَلْ هُوَ مُسْتَنْدٌ
 خِيَارَ الْغَبْنِ؛ إِذْ لَا نَصَّ فِيهِ بِخَصْوصِهِ.

وَحِينَئِذٍ (فَيُمْكِنُ الْفَسْخُ) مَعَ تَصْرِفِهِ كَذَلِكَ، (وَإِلَازَمُهُ بِالْقِيمَةِ) إِنْ كَانَ قِيمَيَاً (أَوْ

١. غَایةُ المراد، ج. ٢، ص: ٧٤؛ الدُّرُوسُ الشُّرُعِيَّةُ، ج. ٣، ص: ٢٤٨ (ضَمِّنَ مُوسَوِّعَ الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ، ج. ١١ و ٢).

٢. تَقدَّمَ فِي ص: ٢٢٣ الْهَامِشُ.

المثل) إن كان مثلياً، جمعاً بين الحَقِّين، (وكذا لو تلفت) العينُ (أو استولَدَ الأُمَّةَ)، كما يثبت ذلك لو كان المتصرِّفُ المشتري والمغبونُ البائع، فإنه إذا فسخ ولم يجُد العينَ يرجع إلى المثل أو القيمة.

وهذا الاحتمال متوجّه، لكن لم أقف على قائلٍ به. تَعَمَّ لو عاد إلى ملكه بفسخ أو إقالة أو غيرهما أو موتِ الولد، جاز له الفسخ إن لم ينافِ الفوريَّة.

واعلم أنَّ التصرُّفَ مع ثبوت الغبن، إنما أن يكون في المبيع المغبون فيه أو في ثمنه أو فيهما، ثم إنما أن يخرج عن الملك أو يمْنَع من الرُّدِّ كالاستيلاد، أو يرُدُّ على المنفعة خاصة كالإجارة، أو يُوجَب تغيير العين بالزيادة العينيَّة كفرس الأرض، أو الحُكميَّة كقصارة التوب، أو التنشُّوية كصَبْغَه، أو النقصان بعيوب ونحوه، أو بامتزاجها ببعضها بما يوجب الشركة بالمساوي أو الأجداد أو الأرداد أو بغيرها أو بعما على وجه الاضمحلال كالرَّبَّيت يُعمل صابوناً، أو لا يوجَب شيئاً من ذلك؛ ثم إنما أن يرُدُّ المانع من الرُّدِّ قبل الحكم ببطلان الخيار أو بعده، أو لا يزول؛ والمغبون إنما البائع أو المشتري أو هما. وهذه جملةُ أقسام المسألة ومضرُّ وبها يزيد عن مائتي مسألة، وهي معاً تَعُمُّ بها البلوى، وحكمها غير مُستوفى في كلامهم.

وجملة الكلام فيه: أنَّ المغبون إن كان هو البائع لم يسقط خياره بتصرُّف المشتري مطلقاً، فإن فسخ وَجَدَ العين باقيَةً على ملكه لم تغيير تغييراً يُوجَب زيادة القيمة ولا يمْنَع من ردها أَخْذَها؛ وإن وَجَدَها متغيرةً بصفةٍ مُحضَّةٍ كالطعن والقصارة، فللمشتري أجرة عمله، ولو زادت قيمة العين بها شاركه في الزيادة بنسبة القيمة، وإن كان صفةً من وجه وعيناً من آخرِ الصنف صار شريكاً بنسبيته كما مر، وأولى هنا ولو كانت الزيادة علينا مُحضَّةً - كالفرس - أَخْذَ البيع وتخيير بين قلع الفرس بالأرض وإيقائه بالأجرة؛ لأنَّه وضع بحق، ولو رضي ببقائه بها واختار المشتري قلعة، فالظاهر أنه لا أرض له، وعليه تسويَة الخُفَر حينئذٍ، ولو كان زرعاً وجَب إيقاؤه إلى أوان بلوغه بالأجرة؛ وإن وَجَدَها ناقصة أخذها مجاناً كذلك إن شاء.

وإن وجدها معتبرةً بغيرها، فإن كان بمساواً أو أرداً صار شريكاً إن شاء، وإن كان بأجود ففي سقوط خياره أو كونه شريكاً بنسبة القيمة أو الرجوع إلى الصلح أو جهه، ولو مزجها بغير الجنس بحيث لا يتغير فكالمعدومة؛ وإن وجدها منقلة عن ملكه بعقد لازم كالبيع والعتق رجع إلى المثل أو القيمة، وكذلك لو وجدها على ملكه مع عدم إمكان ردها كالمسئولة.

ثُمَّ إن استمر المانع استمر السقوط وإن زال قبل الحكم بالغرض، بأن رجعه إلى ملكه أو مات الوالد أخذ العين، مع احتمال العدم؛ لبطلان حقه بالخروج، فلا يعود؛ ولو كان المود بعد الحكم بالغرض، ففي رجوعه إلى العين وجهان: من بطلان حقه من العين، وكون الغرض للحيلولة وقد زالت.

ولو كان الناقل متى يمكن إبطاله كالبيع بخيار الريم بالفسخ، فإن امتنع فسخه الحاكم، فإن تذر فسخه المغبون.

وإن وجدها منقوله المنازع جاز له الفسخُ وانتظارُ انقضاء المدة وتصير ملكه من حينه وليس له فسخ الإجراء، ولو كان النقل جائزًا - كالسكنى المطلقة - فله الفسخ. هذا كله إذا لم يكن تصرف في الشمن تصرفاً يمنع من ردّه، وإلا سقط خياره، كما لو تصرف المشتري في العين، والاحتمال السابق قائم فيما، فإن قلنا به دفع مثله أو قيمته.

وإن كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره، بتصرف البائع في الشمن مطلقاً، فيرجع إلى عين الشمن أو مثله أو قيمته. وأما تصرفه فيما غير فيه، فإن لم يكن ناقلاً عن الملك على وجه لازم ولا مانعاً من الردّ ولا مُنفِّضاً للعين، فله ردها، وفي الناقل والمانع ما تقدم.

ولو كان قد زادها فأولى بجوازه، أو نقصها أو مزجها أو آجرها فوجهان، وظاهر كلامهم أنه غير مانع، لكن إن كان النقص من قبله ردها مع الأرش، وإن كان من قبل الله تعالى، فالظاهر أنه كذلك، كما لو ثلثت، ولو كانت الأرض مغروسة فعليه قلعة من

غير أرش إن لم يُرضَ البائع بالأُجرة؛ وفي خلطه بالأرداً الأرشن، وبالأجود إن بذل له بنسبيته فقد أنصفه، وإلا فإشكال.

(الثامن: خيار العيب)

(وهو كُلُّ ما زاد عن الخِلْقَةِ الأُصْلَيَّةِ)، وهي خِلْقَةُ أَكْثَرِ النُّوْعِ الَّذِي يُعْتَبَرُ فِيهِ ذَلِكَ ذَاتًاً وَصَفَةً، (أَوْ نَقْصً) عَنْهَا، (عِينًاً كَانَ) الزَّائِدُ وَالنَّاقِصُ (كَالإِصْبَعِ) زَائِدَةً عَلَى الْخَمْسِ أَوْ نَاقِصَةً مِنْهَا، (أَوْ صَفَةً كَالحُمَّى وَلَوْ يَوْمًاً)، بَأْنَ يُشْتَرِيهِ فَيَجِدُهُ مَحْمُومًاً أَوْ يَحْمَى قَبْلَ الْقِبْضِ وَإِنْ بَرِئَ لِيَوْمِهِ.

فَإِنْ وَجَدَ ذَلِكَ فِي الْمَبْيَعِ -سَوَاءً أَنَّقَصَ قِيمَتَهُ أَمْ زَادَهَا، فَضْلًاً عَنِ الْمَسَاوَةِ- (فَلِلْمُشْتَرِيِّ الْخِيَارُ مَعَ الْجَهْلِ) بِالْعِيبِ عَنِ الشَّرَاءِ (بَيْنَ الرَّدِّ وَالْأَرْشِ). وَهُوَ جَزْءٌ مِنِّ الشَّمْنِ نَسْبَتُهُ إِلَيْهِ (مُثْلُ نَسْبَةِ التَّفَاوْتِ بَيْنَ القيمتَيْنِ)، فَيُؤَخَّذُ ذَلِكَ (مِنِّ الشَّمْنِ)، بَأْنَ يُقْوَمُ الْمَبْيَعُ صَحِيحًاً وَمَعِيَّبًاً وَيُؤَخَّذُ مِنِّ الشَّمْنِ مُثْلُ تَلْكَ النَّسْبَةِ، لَا تَفَاوْتُ مَا بَيْنَ الْمَعِيبِ وَالصَّحِيفِ؛ لَأَنَّهُ قَدْ يُحِيطُ بِالشَّمْنِ أَوْ يَرِيدُ عَلَيْهِ، فَيُلَزِّمُ أَخْذَهُ الْعِوْضَ وَالْمَعْوَضَ، كَمَا إِذَا اشْتَرَاهُ بِخَمْسِينَ وَقُوَّمَ مَعِيَّبًاً بَهَا، وَصَحِيحًاً بِمَاعِيَّةٍ أَوْ أَزِيدَ، وَعَلَى اعْتَبَارِ النَّسْبَةِ يَرْجِعُ فِي الْمَتَالِ بِخَمْسَةٍ وَعَشْرِينَ، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ.

(وَلَوْ تَعَدَّدَتِ القيمةُ) إِنَّا لَا خِلْقَةَ المُقَوَّمِينَ، أَوْ لَا خِلْقَةَ قِيمَةِ أَفْرَادِ ذَلِكَ النُّوْعِ الْمَسَاوِيَّةِ لِلْمَبْيَعِ، فَإِنَّ ذَلِكَ قَدْ يَتَقَعَّ نَادِرًاً، وَالْأَكْثَرُ وَمِنْهُمُ الْمُصَنَّفُ فِي الدُّرُوسِ عَبَرُوا عَنِ ذَلِكَ بِـ«اِختِلَافِ الْمُقَوَّمِينَ» (أَخْذَتْ قِيمَةً وَاحِدَةً مَتَسَاوِيَّةً نَسْبَةً إِلَى الْجَمِيعِ)، أَيْ مُنْتَرَعَةً مِنْهُ نَسْبَتُهُ إِلَيْهِ بِالسَّوَيَّةِ، (فَمِنِ القيمتَيْنِ) يُؤَخَّذُ (نَصْفُهُمَا) وَمِنِ الْثَّلَاثِ ثُلُثُهُمَا، (وَمِنِ الْخَمْسِ خُمُسُهُمَا)، وَهَكُذا^١.

وَضَابطُهُ: أَخْذُ قِيمَةً مُنْتَرَعَةً مِنِ الْمَجْمُوعِ نَسْبَتُهُ إِلَيْهِ كَنْسَةَ الْوَاحِدِ إِلَى عَدْدِ تَلْكَ القيمةِ، وَذَلِكَ لِانتِفَاءِ التَّرجِيحِ.

١. الدُّرُوسُ الشُّرُعِيَّةُ، ج٢، ص٢٥٩ (ضَمِنَ مُوسَوعَةِ الشَّهِيدِ الْأَوَّلِ، ج١١).

وطريقه: أن تُجمع القيمة الصحيحة على جدة، والمعيبة كذلك، وتُنسب إحداهما إلى الأخرى ويؤخذ بتلك النسبة. ولا فرق بين اختلاف المقومين في قيمته صحيحاً ومعيناً وفي إحداهما. وقيل: يُنسب معيناً كل قيمة إلى صحيحتها ويُجمع قدر النسبة، ويؤخذ من المجتمع بنسبتها. وهذا الطريق منسوب إلى المصنف^١، وعبارة هنا وفي الدروس لا تدلّ عليه^٢.

وفي الأكثر يتحد الطريقان، وقد يختلفان في يسير، كما لو قالت إحدى البيتين: إن قيمته اثنا عشر صحيحاً وعشراً معيناً، والأخرى شمانية صحيحاً وخمسة معيناً، فالتفاوت بين القيمتين الصحيحتين ومجموع المعبيتين الربع، فيرجع بربع الثمن، وهو ثلاثة من اثنى عشر لو كان كذلك، وعلى الثاني يؤخذ تفاوت ما بين القيمتين على قول الأولى وهو السادس، وعلى قول الثانية ثلاثة أثمان، ومجموع ذلك من الاثني عشر ستة ونصف يؤخذ نصفها ثلاثة وربع، فظهر التفاوت.

ولو كانت ثلاثة، فقالت إحداهما كالأولى، والثانية: عشرة صحيحاً وثمانية معيناً، والثالثة: ثمانية صحيحاً وستة معيناً، فالصحيحة ثلاثة وعشرون والمغيبة أربعة وعشرون، والتفاوت ستة هي الخامس؛ وعلى الثاني يُجمع سدس الثمن وخمسمائه وربعه، ويؤخذ ثلث المجموع، وهو يزيد عن الأول بثلث خمسٍ.

١. نسبة إليه العامل في مفتاح الكرامة، ج ١٤، ص ٤٢٨، لم نظر على غيره.

٢. إنما كانت العبارة لا تدلّ عليه، مع أن ظاهر الطريق الأول لا يقتضيأخذ النصف من القيمتين، ولا الثالث من الثالث بلأخذ نسبة المجموع إلى المجموع؛ لأن مائهما واحد، فإنّ ذلك في الطريق المطابق للعبارة على الأول أن تجمع القيم الصحيحة، جملة وتأخذ نصفها أو ثلثتها كما مر، وتجمع المغيبة كذلك وتأخذ منها كذلك، ثم تُنسب إحدى القيمتين المتراعتين إلى الأخرى وتأخذ من الثمن بتلك النسبة فتأخذ في المثال الأول نصف الصحيحتين عشرة ونصف المعبيتين سبعة ونصفاً وتنسبها إلى العشرة وذلك ربع، كما أنّ نسبة الخمسة عشر إلى العشرين ربع، وفي مثال الثلاثة تأخذ ثلث القيم الصحيحة وهي ثلاثة وثلاثون فتلتها عشرة وثلث القيم المغيبة جملة وهي أربعة وعشرون، فتلتها ثمانية وتأخذ من الثمن بنسبة ما بين الشمانية والعشرة وهو الخامس، كما أنّ ذلك بالطريق الذي ذكرناه تأخذ بنسبة الأربعة والعشرين إلى الثلاثين وهو الخامس كذلك، وبهذا يظهر أنّ عبارة المصنف يحتمل كلّ واحد من الطريقين فلم تدلّ على الثاني بخصوصه. (منه رحمة الله)

ولو اتفقت على الصحىحة كاثنتي عشر، دون المعيبة، فقلت إحداهما: عشرة والأخرى: ستة، فطريقه تتصيف المعييتين ونسبة النصف إلى الصحىحة، أو بجمع المعييتين مع تضييف الصحىحة وأخذ مثل نسبة المجموع إليه وهو الثلث؛ وعلى الثاني يؤخذ من الأولى السادس ومن الثانية النصف، ويؤخذ نصفه وهو الثلث أيضاً.

ولو انعكس، بأن اتفقنا على الستة معيباً، وقالت إحداهما: ثمانية صحيحاً وأخرى: عشرة، فإن شئت جمعتهما وأخذت التفاوت وهو الثلث، أو أخذت نصف الصحيحتين، ونسبة إلى المعيبة وهو الثلث أيضاً. وعلى الثاني يكون التفاوت ربعاً وخمسين، فنصفه وهو ثمن وخمس ينقص عن الثلث بنصف خمس. وعلى هذا القياس.

(ويسقط الرد بالتصريح) في المبيع، سواء كان قبل علمه بالعيب أم بعده، وسواء كان التصرف ناقلاً للملك أم لا، مغيراً للعين أم لا، عاد إليه بعد خروجه عن ملكه أم لا. وما تقدم في تصرف الحيوان آتٍ هنا.

(أو حدوث عيب بعد القبض) مضمون على المشتري، سواء كان حدوثه من جهته أم لا. واحترزنا بالمضمون عليه عما لو كان حيواناً وحدث فيه العيب في الثلاثة من غير جهة المشتري، فإنه حينئذ لا يمنع من الرد ولا الأرث؛ لأنَّه مضمون على البائع. ولو رضي البائع برده مجبوراً بالأرث أو غيره مجبور جاز.

وفي حكمه ما لو اشتَرَى صفةً متعددةً وظهر فيه عيب وتلف أحدُها، أو اشتَرَى اثنان صفةً فامتنع أحدهما من الرد، فإنَّ الآخر يمتنع منه، وله الأرث وإنْ أسقطه الآخر، سواء اتحدت العين أم تعددت، اقتسمها أم لا. وأولى بالمنع من التفرق الوارث عن واحد؛ لأنَّ التعدد هنا طارئ على العقد. سواء في ذلك خيار العيب وغيره.

وكذا الحكم لو اشتَرَى شيئاً فصاعداً، ظهر في أحدهما عيب، فليس له رد، بل ردُّهما أو إمساكُهما وأرث المعيوب.

وكذا يسقط الرد دون الأرث إذا اشتَرَى من يُتعيق عليه: لانتهاه بنفس الملك، ويمكن ردُّه إلى التصرف. وكذا يسقط الرد بإسقاطه مع اختياره للأرث، أو لا معه.

(و) حيث يسقط الردُّ (يَقْنِي الأَرْشُ).

(ويُسْقُطُان) أي الردُّ والأَرْش معاً (بالعلم به) أي بالعيوب (قبل العقد)، فإنَّ قُدوته عليه عالماً به رضاً بالعيوب؛ (وبالرضى به بعده) غير مقيَّد بالأَرْش، وأولى منه إسقاطُ الخيار؛ (وبالبراءة) أي براءة البائع (من العيوب ولو إجمالاً) كقوله: «بِرَثْتُ من جميع العيوب» على أصحِّ القولين^١.

ولا فرق بين علمِ البائع والمشتري بالعيوب وجهلِهما والتفريق، ولا بين الحيوان وغيره، ولا بين العيوب الباطنة وغيرها، ولا بين الموجودة حالة العقد والمتجددَة حيث تكون مضمونةً على البائع؛ لأنَّ الخيار بها ثابت بأصل العقد وإنْ كان السببُ حينئذٍ غير مضمون.

(والإِبَاقُ) عند البائع (وعدمُ العيوب) متن شأنها العيوب بحسب سنها (عيوب)، ويظهر من العبارة الاكتفاء بوقوع الإِبَاق مرتَّةً قبل العقد، وبه صرَح بعضهم^٢، والأقوى اعتباراً اعتبراه، وأقلَّ ما يتحقق بمرتين.

ولا يُشترط إباقه عند المشتري، بل متى تحقق ذلك عند البائع جاز الردُّ. ولو تجددَ عند المشتري في الثلاثة من غير تصرف، فهو كما لو وقع عند البائع. ولا يُعتبر في ثبوت عيوب العيوب مُضيًّا ستةً أشهرٍ، كما ذكره جماعةٌ^٣، بل يثبت بعضُه مدةً تُحيطُ فيها أسنانها في تلك البلاد.

(وكذا الثُّقْلُ) بضم المثلثة، وهو ما استقرَّ تحت المائع من كَدَرَةٍ (في الزَّيْت) وشبَّهه (غيرُ المعتاد)، أما المعتاد منه فليس بعيوب؛ لاقتضاء طبيعة الزَّيْت وشبَّهه كونَ

١. ذهب إليه الشيخ المفید في المقنعة، ص ٥٩٨؛ والشيخ في النهاية، ص ٣٩٢؛ وابن إدريس في السراير، ج ٢، ص ٢٩٦؛ وذهب إلى عدمه ابن الراجح في المذهب، ج ١، ص ٣٩٢؛ وحكاه عن ابن الجنيد العلامة في مختلف الشیعة، ج ٥، ص ١٩٨، المسألة ١٥٧.

٢. كالعلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١١، ص ١٩١، المسألة ٣٥٣.

٣. منهم: الشيخ في النهاية، ص ٣٩٥؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٥٦؛ والعلامة في مختلف الشیعة، ج ٥، ص ٢٠٢، المسألة ١٦١.

ذلك فيه غالباً. ولا يُشكِّل صحةُ البيع مع زيادته عن المعتاد بجهالة قدر المبيع المقصود بالذات، فيُجهَّل مقدارُ ثمنه؛ لأنَّ مثل ذلك غيرُ قادرٍ مع معرفة مقدار الجملة، كما تقدَّم في نظائره.

(التاسع: خيار التدليس)

وهو تعديل من الذَّلَس مُحرَّكاً، وهو الظلمة، كأنَّ الذَّلَس يُظْلِمُ الأمرَ وينهِيُه حتى يُوهِم غير الواقع، ومنه اشتراط صفة فَتَّوْتَ، سواء كان من البائع أم من المشتري. (فلو شرَّط صفةَ كمالٍ كالبِكَارة أو تَوْهَمَها) المشتري كمالاً ذاتياً (كتحمير الوجه وَضَلِّ الشَّعْر فظهر الخلاف، تخيير) بين الفسخ والإمساء بالثمن، (ولا أرش)؛ لاختصاصه بالبيع؛ والواقع ليس بعيوب، بل فواتُ أمرٍ زائدٍ.

ويُشكِّل ذلك في البكارية من حيث إنها بمقتضى الطبيعة، وفواتُها نقص يحدُث على الأمة، ويؤثِّر في نقصان القيمة تأثيراً بيئاً، فيتخيَّر بين الرُّد والأرش، بل يحتمن ثبوتها وإن لم يشترط، لما ذكرناه، خصوصاً في الصغيرة التي ليست محلَّ الوطء، فإنَّ أصل الخلقة والغالب متطابقان في مثلها على البكارية، فيكون فواتُها عبيداً.

وهو في الصغيرة قويٌّ، وفي غيرها متَّجِّهٌ، إلا أنَّ الغالب لِمَا كان على خلافه في الإمام، كانت الشَّيْبُوَةَ فيها بمنزلة الخلقة الأصلية وإنْ كانت عارضة.

وإنما يثبت الحكمُ مع العلم بسبق الشَّيْبُوَةَ على البيع بالشَّيْبُوَةِ أو إقرارِ البائع أو قرب زمان الاختبار إلى زمان البيع، بحيث لا يمكن تجذُّد الشَّيْبُوَةَ فيه عادةً، وإنَّ فلا خيار؛ لأنَّها قد تذهب بالعلة والتزوة وغيرهما. نعم، لو تجدَّدت في زمن خيار الحيوان أو خيار الشرط ترتَّب الحكمُ.

ولو انعكس الفرض بأن يشتَرِط الشَّيْبُوَةَ، ظهرتِ بِكِراً، فالأقوى تخييره أيضاً بين الرُّد والإمساك بغير أرش؛ لجواز تعلق غرضه بذلك، فلا يقدح فيه كون الإكراه أئمَّةً غالباً. (وكذا التَّصْرِيَّةُ)، وهي جمع لِبْن الشَّاة وما في حكمها في ضرَّعِها بتركها بغير

حَلْبٌ وَلَا رِضَاعٌ، فَيَطْنُّ الْجَاهِلُ بِحَالَهَا كَثْرَةً مَا تَحْلِبُهُ، فَيَرْغَبُ فِي شِرائِهَا بِزِيادَةٍ، وَهُوَ تَدَلِّيْسٌ مُحَرَّمٌ.

وَحُكْمُهُ ثَابِتٌ (لِلشَّاهِ) إِجْمَاعًا (وَالبَّقْرَةُ وَالنَّاقَةُ) عَلَى الْمُشْهُورِ، بَلْ قَيْلٌ: إِنَّهُ إِجْمَاعٌ^١، فَإِنْ ثَبَّتْ فَهُوَ الْحَجَّةُ، وَإِلَّا فَالْمَنْصُوصُ الشَّاهُ^٢، وَالْعَاقُّ غَيْرُهَا بِهَا قِيَامٌ، إِلَّا أَنْ يُعَلَّمَ بِالْتَّدَلِيسِ الْعَامِ فَيُلْحَقَانُ بِهَا، وَهُوَ مُتَّجَهٌ. وَطَرَدَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ الْحُكْمَ فِي سَائِرِ الْحَيَوانَاتِ حَتَّى الْأَدَمِي^٣. وَفِي الدَّرُوسِ أَنَّهُ: «لَيْسَ بِذَلِكَ الْبَعِيدُ: لِلتَّدَلِيسِ»^٤.

وَتَبَّثَّتِ التَّصْرِيْةُ إِنْ لَمْ يَعْرِفْ بِهَا الْبَاعِثُ وَلَمْ تَقُمْ بِهَا بَيِّنَةً (بَعْدِ اخْتِبَارِهَا ثَلَاثَةً أَيَّامًا)، فَإِنْ اتَّفَقَتْ فِيهَا الْحَلَبَاتُ عَادَةً أَوْ زَادَتِ الْلَّاحِقَةُ، فَلَيْسَتْ مُصَرَّأً، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ فِي الْثَّلَاثَةِ فَكَانَ بَعْضُهُ نَاقِصًا عَنِ الْأُولَى نُقْصَانًا خَارِجًا عَنِ الْعَادَةِ - وَإِنْ زَادَ بَعْدَهَا فِي الْثَّلَاثَةِ - يَبْثُثُ الْخَيَارُ بَعْدِ الْثَّلَاثَةِ بِلَا فَصْلٍ عَلَى الْفُورِ.

وَلَوْ ثَبَّتْ بِالْإِقْرَارِ أَوِ الْبَيِّنَةِ جَازَ الْفَسْخُ مِنْ حِينِ الشُّبُوتِ مَدَّةَ الْثَّلَاثَةِ مَا لَمْ يَتَصَرَّفْ بِغَيْرِ الْأَخْتِبَارِ بِشَرْطِ النَّقْصَانِ، فَلَوْ تَساَوَتْ أَوْ زَادَتْ هِبَةً مِنْ اللَّهِ تَعَالَى، فَالْأَقْوَى زَوْالُهُ. وَمِثْلُهُ مَا لَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِالْعِيبِ حَتَّى زَالَ.

(وَبِرَدَّهُ مَعْهَا) إِنْ اخْتَارَ رَدَّهَا (اللِّبَنَ) الَّذِي حَلَبَهُ مِنْهَا (حَتَّى الْمُتَجَدِّدُ) مِنْهُ بَعْدِ الْعَقدِ، (أَوْ مِثْلُهُ لَوْ تَلَفَّ)، أَمَّا رَدَّ الْمَوْجُودِ، فَظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهُ جُزءٌ مِنِ الْمُبَيِّعِ، وَأَمَّا الْمُتَجَدِّدُ، فَلَا طَلاقٌ النَّصْلُ^٥ بِالرَّدِّ الشَّامِلِ لَهُ.

وَيُشَكِّلُ بِأَنَّهُ نَمَاءُ الْمُبَيِّعِ الَّذِي هُوَ مِلْكُهُ، وَالْعَقْدُ إِنَّمَا يَنْفَسِخُ مِنْ حِينِهِ. وَالْأَقْوَى عَدَمُ رَدَّهُ، وَاستَشَكَّلَ فِي الدَّرُوسِ^٦.

١. قال به الشيخ في الغلاف، ج. ٣، ص. ١٠٥، المسألة ١٧٠.

٢. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٢٥، ح. ١٠٧.

٣. حكاية عن ابن الجنيد العلامة في مختلف الشيعة، ج. ٥، ص. ٢٠٥، المسألة ١٦٤.

٤. الدروس الشرعية، ج. ٣، ص. ٢٤٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

٥. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٢٥، ح. ١٠٧.

٦. الدروس الشرعية، ج. ٣، ص. ٢٥٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

ولو لم يتلف اللبن، لكن تغيير في ذاته أو صفتة بأن عَمِلْ جُنِبناً أو مَخِيضاً ونحوهما، ففي رده بالأرسن إن نقص، أو مجاناً، أو الانتقال إلى بدل، أو جهة، أجودها الأول. وأعلم أنَّ الظاهر من قوله «بعد اختبارها ثلاثة» ثبوتُ الخيارِ المستند إلى الاختبار بعد الثلاثة، كما ذكرناه سابقاً، وبهذا يظهر الفرق بين مَدَّة التصرية وخيار الحيوان، فإنَّ الخيار في ثلاثة الحيوان فيها، وفي ثلاثة التصرية بعدها.

ولو ثبتت التصرية بعد البيع بالإقرار أو البينة، فالخيار ثلاثة، ولا فور فيه^١ فيها على الأقوى، وهو اختياره في الدروس^٢. ويُشكِّل حينئذ الفرق، بل ربما قيل بانتفاء فائدة خيار التصرية حينئذ؛ لجواز الفسخ في الثلاثة بدونها. ويندفع بجواز تعدد الأسباب. وتظهر الفائدة فيما لو أسقط أحدهما.

ويظهر من الدروس تقيدُ خيار التصرية بالثلاثة مطلقاً، ونَقلَ عن الشيخ أنَّها لمكان خيار الحيوان^٣. ويُشكِّل بإطلاق توقفه على الاختبار ثلاثة، فلا يجامعها حيث لا تثبت بدونه، والحكم بكونه يتخيَّر في آخر جزءٍ منها يوجب المجاز في الثلاثة.

(العاشر: خيار الاشتراط)

حيث لا يسلِّم الشرطُ لمشتري طه بائعاً ومشرياً.

(ويصَحُّ اشتراطُ سائغ في العقد إذا لم يُؤَدِّ إلى جَهَالة في أحد العوضين، أو يمْتنع منه الكتابُ والسنةُ)، وجُفِّ ذلك شرطاً بعد قيد السائغ تكليف: (كمال وشَرط تأخير البيع) في يد البائع (أو الثمن) في يد المشتري (ما شاء) كُلُّ واحدٍ منها. هذا مثالٌ ما

١. أي لا فور في الخيار في الثلاثة.

٢. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٥١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٣. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٥١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١): الخلاف، ج ٢، ص ١٠٣ - ١٠٤، المسألة ١٦٨.

يؤدي إلى جهالة في أحدهما، فإنَّ الأجلَ له قسطٌ من الشُّمن، فإذا كان مجهولاً يُجهل الشُّمن، وكذا القول في جانب المَعْوَض.

(أو عدم وَطءِ الأُمَّةِ أو) شَرْطُ (وطءِ الْبَاعِ إِيَّاهَا) بعد البيع مرَّةً أو أَزِيدَ أو مطلقاً. هذه أمثلةٌ ما يمتنع منه الكتابُ والسنَّةُ.

(وكذا يَبْطُلُ) الشرطُ (باشتراطِ غَيْرِ المقدورِ) للمشروع عليه (كاشتراض حَمْلِ الدَّابَّةِ فِيمَا بَعْدَ أَوْ أَنَّ الرَّزْعَ يَبْلُغُ السُّبْلَ)، سواءً شَرْطٌ عَلَيْهِ أَنْ يَبْلُغَ ذَلِكَ بِفَعْلِهِ أَمْ فِعْلِ اللَّهِ؛ لاشتراكهَا في عدم المقدوريَّةِ.

(ولو شَرْطٌ تَبَقِّيَّةُ الزَّرْعِ) في الأرضِ إذا بَيَّحَ أحدهما دونَ الآخَرِ (إِلَى أَوَانِ السُّبْلِ جازَ)؛ لأنَّ ذلكَ مقدورٌ لهُ، ولا يُعتبرُ تعيينَ مَدَّةَ البقاءِ، بل يُحملُ على المتعارفِ من الْبَلْوغِ؛ لأنَّه مُنْضِطٌ.

(ولو شَرْطٌ غَيْرِ السائِغِ بَطَلُ) الشرطُ (وأَبْطَلُ) العَدَدُ في أَصْحَاحِ القولين^١؛ لامتناع بقاءه بِدُونِهِ؛ لأنَّه غير مقصودٍ بِاِنْفَرَادِهِ، وَمَا هُوَ مقصودٌ لِمَ يَسْلِمُ؛ ولأنَّ للشرطِ قسطاً من الشُّمن، فإذا بَطَلَ يُجهلُ الشُّمن.

وقيل: يَبْطُلُ الشَّرْطُ خاصَّةً؛ لأنَّ المَمْتَنَعَ شرعاً دونَ البيعِ؛ ولتَعلُّقِ التراضيِّ بِكُلِّ مِنْهُمَا^٢. ويُضَعَّفُ بِعَدْ قَصْدِهِ مُنْفَرِداً، وهو شَرْطُ الصَّحةِ.

(ولو شَرْطٌ عَنْقَ الْمَمْلُوكِ) الذي باعَهُ منه (جازَ)؛ لأنَّه شَرْطٌ سائِغٌ، بل راجح، سواءً شَرْطٌ عَنْقَهُ عنِ المشتريِّ أمْ أَطْلَقَهُ. ولو شَرْطَهُ عَنْهُ فَفِي صِحَّتِهِ قولان^٣، أجودُهُمَا المنْعُ؛ إذ لا عَنْقٌ إِلَّا في مِلْكِهِ.

١. ذهب إلى العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٢١، المسألة ٢٩٥.

٢. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٨٩؛ وحكاه عن ابن الجنيد العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٢١، المسألة ٢٩٥.

٣. قال بالصحة العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٢٦٦، المسألة ١٢٣؛ وذهب إلى البطلان الفاضل المقداد في التبيح الرابع، ج ٢، ص ٧٣.

(إِنْ أَعْتَدْهُ فَذَاكَ، وَإِلَّا تَخْيَرَ الْبَايْعُ) بين فسخ البيع وإمضائه، فإن فسخ استرداده وإن انتقال قبله عن ملك المشتري. وكذا يتخير لو مات قبل العتق، فإن فسخ رجع بقيمة يوم التلف؛ لأنَّه وقت الانتقال إلى القيمة. وكذا لو انتقَّ قهراً.

(وَكَذَا كُلُّ شَرْطٍ لَمْ يَسْلِمْ لِمُشَتَّرِ طِهِ، إِنَّهُ يُفَيِّدُ تَخْيِيرَهُ) بين فسخ العقد المشروط فيه وإمضائه.

(وَلَا يَجُبُ عَلَى الْمُشَتَّرِ طِهِ عَلَيْهِ فَعْلُهُ): لأحالة العدم، (وَإِنَّمَا فَائِدَتِهِ جَعْلُ الْبَيْعِ عُرْضَةً لِلزَّوَالِ) بالفسخ (عند عدم سلامته الشرط، ولزومه)، أي البيع (عند الإتيان به). وقيل: يجب الوفاء بالشرط^١ ولا يتسلّط المشروط له على الفسخ، إلا مع تعذر وصوله إلى شرطه؛ لعموم الأمر بالوفاء بالعقد الدال على الوجوب^٢، قوله تعالى: «المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله»^٣.

فعلى هذا، لو امتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط ولم يمكن إيجابه رفع أمره إلى المحاكم؛ ليجبره عليه إن كان مذهب ذلك، فإن تعذر فسخ حينئذ إن شاء.

وللمصنف (رحمه الله) في بعض تحقيقاته تفصيل، وهو أن الشرط الواقع في العقد اللازم إن كان العقد كافياً في تتحققه، لا يحتاج بعده إلى صيغة، فهو لازم لا يجوز الإخلال به كشرط الوكالة في العقد، وإن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره في العقد كشرط العتق، فليس بلازم، بل يقلّب العقد اللازم جائزًا. وجعل السر في أنه اشتراط «ما العقد كاف في تتحققه» كجزء من الإيجاب والقبول فهوتابع لهما في اللزوم والجواز، واشتراط «ما سيوجَد» أمر منفصل عن العقد، وقد علق عليه العقد، والمعلق على الممكن ممكن، وهو معنى قلب اللازم جائزًا.

والأقوى للزوم مطلقاً وإن كان تفصيله أجود مما اختاره هنا.

١. قال به ابن إدريس في السرائر، ج. ٢، ص. ٢٢٦.

٢. الماندة (٥): ١.

٣. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٣٧١، ح. ١٥٠٣؛ الاستبصار، ج. ٣، ص. ٢٢٢، ح. ٨٣٥. وفيهما بدون الذيل.

(الحادي عشر: خيار الشركة)

(سواء قارئ العقد، كما لو اشتري شيئاً ظهر بعده مستحقاً، أو تأخرت بعده إلى قبل القبض، كما لو امتنج المبيع (بغيره بحيث لا يتميز)، فإن المشتري يتخير بين الفسخ؛ لعيوب الشركة، والبقاء، فيصير شريكاً بالنسبة. وقد يطلق على الأول بعض الصفة أيضاً).

(وقد يسمى هذا عيناً مجازاً؛ ل المناسبة للعيوب في نقص المبيع بسبب الشركة؛ لاشراكهما في نقص وصف فيه، وهو هنا منع المشتري من التصرف في المبيع كيف شاء، بل يتوقف على إذن الشريك، فالسلط عليه ليس بتام، فكان كالعيوب بفوات وصف فيجيئ بالخيارات.

وإنما كان إطلاق العيب في مثل ذلك على وجه المجاز؛ لعدم خروجه به عن خلقته الأصلية؛ لأنّه قابل بحسب ذاته للتخلّك منفرداً ومشتركاً، فلا نقص في خلقته، بل في صفتة على ذلك الوجه.

(الثاني عشر: خيار تعذر التسليم)

(فلو اشتري شيئاً ظناً إمكان تسليمه) بأن كان طائراً يعتاد عوده، أو عبداً مطلاقاً، أو دابةً مرسلة، (ثم عجز بعده) بأن أبقى وشَرَدَت ولم يُعد الطائر ونحو ذلك (تخير المشتري)؛ لأنّ المبيع قبل القبض مضمون على البائع ولما لم ينزل ذلك منزلة التلف؛ لإمكان الانتفاع به على بعض الوجوه، جُبر بالتخدير، فإن اختيار التزام البيع صحيحة، وهل له الرجوع بشيء؟ يحتمله؛ لأنّ فوات القبض نقص حَدَثَ على المبيع قبل القبض، فيكون مضموناً على البائع.

ويضعف: بأن الأرش ليس في مقابلة مطلق النقص؛ لأنّه البراءة؛ وعملاً بمقتضى العقد، بل في مقابلة العيب المتحقق بنقص الخلقة، أو زيايدها كما ذكر، وهو هنا مبني.

(الثالث عشر: خيار بعض الصفة)

(كما لو اشتري سلعتين، فتستحق أحدهما) فإنه يختار بين التزام الأخرى بقسطها من الثمن، والفسخ فيها. ولا فرق في الصفة المتبعة بين كونها متاعاً واحداً ظهر استحقاق بعضه، أو أمتاعاً - كما مثل هنا - لأن أصل الصفة البيع الواحد، سمي البيع بذلك؛ لأنهم كانوا يتضادون فإذا تباعوا، يجعلونه دلالة على الرضاء به، ومنه قول النبي ﷺ لعروة البارقي لما اشترى الشاة: «بازك الله لك في صفة يمينك»!^١

وإنما خصَّ بعض الصفة هنا بالسلعتين؛ لإدخاله الواحدة في خيار الشركة، ولو جعلَ موضوع بعض الصفة أعمّ - كما هو - كان أبود، وإن اجتمع في السلعة الواحدة خيارات: بالشركة وببعض الصفة، فقد يجتمع أنواعُ الخيارِ أجمع في مبيِّع واحد؛ لعدم التنافي.

(الرابع عشر: خيار التفليس)

إذا وجد غريم المفلس متاعه، فإنه يختار بين أخذِه مقدماً على الغرامة، وبين الضرب بالثمن معهم. وسيأتي تفصيله في كتاب الدين. ومثله غريم الميت مع وفاء التركة بالدين، وقيل: مطلقاً^٢. وكان المناسب جعله قسماً آخرَ حيث تحرّى الاستقصاء هنا لأقسام الخيار بما لم يذكره غيره.

١. الجامع الصحيح، ج ٣، ص ٥٥٩، ح ١٢٥٨؛ سنن الدارقطني، ج ٢، ص ٥٧٨، ح ٢٧٨٧.

٢. حكاية عن ابن الجنيد العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٦٤، المسألة ١٢٠.

(الفصل العاشر في الأحكام)

(وهي خمسة:)

(الأول: النقد والنسيئة)

أي البيع الحال والمُؤجل. سُمي الأول نقداً باعتبار كون شمه متقدداً ولو بالقوة، والثاني مأخوذاً من التسيء، وهو تأخير الشيء، يقول: «أنسأْتُ الشيء إنساء إذا أخْرَته»، والنسيئة اسم وضع موضع المصدر.

واعلم أنَّ البيع بالنسبة إلى تعجيل الثمن والمثمن وتأخيرهما والتفريق أربعة أقسام: فالأول «النقد» والثاني «بيع الكالئ بالكالئ» - بالهمز - اسم فاعل أو مفعولٍ من المراقبة؛ لمراقبة كلِّ من الغريمين صاحبه لأجل دينه، ومع حلول المثمن وتأجيل الثمن هو «النسيئة»، وبالعكس «السلف». وكُلُّها صحيحة عدا الثاني، فقد ورد النهي عنه^١ وانعقد الإجماع على فساده.

وإطلاق البيع يقتضي كون الثمن حالاً، وإن شرط تعجيشه في متن العقد (أكده)؛ لحصوله بدون الشرط. (فإن وقَّت التعجيل) بأن شرط تعجيشه في هذا اليوم مثلاً (تخيئ) البائع (لو لم يحصل) الثمن (في الوقت) المعين، ولو لم يعيَّن له زماناً لم يُفْدَ سوى التأكيد في المشهور. ولو قيل بنتوته مع الإطلاق أيضاً لو أخلَّ به عن أول وقته، كان حسناً، للإخلال بالشرط.

(وإن شرط التأجيل اعتبر ضبطاً للأجل، فلا يُناتط) أي لا يُعلق (بما يحتمل

١. تهذيب الأحكام، ج. ٦، ص ١٨٩، ح ٤٠٠: الجامع الصغير، السيوطي، ج. ٢، ص ٦٩٨، ح ٩٤٧.

الزيادة والنقصان، كمقدم الحاجة) وإدراك الغلة، (ولا بالمشترك) بين أمرين أو أحدهما حيث لا مخصوص لأحدٍ، (كثيرون) من مبني، فإنه مشترك بين أمرين، (وشهر ربيع) المشترك بين شهرين، فيبطل العقد بذلك. ومثله التأجيل إلى يوم معين من الأسبوع كالخميس.

(وقيل): يصح ويُحمل على الأول) في الجميع؛ لتعليقه الأجل على اسم معين، وهو يتحقق بالأول^١، لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد؛ لتوحّد قصدُهما إلى أجل مضبوطٍ، فلا يكفي ثبوت ذلك شرعاً مع جهلهما أو أحدهما به. ومع القصد لا إشكال في الصحة وإن لم يكن الإطلاق محمولاً عليه. وتحتمل الافتفاء في الصحة بما يقتضيه الشرع في ذلك، فقصداهأم لا، نظراً إلى كون الأجل الذي عيّناه مضبوطاً في نفسه شرعاً، وإطلاق اللفظ مُنَزَّل على الحقيقة الشرعية.

(ولو جعل لحال ثمناً، ولم يُؤجّل أزيد منه، أو فاوتَ بين أجلين) في الثمن، بأن قال: «بعْتُك حالاً بعانته ومؤجلاً إلى شهرين بعانتين، أو مؤجلاً إلى شهر بعانته وإلى شهرين بعانتين» (بطل)؛ لجهالة الثمن بترددِه بين الأمرين. وفي المسألة قول ضعيف بلزوم أقل التسعين إلى بعد الأجلين^٢؛ استناداً إلى رواية ضعيفة.^٣

(ولو أَجَلَ الْبَعْضَ الْمُعِيَّنَ) من الثمن وأطلقباقي أو جعله حالاً (صح)؛ للانضباط. ومثله ما لو باعه سلطتين في عقد ثمن إحداهما نقد والأخرى نسخة. وكذا لو جعله أو بعضه نجوماً معلومة.

(ولو اشتراه البائع) في حالة كون بيعه الأول (نسخة، صح) البيع الثاني (قبل

١. لم نظر عليه كما في مفتاح الكرامة، ج ١٢، ص ١٣٦؛ لاحظ أيضاً الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢٢١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. قال به الشيخ في النهاية، ص ٣٨٧ - ٣٨٨.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٧، ح ٢٠١.

الأجل وبعده بجنس الثمن وغيره بزيادةٍ) عن الثمن الأول (ونقصانٍ) عنه؛ لانتفاء المانع في ذلك كله، مع عموم الأدلة على جوازه.^١

وقيل: لا يجوز بيعه بعد حلوله بزيادةٍ عن ثمنه الأول أو نقصانٍ عنه مع اتفاقهما في الجنس^٢، استناداً إلى رواية قاصرة السنّد والدلالة.^٣

(إلا أن يشترط في بيته) الأول (ذلك) أي بيته من البائع (فيبيطل) البيع الأول، سواء كان حالاً أم مؤجلاً، سواء شرط بيته من البائع بعد الأجل أم قبله على المشهور، ومستنده غير واضح. فقد عُلل باستلزم الدور؛ لأن بيته له يتوقف على ملكيّته له المتوقّفة على بيته.^٤

وفيه: أن المتوقّف على حصول الشرط هو لزوم البيع لا انتقاله إلى ملکه، كيف لا واحتراط نقله إلى ملک البائع من المشتري مستلزم لانتقاله إليه، غايته أن تملک البائع موقف على تملک المشتري، وأمّا أن تملک المشتري موقف على تملک البائع فلا؛ ولأنه وارد في باقي الشروط، خصوصاً شرط بيته للغير مع صحته إجماعاً. وأوضح لملك المشتري ما لو جعل الشرط بيته من البائع بعد الأجل؛ لتخلّل ملک المشتري فيه. وعُلل بعد حصول القصد إلى نقله عن البائع.^٥

ويُضَعَّف بأن الفرض حصول القصد إلى ملک المشتري وإنما رَتَب عليه نقله ثانياً، بل شرط النقل ثانياً يستلزم القصد إلى النقل الأول؛ لوقوعه عليه؛ ولا تناقضه على أنهما لو لم يشترطا ذلك في العقد صحيح وإن كان من قصد هما رده، مع أن العقد يتبع القصد. والمصحح له ما ذكرناه من أن قصد رده بعد ملک المشتري له غير منافٍ لقصد البيع بوجه، وإنما المانع عدم القصد إلى نقل الملك إلى المشتري أصلاً، بحيث لا يتَرَتب عليه حكم الملك.

١. البقرة (٢): ٢٧٥.

٢. قال به الشيخ في تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٣، ذيل الحديث ١٣٧.

٤. المعُلَّل هو العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٢٥١، المسألة ١١٨.

٥. راجع غایة المراد، ج ٢، ص ٦١ - ٦٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢).

(ويجب قبضُ الثمن لو دفعه إلى البائع) مع الحلول مطلقاً، (في الأجل) أي بعده (لأقبله): لأنَّه غير مستحقٍ حينئذٍ، وجاز تعلُّقُ غرضِ البائع بتأخير القبض إلى الأجل، فإنَّ الأغراضَ لا تنتهي.

(فلو امتنع) البائع من قبضه حيث يجب (قبضهُ الحاكم) إنْ وُجد، (فإنْ تعذر) قبضُ الحاكم ولو بالمشقةِ البالغة في الوصول إليه أو امتناعه من القبض، (فهو أمانة في يد المشتري لا يضمُّنهُ لو تَلَفَّ بغير تفريط، وكذا كُلُّ من امتنع من قبض حَقِّهِ).

ومقتضى العبارة أنَّ المشتري يُنْتَهِي بيده ممِّيناً على وجه الأمانة، وينبغي مع ذلك أن لا يجوز له التصرفُ فيه، وأن يكون نَمَاؤه للبائع تَحْقِيقاً لتعيته له. وربما قيل بمقائه على ملك المشتري وإنْ كان تَلَفَّهُ من البائع. وفي الدروس: أنَّ للمشتري التصرفُ فيه، ففيقُلي في ذمتهٌ^١.

(ولا حَجْرٌ في زيادة الثمن ونَفْصَانِه) على البائع والمشتري (إذا عَرَفَ المشتري القيمة)، وكذا إذا لم يعرف؛ لجواز بيع الغنِّ إجماعاً، وكأنَّه أراد نفيَ الحَجْر على وجه لا يترتب عليه خيار، فيجوز بيع المَتَاع بدون قيمة وأضعافها؛ (إلا أنَّ يُؤَدِّي إلى السَّفَهِ) من البائع أو المشتري فيبطل البيع. ويرتفع السَّفَهُ بتعلُّقُ غرضٍ صحيحٍ بزيادة النَّفْصان، إما لقولهما، أو لترتب غرضٍ آخرٍ يقابلها، كالصبر بِذَنِّ حَالٍ ونحوه.

(ولا يجوز تأجيل الحال بزيادة) فيه ولا بدونها، إلا أن يُشَرِّط الأجلُ في عقد لازم، فيلزم الوفاء به. ويجوز تعجيله بنقصان منه بإبراء أو صلح.

(ويجب) على المشتري إذا باع ما اشتراه مؤجلاً (ذكرُ الأجل في غير المساومة، فيتخيَّر المشتري بدونه) أي بدون ذكره، بين الفسخ والرضا به حالاً (للتدليس) ورؤيَّ أنَّ للمشتري من الأجل مثله^٢.

١. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٨٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٤٧، ح ٢٠٣.

(الثاني في القبض)

(إطلاق العقد) بتجريده عن شرط تأخير أحد العوضين، أو تأخيرهما إذا كانا عينين أو أحدهما (يقتضي قبض العوضين، فيقتضي بضان معاً لو تمّا نعاً) من التقدم، (سواء كان الثمن عيناً أو ديناً)، وإنما لم يكن أحدهما أولى بالتقديم؛ لتساوي الحقين في وجوب تسليم كلّ منها إلى مالكه.

وقيل: يُعتبر البائع على الإقباض أولاً؛ لأنَّ الثمن تابع للمبيع^١.

ويُضعف باستواء العقد في إفادة الملك لكلّ منها. فإن امتنعاً أجبهما الحاكم معاً مع إمكانه، كما يُعتبر الممتنع من قبض ماله. [فإن تعذر فكالذين إذا بذله المديون فامتنع من قبوله^٢.]

(ويجوز اشتراط تأخير إقباض المبيع مدةً معينة) كما يجوز اشتراط تأخير الثمن، (والانتفاع به منفعةً؛ معينةً)؛ لأنَّ شرط سائغ، فيدخل تحت العموم. (والقبض في المنقول) - كالحيوان والأقمشة والمكيل والتوزون والمعدود - (نقْلُه، وفي غيره التخلية) بينه وبينه بعد رفع اليد عنه. وإنما كان القبض مختلفاً كذلك؛ لأنَّ الشارع لم يحدِّه، فيرجع فيه إلى العرف، وهو دالٌّ على ما ذُكر. وفي المسألة أقوال^٣، هذا أجودها:

فمنها: ما اختاره في الدروس من أنَّه: في غير المنقول التخلية، وفي الحيوان نقْلُه، وفي المعتبر كيله أو وزنه أو عدّه أو نقله، وفي التوب وضعه في اليد^٤. واستند في اعتبار الكيل أو الوزن في المعتبر بهما إلى صحيحة معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام^٥.

١. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٨٨.

٢. ما بين معقوفين لم يرد في النسخ، أثبتناه من المطبوع.

٣. للأقوال راجع مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٣٠١. المسألة ٢٧٨.

٤. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٥، ح ١٤٦.

وفي دلالتها عليه نظر، وإلحاد المعدود بهما قياس، والفرق بين الحيوان وغيره ضعيف. ومنها: الاكتفاء بالتخلية مطلقاً، ونفّي عنه الأساس في الدروس بالنسبة إلى نقل الضمان لا زوال التحرير، أو الكراهة عن البيع قبل القبض.^١ والعرف يأبه، والأخبار تدفعه.^٢

وحيث يكتفى بالتخلية فالمراد بها رفع المانع للمشتري من القبض بالإذن فيه، ورفع يده ويد غيره عنه إن كان. ولا يشترط مضي زمان يمكن وصول المشتري إليه، إلا أن يكون في غير بلده بحيث يدلّ العرف على عدم القبض بذلك. والظاهر أنَّ اشتغاله بملك البائع غير مانع منه وإنْ وجب على البائع التفريح.

ولو كان مشتركاً، ففي توقفه على إذن الشريك قولهان^٣، أجودهما العدم؛ لعدم استلزمame التصرف في مال الشريك؛ نعم، لو كان متقولاً توقف على إذنه؛ لافتقار قبضه إلى التصرف بالنقل. فإن امتنع من الإذن نصب الحكم من يقيضه أجمع، بعضه أمانة وبعضه لأجل البيع. وقيل: يكفي حينئذ التخلية وإن لم يكتف بها قبله.^٤

(وبه) أي بالقبض كيف فرض (ينتقل الضمان إلى المشتري إذا لم يكن له خيار) مختصٌ به أو مشتركٌ بينه وبين أجنبي، فلو كان الخيار لهما فتألفه بعد القبض زمانه منه أيضاً.

وإذا كان انتقال الضمان مشروطاً بالقبض، (فلو تألف قبله فمن البائع) مطلقاً (مع أنَّ التمام) المنفصل المتتجدد بين العقد والتلف (للمشتري) ولا يُعد في ذلك؛ لأنَّ التلف لا يبطل البيع من أصله، بل يفسخه من حينه، كما لو انفسخ بخيار.

هذا إذا كان تلفه من الله تعالى، أما لو كان من أجنبي أو من البائع، تخير المشتري

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ١٩٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. منها تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢١، ح ٨٩، باب عقود البيع، ح .

٣. القول بالتوقف للشيخ في باب الهبة من المبوسط، ج ٢، ص ٣٠٦؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٢، ص ٤٦٥٦ ولم نعثر القول بعدم التوقف.

٤. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٢٤٤، المسألة ٢٠ في باب الهبة.

بين الرجوع بالثمن - كما لو تَلِف من الله - وبين مطالبة المُتَلِّف بالمثل أو القيمة. ولو كان التلف من المشتري فهو بمنزلة القبض.

(وإن تَلِفَ بعْضُهُ أو تَعَيَّبَ) من قِبْلِ الله تعالى أو قِبْلِ البائع (تخِيرُ المشتري في الإمساكِ مع الأُرْش والفسخِ)، ولو كان العيب من قِبْلِ أجنبي، فالأُرْش عليه للمشتري إن التزم، وللبائع إن فسخ.

(ولو غُصِّبَ من يد البائع) قبل إقباضه (وأُسْرِعَ عودُهُ) بحيث لم يَفُتْ من منافعه ما يُعْتَدُ به عرفاً (أو أُمْكِنَ) البائع (نَزَعُهُ بسرعة) كذلك (فلا خيار) للمشتري؛ لعدم مُوجِبه، (وإِلَّا) يمكن تحصيله بسرعة (تخِيرُ المشتري) بين الفسخِ والرجوع على البائع بالثمن إن كان دَفْعَهُ، والالتزام بالمباع وارتقابِ حصوله، فيتتفَّغُ حينئذٍ بما لا يتوَقَّفُ على القبض كعُنقِ العَبْدِ.

ثم إن تَلِفَ في يد الغاصب فهو مما تَلِفَ قبل قبضه، ففيظل البيع وإنْ كان قد رَضِيَ بالصبر، مع احتمال كونه قبضاً. وكذا لو رَضِيَ بكونه في يد البائع، وأولى بتحقق القبض هنا.

(ولَا أَجْرَةَ عَلَى البَائِعِ فِي تِلْكَ الْمَدَّةِ) التي كانت في يد الغاصب وإنْ كانت العينُ مضمونةً عليه؛ لأنَّ الأَجْرَةَ بمنزلة النَّمَاءِ المتَجَدِّدِ، وهو غير مضمون. وقيل: يَضْمِنُها؛ لأنَّها بمنزلة النقص الداخلي قبل القبض، وكالنماء المتَّصل^١. والأقوى اختصاص الغاصب بها.

(إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمَنْعُ مِنْهُ) فيكون غاصباً إذا كان المنْعُ بغير حقٍّ. فلو حبسه ليتقابضاً أو ليقْبِضَ الثمنَ حيث شَرَطَ تقدِّمَ قبضه، فلا أَجْرَةَ عليه؛ للإذن في إمساكه شرعاً.

وحيث يكون المنْعُ سائغاً، فالنفقة على المشتري؛ لأنَّه مِلْكُه، فإنَّ امتناع من الإنفاق رفعَ البائعُ أمرَه إلى الحاكم؛ ليُجْبِرَه عليه، فإنْ تَعَذَّرَ أَنْفَقَ بنية الرجوع، ورجع كنظائره.

١. قال به المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٤، ص ٤١١.

(وليُكُن البيع) عند إقاضه (مُفَرِّغاً) من أمنية البائع وغيرها مما لم يدخل في البيع. ولو كان مشغولاً بزرع لم يبلغ وجوب الصبر إلى أوانه إن اختاره البائع. ولو كان فيه ما لا يخرج إلا بهدمٍ وجب أرشه على البائع، والتفریغ وإن كان واجباً إلا أن القبض لا يتوقف عليه، فلو رضي المشتري بتسليم مشغولاً تم القبض، ويجب التفریغ بعده.

(ويُكَرَّه بيع المكيل والموزون قبل قبضه)، للنهي عنه^١ المحمول على الكراهة جمعاً. (وقيل: يحرم إن كان طعاماً)^٢، وهو الأقوى، بل يحرم بيع مطلق المكيل والموزون؛ لصحّة الأخبار الدالة على النهي^٣، وعدم مقاومة المعارض لها على وجهٍ يوجب حمله على خلاف ظاهره، وقد تقدّم.

(ولو ادَّعَ المشتري نقصان المبيع^٤) بعد قبضه (حَلَفَ إن لم يكن حَضْر الاعتبار)؛ لأصله عدم وصول حَقَّه إليه، (وإلا) يكن كذلك، بأن حَضْر الاعتبار (أَحَلَفَ البائع)؛ عملاً بالظاهر من أن صاحبَ الحَقِّ إذا حضر اعتباره يحتاط لنفسه ويَعْتَبِر مقدارَ حَقَّه.

ويمكن موافقة الأصل للظاهر باعتبار آخر، وهو أن المشتري لما قبض حَقَّه كان في قوَّة المُعْتَرِف بوصول حَقَّه إليه كُلَّا، فإذا ادَّعَى بعد ذلك نقصانه كان مذعياً لما يخالف الأصل، ولا يلزم مثله في الصورة الأولى؛ لأنَّه إذا لم يحضر لا يكون معترفاً بوصول حَقَّه؛ لعدم اطْلَاعه عليه، حتى لو فُرِضَ اعترافه، فهو مبنيٌ على الظاهر، بخلاف الحاضر.

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٥-٣٦، ح ١٤٧ - ١٥٠.

٢. قال به الشيخ في المسوط، ج ٢، ص ٥٥: وابن البراج في المذهب، ج ١، ص ٣٨٥.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٦، ح ١٤٩ - ١٥٠.

٤. تقدّم في ص ٢٠٠ بباب السلف، وكذلك في آداب البيع ص ١٢٨.

٥. أي أن المشتري إذا كان محقّاً في النقص فله أن يقول: لم أقبض من المبيع إلا كذا وكذا، فإذا ادعى البائع إقاض الجميع ولا يثبت حكم بقول المشتري مع يمينه، ولو لا تحويل الدعوى بصيغة الإنكار لقبض الجميع لم يستقم له هذا المطلوب. هذا إذا لم يكن قد ادعى النقص أولاً بصيغة النقص، فلو سبق إلى دعوى النقص وكان قد حضر الاعتبار حلف البائع ولا يسمع تحويل الدعوى هنا. (زين رحمة الله)

(ولو حَوَّلَ المشتري الدعوى) حيث لا يقبل قوله في النقص (إلى عدم إقراض الجميع) من غير تعرُّض لحضور الاعتبار وعدمه أو معه (خلف): لأصلة عدم وصول حَقَّهُ إليه، (ما لم يكن سَبَقَ بالدعوى الأولى) فلا تُسمِعُ الثانية؛ لتناقض كلاميه. وهذه من العيُّل التي يَتَرَكَّبُ عليها الحكمُ الشَّرعي، كدعوى براءة الْذَّمَّةَ من حقِّ المَدْعى لو كان قد دفعه إليه بغير بِيَنَةٍ، فإنه لو أقرَ بالواقع لَرَمَه.

(الثالث: فيما يدخل في المبيع) عند إطلاق لفظه.

(و) الضابط: أنه (يُرَاعَى في اللغةُ والعرفُ) العامُ أو الخاصُ، وكذا يُرَاعَى الشرعُ بطريقِ أولى، بل هو مقدمٌ عليهمَا، ولعله أدرجه في العرف؛ لأنَّه عَرَفَ خاصًّا. ثم إنَّ اتفقت، وإلا قَدْ الشَّرعي، ثُمَّ العَرْفِي، ثُمَّ اللَّغوي.

(ففي بيع البستان) بلفظه تَدْخُلُ (الأَرْضُ وَالشَّجَرُ قطعاً (والبِنَاءُ)) كالجدار وما أشبهه من الرَّكائز^١ المُتَبَيَّنةٍ في داخله؛ لحفظ التراب عن الانتقال. أمَّا البناءُ المُعَدُّ للسُّكُنِي ونحوه، ففي دخوله وجهان، أجودهما اتباع العادة. ويدخل فيه الطريقُ والشَّربُ؛ للعرف.

ولو باعه بلفظ «الكَرْم» تناول شجر العنب؛ لأنَّه مدلوله لغةً، وأمَّا الأرضُ والغَرِيشُ والبناءُ والطريقُ والشَّربُ فيرجع فيها إلى العرف، وكذا ما اشتغل عليه من الأشجار غيره. وما شُكَّ في تناول اللَّفظ له لا يدخل.

(و) يَدْخُلُ (في الدارِ الأَرْضُ وَالبِنَاءُ أعلاه وأسفله، إِلَّا أَنْ يَنْفَرِدَ الأَعْلَى عادَةً)، فلا يدخل إِلَّا بالشرط أو القرينة (وَالْأَبْوَابُ) المُتَبَيَّنةُ. وفي المنفصلة كاللوح الدكاكين وجهان، أجودهما الدخول؛ للعرف. وإن فصلها، ف تكون كالجزء وإن انفصلت، وإطلاق العبارة يتناولها، وفي الدروس قيدها بالمتَبَيَّنة^٢ فيخرج.

١. الرَّكِيزَة: القطعة من جواهر الأرض المركوزة فيها، جمعها رِكَاز ورِكَانَز. المعجم الوسيط، ص ٣٦٩، «ركز».

٢. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص ١٨٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

(والأغلاق المنصوبة) دون المنفصلة كالأقال، (والأخشاب المثبتة) كالمتخدة لوضع الأمانة وغيرها، دون المنفصلة وإن انتفع بها في الدار؛ لأنها كالآلات الموضوعة بها، (والسلالم المثبت) في البناء؛ لأنَّه حينئذٍ بمنزلة الدرجَة بخلاف غير المثبت؛ لأنَّه كالآلَة، وكذا الرفُّ^١. وفي حكمها الخوازي^٢ المثبتة في الأرض والعيطان؛ (والمفتاح) وإنْ كان منقولاً؛ لأنَّه بمنزلة الجزء من الأغلاق المحكوم بدخولها، والمرادُ غير مفتاح القفل؛ لأنَّه تابعٌ لِقفله. ولو شهدت القرينة بعدم دخوله لم يدخل. وكذا يدخل الحوضُ والبئرُ والحمامُ المعروفُ بها والأوتادُ، دون الرَّحى وإنْ كانت مثبتةً؛ لأنَّها لا تُعدُّ منها، وإنْ يثبُتها؛ لسهولة الارتفاع بها.

(ولا يدخل الشجرُ الكائنُ بها إلَّا مع الشرط، أو يقول: «بما أغلق عليه بابها»، أو «ما دار عليه حائطُها»)، أو شهادة القرائن بدخوله، كالمُساؤمة عليه، وبذلِّ شمِّ لاصلح إلَّاهما، ونحو ذلك.

(و) يدخل (في النخلِ الطليع^٣ إذا لم يُؤَبِّر) بتحقيق طلع الإبات و ذر طلع الذكور فيه ليجيء ثمره أصلح، (ولو أَبْرَ، فالشمرة للبائع) ولو أَبْرَ البعض فلكل حكمه على الأقوى. والحكم مختص بالبيع، فلو انتقل النخلُ بغيره لم يدخل الطلع مطلقاً متى ظهر كالثمرة.

(و) حيث لا يدخل في البيع (يجب تبيينها إلى أوان أخذها عرفاً) بحسب تلك الشجرة، فإن اضطرب العرف فالأغلب، ومع التساوي، ففي الحمل على الأقل أو الأكبر، أو اعتبار التعيين؛ وبدونه يبطل، أو جهة.

١. الرف بالفتح: خشب يرفع عن الأرض إلى جنب الجدار يُوقَّى به ما يوضع عليه، جمعه رُفُوفٌ ورُفافٌ. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٢، ص ٢٤٥-٢٤٦، «رقف».

٢. الخوازي: وعاء الماء الذي يحفظ فيه، جمعها الخوازي. المعجم الوسيط، ص ٢١٣، «خباً».

٣. الطلع - بالفتح: ما يطلع من النخلة ثم يصير ثمراً إن كانت أثني، وإن كانت النخلة ذكرًا لم يصر ثمراً بل يتوكل طريراً ويترك على النخلة أيامًا معلومة حتى يصير فيه شيءٌ أبيض مثل الدقيق ولها رائحة ذكية فليقع به الأنثى. المصباح المنير، ص ٣٧٦-٣٧٥، «طلع».

(وطبع الفحول للبائع) متى ظهر، (وكذا باقي الشمار مع الظهور) وهو انعقادها، سواء كانت بارزةً أم مستترّةً في كمامٍ أو وردٍ. وكذا القول فيما يكون المقصود منه الوزد أو الورق، ولو كان وجوده على التعاقب فالظاهر منه حال البيع للبائع والمتجدد للمشتري، ومع الامتزاج يرجع إلى الصلح.

(ويجوز لكلٍّ منها) أي من البائع الذي يقيّث له الثمرة، والمشتري (السقي) مراعاةً لملكه، (إلا أن يُستَضْرِي) معاً فيمنعان. (ولو تقابلًا في الضرب والنفع رجحنا مصلحة المشتري)؛ لأنَّ البائع هو الذي أدخل الضرر على نفسه ببيع الأصل، وتسليم المشتري عليه الذي يلزمه جواز سقِّيه.

وتوقف في الدروس حيث جَعَل ذلك احتمالاً ونَسَبَه إلى الفاضل، واحتمَل تقديم صاحب الثمرة؛ لسبق حقه^١. ويُشكِّل تقديم المشتري حيث يوجب نصاً في الأصل يُحيط بقيمة الثمرة وزيادة، فينبغي تقديم مصلحة البائع مع ضمانه لقيمة الثمرة، جمعاً بين الحَقَّين.

(و) يدخل (في القرية البناء) المشتمل على الدور وغيرها (والمرافق) كالطريق والساحات، لا الأشجار والمزارع إلا مع الشرط أو العرف، كما هو الحال الآن، أو القرينة، وفي حكمها «الضياعة» في عرف الشام.

(و) يدخل (في العبد) والأمة (ثيابه الساترة^٢ للعورة) دون غيرها، اقتصاراً على المُتَيَّقِن دخوله؛ لعدم دخولها في مفهوم العبد لغةً. والأقوى دخول ما دلَّ العرف عليه من ثوب وثوبين وزيادة، وما يتناوله بخصوصه من غير الثياب كالحزام والقلنسوة والخفّ وغيرها. ولو اختلف العرف بالحرّ والتزدَّ دخل ما ذَلَّ عليه حال البيع دون غيره. وما شُكَّ في دخوله لا يدخل؛ للأصل. ومثله الداتبة فيدخل فيها النعل دون آلاتها، إلا مع الشرط أو العرف.

١. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص ١٨٨ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١)؛ مختلف الشيعة، ج. ٥، ص ٢٩٩.
٢. المسألة ٢٧٣

(الرابع: في اختلافهما)

(ففي قدر الثمن يحلف البائع مع قيام العين، والمشتري مع تلفها) على المشهور، بل قيل: إنه إجماع^١. وهو بعيد ومستنده رواية مرسلة^٢. وقيل: يقدم قول المشتري مطلقاً لأنَّه يُنفي الزائد والأصل عدمه، وبراءة ذمته. وفيه قوَّةٌ إن لم يثبت الإجماع على خلافه، مع أنه خيرَةُ التذكرة^٣.

وقيل: يتحالثان ويبطل البيع؛ لأنَّ كلاًًاً منهما مدعٍ ومنكرٍ، لِتَشَكُّصِ العقد بكلٍّ واحدٍ من الشعين، وهو خيرَةُ المصنُفِ في قواعده^٤، وشيخه فخر الدين في شرحه^٥: وفي الدروس نسب القولين إلى النُّدور^٦.

وعلى المشهور لو كانت العين قائمةً لكنَّها قد انتقلت عن المشتري انتقالاً لازماً، كالبيع والعتق، ففي تنزيله منزلة التلف قولهان^٧، أجودهما العدم؛ لصدق القيام عليها وهو البقاء، ومنع مساواته للتلف في العلة الموجبة للحكم.

ولو تلَفَّ بعضاً، ففي تنزيله منزلة تلف الجميع، أو بقاء الجميع، أو الواقع كلُّ جزءٍ بأصله أوجه، أو جهها الأولى؛ لصدق عدم قيامها الذي هو مَنَاط تقديم قول البائع ولو امتَرَجَ بغيره، فإنَّ بقيَ التمييز وإنْ عَسَر التخلص، فالعين قائمة، وإلا فوجها، وعدمه أوجه؛ لعدم صدق القيام عرفاً، فإنَّ ظاهره أنه أخص من الوجود.

(و) لو اختلفا (في تعجيله) أي الثمن (وقدر الأجل) على تقدير اتفاقهما عليه في

١. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ١٤٧، المسألة ٢٣٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٢٩ - ٢٢٠، ح ١٠٠١.

٣. تذكرة الفقهاء، ج ١٢، ص ٨٦، ذيل المسألة ٦٠٠.

٤. القواعد والفوائد، ص ١٩٠، القاعدة ٧٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٥).

٥. إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٥٢٠.

٦. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢٢٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٧. للقولين راجع مسالك الأفهام، ج ٣، ص ٢٦١؛ ومنتاح الكرامة، ج ١٤، ص ٨٠٢.

الجملة (وشرط رهن أو ضمرين عن البائع، يحلف) البائع؛ لأصالة عدم ذلك كله. وهذا مبني على الغالب من أنَّ البائع يدعي التurgil وتنقيل الأجل حيث يتلقى على أصل التأجيل، فلو اتفق خلافه، فادعى هو الأجل أو طوله لغرض يتعلق بتأخير القبض قُدْمًا قول المشتري؛ للأصل.

(وكذا) يقدَّم قول البائع لو اختلفا (في قدر المبيع)؛ للأصل. وقد كان ينبغي مثله في قدر الثمن بالنسبة إلى المشتري لولا الرواية.^١ ولا فرق بين كونه مطلقاً ومعيناً كـ«هذا الثوب»، فيقول: «بل هو الآخر».

هذا إذا لم يتضمن الاختلاف في الثمن كـ«بعتك هذا الثوب بألف»، فقال: «بل هو الآخر بألفين» وإلا قوي التحالف؛ إذ لا مشترك هنا يمكن الأخذ به.

(وفي تعين المبيع) كما إذا قال: «بعتك هذا الثوب»، فقال: «بل هذا» (يتحالفان)؛ لادعاء كلَّ منهما ما ينفي الآخر بحيث لم يتلقا على أمر ويختلفا فيما زاد، وهو ضابط التحالف، فتحلِّف كلُّ منهما يميناً واحدةً على نفي ما يدعى الآخر، لا على إثبات ما يدعى؛ ولا جامعه بينهما. فإذا حلَّفا انقضى العقد، ورجع كلُّ منهما إلى عين ماله أو بدلها. والباديء منها باليمين من ادعى عليه أولاً، فإنَّ حلف الأول وتكلَّم الثاني وقضى بالنكول، ثبت ما يدعى بالحالف، وإلا حلف يميناً شانياً على إثبات ما يدعى.

نعم إذا حلَّف البائع على نفي ما يدعى المشتري بقي على ملكه، فإنَّ كان الثوب في يده وإلا انزعَّه من يد المشتري.

وإذا حلَّف المشتري على نفي ما يدعى البائع وكان الثوب في يده لم يكن للبائع مطالبه به؛ لأنَّه لا يدعى، وإنْ كان في يد البائع لم يكن له التصرف فيه؛ لاعترافه بكونه للمشتري، وله ثمنه في ذمتَه، فإنَّ كان قد قبض الثمن رَدَه على المشتري، وله أخذُ

١. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٢٢٩، ح. ١٠٠١.

الثوب قصاصاً، وإن لم يكن قبض الثمن أخذ الثوب قصاصاً أيضاً، فإن زادت قيمة عنه فهو مال لا يدعه أحد.

وفي بعض نسخ الأصل: (وقال الشيخ والقاضي: يحلف البائع كالأختلاف في الثمن^١) وضرُب عليه في بعض النسخ المقرؤة على المصنف (رحمه الله). (و) حيث يتحالفان (يبطل العقد من حينه) أي حين التحالف (لا من أصله)، فنماء الثمن المنفصل المتخلل بين العقد والتحالف للبائع، وأ Mata البيع فيشكِّل حيث لم يتعين. نعم، لو قيل به في مسألة الاختلاف في قدر الثمن توجَّه حكم نماء البيع. (و) اختلافهما (في شرط مفسد يقدَّم مدعى الصحة): لأنَّها الأصل في تصرفات المسلم.

(ولو اختلف الورثة نُزَّلَ كُلُّ وارث منزلة مُورِّثِه) فتختلف ورثة البائع لو كان الاختلاف في قدر المبيع والأجل وأصله وقدر الثمن مع قيام العين، و ورثة المشتري مع تلفها. وقيل: يقدَّم قول ورثة المشتري في قدر الثمن مطلقاً^٢; لأنَّه الأصل، وإنما خرج عنه مُورِّثهم بالنص^٣، فيقتصر فيه على مورده المخالف للأصل. وله وجه، غير أنَّ قيام الوارث مقام المورث مطلقاً أجود؛ لأنَّه بمنزلته. ولو قلنا بالتحالف ثبت بين الورثة قطعاً.

(الخامس)

(إطلاق الكيل والوزن) والنقد (ينصرف إلى المعتاد) في بلد العقد لذلك المبيع إن اتَّحد، (إِنْ تَعَدَّ فَالْأَغْلُبُ) استعمالاً وإطلاقاً. فإن اختلفا في ذلك ففي ترجيح أحدهما نظر، ويمكن حينئذ وجوب التعين كما لو لم ينلِب: (إِنْ تَسَاوَتْ) في الاستعمال في

١. الميسوط، ج ٢، ص ٨٦؛ جواهر الفقة، ص ٥٧، المسألة ٢٠٩.

٢. قال به العلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٢، ص ٣٦٢، الرقم ٣٣٤٧.

٣. تقدَّم في ص ٢٥١، الهامش ١.

المبيع الخاص وجوب التعيين؛ لاستحالة الترجيح بدونه، واختلاف الأغراض، (و) لو (لم يُعِين بطل البيع)؛ لما ذكر.

(أُجرة اعتبار المبيع) بالكيل أو الوزن أو النقد (على البائع)؛ لأنَّه لمصلحته، (واعتبار الثمن على المشتري وأجرة الدلال على الأمر)، ولو أمراء فالسابق إن كان مراد كلٍّ منها المماكسة معه.

(ولو أمراء بتولي الطرفين) الإيجاب والقبول (فعليهما) أجرة واحدة بالتنصيف، سواء افترنا أم تلاحقاً. ولو متنعنا من تولي الطرفين من الواحد امتنعأخذ أجرتين، لكن لا يَجُدْ حمل كلام الأصحاب أنه «لا يجتمع بينهما الواحد» عليه؛ لأنَّه قد عَبَرَ به من يَرَى جوازه، بل المراد أنه لا يجتمع بينهما لعمل واحد، وإنْ أمره البائع بالبيع والمشتري بالشراء، بل له أجرة واحدة عليهما أو على أحدهما، كما فصلناه.

(ولا يضمن) الدلال ما يتلف بيده من الأمْتنة (إلا بتفريط)، والمراد به ما يشتمل التعديي مجازاً أو اشتراكاً، (فيحلف على عدمه) لو أدعى عليه التفريط؛ لأنَّه أمين، فيُقبل قوله في عدمه.

(فإن ثبت) التفريط في حقه وضمن القيمة (خلف على) مقدار (القيمة لو خالفه البائع)، فادعى أنها أكثر مما اعترف به؛ لأصلحة البراءة من الزائد، ولا ينافيه التفريط وإنْ أوجب الإنم، كما يُقبل قول الغاصب فيها على أصح القولين^١.

(خاتمة)

(الإقالة فسخ) لا بيع عندنا، سواء وقعت بلفظ الفسخ أم الإقالة، (في حق المتعاقدين

١. كالحقّ في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٩.

٢. ذهب إليه الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٤٩٢؛ وابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٤٩٠؛ وذهب الشيخ المفید إلى تقديم قول المالك في المقنة، ص ٦٠٧؛ وللأقوال راجع غایة المراد، ج ٢، ص ٤١٠ - ٤١١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢).

والشفيع) وهو الشريك، إذ لا شفعة هنا بسبب الإقالة. وحيث كانت فسخاً لا بيعاً (فلا تثبت بها شفعة) للشريك؛ لاختصاصها بالبيع.

وبته بقوله «في حق المتعاقدين» على خلاف بعض العامة حيث جعلها بيعاً في حقهما^١، وب قوله «والشفيع» على خلاف آخرين حيث جعلوها بيعاً في حقه دونهما^٢. فثبتت له بها الشفعة.

(ولا تسقط أجرة الدلال) على البيع (بها)؛ لأنَّه استحقَّها بالبيع السابق فلا ينطِّله الفسخ اللاحق، وكذا أجرة الوزان والكتاب والنقد بعد صدور هذه الأفعال؛ لوجود سبب الاستحقاق.

(ولا تصحَّ بزيادة في الثمن) الذي وقع عليه البيع سابقاً (ولأنَّه فسخ)، ومنه رجوعُ كلِّ عوضٍ إلى مالكه، فإذا شرط فيها ما يخالف مقتضاه فسد الشرطُ وفسدَت بفساده. ولا فرق بين الزيادة العينية والحكمية كالإنتظار بالثمن.

(ويرجع) بالإقالة (كلِّ عوضٍ إلى مالكه) إنْ كان باقياً، وإنما وُه المتأصل تابع له، أما المنفصل فلا رجوع به وإنْ كان حملاً لم ينفصل؛ (فإنْ كان تالفاً فِيمُلُّه) إنْ كان مثلياً، (أو قيمته) يوم التلف إنْ كان قيمياً، أو تَعَدُّر المثل. ولو وجده معيماً رجع بأمره؛ لأنَّ الجزءَ أو الوصفَ الفائتَ بمتزلةِ التالف.

وأفالظُّها: «تعاستخنا» و«تقايينا»، مماً أو متلاحقين من غير فصل يُعْتَدُ به، أو يقول أحدهما: «أَقْتُلُكَ» فيقبل الآخر وإنْ لم يُسِّق التماش. واحتمل المصنف في الدروس الاكتفاء بالقبول الفعلي^٣.

١. راجع المعني المطبوع مع الشرح الكبير، ج ٤، ص ٢٤٤؛ والشرح الكبير المطبوع مع المعني، ج ٤، ص ١٣٢.

٢. بدائع الصنائع، ج ٥، ص ٤٥٥ - ٤٥٦.

٣. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٢٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

كتاب الدين

(كتاب الدين)

(وهو قسمان:)

[القسم] (الأول: القرض) بفتح القاف وكسرها.

وفضله عظيم (والدرهم) منه (بثمانية عشر درهماً مع أن درهم الصدقة عشرة^١). قبل: والسر فيه أن الصدقة تقع في يد المحتاج وغيره، والقرض لا يقع إلا في يد المحتاج غالباً، وأن درهم القرض يعود فيقرض، ودرهم الصدقة لا يعود^٢.

واعلم أن القرض لا يتوقف على قصد القرية، ومطلق التواب يتوقف عليها، فليس كل قرض يتربّب عليه التواب، بخلاف الصدقة، فإن القرية معتبرة فيها، فإطلاق كون درهم القرض بثمانية عشر، إما مشروط بقصد القرية، أو تفضّل من الله تعالى من غير اعتبار التواب بواسطة الوجهين، وقد يقع التفضّل على كثير من فاعلي البر من غير اعتبار القرية كالكرم.

ويفتقر القرض إلى إيجاب وقبول، (والصيغة «أقرضتُك» أو «انتَفعْ به» أو «تصرّفْ فيه») أو «ملَكتُك» أو «أسْلَفْتُك» أو «خُذْ هذا» أو «اضْرِفْه» (وعليك عوضه) وما أدى هذا المعنى؛ لأنّه من العقود الجائزه، وهي لاتنحصر في لفظٍ.

١. الكافي، ج ٤، ص ٣٣، باب القرض، ح .١

٢. كما في التنقح الرابع، ج ٢، ص ١٥٣ .

بل تَنَادِي بما أفاد معناها.

وإنما يحتاج إلى ضعيمة «وعليك عوضه» ما عدا الصيفة الأولى، فإنها صريحة في معناه لا تفتقر إلى انضمام أمر آخر.

(فيقول المفترض «قَبِيلُتْ» وشَبَهُه) ممَّا دَلَّ على الرضى بالإيجاب.

واستقرب في الدروس الاكتفاء بالقبض؛ لأنَّ مرجعه إلى الإذن في التصرف^١. وهو حسن من حيث إباحة التصرف. أمَّا إفادته للملك المترتب على صحة القرض، فلا دليل عليه، وما استدَلَّ به لا يؤدِّي إليه.

(ولا يجوز اشتراطُ النفع)؛ للنهي عن قرض يجُرُّ نفعاً^٢، (فلا يفيد الملك) لو شرطه، سواءً في ذلك الربوي وغيره، وزيادة العين والمنفعة (حتَّى) لو شرط (الصالح) عَوْضَ المُكَسَّرَةِ، خلافاً لِأبِي الصَّلاحِ الْحَلَبِيِّ (رَحْمَةُ اللَّهِ)^٣ وجماعَةٍ^٤ حيث جوَزَا هذا الفرد من النفع؛ استناداً إلى رواية^٥ لا تدلُّ على مطلوبهم، وظاهرها إعطاء الزائد الصحيح بدون الشرط، ولا خلاف فيه، بل لا يكره، وقد رُويَ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ افترض بِكَرَاءً فرَدَّ بازلاً رُباعيَاً، وقال: «إِنَّ خَيْرَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً»^٦.

(وإنما يصح إقراضُ الكامل) على وجه يرتفع عنه الحجر في العال، وأراد كمال المتعاقدين معاً بإضافة المصدر إلى الفاعل والقابل.

(وكلُّ مَا تَسَاوَى أَجْزَاؤُهُ) في القيمة والمنفعة، وتقارب صفاتُه كالعبوب

١. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢٨٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. السنن الكبرى، البهيفي، ج ٥، ص ٥٧٢، ح ٩٢٣؛ الجامع الصغير، ج ٢، ص ٣٩٤، ح ٦٣٣٦، فيما: «كُلُّ قرض جُرُّ منفعة فهو وجه من وجوه الربا».

٣. الكافي في الفقه، ص ٢٣١.

٤. منهم: الشيخ في النهاية، ص ٣١٢؛ ابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٧٣؛ والفالضل المقداد في التنبيح الرابع، ج ٢، ص ١٥٤.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١١٥، ح ٤٩٩.

٦. سنن أبي داود، ج ٣، ص ٢٤٧-٢٤٨، ح ٣٤٦.

والأدهان (يثبت في الذمة مثله، وما لا يساوى) أجزاءه كالحيوان (تبث قيمته يوم القبض)؛ لأنَّه وقتُ الملك.

(وبه) أي بالقبض (يملك) المقرضُ القرضَ على المشهور لا بالتصرف. قيل: لأنَّه فرعُ الملك، فيمتني كونه شرطاً فيه وإلا دار^١. وفيه منع تبعيَّته للملك مطلقاً، إذ يكفي فيه إذنُ المالك، وهو هنا حاصل بالعقد، بل بالإيجاب.

وحيث قلنا بملكه بالقبض (فله ردُّ مثله) مع وجود عينه (وإنْ كَرِهَ المُقْرِضُ)؛ لأنَّ العينَ حينئذٍ تصير كفيراًها من أمواله، والحقُّ يتعلَّق بذمتَه فيتخير في جهة القضاء، ولو قلنا بتوقف الملك على التصرف وجب دفع العين مع طلب مالكها. ويمكن القول بذلك وإنْ ملَكَناه بالقبض، إِنَّما على كون القرض عقداً جائزاً، ومن شأنه رجوع كلِّ عوْضٍ إلى مالكه إذا فسخ، كالهبة والبيع بخيار.

(ولا يلزم اشتراطُ الأجل فيه) لا له ولا لغيره^٢؛ لأنَّه عقدٌ جائزٌ، فلا يلزم ما يُشترط فيه؛ إلحاقاً لشرطه بجزئه. نعم، لو شرط أَجْلُ القرض في عقدٍ لازمٌ لزَمَ على ما سبق. (ويجب) على المديون (نيةُ القضاء) سواءً قدر على أدائه أم لا، بمعنى العزم – وإنْ عجزَ – على الأداء إذا قدر، وسواءً كان صاحبُ الدين حاضراً أم غائباً؛ لأنَّ ذلك من مقتضى الإيمان، كما يجب العزم على أداء كلِّ واجب، وترك كلِّ محروم. وقد رُويَ: «أنَّ من عَزَمَ على قضاة دينه أَعْيَنَ عليه، وأنَّه يُنْقص من معونته بقدر قصور نيتها»^٣.

(وعزَلَه عنده وفاته، والإصاء به لو كان صاحبه غائباً) ليتَمَيَّزَ الحقُّ، ويسلِّمُ من تصرُّف الوارث فيه. ويجب كون الوصاية به إلى ثقة؛ لأنَّه تسليطٌ على مال الغير وإنْ قلنا بجواز الوصاية إلى غيره في الجملة.

(ولو) جَهْله (يَئِسَ منه تصدِّقَ به عنه) في المشهور. وقيل: يتعين دفعه إلى

١. قال به الفاضل المقداد في التبيح الرابع، ج. ٢، ص. ١٥٦.

٢. في نسخة «ن»: «لا لماله ولا لغيره».

٣. تهذيب الأحكام، ج. ٦، ص. ١٨٥، ح. ٣٨٤ مع اختلاف يسير في الألفاظ.

الحاكم؛ لأنَّ الصدقةَ تصرُّفٌ في مال الغيرِ بغيرِ إذنه١.
ويُضعفُ بأنَّها إحسانٌ محضٌ إليه؛ لأنَّه إنْ ظهرَ ولم يُرضَ بها ضَمِّنَ له عَوْضَها، وإنَّا
فهي أَنْفعُ من بقاءِ العينِ المعزولةِ المعرَّضةِ لتلقيها بغيرِ تفريطِ المُسقِطِ لحَقِّهِ. والأقوى
التخييرُ بين الصدقةِ والدفعِ إلى الحاكم، وإيقائهِ في يدهِ.

(ولا تصحُّ قسمةُ الدين) المشتركُ بين شريكَيْن فصاعداً على المشهورِ، (بل
الحاصلُ منهُ (لهمَا، والتَّاوِي) – بالمُتَنَّأ – وهو الهاكُ (منهما)). وقد يُحتمَلُ للقسمةِ،
بأنْ يُجْعَلَ كُلُّاً منهما صاحبَه بحَصَّتِه التي يُريدُ إعطاءَها صاحبَه، ويَقْبَلُ الآخرُ، بِنَاءً عَلَى
صَحَّةِ الْحَوَالَةِ مِنَ الْبَرِيءِ، وَكَذَا لَوْ اصْطَلَّحَا عَلَى مَا فِي الذِّمَمِ بَعْضًا بَعْضًا، وَفَاقَ
لِلْمُصْفَّ في الدَّرُوسِ٢.

(ويصحُّ بيعُه بحالٍ) وإنْ لم يُقْبَضْ من المديونِ وغيرِه، حَالًاً كَانَ الَّذِينَ أَمْ مُؤْجَلًا.
ولَا يَمْتَنَعُ تَعْدُرُ قبْضِه حَالَ الْبَيْعِ مِنْ صَحَّتِه؛ لأنَّ الشَّرْطَ إِمْكَانُهُ فِي الجَمْلَةِ لَا حَالَةَ الْبَيْعِ.
ولَا فَرْقٌ فِي بَيْعِه بِالْحَالِ بَيْنَ كُونِه مُشَخَّصًا وَمُضْمَنًا عَلَى الأَقْوَى؛ لِلأَصْلِ، وَعَدْمِ
صَدْقِ اسْمِ الدِّينِ عَلَيْهِ.

(لا بِمُؤْجَلٍ)؛ لأنَّه بيعُ دَيْنٍ بَدَيْنٍ.

وفيه نظرٌ؛ لأنَّ الَّذِينَ الممنوعُ مِنْهُ ما كَانَ عَوْضًا حَالَ كُونَه دِينًا بِمَقْضِي تَعْلُقِ الْبَاءِ
بِهِ، وَالْمُضْمَنُونُ عِنْدَ الْعَدْدِ لَيْسُ بِدَيْنٍ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ دِينًا بَعْدَهُ، فَلَمْ يَتَحَقَّقْ بِيَعْ بِيَعِ الدِّينِ بِهِ؛
وَلَا نَهَا يَلْزَمُ مِثْلَهُ فِي بَيْعِه بِحَالٍ، وَالْفَرْقُ غَيْرُ وَاضْعَف.

وَدَعْوَى إِطْلَاقُ اسْمِ الدِّينِ عَلَيْهِ، إِنْ أَرَادُوا بِهِ قَبْلَ الْعَدْدِ فَمُمْنَوْعٌ؛ أَوْ بَعْدِهِ فَمُشْتَرِكٌ،
وَإِطْلَاقُهُمْ لَهُ عَلَيْهِ عَرْفًا إِذَا بَيَعَ بِهِ فَيَقُولُونَ «بَاعَ فَلَانٌ مَالَهُ بِالدِّينِ» مَجَازٌ بِقَصْدِ أَنَّ النَّمَنَ
بَقِيَ فِي ذَمَّتِهِ دِينًا بَعْدِ الْبَيْعِ، وَلَوْ اعْتَرَّ هَذَا الإِطْلَاقُ جَاءَ مِثْلُهُ فِي الْحَالِ إِذَا لَمْ يَقِضِهِ،
خَصْوَصًا إِذَا أَمْهَلَهُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَأْجِيلٍ.

١. قال به ابن إدريس في السراير، ج ٢، ص ٣٧.

٢. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢٨١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

(وبزيادة) عن قدره (ونقيصة، إلا أن يكون رَبُوِيًّا)، فتُعتبر المساواة.
 (ولا يلزم المديون أن يدفع إلى المشتري إلَّا ما دفع) المشتري إلى البائع (على
 روایة محمد بن الفضیل^١ عن أبي الحسن الرضا^{عليه السلام}^٢، وقربٌ منها روایة أبي حمزة
 عن البارق^{عليه السلام}^٣. وإنما اقتصر على الأولى؛ لأنها أصرح، وعُمل بمضمونها الشیء^٤
 وجماعه^٥. ويظهر من المصنف الميل إليه، وفي الدروس: لا معارض لها^٦.

لكن المستند ضعيف، وعموم الأدلة تدفعه، وحُمِّل على الضمان مجازاً لشبيه للبيع
 في المعاوضة، أو على فساد البيع؛ للربا وغيره، فيكون الدفع مأذوناً فيه من البائع في
 مقابلة ما دفع، وينبئ الباقى لمالكه. والأقوى مع صحة البيع لزوم دفع الجميع. ويجب
 مراعاة شروط الربا والصرف، ولو وقع صلحاً اغْتَرَ الثاني خاصة.

(ومنع ابن إدريس من بيع الدين على غير المديون^٧). استناداً إلى دليلٍ قاصرٍ^٨

١. في النسخ «الفضل» والمثبت من المصدر.

٢. الكافي، ج. ٥، ص. ١٠٠ باب بيع الدين بالدين، ح. ٣؛ تهذيب الأحكام، ج. ٦، ص. ١٩١، ح. ٤١٠.

٣. تهذيب الأحكام، ج. ٦، ص. ١٨٩، ح. ٤٠١.

٤. النهاية، ص. ٣١١.

٥. منهم: ابن البراج نقله عنه العلامة في مختلف الشيعة، ج. ٥، ص. ٣٨٩، المسألة ٦. ولم نعثر عليه في كتب ابن البراج؛ ومنهم: المحقق في شرائع الإسلام، ج. ٢، ص. ٦٢؛ والشهيد في غایة المراد، ج. ٢، ص. ١٢٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ٢).

٦. الدروس الشرعية، ج. ٣، ص. ٢٨١ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

٧. السراير، ج. ٢، ص. ٣٨.

٨. حاصل استدلال ابن إدريس على المنع من بيعه على غير المديون يرجع إلى حصر ادعى صحته، وهو أنَّ البيع إنما عين معينة أو في الذمة، والأول إنما يبع عين مرئية مشاهدة فلا يحتاج إلى وصفها وذكر جنسها وهو بيع خيار الرؤبة، وأما الذي في الذمة فهو السلف المفتر إلى الأجل المعين والوصف الخاص، قال: والدين ليس عيناً مشاهدة ولا معينة موصوفة؛ إذ للمديون التخبر في جهات القضاء وليس بسلم إجماعاً ولا قسم رابع هنا لنا. ثم اعترض على نفسه بأنه خلاف الإجماع، لبعقده على صحة بيع الدين.

تم أجاب بأنَّ العمومات قد تخصَّ والأدلة هنا عامة نصختها ببيعه على غير من هو عليه. ثم عقب ذلك بأنه تتحقق لا يبلغه إلا محقق أصول الفقه وضابط فروع المذهب، عالم بأحكامه، محكم لمداره وتقريراته وتقسيماته ثم

وتقسيمٍ غيرٍ حاصل. (والمشهورُ الصَّحَّةُ) مطلقاً؛ لعموم الأدلة.
 (ولو باع الذمِّي ما لا يَمْلِكُهُ المُسْلِمُ) كالخمر والخنزير (ثُمَّ قُضِيَّ مِنْهُ دِينَ)
 المُسْلِمِ صَحَّ قبْضُهُ ولهُ شَاهَدَهُ) المُسْلِمُ؛ لإقرار الشارع له على ذلك، لكن بشرط
 استثاره به، كما هو مقتضى الشرع، فلو ظَاهَرَ به لَمْ يَجُزْ، ومن ثُمَّ يُقْتَيَدُ بالذمِّي؛ لأنَّ
 الْحَرَبِي لا يُفَرِّغُ على شيءٍ من ذلك، فلا يجوز تناوله منه.

(ولا تَحْلِلُ الْدِيُونُ الْمُؤْجَلَةُ بَعْدَ حَرْجِ الْمَفْلِسِ)؛ عَمَلاً بِالْأَصْلِ، (خَلْفَاً لِابْنِ الْجُنَيْدِ
 رَحْمَةِ اللَّهِ) حيث زعم أنها تَحْلِلُ قِيَاساً على المَيِّتِ^١. وهو باطل مع وجود الفارق
 بتضُرُّ الورثة إنْ مَيَّعوا من التصرف إلى أن يَحْلِلَ، وصاحب الدين إنْ لم يَمْتَعُوا، بخلاف
 الْمَفْلِسِ؛ لبقاء ذمته.

(وَتَحْلِلُ الْدِيُونُ الْمُؤْجَلَةُ إِذَا مَاتَ الْمَدْيُونُ)، سُوَاءً فِي ذَلِكَ مَالُ السَّلْمِ، وَالْجَنَاحِيَّةُ
 الْمُؤْجَلَةُ، وَغَيْرُهُما؛ للعموم. وكُونُ أَجْلِ السَّلْمِ يقتضي قسْطاً من الثمن، وأَجْلِ الْجَنَاحِيَّةِ
 بتعيُّنِ الشارع؛ ولتحقيق الفرق بين الجنایات، لا يدفع عموم النص.

(ولا تَحْلِلُ بِمَوْتِ الْمَالِكِ) دون المديون؛ للأصل، خرج منه موت المديون فيبقى
 الباقي. وقيل تَحْلِلُ^٢؛ استناداً إلى رِوَايَةِ مَرْسَلَةٍ^٣، وبالقياس على موت المديون،
 وهو باطل.

(ولِلْمَالِكِ انتِزَاعُ الْسِّلْعَةِ) التي نَقَلَهَا إِلَى الْمَفْلِسِ قبل الحجر ولم يستوفِ عِوْضَها

→ استدلّ أيضاً بالإجماع على عدم صحة جعل الدين مضاربة إلا بعد قبضه. ثم أطْبَ في ذلك بما لا محظى له.
 وأنْتَ خَبِيرٌ بِأَنَّ التَّقْسِيمَ الَّذِي أَدْعَى فِيهِ الْحَصْرُ لَا دَلِيلٌ عَلَيْهِ. وَأَنَّا مَا أَدَعَاهُمْ مِنَ الْإِجْمَاعِ وَارْدَعَهُمْ وَمَا اعْتَذَرَ عَنْهُ
 مِنَ التَّخْصِيصِ مُتَوَقَّفٌ عَلَى قِيَامِ الْمُخَصَّصِ وَهُوَ مَفْقُودٌ، وَالْمَنْعُ مِنَ الْمُضَارِبَةِ عَلَى الدِّينِ لَا مَدْخَلٌ لَهُ فِي الْمَنْعِ مِنْ
 بَعْدِ أَصْلِهِ، إِلَّا لِمَنْ مِنْهُمْ يَعْلَمُ كَمَا يَعْلَمُ مِنْ مُضَارِبِهِ بِهِ. وَإِنَّا الْمَانِعَ عَنْهُمْ مِنَ الْمُضَارِبَةِ أَمْ أَخْرِ
 أَشْرَنَا إِلَيْهِ فِي بَابِهِ وَلَا فَرْقَ بَيْنِ الْبَيْعِ لِلَّدِينِ وَالسَّلْمِ فِي أَبْلَاجِهِ وَهُوَ لَا يَصِيرُ الْمَجْهُولَ مَعْلُوماً. (مِنْ رَحْمَةِ اللَّهِ)

١. حِكَاهُ عَنْهُ الْعَالَمَةُ فِي مُخْلَفِ الشِّيْعَةِ، ج ٥، ص ٤٧٣، المسألة ١٢٥.

٢. قَالَ بِهِ الشِّيْخُ فِي النِّهَايَةِ، ص ٣١٠.

٣. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج ٦، ص ١٩٠، ح ٤٠٧.

مع وجودها، مقدماً فيها على سائر الديان (في الفَسْلِ إِذَا لَمْ تَزِدْ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً) كالسِّمَنِ والطُّولِ، فإن زادت كذلك لم يكن لها أَخْذُها؛ لحصولها على ملك المفلس، فيمتنع أَخْذُ العينِ بدونها ومعها.

(وَقِيلَ: يَجُوزُ^٢ انتزاعُهَا (وَإِنْ زَادَتْ^٣)؛ لَأَنَّ هَذِهِ الزِّيَادَةُ صَفَّةٌ مُحْضَةٌ، وَلَيْسَ مِنْ فَعْلِ الْمَفْلِسِ، فَلَا تَعْدُ مَالاً لَهُ؛ وَلِعُومٍ «مِنْ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ فَهُوَ أَحْقُّ بِهَا»^٤. وَفِي قَوْلٍ ثَالِثٍ يَجُوزُ أَخْذُهَا، لَكِنْ يَكُونُ الْمَفْلِسُ شَرِيكًا بِمَقْدَارِ الزِّيَادَةِ^٥.

وَلَوْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ مُنْفَصِلَةً كَالْوَلِدِ وَإِنْ لَمْ يَنْفَصِلْ، وَالشَّمْرَةُ وَإِنْ لَمْ تَقْطُفْ، لَمْ يُمْنَعْ مِنْ الانتزاعِ، وَكَانَتِ الزِّيَادَةُ لِلْمَفْلِسِ، وَلَوْ كَانَتِ بِفَعْلِهِ - كَمَا لَوْ غَرَسَ، أَوْ صَبَغَ الشَّوْبَ، أَوْ خَاطَهُ، أَوْ طَحَنَ الْحِنْطَةَ - كَانَ شَرِيكًا بِنَسْبَةِ الزِّيَادَةِ.

(وَغَرْمَاءُ الْمَيِّتِ سَوَاءٌ فِي تِرْكَتِهِ مَعَ الْقُصُورِ) فَيُقْسِمُ عَلَى نَسْبَةِ الْدِيَوْنِ، سَوَاءٌ فِي ذَلِكَ صَاحِبُ الْعَيْنِ وَغَيْرُهُ، (وَمَعَ الْوَفَاءِ لِصَاحِبِ الْعَيْنِ أَخْذُهَا فِي الْمَشْهُورِ) سَوَاءٌ كَانَتِ التَّرْكَةُ بِقَدْرِ الْدِيَنِ أَمْ أَزِيدَ، وَسَوَاءٌ مَاتَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ أَمْ لَا. وَمُسْتَنْدُ الْمَشْهُورِ صَحِيحَةُ أَبِي ولَادِ عَنِ الصَّادِقِ^٦.

(وَقَالَ أَبْنَ الْجَنْيدِ: يَخْتَصُّ بِهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَفَاءُ^٧) كَالْمَفْلِسِ قِيَاسًاً، وَاسْتَنَادًاً إِلَى رِوَايَةِ مَطْلَقِهِ فِي جُوازِ الْاِخْتَصَاصِ^٨؛ وَالْأَوَّلُ باطِلٌ، وَالثَّانِي يَجُبُ تَقْيِيدهُ بِالْوَفَاءِ جَمِيعًا.

١. وَلَوْ كَانَ سَلْمًا فَإِنْ كَانَ مُوجُودًا حِينَ الْمَوْتِ حَلَّ وَدَفْعَةً مِنَ التَّرْكَةِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُوجُودًا حِينَتِنْ... كَفْلَةُ السَّنَةِ الْآتِيَةِ كَانَ الْفَرِيمُ مُخِيَّرًا بَيْنَ الصَّبَرِ وَالْفَسْخِ وَأَخْذِ أُرْشِ مَالِهِ (زَيْنُ رَحْمَةِ اللَّهِ).

٢. نَعَمْ، وَيَرِدُ قِيمَةُ الرَّانِدِ (زَيْنُ رَحْمَةِ اللَّهِ)

٣. حَكَاهُ عَنْ أَبْنَ الْجَنْيدِ الْعَلَمَةُ فِي مُخْتَلَفِ الشِّعَيْمَ، ج٢، ص٤٦٦، الْمَسَأَةُ ١٢٤.

٤. سِنَنُ الدَّارَاقَطْنِيِّ، ج٢، ص٦٠٩، ١٠٤/٢٨٦٢؛ عَوَالِي الْأَلَّاَيِّ، ج٢، ص٢٥٦، بَابُ الْدِيَوْنِ، ح٢.

٥. قَالَ بِهِ الْعَلَمَةُ فِي مُخْتَلَفِ الشِّعَيْمَ، ج٢، ص٤٦٧، الْمَسَأَةُ ١٢٤.

٦. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج٦، ص١٩٣، ح٤٢١.

٧. حَكَاهُ عَنْهُ الْعَلَمَةُ فِي مُخْتَلَفِ الشِّعَيْمَ، ج٢، ص٤٦٤، الْمَسَأَةُ ١٢٠.

٨. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج٦، ص١٩٣، ح٤٢٠.

وربما قيل باختصاص الحكم بمن مات محجوراً عليه، وإنما فلا اختصاص مطلقاً.
وصحيح النص^١ يدفعه.

(ولو وُجدت العين ناقصة بفعل المفلس) أخذها إن شاء، وضرر بالنقض مع الغرماء مع نسبة (إلى الشمن) أي نسبة النقض؛ لأن تُنسب قيمة الناقص إلى الصريحة، ويضرر من الشمن الذي باعه به بتلك النسبة، كما هو مقتضى قاعدة الأرش؛ ولنلأ يجمع بين العَوْض والمُعَوْض في بعض الفروض. وفي استفادة ذلك من نسبة النقض إلى الشمن خفاء.

ولو كان النقص بفعل غيره، فإن وجوب أرشه ضرر به قطعاً، ولو كان من قبل الله تعالى فاللائق أنْ أنه كذلك، سواء كان الفائز متى يتقدّم عليه الشمن بالنسبة كعبد من عبدين، أم لا كيد العبد؛ لأن مقتضى عقد المعاوضة عند فسخه رجوع كلّ عوض إلى صاحبه، أو بدلِه.

واعلم أن تخصيص النقص بفعل المفلس لا يظهر له نكتة؛ لأنَّه إما مساواً لما يحدُث من الله تعالى أو الأجنبي على تقدير الفرق، أو حكم الجميع سواء على القول القوي.

(ولا يُقبل إقراره في حال التَّفْلِيس بعَيْنٍ؛ لتعلقِ حقِّ الغَرْماء) بأعيان ماله قبله، فيكون إقراره بها في قوَّة الإقرار بمال الغير؛ وللحاجز عن التصرف المالي المانع من نفوذ الإقرار، (ويصح) إقراره (بدين)؛ لأنَّه عاقلٌ مختارٌ فيدخل في عموم «إقرار العقلاة على أنفسهم جائز»^٢، والمانع في العين مُنْتَفِي هنا؛ لأنَّه في العين مُنافٍ لحقِّ

١. ظاهره هو صريحة أبي والأدلة تقدمت آنفاً.

٢. أورده العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٢٥٩، المسألة ٢٢٦، وص ٣٧٠، المسألة ٣٣٧، وص ٥٤٢. المسألة ٢٥٨؛ وتذكرة الفقهاء، ج ٤، ص ٢٣٣، المسألة ٤٣١؛ وإيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤٢٨؛ والشهيد في غاية المراد، ج ٢، ص ١٤٣ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢)؛ راجع وسائل الشيعة، ج ٢٣، ص ١٨٤، الباب ٣ من كتاب الأقرار، ح ٢؛ عوالى الالبى، ج ٣، ص ٤٤٢، ح ٥.

الدُّيَان المُتَعْلِقُ بِهَا (و) هُنَا (يَتَعْلَقُ بِذَمَّتِهِ، فَلَا يُشَارِكُ الْمُؤْرَثُ لَهُ^١)؛ جَمِيعاً بَيْنَ الْحَقَّيْنِ.
**(وَقُوَّى الشَّيْخُ رَحْمَهُ اللَّهُ^٢) وَتَبَعِّهُ الْعَلَامَةُ (رَحْمَهُ اللَّهُ) فِي بَعْضِ كُتُبِهِ
 (الْمَشَارِكَةَ^٣)؛ لِلْخَبَرِ^٤؛ وَلِعِلَّةِ الْإِذْنِ فِي قِسْمَةِ مَالِهِ بَيْنَ غَرْمَائِهِ؛ وَلِفَرَقِ بَيْنِ الْإِقْرَارِ
 وَالْإِنْشَاءِ، فَإِنَّ الْإِقْرَارَ إِخْبَارٌ عَنْ حَقٍّ سَابِقٍ، وَالْحَجْرُ إِنَّمَا يُبْطِلُ إِحْدَاثَ الْمُلْكِ؛ وَلَأَنَّهُ
 كَالْبَيْنَةِ وَمَعْ قِيَامِهَا لَا إِشْكَالٌ فِي الْمَشَارِكَةِ.**

وَيُشَكِّلُ بِأَنَّ رَدَّ إِقْرَارِهِ لِيُسَّرُ لِنَفْسِهِ، بَلْ لِحَقٍّ غَيْرِهِ، فَلَا يُنَافِيَهُ الْخَبَرُ^٥، وَنَحْنُ قَدْ قِيلَنَا
 عَلَى نَفْسِهِ بِإِلَزَامِهِ بِالْمَالِ بَعْدِ الْحَجْرِ، وَمَشَارِكَةُ الْمُؤْرَثِ لَهُ لِلْغَرْمَاءِ هُوَ الْمَانِعُ مِنِ التَّفَوْذِ
 الْمُوْجِبُ لِمَسَاوَةِ الْإِقْرَارِ لِلْإِنْشَاءِ فِي الْمَعْنَى، وَكَوْنِهِ كَالْبَيْنَةِ مُطلقاً مَمْنُوعٍ، فَمَا اخْتَارَهُ
 الْمُصْفُ (رَحْمَهُ اللَّهُ) أَقْوَى.

وَمُوْضِعُ الْخَلَافِ مَا لَوْ أَسْنَدَهُ إِلَى مَا قَبْلَ الْحَجْرِ، أَمَّا بَعْدُ فَإِنَّهُ لَا يَنْفُذُ مُعَجَّلًا قَطْعاً؛
 نَعَمْ، لَوْ أَسْنَدَهُ إِلَى مَا يَلْزَمُ ذَمَّتِهِ كَإِتَّلَافِ مَالٍ أَوْ جَنَاحِيَّةِ شَارِكَةِ لِوقْعِ السَّبْبِ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ
 الْمُسْتَحِقِّ، فَلَا تَقْصِيرُ، بِخَلَافِ الْمَعَالِمِ.

(وَيَمْنَعُ الْمَفْلَسَ مِنِ التَّصْرِيفِ) الْمُبَدِّأُ (فِي أَعْيَانِ أَمْوَالِهِ) الْمَنَافِي لِحَقِّ الْغَرْمَاءِ، لَا
 مِنْ مُطْلَقِ التَّصْرِيفِ. وَاحْتَرَزْنَا بِ«الْمُبَدِّأِ» عَنِ التَّصْرِيفِ فِي مَالِهِ بِمَثَلِ الْفَسْخِ بِخِيَارٍ؛ لِأَنَّهُ
 لَيْسَ بِاِبْدَاءِ تَصْرِيفٍ، بَلْ هُوَ أَثْرُ أَمْرٍ سَابِقٍ عَلَى الْحَجْرِ، وَكَذَا لَوْ ظَهَرَ لَهُ عِيبٌ فِيمَا
 اشْتَرَاهُ سَابِقًا، فَلِهُ الْفَسْخُ بِهِ.

وَهُلْ يُعْتَبَرُ فِي جَوَازِ الْفَسْخِ الْغَبْطَةُ أَمْ يَجُوزُ اقْتِراحاً؟ الْأَقْوَى الثَّانِي؛ نَظَرًا إِلَى أَصْلِ
 الْحُكْمِ وَإِنْ تَخْلَفَتِ الْحُكْمَةُ. وَقَيْلٌ: تُعْتَبَرُ الْغَبْطَةُ فِي الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ^٦.

١. نَعَمْ، إِنْ أَضَافَهُ إِلَى مَا قَبْلَ الْحَجْرِ. (زَيْنُ رَحْمَهُ اللَّهُ)

٢. الْمُبْسُطُ، ج٢، ص٢٢٠ و٢٢٦.

٣. تَحْرِيرُ الْأَحْكَامِ الشَّرِعِيَّةِ، ج٢، ص٥٠٩، الرَّقْمُ ٣٧٨٢.

٤. أَيْ خَبْرٌ: «إِقْرَارُ الْعُقَلَاءِ عَلَى أَنْفُسِهِمْ جَائزٌ».

٥. قَالَ بِهِ الْعَلَامَةُ فِي قَوَاعِدِ الْأَحْكَامِ، ج٢، ص١٤٥.

وفرق المصنفُ (رحمه الله) بينهما بأنَّ الخيارَ ثابتٌ بأصل العقد لا على طريق المصلحة فلا ينقيَد بها، بخلاف العيب.^١

وفي نظرٍ بيِّنٍ؛ لأنَّ كلاًّ منهما ثابت بأصل العقد على غير جهة المصلحة، وإنْ كانت الحكمةُ المسؤولةُ له هي المصلحة، والإجماع على جواز الفسخ بالعيب وإنْ زاد القيمة، فضلاً عن القبطة فيه.

وشنَّل التصرُّفُ في «أعيان الأموال» ما كان بعوضٍ وغيره، وما تعلق بنقل العين والمنفعة، وخرج به التصرُّفُ في غيره، كالنکاح والطلاق واستيفاء القصاص والغفو عنه، وما يُفيد تحصيله، كالاحتطاب والاتهاب وقبول الوصيَّة وإنْ مُنيع منه بعده؛ وبـ«المنافي» عن وصيَّته وتدييره، فإنَّهما يُخرجان من الثلث بعد وفاة الدين، فتصرُّفه في ذلك ونحوه جائزٌ؛ إذ لا ضرر على الغرماء فيه.

(وتُباع) أعيانَ أمواله القابلة للبيع، ولو لم تقبل – كالمنفعة – أوجَرَت أو صُولَحَت عليها، وأضيفَت الموضِّعُ إلى أثمانِ ما يُباع (وتقسم على الغرماء) إنْ وَفَى، وإلا فعلى نسبةِ أموالهم.

(ولا يُدَخَّر للمؤجلة) التي لم تَجِلَ حالَ القسمة (شيء). ولو حلَّ بعد قسمة البعض شاركَ فيباقي، وضرَبَ بجميع المال، وضرَبَ باقي الغرماء ببقية ديونهم. (ويحضر كل متعَّافٍ في سوقه) وجوباً مع رجاء زيادة القيمة، وإلا استحباباً؛ لأنَّ بيعه فيه أكثر لطلابه وأضيَّطَ لقيمتها.

(ويُحبَس لـواذْعَ الإعْسَارَ حتَّى يُشَيَّتَه) باعتراف الغريم، أو بالبينة المطلَّعة على باطن أمره إن شَهَدَت بالإعسار مطلقاً أو بتلف المال، حيث لا يكون منحصراً في أعيان مخصوصة، وإلا كفى اطْلَاعَها على تلفها.

ويعتَبر في الأولى - مع الاطْلَاع على باطنِ أمره بكثرة مخالفاته وصبره على ما

١. حاشية القواعد، ص ٢٨٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٤).

لا يصِر عليه ذُو اليسار عادةً – أن تشهد بإنباتٍ يتضمن النفي، لا بالنفي الصرف بأن يقول: «إنه مُعسِرٌ لا يملك إلَّا فُوت يومه وثياب بدنِه» ونحو ذلك. وهل يتوقف ثبوته مع البينة مطلقاً على اليمين؟ قوله^١.

وإنما يُحبس مع دعوى الإعسار قبل إثباته لو كان أصل الدين مالاً كالقرض، أو عوْضاً عن مال كثمن المبيع، فلو انتفى الأمران كالجناية والإتلاف، قُبِل قوله في الإعسار بيمينه: لأصالة عدم المال، وإنما أطلقه المصنف اتكالاً على مقام الدين في الكتاب.

(إذا ثبت) إعساره (خلٰي سبيله) ولا يجب عليه التكسب؛ لقوله تعالى: «وَإِنْ كَانَ ذُو عُشْرَةٍ فَنَظِرْهُ إِلَى مَيْسَرَةٍ»^٢. (وعن علي^٣) بطريق السكوني أنه «كان يُحبس في الدين» ثم يُنظر، فإن كان له مال أعطى الغرامة، وإن لم يكن له مال دفعه إلى الغرامة، فيقول: «اضئعوا به ما شئتم (إن شئتم فأجزوه وإن شئتم استعملوه)^٤، وهو يدل على وجوب التكسب) في وفاء الدين، (واختاره ابن حمزة رحمه الله^٥) والعلامة (رحمه الله) في المختلف^٦، (وماتعه الشيخ^٧ وابن إدريس رحمه الله^٨) للآية، وأصالة البراءة.

(والأول أقرب): لوجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبة، والمتكسب قادر، ولهذا تحريم عليه الزكاة، وحيثئذ فهو خارج من الآية. وإنما يجب عليه التكسب فيما

١. القول باحتياج اليمين للشيخ في الخلاف، ج. ٣، ص. ٢٧٦، المسألة ٢٣؛ والمتحقق في شرائع الإسلام، ج. ٢، ص. ٨٣ والقول بعدم احتياج إلى اليمين للعلامة في تذكرة الفقهاء، ج. ١٤، ص. ٧٣ وما بعدها، المسألة ٢١٩.

٢. البقرة (٢): ٢٨٠.

٣. تهذيب الأحكام، ج. ٦، ص. ٣٠٠، ح. ٨٣٨.

٤. الوسيلة، ص. ٢٧٤.

٥. مختلف الشيعة، ج. ٥، ص. ٤٠٢ – ٤٠٣، المسألة ٢٠.

٦. الخلاف، ج. ٢، ص. ٢٧٢، المسألة ١٥.

٧. السراير، ج. ٢، ص. ١٩٦.

يليق بحاله عادةً ولو بمؤاجرة نفسه، وعليه تحمل الرواية.
 وإنما يُحجز على المديون إذا قَصَرَتْ أمواله عن ديونه)، فلو ساوتَهُ أو زادَتْ
 لم يُحجز عليه إجمالاً وإن ظهرَتْ عليه أماراتُ الفلس، لكن لو طُولَ بالدين فامتنعَ
 تخيرُ الحاكم بين حبسه إلى أن يقضِي بنفسه، وبين أن يقضِي عنه من ماله ولو ببيع ما
 خالف الحقّ.

(وطَلَبَ الغرماءُ العجر)؛ لأنَّ الحقَّ لهم، فلا يتبرَّعُ الحاكمُ به عليهم. نعم، لو كانت
 الديونُ لمن له عليه ولايةٌ كان له الحجر؛ أو بعضُها مع التماسِ الباقيين. ولو كانت لغائبٍ
 لم يكن للحاكم ولايته؛ لأنَّه لا يستوفِي له، بل يحفظُ أعيانَ أمواله.
 ولو التمسَ بعضُ الغرماء، فإنَّ كانَ ذَبِنَهم يفي بماله ويريدُ جازَ الحجرَ وعمَّ، وإلا فلَا
 على الأقوى.

(بشرط حلول الدين)، فلو كان [كله]^١ أو بعضُه مؤجلاً لم يُحجز؛ لعدم استحقاق
 المطالبة حينئذٍ، نعم، لو كان بعضُها حالاً، جازَ مع قصورِ المال عنه والتماسِ أربابه.
 (ولا تُباعُ دارُه ولا خادمه ولا ثيابُ تجمُّله)، ويُعتبرُ في الأول والأخير ما يليق
 بحاله كثاً وكيفاً، وفي الوسط ذلك؛ لشرفٍ أو عجزٍ، وكذا دائنةُ ركوبه. ولو احتاجَ إلى
 المتعددِ استثنى كالمتّحد. ولو زادَتْ عن ذلك في أحدِ الوصفين وجَبَ الاستبدالُ أو
 الاقتصرَ على ما يليق به.

(وظاهر ابن الجنيد بيعها) في الدين (واستحبَ للغريم ترکُه)^٢. والرواياتُ
 متضارةٌ بالأول^٣ وعليه العمل.

وكذا تجرى عليه نفقةُ يوم القسمة، ونفقةُ واجبي النفقة، ولو مات قبلها قُدُّمَ كفُّهُ،
 ويقتصرُ منه على الواجبِ وسطأً ممَّا يليق به عادةً؛ ومؤونةً تجهيزه.

١. أضفناه لاقتضاءِ السياق.

٢. حكاه عن العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٧١ - ٤٧٢، المسألة ١٢٣.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ١٨٦ - ١٨٧، ح ٢٨٧ و ٢٩٠.

وهذه الأحكام استطردتها في كتاب الدين ل المناسبة، وإن جرت العادة باختصاص الفئس بباب؛ ورعاية لإدراج الأحكام بسبيل الاختصار.

(القسم الثاني: دين العبد)

خَصَّهُ بِنَاءً عَلَى الغَالِبِ مِنْ تَوْلِيهِ ذَلِكَ، دُونَ الْأَمَّةِ، وَلَوْ أَبْدَلَهُ بِالْمُمْلُوكِ كَمَا عَبَرَ غَيْرُهُ^١ عَمَّا.

(لا يجوز له التصرف فيه) أي في الدين بأن يستدین، لا فيما استدأه وإن كان حكمه كذلك؛ لدخوله في قوله (ولا فيما بيده) من الأموال (إلا بإذن السيد)، سواءً قلنا بملكه أم أحْلَنَا. (فلو استدان بإذنه) أو إجازته (فعلى المولى وإنْ أَعْتَقَه)، وقيل: يتبع به مع العتق[؟] استناداً إلى رواية^٣ لا تهض حجّة فيما خالَفَ القواعد الشرعية، فإنَّ العبد بمنزلة الوكيل، وإنفاقه على نفسه وتجارته بإذن المولى إنفاق لمال المولى، فيلزمـه كما لو لم يعتقـ، ولو كانت الاستدانة للمولـ، فهو عليه قولـ واحدـ.

(ويقتصر) الملك (في التجارة على محل الإذن)، فإن عين له نوعاً أو مكاناً أو زماناً معيناً، وإن أطلق تخثير. (وليس له الاستدامة بالإذن في التجارة)؛ لعدم دلالتها عليها إلا أن تكون لضرورتها؛ كنقل المتعة وحفظه مع الاحتياج إليه.

(فتلزم ذمته) لو تعدى المأذون نطاقاً أو شرعاً (لو تلف، يُتبع به بعد عتقه) ويساره (على الأقوى) وإلا ضاع. ولو كانت عينه باقيةً رجع إلى مالكه: لفساد العقد. (وقيل: يسعى فيه العبد مُعجلًا^٤; استناداً إلى إطلاق روایة أبي بصير^٥. وحملت على الاستدامة للتجارة؛ لأنَّ الكسب للمولى، فإذا لم يلزمه فعله لا يدفع من ماله.

^١ منهم المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٦٣.

^٢. قال به الشيخ في النهاية، ص ٣١١.

^٣. تهذيب الأحكام، ج. ٨، ص. ٢٤٨، ح. ١٩٥.

^٤. قال به الشيخ في النهاية، ص ٣١١.

٥. تهذيب الأحكام، ج. ٦، ص. ٢٠٠، م. ٤٤٥.

والأقوى أن استدانته لضرورة التجارة إنما يلزم مثـا في يده، فإن قصر استئعـيـ في الباقي، ولا يلزم المولـى من غيرـ ما فيـ يـدـهـ، وعليـهـ تـحـمـلـ الروـاـيـةـ.

(ولـوـ أـخـذـ المـوـلـىـ ماـ اـقـتـرـضـهـ)ـ المـمـلـوكـ بـغـيرـ إـذـنـهـ أوـ ماـ فـيـ حـكـمـهـ (تـحـيـئـ المـقـرـضـ بـيـنـ رـجـوـعـهـ عـلـىـ المـوـلـىـ)ـ؛ـ لـتـرـثـبـ يـدـهـ عـلـىـ مـالـهـ مـعـ فـسـادـ الـقـرـضـ (وـبـيـنـ إـثـبـاعـ الـعـبـدـ بـعـدـ العـقـقـ وـالـيـسـارـ)ـ؛ـ لـأـنـهـ كـالـفـاصـبـ أـيـضاـ.

ثـمـ إـنـ رـجـعـ عـلـىـ المـوـلـىـ قـبـلـ أـنـ يـعـتـقـ المـمـلـوكـ لـمـ يـرـجـعـ المـوـلـىـ عـلـيـهـ؛ـ لـأـنـهـ لـاـ يـثـبـتـ لـهـ فـيـ ذـمـةـ عـبـدـ مـالـ،ـ وـإـنـ كـانـ بـعـدـ وـكـانـ عـنـدـ أـخـذـهـ لـلـمـالـ عـالـمـاـ بـأـنـهـ قـرـضـ،ـ فـلـاـ رـجـوـعـ لـهـ عـلـىـ المـمـلـوكـ أـيـضاـ؛ـ لـتـفـرـيـطـهـ،ـ وـإـنـ كـانـ قـدـ غـرـأـ بـأـنـ المـالـ لـهـ اـتـجـهـ رـجـوـعـهـ عـلـيـهـ؛ـ لـمـكـانـ الـفـرـورـ.ـ وـإـنـ رـجـعـ المـقـرـضـ عـلـىـ الـعـبـدـ بـعـدـ عـتـقـهـ وـيـسـارـهـ،ـ فـلـهـ الرـجـوـعـ عـلـىـ المـوـلـىـ؛ـ لـاسـتـقـرـارـ التـلـفـ فـيـ يـدـهـ،ـ إـلـاـ أـنـ يـكـونـ قـدـ غـرـأـ المـوـلـىـ فـلـاـ رـجـوـعـ لـهـ عـلـيـهـ.

كتاب الرهن

(كتاب الرهن)

(وهو وثيقة للدين). و«الوثيقة» فعيلةً بمعنى المفعول، أي «موثوق به لأجل الدين» والناء فيها لنقل اللفظ من الوصفية إلى الاسمية كتاب «الحقيقة» لا للتأنيث، فلا يرد عدم المطابقة بين المبتدأ والخبر في التذكير والتأنیث. وأتى بـ«الدين» معرّفاً من غير نسبة له إلى المرتهن؛ حذراً من الدور باعتبار أخذه في التعريف. وفي بعض النسخ «لدين المرتهن». ويمكن تخلصه منه بكشفه بصاحب الدين أو من له الوثيقة من غير أن يؤخذ الرهن في تعريفه.

والشخصي بالدين إنما مبني على عدم جواز الرهن على غيره وإن كان مضموناً كالغصب. لكن فيه: أنَّ المصنف قائل بجواز الرهن عليه، وعلى ما يمكن تطريق ضمانه كالبيع وثمنه^١؛ لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما ونقصان قدرهما، أو على أنَّ الرهن عليها^٢ إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق أو تعدد العين. وفيه تكفل، مع أنه قد يبقى بحاله فلا يكون ديناً.

وفيه -على تقدير عدم الإضافة إلى المرتهن- إمكانُ الوثيقة بدون الرهن، بل بالوديعة والعارية ومطلقي وضع اليد، فيؤخذ مقاصداً عند جحود المديون الدين وهو توْثيق في الجملة.

١. الدرس الشرعي، ج ٣، ص ٣٥٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. أي على الغصب والمبيع وثمنه.

ويقتصر الرهن إلى إيجاب وقبول كغيره من العقود، والإيجاب «رَهْنْتُك» أو «وَثَقْتُك» بالضعف أو «أَرْهَنْتُك» بالهمزة (أو «هذا رهنٌ عندك» أو «على مالك») أو «وثيقهٌ عندك» أو «خذلهٌ على مالك» أو «بمالك» أو «أنسيكه حتى أغطيك مالك» يقصد الرهن (وشبهه) مما أدى المعنى.

وإثما لم ينحصر هذا العقد في لفظِ كالعقود الالزمة ولا في الماضي، لأنَّه جائزٌ من طرف المرتهن الذي هو المقصود الذاتي منه، فقلَّب فيه جانبُ الجائز مطلقاً. وجوزَه المصنَّفُ في الدروس بغير العربية^١ وافقاً للذكرة^٢.

(وتکفي الإشارة في الآخرين) وإنْ كان عارضاً، (أو الكتابة معها) أي مع الإشارة بما يدل على قصده، لا ب مجرد الكتابة؛ لإمكان العقب أو إرادة أمر آخر. (فيقول المرتهن «قبلت» وشبهه) من الألفاظ الدالة على الرضى بالإيجاب. وفي اعتبار المُضي والمطابقة بين الإيجاب والقبول وجهان. وأولى بالجواز هنا؛ لوقوعه متن هو ليس بلازم من طرفه.

ويُشترط دوام الرهن بمعنى عدم توقيته بمدة. ويجوز تعليق الإذن في التصرف على انقضاء أجل؛ وإطلاقه، فيتسلّط عليه من حين القبول والقبض إن اعتبرناه. (فإن ذكر أجالاً للتصريف (اشترط ضبطه) بما لا يحتمل الزيادة والنقصان، أما لو شرطه للرهن بطل العقد).

(ويجوز اشتراط الوكالة) في حفظ الرهن وبيعه وصرفه في الدين (للمرتهن وغيره؛ والوصيّة له ولوارثه) على تقدير موت الراهن قبله.
 (وإنما يتّم) الرهن (بالقبض، على الأقوى) للاية^٣ والرواية^٤. ومعنى عدم تماميّته

^{١١} الدروس الشرعية، ج. ٣، ص. ٣٢٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

^٢. تذكرة الفقهاء، ج ١٣، ص ٩٢، المسألة ٨٨.

٢٨٣-٢

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٧٦، ٢٧٩.

بدونه كونه جزءاً السبب؛ للزومه من قبل الراهن كالقبض في الهبة بالنسبة إلى المتهب. وقيل: يَتَم بِدُونِه^١؛ للأصل، وضعف سند الحديث ومفهوم الوصف في الآية. واشترطه بالسفر فيها وعدم الكاتب يُرْشِد إلى كونه للإرشاد، ويؤيده كون استدامته ليست بشرط، بل قبض المرتهن؛ لجواز توكيله الراهن فيه، وهذا أقوى.

وعلى اشتراطه (فلو جُنَّ) الراهن^٢ (أو مات أو أُغْمِي عليه أو رَجَع) فيه (قبل إقاضه بطل الرهن)، كما هو شأن العقود الجائزة عند عروض هذه الأشياء.

وقيل: لا يبطل؛ للزومه من قبل الراهن، فكان كاللازم مطلقاً، فيقوم ولئه مقامه، لكن يراعي ولئه المجنون مصلحته، فإن كان الحظ في إلزامه - بأن يكون شرطاً في بيع يتضرر بفسخه - أقضه، وإلا أبطله^٣؟

ويُضعف بأن لزومه على القول به مشروط بالقبض، فقبله جائز مطلقاً، فيبطل كالهبة قبله.

ولو عَرَض ذلك للمرتهن فأولى بعدم البطلان لو قيل به ثَمَّ. ولو قيل به في طرف الراهن، فالأقوى عدمه هنا. والفرق تعلق حق الورثة والفرماء بعد موت الراهن بماله، بخلاف موت المرتهن، فإن الدين يبقى فتبقي وثيقته: لعدم المنافي. وعلى هذا لا يجيئ الراهن على الإقاض؛ لعدم لزومه بعد، إلا أن يكون مشروطاً في عقد لازم، فيُبيّن على القولين.

(ولا يُشترط دوام القبض)؛ للأصل بعد تحقق الامتثال به، (فلو أعاده إلى الراهن فلا بأس) وهو موضع وفاق.

(ويقبل إقرار الراهن بالإقاض)؛ لعموم «إقرار العقلاء»^٤ (إلا أن يُعلم كذبه) كما لو قال: «رهنت اليوم داري التي بالحجاز وهما بالشام وأقبضته إياها» فلا يقبل؛ لأنَّه

١. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٢، ص ٢٢٣، المسألة ٥: وابن إدريس في السراير، ج ٢، ص ٤١٧.

٢. قال به العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٢، ص ٢٠١، المسألة ١٤٧.

٣. تقدم في ص ٢٦٤، الهاشم ٢.

محالٌ عادةً، بناءً على اعتبار وصول القابض أو من يقوم مقامه إلى الرهن في تتحققه. (فلو ادعى) بعد الإقرار بالقبض (المواطأة) على الإقرار والإشهاد عليه إقامةً لرسم الوثيقة حذراً من تعدد ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض سمعت دعواه؛ لجريان العادة بذلك، (فله إخلاف المرت亨) على عدمها وأنه وقع موقعاً.

هذا إذا شهد الشاهدان على إقراره، أما لو شهدا على نفس الإقاض لم تسمع دعواه ولم يتوجه اليدين، وكذا لو شهدا على إقراره به فأنكر الإقرار؛ لأنَّه تكذيب للشهود. ولو ادعى الغلط في إقراره وأظهر تأويلاً ممكناً، فله إخلاف المرت亨 أيضاً، وإلا فلا على الأقوى.

(ولو كان) الرهن (بيد المرت亨 فهو قبض)؛ لصدق كونه رهناً مقبوضاً، ولا دليل على اعتباره مبتدأً بعد العقد.

وإطلاق العبارة يقتضي عدم الفرق بين المقبوض بإذن وغيره كالمحضوب، وبه صرَّاح في الدروس^١، والوجه واحد وإنْ كان منهياً عن القبض هنا؛ لأنَّه في غير العبادة غير مفسد.

وقيل: لا يكفي ذلك؛ لأنَّه على تقدير اعتباره في اللزوم ركنٌ، فلا يعتد بالمنهي عنه منه، وإنما لا يقتضي الفساد حيث تكمل الأركان، ولهذا لا يعتد به لو ابتدأ بغير إذن الراهن^٢.

(و) على الاكتفاء به (لا يفتقر إلى إذن) جديدٍ (في القبض ولا إلى مضي زمان) يمكن فيه تجديده؛ لتحقق القبض قبله، فاعتبار أمرٍ آخر تحصيل للحاصل، وللأصل. وقيل: يُشترطان في مطلق القبض السابق^٣. وقيل في غير الصحيح^٤؛ لأنَّ المعتبر

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٣٤٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. راجع العزيز في شرح الوجيز، ج ٤، ص ٤٧٥، وروضة الطالبين، ج ٢، ص ٣٠٩ - ٣١٠.

٣. نسبه إلى العلامة في التذكرة في مسالك الأفهام، ج ٤، ص ١٦؛ انظر تذكرة الفقهاء، ج ١٢، ص ١٩٣. المسألة ١٤٣.

٤. قال في مسالك الأفهام، ج ٤، ص ١٦: ربما قيل ...

منه ما وقع بعد الرهن وهو لا يَتَمِّم إلَّا بِإذْنِ الْمُبْتَدَأِ وَالْإِذْنُ فِيهِ يَسْتَدْعِي تَحْصِيلَهُ وَمِنْ ضروراتِهِ مُضِيُّ زَمَانٍ، فَهُوَ دَالٌ عَلَيْهِ بِالْمَطَابِقَةِ، وَعَلَى الزَّمَانِ بِالْالِتَّزَامِ، لَكِنْ مَدْلُولُهُ الْمَطَابِقِيُّ مُنْتَفِيٌّ؛ لِإِضَائِهِ إِلَى تَحْصِيلِ الْحَاصِلِ وَاجْتِمَاعِ الْأَمْثَالِ، فَيَبْقَى الْالِتَّزَامُ.

وَيُضَعَّفُ بِمَنْعِ اعْتِبَارِ الْمَقِيدِ بِالْبَعْدِيَّةِ، بَلْ الْأَعْمَّ وَهُوَ حَاصِلُ، وَالْزَّمَانُ الْمَدْلُولُ عَلَيْهِ التَّزَاماً مِنْ تَوَابِعِهِ وَمَقْدَمَاهِ، فَيَلْزَمُ مِنْ عَدْمِ اعْتِبَارِهِ انتِفَاوَهُ؛ نَعَمْ، لَوْ كَانَ قِبْضُهُ بِغَيْرِ إِذْنِ تَوْجِهِ اعْتِبَارِهِمَا لَمَا تَقْدَمَّ. وَعَلَى تَقْدِيرِهِ فَالضَّمَانُ بَاقٍ إِلَى أَنْ يَتَحَقَّقَ مَا يُرِيَلَهُ مِنْ قِبْلَةِ الْمَالِكِ عَلَى الْأَقْوَى.

(ولو كان) الْرَّهَنُ (مُشَاعِّاً فَلَا بَدْدَ مِنْ إِذْنِ الشَّرِيكِ فِي الْقِبْضِ أَوْ رِضَاهُ بَعْدِهِ) سَوَاءٌ كَانَ مَعَا يُنْقَلُ أَمْ لَا؛ لِاسْتِلْزَامِهِ التَّصْرِيفُ فِي مَالِ الشَّرِيكِ، وَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ بِدُونِ إِذْنِهِ، فَلَا يُعْتَدُ بِشَرْعًا.

وَيُشَكِّلُ فِيمَا يَكْفِي فِيهِ مَجْرِدُ التَّخْلِيةِ، فَإِنَّهَا لَا تَسْتَدْعِي تَصْرِيفًا، بَلْ رَفْعَ يَدِ الرَّاهِنِ عَنْهُ وَتَمْكِينَهُ مِنْهُ.

وَعَلَى تَقْدِيرِ اعْتِبَارِهِ، فَلَوْ قِبْضَهُ بِدُونِ إِذْنِ الشَّرِيكِ وَفَعَلَ مُحرَّماً، فَهَلْ يَتَمِّمُ الْقِبْضُ؟ قَوْلَانِ^١، مَنْشُؤُهُمَا النَّهِيُّ الْمَانِعُ كَمَا لَوْ وَقَعَ بِدُونِ إِذْنِ الرَّاهِنِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُصْنَفِ^٢. وَأَنَّ النَّهِيَّ إِنَّمَا هُوَ لِحَقِّ الشَّرِيكِ فَقَطْ لِلِإِذْنِ مِنْ قِبْلِ الرَّاهِنِ الَّذِي هُوَ الْمُعْتَبَرُ شَرْعًا، وَهُوَ أَجْوَدُ. وَلَوْ اتَّفَقَا عَلَى قِبْضِ الشَّرِيكِ جَازَ، فَيُعْتَبَرُ سَمَاعُهِ الإِذْنَ فِيهِ.

١. القول بتماميته للعلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٢، ص ٣٥٦، المسألة ٢٢١.

٢. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٣٤٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

(والكلام إما في الشروط أو اللواحق)

(الأول) [في الشروط:]

(شرط الرهن أن يكون عيناً مملوكة يمكن قبضها ويصح بيعها).

هذه الشرائط منها ما هو شرط الصحة وهو الأكثر، ومنها ما هو شرط في اللزوم كالملوكيّة باعتبار رهن ملك الغير، ولا يضر ذلك؛ لأنّها شروط في الجملة؛ ولأنَّ الملوكيّة تُشتمل على شرط الصحة في بعض محترزاتها.

(فلا يصح رهن المنفعة) كُسْكُنَ الدار وخدمة العبد؛ لعدم إمكان قبضها إذ لا يمكن إلا بإتلافها؛ ولتعدُّر تحصيل المطلوب في الرهن منها وهو استيفاء الدين منه، وهي إنما تُستوفى شيئاً فشيئاً، وكلما حصل منها شيءٌ عُدِم ما قبله. كذا قيل! وفيه نظر.

(ولا الدين) بِنَاءً على ما اختاره من اشتراط القبض؛ لأنَّ الدين أمرٌ كليٌّ لا وجود له في الخارج يمكن قبضه، وما يُقْبَض بعد ذلك ليس نفسه وإنْ وُجِدَ في ضمه. ويُحتمل جوازُه على هذا القول ويُكتفى بقبض ما يُعِينُه المديون؛ لصدق قبض الدين عليه عرفاً، كهبة ما في الذمة.

وعلى القول بعدم اشتراط القبض لا مانع من صحة رهنه، وقد صرَّح العلامة في التذكرة ببناء الحكم على القول باشتراط القبض وعدمه، فقال: لا يصح رهن الدين إن شرطنا في الرهن القبض لأنَّه لا يمكن قبضه^١. لكنه في التواعد جمَع بين الحكم بعدم

١. قال به المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٥، ص ٤٨.

٢. تذكرة الفقهاء، ج ١٢٧، ص ١١١، المسألة ١٢٧.

اشتراط القبض وعدم جواز رهن الدين^١، فتَعَجَّب منه المصنف في الدروس^٢، وتعجبه في موضعه. والاعتذار له عن ذلك «بعد المนาفة بين عدم اشتراطه، واعتبار كونه متأثِّرًا بقبض مثله» مع تصریحه بالبناء المذکور، غير مسموع.

(ورهن المدبر^٣ إبطال^٤ لتدبیره على الأقوى)؛ لأنَّه من الصيغ الجائزة، فإذا تَعَقَّبَ ما يُنافيه أَبْطَلَه، لكونه رجوعاً، إذ لا يَتَمَّ المقصود من الرهن إلا بالرجوع.

وقيل: لا يَطْلُبُ به؛ لأنَّ الرهن لا يقتضي نقله عن ملك الراهن ويجوز فكُّه، فلا يتحقَّق التنافي بمجرَده، بل بالتصرف، وحينئذٍ فيكون التدبیر مراعيًّا بفَكِّه فيستقر، أو بأخذه في الدين فيَطْلُبُ^٥، واستحسنَه في الدروس^٦.

(ولا رهن الخمر والخنزير إذا كان الراهن مسلماً أو المرتهن^٧) وإن وضُعُهما على يد ذمِّي؛ لأنَّ يد الْوَدَاعِي كيد المُسْتَوْدِعِ، خلافاً للشيخ حيث أجازه كذلك، محتاجاً بأنَّ حقَّ الوفاء إلى الذمِّي فيصَحَّ، كما لو باعهما وأوفاه ثمنَهما^٨. والفرق واضح.

(ولا رهن العرَّ مطلقاً) من مسلم وكافر، عند مسلم وكافر، إذ لا شبهة في عدم ملكه. (ولورَهَن ما لا يَمْلِكُ^٩) الراهن وهو مملوکٌ لغيره (وقف على الإجازة) من مالكه، فإن أجازه صَحَّ على أشهر الأقوال مِن كون عقد الفضولي موقوفاً مطلقاً^{١٠}، وإن رَدَّه بطل.

(ولو استعار للرهن صَحَّ ثم إن سُوَّغ له المالكُ الرهنَ كيف شاء جاز مطلقاً، وإن

١. قواعد الأحكام، ج. ٢، ص. ١٠٩ و ١١٦.

٢. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٣٤٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

٣. قال به الشيخ في البسيط، ج. ٢، ص. ١٦٨؛ والخلاف، ج. ٢، ص. ٢٢٨، المسألة .٣١.

٤. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٣٤٦ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

٥. الخلاف، ج. ٢، ص. ٢٨٤، المسألة .٥٢.

٦. إذا باع شيئاً حالاً أو مؤجلاً جاز أن يجعله رهناً على ثمنه. (زين رحمه الله)

٧. القول بالجواز مطلقاً مع الإجازة للتحقق في شرائع الإسلام، ج. ٢، ص. ٦٧؛ والقول بالبطلان مطلقاً للشيخ في المبسوط، ج. ٢، ص. ٣٨٨ - ٣٨٩؛ والقول بالبطلان في البيع وصحنته في النكاح لابن إدريس في السرائر، ج. ٢، ص. ٥٦٤ و ٢٧٤.

أطلق ففي جوازه فيتخير، كما لو عمّ، أو المنع للغرر قولان^١، اختار أولهما في الدروس^٢، وعلى الثاني فلابد من ذكر قدر الدين وجنسه ووصفه وحلوله أو تأجيله وقدر الأجل، فإن تخطي حينئذ كان فضوليًا إلا أن يرهن على الأقل فيجوز بطريق أولى.

ويجوز الرجوع في العارية ما لم تُرهن؛ عملاً بالأصل، (وتلزم بعقد الرهن) فليس للمغير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن وإن جاز له مطالبة الراهن بالفلك عند الحلول، ثم إن فكه ورده تاماً ببرئ.

(ويضمن الراهن لو تلف) وإن كان بغیر تفريط (أو بيع) بمثله إن كان مثلياً، وقيمة يوم التلف إن كان قيمياً.

هذا إذا كان التلف بعد الرهن، أما قبله فالآقوى أنه كغيره من الأعيان المتعارة، وعلى تقدير بيعه فاللازم لمالكه ثمنه إن بيع بثمن المثل، ولو بيع بأزيد فله المطالبة بما بيع به. (ويصح رهن الأرض الخراجية) كالمفتوحة عنوة والتي صالح الإمام عليهما أهلها على أن تكون ملكاً للمسلمين وضرب عليهم الخراج، كما يصح بيعها (تبعاً للأبنية والشجر) لا منفردةً.

(ولا رهن الطير في الهواء)؛ لعدم إمكان قبضه، ولو لم تستطعه أمكنته الجواز؛ لإمكان الاستيفاء منه ولو بالصلح عليه (إلا إذا اعتيد عوده) كالحمام الأهلي فيصح؛ لإمكان قبضه عادة.

(ولا السمي في الماء إلا إذا كان محصوراً مشاهداً) بحيث لا يتعدّر قبضه عادة، ويمكن العلم به.

(ولا رهن المصحف عند الكافر؛ أو العبد المسلم)؛ لاقتضائه الاستيلاء عليهم، والسبيل على بعض الوجوه ببيع ونحوه (إلا أن يوضع على يد مسلم)؛ لانتفاء السبيل

١. واختار القول الأول العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٢٢، ص ١٠٨، المسألة ١٠٨.

٢. الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٣٤٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

بذلك وإن لم يشترط بيعه للمسلم؛ لأنَّه حينئذ لا يستحق الاستيفاء من قيمته إلا ببيع المالك أو من يأمره، أو الحاكم مع تعذرها، ومثله لا يعُد سبيلاً لتحققه وإن لم يكن هناك رهن.

(ولا رهن الوقف)؛ لتعذر استيفاء الحق منه بالبيع، وعلى تقدير جواز بيعه بوجه يجب أن يشتري بشمنه ملكاً يكون وقاً، فلا يتوجه الاستيفاء منه مطلقاً. نعم، لو قبل عدم وجوب إقامة بدله أمكن رهنه حيث يجوز بيعه.

(ويصبح الرهن في زمن الخيار)؛ لثبوت الشمن في الذمة وإن لم يكن مستقرًّا (وإن كان) الخيار (للبائع؛ لانتقال المبيع) إلى ملك المشتري (بالعقد على الأقوى)، لأنَّ صحة البيع تقتضي ترتب أثره، ولأنَّ سبب الملك هو العقد، فلا يتخلَّف عنه المسبب. وعلى قول الشيخ بعدم انتقاله إلى ملك المشتري إذا كان الخيار للبائع، أو لهما لا يصح الرهن على الشمن قبل انقضائه.

(ويصبح رهن العبد المرتد ولو عن فطرة)؛ لأنَّه لم يخرج بها عن الملك وإن وجب قتله؛ لأنَّه حينئذ كرهن المريض المأيوس من بُرئه، ولو كان امرأة أو ملِيَّاً فالامر أوضح؛ لعدم قتلها مطلقاً وقبول توبته.

(والجاني مطلقاً) عمداً وخطأً؛ لبقاء المالية وإن استحق العامد القتل؛ ولجواز العفو، ثم إن قُيل بطل الرهن وإن فداء مولاه أو عفا الولي يقي رهناً. ولو استرق بعضه بطل الرهن فيه خاصةً. وفي كون رهن المولى له في الخطأ التزاماً بالفاء وجهان، كالبيع.

(فإن عجز المولى عن فكه قدّمت الجنائية)؛ لسبقها ولتعلق حق المجنى عليه بالرقة، ومن ثمَّ لو مات الجاني لم يلزِم السيد بخلاف المرتهن، فإنَّ حقَّه لا ينحصر فيها بل تشتركها ذمة الراهن.

(ولو رُهِن ما يتتسارع إليه الفسادُ قبل الأجل) بحيث لا يمكن إصلاحه كتجفيف

العنْب والرُّطْبِ (فَلَيُشْرُطْ بِيَمِّه وَرَهْنُ ثُمَّنِه)، فَبِيَمِّه الراهنُ وَيَجْعَلْ ثُمَّنَه رهناً، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْه رَفْعَ الْمُرْتَهِنَ أَمْرَهُ إِلَى الْحَاكِمِ لِبِيَمِّه أَوْ يَأْمُرُ بِهِ، فَإِنْ تَعْدُرَ جَازَ لِهِ الْبِيَعُ دُفَّاً لِلضَّرْرِ وَالْحَرْجِ.

(ولو أَطْلَقَ) الرَّهَنُ وَلَمْ يُشْرُطْ بِيَمِّه وَلَا عَدْمُه (حُمِّلَ عَلَيْهِ) جَمِيعًا بَيْنَ الْحَقَّيْنِ مَعَ كُونِه حَالَةِ الرَّهَنِ صَالِحًا لَهُ. وَقِيلَ: يُبَطِّلُ لِعَدْمِ اقْتِضَاءِ الإِطْلَاقِ الْبِيَعَ وَعَدْمِ صَلَاحِيَّتِهِ لِكُونِه رهناً عَلَى الدَّوَامِ، فَهُوَ فِي قَوَّةِ الْمَالِكِ^١. وَهُوَ ضَعِيفٌ؛ لِكُونِه عِنْدَ الْعَدْدِ مَالًاً تَانَّاً، وَحُكْمُ الشَّارِعِ بِبِيَمِّه عَلَى تَقْدِيرِ امْتِنَاعِهِ مِنْ صِيَانَةِ الْمَالِ جَابِرٌ لِلْفَسَادِهِ.

وَاحْتَرَزْ بِقَوْلِه «قَبْلَ الأَجْلِ» عَنَّا لَوْ كَانَ لَا يَفْسُدُ إِلَّا بَعْدَ حَلُولِه بِحِيثِ يُمْكِنْ بِيَمِّه قَبْلِه فَإِنَّه لَا يُمْنَعُ، وَكَذَا لَوْ كَانَ الدِّينُ حَالًاً؛ لِإِمْكَانِ حَصْوَلِ الْمَقْصُودِ مِنْه. وَيُجَبُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ السُّعْيُ عَلَى بَيْعِه بِأَحَدِ الْوَجْوهِ، فَإِنْ تَرَكَ مَعَ إِمْكَانِهِ ضَيْمَنَ إِلَّا أَنْ يَنْهَاءَ الْمَالِكُ فَيَتَنَفِّي الصَّمَانُ. وَلَوْ أَمْكَنَ إِصْلَاحَه بِدُونِ الْبِيَعِ لَمْ يَجْزِ بِيَمِّه بِدُونِ إِذْنِهِ، وَمَؤْنَةُ إِصْلَاحِه عَلَى الراهنِ كِنْفَقَةِ الْحَيْوانِ.

(وَأَمَّا الْمُتَعَاقِدَانِ، فَيُشْرُطُ فِيهِمَا الْكَمَالُ) بِالْبَلُوغِ وَالْعُقْلِ وَالرَّشِيدِ وَالْخَتِيَارِ (وجوازُ التَّصْرِيفِ) بِرْفَعِ الْحَجَرِ عَنْهُمَا فِي التَّصْرِيفِ الْمَالِيِّ.

(وَيَصْحَّ رهْنُ مَالِ الْطَّفْلِ لِلْمَصلَحةِ) كَمَا إِذَا افْتَرَ إِلَى الْإِسْتِدَانَةِ لِنَفْقَتِهِ وَإِصْلَاحِ عَقَارِهِ وَلَمْ يَكُنْ بَيْعُ شَيْءٍ مِنْ مَالِه أَعْوَدَهُ أَوْ لَمْ يَمْكُنْ وَتَوْقِفَتْ عَلَى الرَّهَنِ. وَيُجَبُ كُونَه عَلَى يَدِ ثَقَةٍ يَجُوزُ إِيَادَاهُ مِنْهُ.

(و) كَذَا يَصْحَّ (أَخْذُ الرَّهَنِ لَهِ كَمَا إِذَا أَسْلَفَ مَالُه مَعَ ظُهُورِ الْفِيَبْطَةِ أَوْ خِيفَ عَلَى مَالِه مِنْ غَرَقٍ أَوْ نَهَرٍ)، وَالْمَرَادُ بِالصَّحَّةِ هُنَّ الْجَوَازُ بِالْمَعْنَى الْأَعْمَّ وَالْمَقْصُودُ مِنْهُ الْوَجْوبُ.

١. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٢، ص ٢٤١، المسألة ٢٨؛ المبسوط، ج ٢، ص ١٧٠ - ١٧١.

ويُعتبر كون الرهن مساوياً للحق أو زائداً عليه ليُمكِّن استيفاؤه منه وكُونَه بِيدِ الولي أو بِيدِ عَدْلِ لِيَتَمَ التوثق، والإشهاد على الحق لمن يَثبُت به عند الحاجة إِلَيْه عادَةً. فلو أَخْلَى ببعض هذه ضَمِّنَ مع الإمكان.

(ولو تعذر الرهنُ هنا) وهو في موضع الخوف على ماله (أُقرض من ثقة عدل غالباً). هكذا اتفقت النسخَ.

والجمع بين العدل والثقة تأكيداً أو حاولَ تفسيرَ الثقة بالعدل؛ لوروده كثيراً في الأخبارِ وكلامِ الأصحابِ محتملاً لما هو أعمَّ منه. ووصفُ الغلبة للتنبيه على أنَّ العدالة لا تُعتبر في نفس الأمر ولا في الدوام؛ لأنَّ عَرْوضَ الذنب ليس بقادح على بعض الوجوه كما عرفه في باب الشهادات^١، والمعتبر وجودُها غالباً.

(وأما الحقُّ فيُشترط ثبوته في الذمة) أي استحقاقه فيها وإن لم يكن مستقراً (كالقرض وثمن المبيع) ولو في زمن الخيار، (والديمة بعد استقرار الجنائية) وهو انتهاؤها إلى الحد الذي لا يتغيَّر موجبهما، لا قبلَه؛ لأنَّ ما حَصَّل بها في معرض الزوال بالانتقال إلى غيره. ثم إن كانت حالةً أو لازمةً للجاني كشيء العمد جاز الرهنُ عليها مطلقاً.

(وفي الخطأ) المحض لا يجوز الرهنُ عليها قبل الحلول؛ لأنَّ المستحقَ عليه غير معلوم؛ إذ المعتبر من وُجِدَ منهم عند حلولها مُستجِمِعاً للشروط بخلاف الدين المؤجل؛ لاستقرار الحقُّ والمستحقَ عليه، ويجوز الرهن (عند الحلول على قسطه^٢) وهو الثالث بعد حلول كلٍّ حولٍ من الثلاثة.

١. تقدَّم في ص ٧٨.

٢. يعني إذا حلَّ العول الأوَّل أخذَ على ثلث الديمة رهناً، وإذا حلَّ الثاني أخذَ على الثلث الثاني وكذا، وكذا الثالث، وليس هذا كالدين المؤجل؛ فإنه يصحُّ الرهن عليه قبل حلوله؛ لثوبته واستقراره بخلاف الديمة؛ فإنه لا حكم لثبوتها إلا بعد الحلول. (زين رحمة الله)

(ومال الكتابة وإنْ كانت مشروطةً على الأقرب)؛ لأنَّها لازمةً للمُكَاتِب مطلقاً على الأصل.

والقول الآخر: أنَّ المُشروعَة جائزةً من قبل المُكَاتِب فيجوز له تعجيز نفسه^١ ولا يصح الرهن على مالها؛ لانتفاء فائدته؛ إذ له إسقاطه متى شاء. وهو على تقدير تسليمه غير مانع منه كالرهن على الثمن في مدة الخيار.

وفي قول ثالثٍ: أنَّ المُشروعَة جائزةً من الطرفين، والمُطلقة لازمةً من طرف السيد خاصةً^٢، ويتوخَّه عدم صحة الرهن أيضاً كالسابق.

(ومال الجعالة بعد الرد): لثبوته في الذمة حينئذٍ (لا قبله) وإنْ شرع فيه؛ لأنَّه لا يستحق شيئاً منه إلا بتمامه. وقيل: يجوز بعد الشروع؛ لأنَّه يؤول إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار^٣. وهو ضعيفٌ، والفرق واضح؛ لأنَّ البيع يكفي في لزومه إيقاؤه على حالة فتنقيضي المدة، والأصل عدم الفسخ عكس الجعالة.

(ولا بد من إمكان استيفاء الحق من الرهن): لتحصُّل الفائدة المطلوبة من التوثق به (فلا يصح) الرهن (على منفعة المؤجر عينه^٤) مدة معينة؛ لأنَّ تلك المنفعة الخاصة لا يمكن استيفاؤها إلا من العين المخصوصة، حتى لو تعرَّد الاستيفاء منها بعموه ونحوه بطلت الإجارة. (فلو آجرَه في الذمة جاز) كما لو استأجره على تحصيل خيطة ثوب بنفسه أو بغيره؛ لإمكان استيفائها حينئذٍ من الرهن، فإنَّ الواجب تحصيل المنفعة على أيّ وجه اتفق.

١. قال به الشيخ في المبسوط، ج. ٢، ص. ١٤٩؛ ابن إدريس في السارier، ج. ٢، ص. ٤١٧.

٢. قال به ابن حمزة في الوسيلة، ص. ٣٤٥.

٣. قال به العلامة في تذكرة الفقهاء، ج. ١٢، ص. ١٨٢، المسألة .١٣٧.

٤. أي لو آجر نفسه للخدمة، فأراد المستأجر أن يأخذ منه رهناً على هذه المنفعة لم يجز؛ لأنَّ فائدة الرهن استيفاء الحق منه عند تعرُّده، وهو ممتنع هنا؛ لأنَّه عند تعرُّد عينه تنفسح الإجارة، فلا تبقى المنفعة ثابتة في الذمة حتى تستوفى من الرهن؛ ولهذا لو كانت المنفعة ثابتة في الذمة، كخiateة ثوب في الذمة صحَّ أخذ الرهن عليها؛ لإمكان استيفائها منه. (زين رحمة الله)

(وتصح زيادة الدين على الرهن) فإذا استوفى الرهن بقي الباقي منه متعلقاً بذمته، (وزيادة الرهن على الدين)، وفائدة سمعة الوثيقة، ومنع الراهن من التصرف في المجموع، فيكون باعثاً على الوفاء؛ ولإمكان تلف بعضه فيبقى الباقي حافظاً للدين.

(وأما اللواحق فمسائل):

[المسألة الأولى]: (إذا شرط الوكالة في الرهن لم يملك عزله^١) على ما ذكره جماعة^٢، منهم العلامة^٣: لأن الرهن لازم من جهة الراهن وهو الذي شرطها على نفسه، فيلزم من جهته.

(ويُضعف بأنَّ المشرط في اللازم يؤثِّر جواز الفسخ لو أخلَ بالشرط لا وجوب الشرط^٤) كما تقدَّم من أنَّ المشرط في العقد اللازم يقلبه جائزًا عند المصنف^٥

١. قول الأصحاب: عقد البيع قابل للشروط السابقة، كما لو شرط العتق، وحكموا بعدم لزوم الشرط بالنسبة إلى المشتري، ثم حكموا بأنَّ الشروط في اللازم لازم، وطريق الجمع بين الحكيمين المتناقضين إما اشتراط أمر لا يحتاج العقد إلى صيغة ولا مباشرة بل مجرد العقد كافٍ في تتحققه، هذا هو المراد بالقاعدة الثانية، وكل شرط يحتاج في تتحققه، وراء ذكره في العقد، هو مناط القاعدة الأولى، وحيثنى لشرط الوكالة في الرهن صارت لازمة فلو شرط أن يبيمه في عقد الرهن لم يلزم، فالعجب أنَّ اشتراط الجائز في اللازم يجعل الجائز لازماً واحتراط اللازم في اللازم يجعل اللازم جائزًا، والسر فيه: أنَّ اشتراط ما العقد كافٍ في تتحققه كجزء من الإيجاب والقبول، فهو تابع لهما في اللزوم والجواز، واحتراط ما يسوي جدأً أمراً منفصلأً عن العقد وقد علق عليه العقد مع إمكانه، والمتعلق على المسكن ممكناً. (زين رحمة الله)

٢. منهم: الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ١٧٢؛ ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٤٢٨؛ الشهيد في الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٣٥٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٣. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١١٤؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٢، ص ٤٨١، الرقم ٣٧١٠.

٤. هذارَدَ على من قال: الراهن ليس له عزله. وتقريره: أنَّ اشتراط الجائز في اللازم يجعل اللازم جائزًا بالعكس، كما لو شرط في عقد البيع شرطاً: فإنه يصير البيع عرضة للفسخ إذا أخلَ بذلك الشرط، ولا يفيد ذلك لزوم الشرط. فحيثنى إن شرط عليه كونه وكيلًا لم يجب عليه الوفاء، وإذا أخلَ به فسخ العقد المشروط فإن وفيا بذلك فقد وفيا بالشرط. والعزل من قضية الوكالة، وليس من قضية العقد عدم العزل. (زين رحمة الله)

٥. تقدَّم في ص ٢٣٦.

وجماعٍ، فحيثٌ إنما يُفيد إخلالُ الراهن بالوكالة تسلُّطُ المرتهن على فسخ العقد وذلك لا يَتَم في عقد الرهن؛ لأنَّه دفعُ ضررٍ بضررٍ أقوى.

وإنما تظهر الفائدة فيما لو كان قد شرطها في عقد لازمٍ كبيع، (فحيثُنَّ لِوْفَسْخِ)
الراهنِ (الوِكَالَةُ فَسَخَ الْمَرْتَهْنُ الْبَيْعُ الْمُشْرُوطُ بِالْرَهْنِ) والوِكَالَةُ (إِنْ كَانَ) هُنَاكَ بِيعٌ
مُشْرُوطٌ فِيهِ ذَلِكَ، وَإِلَّا فَاتَ الشَّرْطُ عَلَى الْمَرْتَهْنِ بَغْيَرِ فَائِدَةٍ.

ويُشكِّل بما تقدَّم من وجوب الوفاء بالشرط؛ عملاً بمقتضى الأمر، خصوصاً فيما يكون العقد المنشروط فيه كافياً في تحققه كالوكالة على ما حققه المصنف (رحمه الله)؛^٣ من أنه يصير كجزء من الإيجاب والقبول يلزَم حيث يلزَمان.

ولما كان الرهن لازماً من جهة الراهن فالشرط من قبله كذلك خصوصاً هنا، فإن فسخ المشروط فيه - وهو الرهن - إذا لم يكن في بيع لا يتوجه، لأنّه يزيده ضرراً فلا يُؤثّر فسخه لها وإنْ كانت جائزه بحسب أصلها؛ لأنّها قد صارت لازمة بشرطها في اللازم على ذلك الوجه.

[المسألة الثانية]: يجوز للمرتهن ابتياعه من نفسه إذا كان وكيلًا في البيع، ويستولى طرف العقد؛ لأنَّ الفرض بيُعَه بثمن المثل وهو حاصل، وخصوصيَّة المشتري ملْفَأةٌ حيث لم يتعرَّض لها. وربما قيل بالمنع؛ لأنَّ ظاهر الوكالة لا يتناوله.

وَكُذَا يَجُوزُ بَعْدَهُ عَلَى وَلَدِهِ بِطَرِيقٍ أَوْلَى، وَقِيلَ: لَا^٥.

^١ منهم: عميد الدين الأعرجي في كنز الفوائد، ج ١، ص ٤٧٣؛ والفضل المقداد في التفتح الرابع، ج ٢، ص ٧١؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٩١.

٢٣٦ . تقدّم في ص

^٣ نقله عنه أيضاً في مسالك الأفهام، ج ٢، ص ٢٧٤.

^٤. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٣٧٣.

^{٨٩} ٥. حكاہ عن ابن الجنید العلامہ فی مختلف الشیعۃ، ج ۵، ص ۴۴۶، المسألة.

(وهو مقدم به على الغرماء) حيث كان الراهن أم ميئاً، مفلساً كان أم لا؛ لسبق تعلق حقة.

(ولو أعز) الرهن ولم يف بالدين (ضرب بالباقي) مع الغرماء على نسبته.

[المسألة] (الثالثة: لا يجوز لأحدهما التصرف فيه) بانتفاع ولا نقل ملك ولا غيرها إذا لم يكن المرتهن وكيلًا، وإلا جاز له التصرف بالبيع والاستفادة خاصةً كما مر.

(ولو كان له نفع) كالدابة والدار (أو جر) باتفاقهما وإلا آجره الحاكم. وفي كون الأجرة رهناً كالأصل قولان^١، كما في النماء المتتجدد مطلقاً.

(ولو احتاج إلى مؤونة) كما إذا كان حيواناً (فعلى الراهن) مؤونته؛ لأن المالك، فإن كان في يد المرتهن وبذلها الراهن أو أمره بها أنفق ورجح بما غرم، وإلا استأذنه، فإن امتنع أو تذرَّ استئذنه لغيبة ونحوها زفع أمره إلى الحاكم، فإن تذرَّ أنفق هو بيته الرجوع وأشهد عليه ليثبت استحقاقه بغير يمين ورجح، فإن لم يشهد فالأقوى قبول قوله في قدر المعروف منه بيمينه ورجوغرمه به.

(ولو انتفع المرتهن^٢) به بإذنه على وجه الموضع، أو بدونه مع الإثم لزمه الأجرة أو عوض المأخذ كاللبن (تقاضاً) ورجح ذو الفضل بفضله.

وقيل: تكون النفقة في مقابلة الركوب واللبن مطلقاً^٣، استناداً إلى رواية^٤ حملت على الإذن في التصرف والإتفاق مع تساوي الحقين. ورجح في الدروس جواز الانتفاع

١. القول بأنها للراهن للشيخ في الخلاف، ج ٢، ص ٢٥١، المسألة ٥٨؛ والمعلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٢٤، المسألة ٤٥؛ القول بأنها يدخل في الرهن للشيخ العفيد في المقنة، ص ٦٢٣؛ وابن إدريس في السراير، ج ٢، ص ٤٢٤.

٢. قال به الشيخ في النهاية، ص ٤٣٥؛ وأبو الصلاح في الكافي في الفقه، ص ٣٤.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٧٦، ح ٧٧٨.

بما يخاف فوئه على المالك عند تعدد استئذانه واستئذان الحاكم^١. وهو حسن.

[المسألة] (الرابعة): يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء، إذا لم يكن وكيلًا (لو خاف جحود الوارث) ولا يثبت له على الحق: (إذا القول قول الوارث مع يمينه في عدم الدين وعدم الرهن) لو أدعى المرتهن الدين والرهن. والمراجع في الخوف إلى القرائن الموجبة للظن الغالب بجحوده.

وكذا يجوز له ذلك لو خاف جحود الراهن ولم يكن وكيلًا.

ولو كان له يثبت مقبولة عند الحاكم لم يجز له الاستقلال بدون إذنه.

ولا يلحق بخوف الجحود احتياجه إلى اليمين لو اعترض: لعدم التضرر باليمين الصادق وإن كان تزكيه تعظيمًا للله أولى.

[المسألة] (الخامسة): لو باع أحدهما بدون إذن (توقف على إجازة الآخر) فإن كان البائع الراهن بإذن المرتهن أو بإجازته بطل الرهن من العين والشمن، إلا أن يشترط كون الشمن رهناً - سواء كان الدين حالاً أم مؤجلاً - فيلزم الشرط، وإن كان البائع المرتهن كذلك بقي الشمن رهناً وليس له التصرف فيه إذا كان حقه مؤجلاً إلى أن يحل، ثم إن واقفه جنساً وصفاً صحيحاً إلا كان كالرهن.

(وكذا عتق الراهن) يتوقف على إجازة المرتهن فيبطل برده، ويلزم بإجازته أو سكوته إلى أن فك الرهن بأحد أساليبه. وقيل: يقع العتق باطلًا بدون إذن السابق^٢ نظراً إلى كونه لا يقع موقعاً.

(لا) إذا أعتق (المرتهن)، فإن العتق يقع باطلًا قطعاً متى لم يسبق إذن؛ إذ «لا عتق

١. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٣٥٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ١٥٢؛ وسلام في المراسم، ص ١٩٢.

إلا في ملكه^١. ولو سبق وكان العتق عن الراهن أو مطلقاً صحيحاً، ولو كان عن المرتهن صحّ أيضاً، وينتقل ملكه إلى المعيق قبل إيقاع الصيغة المقترنة بالإذن كغيره من المأذونين فيه.

(ولو وطئها الراهن^٢) بإذن المرتهن أو بدونه وإن فعل محرماً (صارت مستوىً دةً مع الإحال): لأنّها لم تخرج عن ملكه بالرهن وإن منع من التصرف فيها، (وقد سبق)^٣ في شرائط البيع (جواز بيعها) حينئذ؛ لسبق حقّ المرتهن على الاستيلاد المانع منه.

وقيل: يمتنع مطلقاً^٤ للنبي عن بيع أمهات الأولاد^٥ المتناول بإطلاقه هذا الفرد، وفصل ثالث بإعسارِ الراهن فتبعاً، وبسارةٍ فتلرمه القيمة تكون رهناً، جمعاً بين الحقين^٦. وللمصنف في بعض تحقيقاته تقسيمٌ رابعٌ، وهو بيعها مع وطنه بغير إذن المرتهن، ومنعه مع وقوعه بإذنه^٧.

وكيف كان فلا تخرج عن الرهن بالوطء ولا بالحبل، بل يمتنع البيع مadam الولد؛ لأنّه مانع طارئ، فإن مات بيعت للرهن لزوال المانع.

(ولو وطئها المرتهن فهو زان^٨)؛ لأنّه وطى أمة الغير بغير إذنه. (فإن أكرّهاه فعليه العشر إن كانت يكراً وإلا) تكن يكراً (فنصفه)؛ للرواية^٩ والشهرة. (وقيل: مهر

١. سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٥٨، ح ٢١٩٠؛ تهذيب الأحكام، ج ٨، ص ٢١٧، ح ٧٧٣ - ٧٧٤؛ عوالي اللائي، ج ٢، ص ٢٩٩، ح ٤.

٢. سبق في ح ١٤٤ - ١٤٥.

٣. قال به المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٧٣؛ والعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٢، ص ٤٨٨، الرقم ٣٧٣٢.

٤. راجع الكافي، ج ٦، ص ١٩١ - ١٩٣، ١٩٢، باب أمهات الأولاد، ح ١ - ٦.

٥. قال به الشيخ في الغلاف، ج ٢، ص ٢٢٩، المسألة ١٩.

٦. نسبة إلى بعض حواشيه في مسائل الأفهام، ج ٤، ص ٥٠.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٢٤٤، ح ١٠٦٤.

المثل)؛ لأنَّه عَوْضُ الْوَطَءِ شَرْعًا^١. وللمصطف (رحمه الله) في بعض حواشيه قوله بتخيير المالك بين الأمرين^٢.

ويجب مع ذلك أَرْشُ الْبَكَارَةِ، وَلَا يَدْخُلُ فِي الْمَهْرِ وَلَا التَّشْرِ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ جَنَابِيٌّ وَعَوْضُ جَزِئٍ فَائِتٍ؛ وَالْمَهْرُ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ عَوْضُ الْوَطَءِ. وَلَا يُشَكِّلُ بِأَنَّ الْبَكَارَةَ إِذَا أَخْذَ أَرْسُلَهَا صَارَتْ شَيْئاً فَيُنْبَغِي أَنْ يَجْبَ مَهْرُ التَّثِيبِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَدَقَ وَطَوْهَا بِكِراً وَفَوَّتَ مِنْهَا جَزءاً، فَيَجْبُ عَوْضُ كُلِّ مِنْهَا؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا عَوْضُ جَزِئٍ، وَالآخَرُ عَوْضُ مِنْفَعَةٍ (وَإِنْ طَاوَعْتُ^٣ فَلَا شَيْءٌ)؛ لِأَنَّهَا بَغَيٌّ وَ(لَا مَهْرٌ لِبَغَيٍّ)^٤. وَفِيهِ أَنَّ الْأُمَّةَ لَا تَسْتَحِقُ الْمَهْرَ وَلَا تَمْلِكُهُ، فَلَا يَنْافِي ثَبَوَتَهُ لِسَيْدِهَا مَعَ كُونِ التَّصْرِيفِ فِي مُلْكِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ (وَلَا تَرِزُّ وَازِرَةٌ وَرَزُّ أُخْرَى)^٥. فَالقول بثبوته عَلَيْهِ مُطْلَقاً أَقْوَى، مُضَافاً إِلَى أَرْشِ الْبَكَارَةِ كَمَا مَرَّ. وقد تقدَّمَ مثله^٦.

[المسألة] (السادسة: الرهن لازم من جهة الراهن حتى يخرج عن الحق) بأدائه ولو من متبرع غيره. وفي حكمه ضمان الغير له مع قبول المرتهن، والحواله به وإبراء المرتهن له منه. وفي حكمه الإقالة المسقطة للثمن المرهون به أو المتنى المسلم فيه المرهون به. والضابط براءه ذمة الراهن من جميع الدين. ولو خرَّجَ من بعضه، ففي خروجِ الْرَّهْنِ أَجْمَعُ أَوْ بِقَائِمِهِ كَذَلِكَ أَوْ بِالنَّسْبَةِ أَوْ جُمْهُرَةٍ. ويظهر من العبارة بقاوه أجمع، وبه صرَّاحٌ في الدروس^٧.

١. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ١٦٢؛ والعلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٢، ص ٢٣٩، المسألة ١٦٨.

٢. حكاه أيضاً في مسالك الأفهام، ج ٤، ص ٤٢.

٣. في بعض النسخ: «طاواعته».

٤. سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ٧٣٠، ح ٢١٥٩؛ صحيح مسلم، ج ٢، ص ١١٩٨، ح ١٥٦٧.

٥. الأنعام (٦): ١٦٤.

٦. تقدَّمَ في ص ١٧٢.

٧. الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٣٥٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

ولو شرط كونه رهناً على المجموع خاصةً تعيّن الأول، كما أنه لو جعله رهناً على كل جزء منه، فالثاني.

وحيث يحکم بخروجه عن الـرهانة (فبیقی أمانةً فی يد المرتهن) مالکیة لا يجب تسليمه إلا مع المطالبة؛ لأنَّه مقبوض بإذنه وقد كان وثيقه وأمانةً، فإذا انتفى الأول يبقى الثاني. ولو كان الخروج من الحق بابراء المرتهن من غير علم الراهن وجب عليه إعلامه به، أو ردَّ الرهن، بخلاف ما إذا علِم.

(ولو شرط كونه مبيعاً عند الأجل بطلًا) الرهن والبيع؛ لأنَّ الرهن لا يُوقَّت والبيع لا يُعْلَق.

(و) لو قبضه كذلك (ضمِّنه بعد الأجل)؛ لأنَّه حينئذٍ مبيعٌ فاسدٌ، وصحيحُه مضمونٌ ف fasدُه كذلك، (لا قبله)؛ لأنَّه حينئذٍ رهنٌ فاسدٌ، وصحيحُه غير مضمونٌ ف fasدُه كذلك، قاعدةٌ مطردةٌ. ولا فرق في ذلك بين علِيهما بالفساد وجههما، والتفریق.

[المسألة] (السابعة: يدخل النماء المتجددُ المنفصلُ كالولد والثمرة (في الرهن على الأقرب) بل قيل: إنه إجماعٌ؛ ولأنَّ من شأن النماء تبعيَّةُ الأصل، (إلا مع شرط عدم الدخول) فلا إشكال حينئذٍ في عدم دخوله؛ عملاً بالشرط، كما أنه لو شرط دخوله ارتفع الإشكال. وقيل: لا يدخل بدونه^١؛ للأصل ومنع الإجماع. والتبعيَّةُ في الملك لا في مطلق الحكم؛ وهو أظهر. ولو كان متصلًا - كالطول والسمَّان - دخل إجماعاً.

[المسألة] (الثامنة: يتقدِّم حقُّ الـرهانة بالموت)؛ لأنَّه مقتضى لزوم العقد من طرف الراهن؛ ولأنَّه وثيقه على الذين فيهم ما يَقْبِي ما لم يُسْقِطه المرتهن؛ (لا الوكالة

١. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٤٢٤.

٢. قال به العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٢٤.

والوصيّة؛ لأنَّها إذنُ في التصرُّف يقتصرُ بما على مَنْ أُذِنَ له، فإذا مات بطل، كنظائره من الأعْمَال المشروطة بعَبَارٍ معينٍ؛ (إلا مع الشرط) بأن يكون للوارث بعده أو لغيره، فتلزم؛ عملاً بالشرط.

(وللراهن الامتناعُ من استئمان الوارث) وإن شُرِطَ له وكالةُ البيع والاستيفاء؛ لأنَّ الرضى بتسليم المورث لا يقتضيه، ولا اختلاف الأشخاص فيه، (وبالعكس) للوارث الامتناعُ من استئمان الراهن عليه (فليتفقا على أمين) يضعايه تحت يده وإن لم يكن عدلاً؛ لأنَّ الحقَّ لا يغدوهما فيتقيدُ برضاهما، (وإلا) يتفقا (فالحاكم) يعيّن له عدلاً يقضيه لهما.

وكذا لو مات الراهن، فلورثته الامتناعُ من إيقائه في يد المرتهن؛ لأنَّه في القبض بمنزلة الوكيل تبطل بعوت الموكل وإن كانت مشروطة في عقدٍ لازم، إلا أن يُشرط استمرارُ الوضع بعد موته، فيكون بمنزلة الوصي في الحفظ.

[المسألة] (التسعة: لا يضمن المرتهن) الرهن إذا تلف في يده (إلا بستَّعْدَ أو تفريطِ)، ولا يسقط بتلفه شيءٌ من حقِّ المرتهن، فإنْ تَعَدَّ فيه أو فَرَطَ ضَمِّنه (فتلزم قيمة يوم تلفه) إن كان قيمياً (على الأصحَّ^١)؛ لأنَّه وقتُ الانتقال إلى القيمة، والحقُّ قبله كان منحصراً في العين وإنْ كانت مضمونة.

ومقابل الأصح اعتبارُ قيمته يوم القبض^٢، أو أعلى القيمة من يوم القبض إلى يوم التلف^٣، أو من حين التلف إلى حين الحكم عليه بالقيمة^٤ كالغاصب. ويُضعفُ بأنه قبل

١. نعم؛ لأنَّه قبل الأجل مقوض بالرهن الفاسد، والرهن الفاسد غير مضمون؛ وبعد الأجل مقوض بالبيع الفاسد، وهو مضمون. (زين رحمة الله)

٢. شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٧٥.

٣. نسبة إلى الشيخ في المبسوط السعدي في التبيغ الرابع، ج ٢، ص ١٧٤؛ والشهيد في مسالك الأفهام، ج ٤، ص ٧٣؛ ولم ننشر عليه في المبسوط.

٤. حكاية عن ابن الجنيد العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤١٩ - ٤٢٠، المسألة ٣٩.

التفريط غير مضمونٍ، فكيف تُعتبر قيمته فيه، وبأن المطالبة لا دخل لها في ضمان القيمي. هذا إذا كان الاختلاف بسبب السوق أو نقص في العين غير مضمون، أما لو نقصت العين بعد التفريط بهزازٍ ونحوه ثم تلف اعتير أعلى القيمة المنسوبة إلى العين من حين التفريط إلى التلف.

ولو كان مثلياً ضمه بمثله إن وجد، وإلا فقيمة المثل عند الأداء على الأقوى؛ لأن الواجب عنده إنما كان المثل وإن كان متعدراً، وانتقاله إلى القيمة بالمطالبة، بخلاف القيمي؛ لاستقرارها في الذمة من حين التلف مطلقاً.

(ولو اختلفا في القيمة خلف المرتهن)؛ لأنَّه المنكر، والأصل براءته من الزائد. وقيل: الراهن، نظراً إلى كون المرتهن صار خائناً بتفريطه، فلا يقبل قوله^١. ويُضعف بأنَّ قبول قوله من جهة إنكاره، لا من حيث كونه أميناً أو خائناً.

[المسألة] (العاشرة: لو اختلفا في) قدر (الحق العردون به خلف الراهن على الأقرب)؛ لأصالة عدم الزيادة وبراءة ذمته منها، ولأنَّه منكر، وللرواية^٢. وقيل: قول المرتهن^٣، استناداً إلى رواية ضعيفة^٤.

(ولو اختلفا في الرهن والوديعة) بأن قال المالك: هو وديعة، وقال الممسيك: هو رهن، (خلف المالك)؛ لأصالة عدم الرهن، ولأنَّه منكر، وللرواية الصحيحة^٥. وقيل: يحلف الممسيك^٦، استناداً إلى رواية ضعيفة^٧. وقيل: الممسيك إن اعترف له

١. قال به المفيد في المقنعم، ص ٦٢٣: الشیخ في النهاية، ص ٤٣١.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٧٤، ح ٧٦٩ - ٧٧٠.

٣. حکاه عن ابن الجنید العلامة في مختلف الشیعہ، ج ٥، ص ٤٢٠، المسألة ٤٠.

٤. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٧٥، ح ٧٧٤.

٥. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٧٤، ح ٧٧١.

٦. قال به الصدوق في المقعن، ص ٣٨٤ - ٣٨٥: الشیخ في الاستبصار، ج ٣، ص ١٢٢ - ١٢٣، ذیل الحديث ٤٣٦.

٧. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٧٦، ح ٧٧٦.

المالك بالدين، والمالك إن أنكره^١، جمعاً بين الأخبار؛ وللقرينة. وضيق المقابل يمنع من تخصيص الآخر.

(ولو اختلفا في عين الرهن) فقال: رهنتك العبد، فقال: بل الجارية (حلف الراهن) خاصةً (وبطلاً): لانتفاء ما يدعى الراهن بإنكار المرتهن؛ لأنَّه جائز من قبله، فيبطل بإنكاره لو كان حقاً، وانتفاء ما يدعى المرتهن بحلف الراهن.

(ولو كان) الرهن (مشروعطاً في عقد لازم تحالفاً): لأنَّ إنكار المرتهن هنا يتعلق بحقِّ الراهن، حيث إنَّه يدعى عدم الوفاء بالشرط الذي هو ركن من أركان ذلك العقد اللازم، فتيرجع الاختلاف إلى تعين التهم: لأنَّ شرط الرهن من مكتلاته، فكلُّ يدعى ثمناً غير ما يدعى الآخر، فإذا تحالفاً بطل الرهن، وفسخ المرتهن العقد المشروع فيه إن شاء، ولم يمكن استدراكه كما لو مضى الوقت المحدود له. وقيل: يقدَّم قولُ الراهن^٢ كالأول.

[المسألة] (الحادية عشرة): لو أدى ديناً وعيَّن به رهناً بأنَّ كان عليه ديون وعلى كلِّ واحد رهنٌ خاصٌ، فقصد بالمؤدي أحدَ الديون بخصوصه ليقفُ رهنه (فذاك) هو المتعين؛ لأنَّ مرجع التعين إلى قصد المؤدي.

(وإنْ أطلق) ولم يُسمِّ أحدَها لفظاً لكنَّ قصده (فتخالف في القصد) فادعى كلُّ منها قصد الدافع ديناً غير الآخر (حلف الدافع) على ما ادعى قصده؛ لأنَّ الاعتبار بقصده، وهو أعلم به. وإنما احتيَّج إلى اليمين مع أنَّ مرجع النزاع إلى قصد الدافع، ودعوى الغريم العلم به غير معقول؛ لإمكان إطلاعه عليه بإقرار القاصد. ولو تَخالفاً فيما تَلَقَّط بإرادته فكذلك. ويمكن رده إلى ما ذكره من الت الخالف في القصد؛ إذ العبرة به واللفظُ كاشفُ عنه.

١. قال به ابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٦٦.

٢. قال به العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٣٧.

(وكذا لو كان عليه دينٌ خالٍ) عن الرهن، وأخْرَّ به رهْنُ (فَادَّعَ الدفعَ عن المرهون به) ليقُلَّ الرهن، وادَّعَ الغريمُ الدفعَ عن الغالي ليقُلَّ الرهن، فالقول قول الدافع مع يمينه؛ لأنَّ الاختلاف يرجع إلى قصده الذي لا يعلم إلا من قبْلِه كالأول.

[المسألة] (الثانية عشرة): لو اختلفا فيما يُباع به الرهن^١، فأراد المرتهن بيعه بنقد، والراهن بغيره (بيع بالنقد الغالب) سواء وافق مراد أحدهما أم خالفهما. والبائع المرتهن إن كان وكيلًا، والغالب موافق لمراده، أو رجع إلى الحق، وإلا فالحاكم. (فإن غلب نقدان بيع بمشابه الحق) منها إن اتفقا (فإن بايَنُوهما عَيْنُ الحاكم) إن امتنعا من التعيين. وإطلاق الحكم بالرجوع إلى تعيين الحاكم يشمل ما لو كان أحدهما أقرب إلى الصرف إلى الحق وعدمه. وفي الدروس: لو كان أحدهما - وعَنْيَ به المتبادرين - أسهل صرفاً إلى الحق تعيين^٢! وهو حسن. وفي التحرير: لو بايَناه بيع بأوفرها حظاً، وهو أحسن، فإنه ربما كان عُشر الصرف أصلح للمالك. وحيث يُباع بغير مراده ينبغي مراعاة الحظ له كغيره ممَّن يلي عليه الحاكم.

١. الدروس الشرعية، ج. ٣، ص. ٣٥٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

٢. تحرير الأحكام الشرعية، ج. ٢، ص. ٤٨٤، الرقم ٣٧١٧. وفيه: فإن تساوي بيع بأوفرها حظاً.

كتاب الحَجْر

(كتاب الحجور)

(أسبابه ستة):

بحسب ما جرت العادة بذكره في هذا الباب، وإلا فهي أزيد من ذلك مفرقة في تضاعيف الكتاب؛ كالحجر على الراهن في المرهون، وعلى المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن، وعلى البائع في الثمن المعين قبل تسليم المبيع، وعلى المكاتب في كتبه لغير الأداء والنفقة، وعلى المرتد الذي يمكن عوده إلى الإسلام.

والستة المذكورة هنا هي (الصغر، والجنون، والرق، والفلس، والسفنة، والمرض) المتصل بالموت.

(ويمتد حجر الصغير حتى يبلغ) بأحد الأمور المذكورة في كتاب الصوم (ويرشد بأن يصلح ماله) بحيث يكون له ملائكة نفسانية تتضي إصلاحه، وتمنع إفساده وصرفة في غير الوجه اللائق بأفعال العقلاء، لا مطلق الإصلاح؛ فإذا تحققَت الملائكة المذكورة مع البلوغ ارتفع عنه الحجر (وإنْ كان فاسقاً) على المشهور؛ لإطلاق الأمر بدفع أموال اليتامي إليهم بإيناس الرشد^١، من غير اعتبار أمر آخر معه، والمفهوم من الرشد عرفاً هو إصلاح المال على الوجه المذكور وإنْ كان فاسقاً.

وقيل: يُعتبر مع ذلك العدالة، فلو كان مصلحاً لماله غير عدل في دينه لم يرتفع عنه

الحجر^١؛ للنهي عن إيتاء السفهاء المال^٢، وما روي أنَّ شاربَ الخمر سفيه^٣، ولا قائل بالفرق، وعن ابن عباس: أنَّ الرشدَ هو الورق والحلم والعقل^٤، وإنما يُعتبر على القول بها في الابتداء لا في الاستدامة، فلو عرَضَ الفسقُ بعد العدالة قال الشيخ: الأحوط أن يُحَجَّرَ عليه^٥، مع أنه شرطها ابتداءً، ويتجوَّهُ على ذلك أنها لو كانت شرطاً في الابتداء لاعتبرت بعده لوجود المقتضي.

(ويُختبر) من يُراد معرفة رشده (سلامته) من التصرفات والأعمال ليظهر اتصافه بالملائكة وعدمه، فمن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع والشراء، بمعنى معاكسته فيما على وجههما، ويُراعى إلى أن يتم مساوئته ثم يتولاه الولي إن شاء، فإذا تكرر منه ذلك وسلَّمَ من الغبن والتضييع في غير وجهه فهو رشيد.

وإن كان من أولاد من يُصان عن ذلك اختِرْ بما يناسب حال أهله، إنما بأن يُسلَّمَ إليه نفقة مدةٍ ليتنفقها في مصالحه أو مواضعها التي عيَّنت له، أو بأن يَسْتَوفِي الحساب على مُعاملِيهِ أو نحو ذلك، فإن وَفَى بالأفعال الملازمة فهو رشيد، ومن تضييعه إنفاقه في المحرمات والأطعمة النفيسة التي لا تليق بحاله بحسب وقته وبنته، وشرفه وضعيته، والأمنية واللباس كذلك، وأما صرفه في وجوه الخير من الصدقات وبناء المساجد وإقراء الضيف، فالأقوى أنه غير قادر مطلقاً؛ إذ «لا سُرْفٌ في الخير كما لا خير في السُّرْفِ»^٦.

وإن كان أثني اختُرْتَ بما يناسبها من الأعمال كالغزل والخياطة وشراء آلاتِها المعتادة لأمثالها بغير غبن، وحفظ ما يحصل في يدها من ذلك، والمحافظة على أجراها

١. قال به الشيخ في الخلاف، ج ٣، ص ٢٨٣ - ٢٨٤، المسألة ٣: المبسوط، ج ٢، ص ٢٥١.

٢. النساء (٤): ٥.

٣. تفسير العياشي، ج ١، ص ٢٢٠، ح ٢٢.

٤. الدر المثور، ج ٢، ص ١٢١: المجموع شرح المهدب، ج ١٣، ص ٣٦٨.

٥. الخلاف، ج ٣، ص ٢٨٩، المسألة ٨.

٦. عوالي الآلي، ج ١، ص ٢٩١، ح ١٥٤: لاحظ غایة المراد، ج ٢، ص ١٣٧ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢).

مثلها إن عمِلت للغير، وحفظ ما تلَيه من أسباب البيت ووضعه على وجهه، وصون أطعمته التي تحت يدها عن مثل الهَرَة والفار ونحو ذلك، فإذا تكرَّر ذلك على وجه الملكة ثبت الرشد وإلا فلا. ولا يقدح فيها وقوع ما يُنافيها نادراً من الغلط والانخداع في بعض الأحيان؛ لوقوعه كثيراً من الكاملين. وقت الاختبار قبل البلوغ؛ عملاً بظاهر الآية^١. (ويتبَّت الرشد) لمن لم يختبر (بشهادة النساء في النساء لا غير)؛ لسهولة اطْلَاعهنَّ علَيْهنَّ غالباً عكس الرجال، (وبشهادة الرجال مطلقاً) ذَكَرَ أَكَان المشهود عليه أَمْ أَنْتَ؛ لأنَّ شهادة الرجال غير مقيَّدة. والمعتبر في شهادة الرجال اثنان، وفي النساء أربع، ويتبَّت رشد الأنثى بشهادة رجل وامرأتين أيضاً وبشهادة أربع خناش. (ولا يصح إقرار السفيه بمال^٢) ويصح بغيره كالتسَب وإنْ أوجَب النفقة، وفي الإنفاق عليه من ماله أو بيت المال قوله^٣ أَجْوَدُهُمَا الثَّانِي، وكالإقرار بالجنائية الموجبة للقصاص وإنْ كان نفساً.

(ولا تصرُّفه في المال) وإنْ ناسبَ أفعالَ العلاء. ويصح تصرُّفه فيما لا يتضمن إخراج المال كالطلاق والظهار والخلع. (ولا يُسلِّم عَوْضُ الْخُلُع إِلَيْهِ)؛ لأنَّه تصرُّف ماليٌ ممنوعٌ منه.

(ويجوز أن يتوَكَّل لغيره في سائر العقود) أي جميعها. وإنْ كان قد ضَعَف إطلاقه عليه بعض أهل العربية^٤ حتى عَدَه في ذرَّةِ الغواصِ من أوهام الخواص^٥؛ وجعله مختصاً بـ«الباقي» أخذَاه من السُّور وهو البقية، وعليه جاء قولُ النبي ﷺ لابن غيلان

١. النساء (٤): ٦.

٢. لو أقرَّ بمن يجب نفقته نفق من بيت المال إلَّا الزوجة فالنفقة عليها من ماله. (زين رحمه الله)

٣. القول بالإتفاق من بيت المال للشيخ المبسوط، ج. ٢، ص: ٢٥٥؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج. ٢، ص: ١٣٨. وأما القول بأنَّه من ماله حكاه عن حواشِي الشهيد في جامِع المقاصد، ج. ٥، ص: ٢٠١.

٤. منهم: الفيروز أبادي في القاموس المعطي، ج. ٢، ص: ٦٣؛ وابن الأثير في النهاية في غريب الحديث والأثر، ج. ٢، ص: ٣٢٧، «ستر».

٥. نقله عنه الربيدي في تاج العروس، ج. ٦، ص: ٤٨٩، «ستر».

لَمَا أَسْلَمَ عَلَى عَشْرِ نِسْوَةٍ: «أَمْسِكْ عَلَيْكَ أَرْبَعًا وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ»^١. لَكِنْ قَدْ أَجَازَهُ بَعْضُهُمْ^٢. وَإِنَّمَا جَازَ توكيلَ غَيْرِهِ لِهِ؛ لِأَنَّ عَبَارَتَهُ لِيُسْتَ مَسْلُوبَةً مُطْلَقاً، بَلْ مَمَّا يَقْتَضِي التَّصْرِيفُ فِي مَالِهِ.

(وَيَمْتَدُ حَجْرُ الْمَجْنُونِ) فِي التَّصْرِيفَاتِ الْمَالِيَّةِ وَغَيْرِهَا (حَتَّى يُفْيقُ) وَيَكْتُلُ عَقْلَهُ. (وَالوَلَايَةُ فِي مَالِهِمَا) أَيِ الصَّغِيرُ وَالْمَجْنُونُ (لِلأَبِ وَالْجَدِّ) لِهِ وَإِنْ عَلَى (فَيَشْتِرِ كَانُ فِي الْوَلَايَةِ) لَوْ اجْتَمَعَا، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَمْرٍ نَفَذَ، وَإِنْ شَعَرَّا ضَرِقْ عَقْدَ السَّابِقِ، فَإِنْ اتَّفَقَا فِي بَطْلَانِهِ أَوْ تَرْجِيعِ الأَبِ أَوِ الْجَدِّ أُوجَّهُ.

(ثُمَّ الْوَصِيُّ) لِأَحْدَهُمَا مَعْ فَقْدِهِمَا (ثُمَّ الْحَاكِمُ) مَعْ فَقْدِ الْوَصِيِّ.

(وَالوَلَايَةُ فِي مَالِ السَّفِيهِ الَّذِي لَمْ يَسِيقْ رَشْدَهُ، كَذَلِكَ) لِلأَبِ وَالْجَدِّ إِلَى آخرِ ما ذُكِرَ؛ عَمَلاً بِالْاسْتَحْسَابِ. (إِنْ سَبَقَ) رَشْدَهُ وَارْتَقَعَ الْحَجْرُ عَنْهُ بِالْبَلُوغِ مَعَهُ ثُمَّ لَجَّهَ السَّفَهُ (فَلِلْحَاكِمِ) الْوَلَايَةُ دُونَهُمْ لِارْتِفَاعِ الْوَلَايَةِ عَنْهُ بِالرَّشْدِ، فَلَا تَعُودُ إِلَيْهِمْ إِلَّا بَدْلِيلٍ وَهُوَ مُنْتَفِيٌّ، وَالْحَاكِمُ وَلِيُّ عَامٍ لَا يَحْتَاجُ إِلَى دَلِيلٍ وَإِنْ تَخَلَّفَ فِي بَعْضِ الْمَوَارِدِ. وَقِيلَ: الْوَلَايَةُ فِي مَالِهِ لِلْحَاكِمِ مُطْلَقاً؛ لِظُهُورِ تَوْقِفِ الْحَجْرِ عَلَيْهِ وَرْفَعِهِ عَلَى حُكْمِهِ فِي كُونِ النَّظَرِ إِلَيْهِ.^٣

(وَالْعَبْدُ مُنْنَوِعٌ) مِنَ التَّصْرِيفِ (مُطْلَقاً) فِي الْمَالِ وَغَيْرِهِ، سَوَاءً أَحْلَنَا مِلْكَهُ أَمْ قَلَّنا بِهِ، عَدَا الطَّلاقِ إِنَّمَا لِإِيقَاعِهِ وَإِنْ كَرِهَ الْمَوْلَى.

(وَالْمَرِيضُ مُنْنَوِعٌ مِمَّا زَادَ عَنِ الْثَّلَاثِ) إِذَا تَبَرَّعَ بِهِ، أَمَّا لَوْ عَاوَضَ عَلَيْهِ بِشَمِّ مِثْلِهِ نَفَذَ، (وَإِنْ تَجَزَّ) مَا تَبَرَّعَ بِهِ فِي مَرْضِهِ بِأَنَّ وَهْبَهُ أَوْ وَقَهُ أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ أَوْ حَابَبَهُ فِي بَيْعٍ وَإِجَارَةٍ (عَلَى الْأَقْوَى)؛ لِلأَخْبَارِ الْكَثِيرَةِ الدَّالِلَةِ عَلَيْهِ مَنْطَوْقَأً وَمَفْهُومَأً.^٤ وَقِيلَ: يَمْضِي

١. السنن الكبير، البهقي، ج. ٧، ص. ٢٩٤، ح. ١٤٠١٤.

٢. نقله عن جماعة الزبيدي في تاج العروس، ج. ٦، ص. ٤٨٩، «سنن».

٣. قال به الشيخ في المبسوط، ج. ٢، ص. ٢٥٤.

٤. تهذيب الأحكام، ج. ٩، ص. ١٩٤ - ٢٤٢، باب الوصية بالثلث وأقلّ منه وأكثر.

من الأصل^١ للأصل، وعليه شواهد من الأخبار^٢. (ويثبت الحجر على السفيه بظهور سفهه وإن لم يحكم الحاكم به)، لأن المقتضي له هو السفة، فيجب تحققه بتحققه؛ ولظاهر قوله تعالى: «فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحُقُوقُ سَفِيهً»^٣ حيث أثبت عليه الولاية بمجردته. (ولايزال الحجر عنه (إلا بحكمه)؛ لأن زوال السفة يقتصر إلى الاجتهاد وقيام الأمارات؛ لأنَّه أمرٌ خفيٌّ فينطَاط بنظر الحاكم.

وقيل: يتوقفان على حكمه لذلك^٤. وقيل: لا فيهما^٥، وهو الأقوى؛ لأنَّ المقتضي للحجر هو السفة، فيجب أن يتثبت بشوته ويزول بزواله؛ ولظاهر قوله تعالى: «فَإِنْ ءَانْسَتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَأَذْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»^٦ حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلا يتوقف على أمرٍ آخر.

(ولو عاملَه العالمُ بحاله استعاد ماله) مع وجوده؛ بطلان المعاملة، (فإن تلف فلا ضمان)؛ لأنَّ العوامل قد ضيَّع ماله بيده، حيث سلمه إلى من نهى الله تعالى عن إيتائه^٧. ولو كان جاهلاً بحاله فله الرجوع مطلقاً؛ لعدم تقصيره.

وقيل: لا ضمان مع التلف مطلقاً؛ لتقصير من عامله قبل اختباره^٨. وفصل ثالث، فحكم بذلك مع قبض السفيه المال بإذن مالكه^٩، ولو كان بغیر إذنه ضمه مطلقاً؛ لأنَّ المعاملة الفاسدة لا يترتب عليها حكم، فيكون قابضاً للمال بغیر إذن، فيضمنه، كما لو

١. قال به الشيخ العفيف في المقنعة، ص ٦٧١؛ والشيخ في النهاية، ص ٦٢٠.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٩، ص ١٨٧ - ١٩٠، باب الوصية بالثلث وأقل وأكثـر.

٣. البقرة (٢): ٢٨٢.

٤. قال به الشيخ في المبسط، ج ٢، ص ٢٥٤.

٥. قال به المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٥، ص ١٩٦.

٦. النساء (٤): ٦.

٧. النساء (٤): ٥.

٨. قال به الشيخ في المبسط، ج ٢، ص ٢٥٣.

٩. كالعلامة في تحرير الأحكام الشرعية، ج ٢، ص ٥٣٨، الرقم ٣٨٧٣.

أتلف مالاً أو غَصَبَه بغير إذن مالكه، وهو حسن.

(وفي إيداعه أو إعارته أو إجارته فيتليف العين نظر)؛ من تفريطه بتسليمه، وقد نهى الله تعالى عنه بقوله: **«وَلَا تُؤْتُوا أَسْقَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ»^١**، فيكون بمنزلة من ألقى ماله في البحر. ومن عدم تسلি�مه على الإطلاق؛ لأنَّ المال في هذه المواقع أمانة يجب حفظه، والإطلاق حصل من السفيه بغير إذن فيضمنه كالغصب، والحال أنه بالغ عاقل، وهذا هو الأقوى.

(ولا يرتفع الحجر عنه ببلوغه خمساً وعشرين سنةً) إجماعاً متأخراً؛ لوجود المقتضي للحجر وعدم صلاحية هذا السن لرفعه. وتبَّأ بذلك على خلاف بعض العامة حيث زَعَمَ أنَّه متى بلَّغَ خمساً وعشرين سنةً يُفكَ حجره وإنْ كان سفيهاً.^٢

(ولا يُمنع من الحجَّ الواجب مطلقاً)، سواء زادت نفقته عن نفقة الحضر أم لا، وسواء وجب بالأصل أم بالعارض كالمندور قبل السفر، لتعيئته عليه، ولكن لا يُسلِّمُ النفقَةَ بل يتولَّها الوالي أو وكيله.

(ولا من) الحجَّ (المندوب إذا استَوَتْ نفقَتُه) حَضَرًا وسَفَرًا. وفي حكم استواء النفقَةَ ما لو تَمَكَّنَ في السفر من كسب يَجِيرُ الزائد بحِيثُ لا يمكن فعله في الحَضَرِ. (وتتعقد يمينه) لو حَلَفَ (ويُكَفَّرُ بالصوم) لو حَيَثُ؛ لِمَنْعِه من التصرُّف المالي، ومثله العهد والنذر.

وإنما ينعقد ذلك حيث لا يكون متعلَّقاً المال ليُمْكِن الحكم بالصحة، فلو حَلَفَ أو نَذَرَ أن يتصدق بمال لم ينعقد نذرُه؛ لأنَّه تصرُّفٌ ماليٌّ. هذا مع تعيئته، أمَّا لو كان مطلقاً لم يَبْعُدْ أن يُرَايَ في إنفاذِ الرشد.

(وله العفو عن القصاص)؛ لأنَّه ليس بمال، (لا الديمة)؛ لأنَّه تصرُّفٌ ماليٌّ. وله الصلحُ عن القصاص على مال، لكن لا يُسلِّمُ إليه.

١. النساء (٤): ٥.

٢. قال به أبو حنيفة، راجع الفتاوى الهندية، ج ٥، ص ٥٦.

كتاب الضمان

(كتاب الضمان)

والمراد به الضمانُ بالمعنى الأخصّ، قسيمُ الحَوَالَةِ والكِفَالَةِ، لا الأعمُ الشاملُ لهما.^١ (وهو التعهد بالمال) أي الالتزام (به من البريء^٢) من مالٍ مُماثلٍ لما ضَمَنه للمضمون عنه. وبقيد «المال» خرجت الكِفَالَةُ، فإنها تمهَّدُ بالنفس وبـ«البريء» الحَوَالَةُ، بناءً على اشتراطها بشُغْلِ ذمةِ المُحَالِ عليه للمُحيل بما أحال به.

(ويُشترط كمالُه) أي كمال الضامن المدلول عليه بالصدر أو اسم الفاعل أو المقام، (وحرَيْثُه) فلا يصحَّ ضمانُ العبد في المشهور؛ لأنَّه «لا يقدرُ على شئٍ». وقيل: يصحَّ ويتبع به بعد العتق^٣. (إلا أن يأذن المولى فيبيت) المال (في ذمة العبد) لا في مال المولى؛ لأنَّ إطلاق الضمان أعمُ من كلِّ منها، فلا يدلُّ على الخاصّ. وقيل: يتعلَّق بكسبه^٤ حملًا على المعهود من الضمان الذي يستعقب الأداء. وربما قيل بتعلقه بمال المولى مطلقاً كما لو أمره بالاستدانة^٥ وهو متوجه.

(إلا أن يشترط) كونه (من مال المولى) فيلزم بحسب ما شرط، ويكون حينئذٍ

١. في «س، ن»: «لها».

٢. لو شرط الخيار في الضمان بطل. (زين رحمه الله)

٣. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٨٧، المسألة ١٥٧.

٤. نقله عن قاتل الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٣١٨.

٥. نقله عن ابن الجنيد العلامة في مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٤٨٨، المسألة ١٥٩.

كالوكييل. ولو شرطه من كسبه فهو كما لو شرط من مال المولى؛ لأنَّه من جملته. ثم إنَّ وفَى الكسب بالحقِّ المضمون، وإلا ضاع ما فَصَرَّ. ولو أُعْتِق العبد قبل إمكان تجدد شيء من الكسب ففي بطْلَانِ الضمان أو بقاء التعلق به وجهان.

(ولا يُشترط علمُه بالمستحق) للمال المضمون - وهو المضمون له - بحسبِه
ووصِفِه؛ لأنَّ الغرض إيفاؤه الدين وهو لا يتوقف على ذلك.

وكذا لا يُشترط معرفة قدر الحقِّ المضمون، ولم يذكره المصنف، ويمكن إرادته من العبارات بجعل «المستحق» مبیناً للمجهول. فلو ضَمِنَ ما في ذمَّته صَحَّ على أصحَّ القولين^١؛ للأصل، وإطلاق النص^٢؛ وأنَّ الضمان لا ينافي الغَرَر؛ لأنَّه ليس معاوضة؛ لجوازه من المتبرِّع.

هذا إذا أمكن العلم به بعد ذلك كالمثال، فلو لم يمكن كـ«ضَمِنْتُ لك شيئاً متأملاً ذمَّته» لم يصحَّ قطعاً. وعلى تقدير الصحة يلزمه ما تقدِّم به البينة أنَّه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان، لا ما يتَجَدَّد، أو يوجد في دفتر، أو يقرُّ به المضمون عنه، أو يحلف عليه المضمون له بردِّ اليمين من المضمون عنه؛ لعدم دخول الأول في الضمان، وعدم ثبوت الثاني، وعدم نفوذ الإقرار في الثالث على الغير. وكون الخصومة حينئذٍ مع الضامن والمضمون عنه، فلا يلزمه ما يثبت بمنازعة غيره، كما لا يثبت ما يقرُّ به في الرابع؛ نعم، لو كان الحلف بردِّ الضامن ثبت ما حَلَّفَ عليه.

(و) كذا (لا) يُشترط علمُه بـ(الغريم) وهو المضمون عنه؛ لأنَّه وفاءً ذَيْنَ عنه، وهو جائز عن كُلِّ مديون. ويمكن أن يريده به الأعمَّ منه ومن المضمون له ويريد بالعلم به الإحاطة بمعرفة حاله من نَسْبٍ أو وصِفٍ بسهولة الاقتضاء وما شاكلَه؛ لأنَّ الغرض إيفاؤه الدين، وذلك لا يتوقف على معرفته كذلك، (بل تميَّزُهما) أي المستحق والغريم؛

١. قال بالصحة الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٨١٥؛ وسلام في المراسم، ص ٢٠٠؛ القول بالبطلان للشيخ في

المبسوط، ج ٢، ص ٣١٨؛ وأبن إدريس في السراير، ج ٢، ص ٧٢.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٢١١، ح ٤٩٤.

ليمكن توجة القصد إليهما، أما الحق فليتمكن أداؤه، وأما المضمون له فليتمكن إيفاؤه، وأما المضمون عنه فليتمكن القصد إليه.

ويُشَكِّل بأنَّ المعتبر القصد إلى الضمان، وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له، وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين، فلو قال شخص: «إني أستحق في ذمة آخر مائة درهم» مثلاً، فقال آخر: «ضمتها لك» كان قاصداً إلى عقد الضمان عنْنَ كان عليه الدين مطلقاً، ولا دليل على اعتبار العلم بخصوصيته.

ولابد له من إيجاب وقبول مخصوصين؛ لأنَّه من العقود اللازمَة الناقلة للمال من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن. (والإيجاب «ضمنت» و«تكفلت») ويتميز عن مطلق الكفالة بجعل متعلقتها المال. (و«تقبَّلت» وشبُهُ^١) من الألفاظ الدالَّة عليه صريحاً.

(ولو قال: «مالك عندي أو علي» أو «ما عليه علي» فليس بتصريح)؛ لجواز إرادته أنَّ للغريم تحت يده مالاً، أو أنه قادر على تخلصه، أو أنَّ عليه السعي أو المساعدة ونحوه. وقيل: إن «على» ضمان؛ لاقتضاء «علي» الالتزام^٢، ومثله «في ذمتي». وهو متَّجه، أما «ضمانه علي» فكافٍ؛ لانتفاء الاحتمال مع تصريحه بالمال.

(فيقبل المستحق) وهو المضمون له. (وقيل: يكفي رضاه) بالضمان وإن لم يصرُّح بالقبول^٣؛ لأنَّ حقَّه يتحوَّل من ذمة إلى أخرى، والناس يختلفون في حسن المعاملة وسهولة القضاء، فلا بد من رضاه به، ولكن لا يعتبر القبول: للأصل: لأنَّه وفاء دين والأقوى الأول؛ لأنَّ عقد لازم، فلا بد له من إيجاب وقبول لفظي صريحين متطابقين عربَيْن. فعلى ما اختاره من اشتراطه يُعتبر فيه ما يُعتبر في العقود اللازمَة،

١. كـ«أنا به ضمِّين». (زين رحمة الله)

٢. قال به العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٤، ص ٢٨٣ - ٤٧٤، المسألة ٢٨٤.

٣. قال به فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٨٤.

وعلى القول الآخر (فلا يُشترط فوريَّة القبول): للأصل، وحصول الفرض.
وقيل: لا يُشترط رضاه مطلقاً^١: لما رُويَ من ضمان عليٍّ^٢ دين الميَّت الذي امتنع
النبيَّ^{صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَاٰلِهٖ وَسَلَّمَ} من الصلة عليه لمكان دينه^٣.

(ولا عبرة بالغريم) وهو المضمون عنه، لما ذكرناه من أنه وفاء عنه، وهو غير
متوقف على إدنه. (نعم، لا يرجع عليه مع عدم إدنه) في الضمان وإن أذن في الأداء:
لأنَّه متبرعاً، والضمان هو الناقل للمال من الذمة.

(ولو أذن) له في الضمان (رجع) عليه (بأقلِّ الأمرين مما أذاه، ومن الحق) فإن
أدى أزيد منه كان متبرعاً بالزائد، وإن أدى أقلَّ لم يرجع بغيره، سواءً سقط الزائد عنه
بصلاح أم إبراء. ولو وَهَبَه - بعد ما أدى الجميع - البعض أو الجميع جاز رجوعه به. ولو
أدى عرضاً رجع بأقلِّ الأمرين من قيمته ومن الحق، سواءً راضي المضمون له به عن
الحق من غير عقد، أو بصلاح.

(ويُشترط فيه^٤) أي في الضامن (الملاءة)^٥ بأن يكون مالكاً لما يُوفى به الحق
المضمون فاضلاً عن المستثنيات في وفاء الدين، (أو علم المستحق بإعساره) حين
الضمان، فلو لم يعلم به حتى ضَمِّن تخير المضمون له في الفسخ.
وإنما تُعتبر الملاءة في الابتداء لا الاستدامة، فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن
له الفسخ؛ لتحقق الشرط حالته. وكما لا يقدح تجدد إعساره، فكذا تعذر الاستيفاء منه
بوجه آخر.

(ويجوز الضمان حالاً ومؤجلًا^٦ عن حال ومؤجل^٧)، سواءً تساوى المؤجلان في

١. قال به في الخلاف، ج ٢، ص ٣١٣، المسألة ٢.

٢. السنن الكبرى، البهقى، ج ٦، ص ١٢١، ح ١١٣٩٩.

٣. في اللزوم لافي الصحة. (زين رحمة الله)

٤. يتخير المضمون له في الرجوع على من شاء من الضامن والمضمون عنه في أربعة مواضع: إذا ضمن العين المخصوصة أو المستعارة وقتلنا بالجواز. وإذا تعاقبت الأيدي الفاصلة على المخصوص. وإذا ضمن عهدة الثمن حال وجوده. وإذا اقترب الضمان من اثنين وقتلنا بالصحة. (زين رحمة الله)

الأجل أم تفاؤلاً للأصل. ثم إن كان الدين حالاً رجع مع الأداء مطلقاً، وإن كان مؤجلاً فلا رجوع عليه إلا بعد حلوله وأدائيه مطلقاً.
 (والمال المضمون ما جاز أخذ الرهن عليه) وهو المال الثابت في الذمة وإن كان متزالاً.

(ولو ضمِن للمشتري عهدة الشمن) أي ذرَك على تقدير الاحتياج إلى رده (لزمه)
 ضمانه (في كلّ موضع يبطل فيه البيع من رأس، كالاستحقاق) للمبيع المعين ولم يجز المالك البيع، أو أجازه ولم يجز قبض البائع الشمن.

ومثله تبيَّن خلَل في البيع اقتضى فساده من رأس، كتخلَّف شرط أو اقتران شرط فاسد، لا ما تجَدَّد فيه البطلان كالفسخ بالتقايل والمجلس والحيوان والشرط، وتلف المبيع قبل القبض، لعدم اشتغال ذمة المضمون عنه حين الضمان على تقدير طروع الانفساخ بخلاف الباطل من أصله ولو في نفس الأمر.

(ولو ضمِن له) أي للمشتري ضامن عن البائع (ذرَك ما يُحدِثه) المشتري في الأرض (من بناء أو غرس) على تقدير ظهورها مستحقةً لغير البائع وقلعه لها، أو أخذها أجرة الأرض (فالآقوى جوازه): لوجود سبب الضمان حالة العقد، وهو كون الأرض مستحقةً لغير.

وقيل: لا يصح الضمان هنا، لأنَّه ضمانٌ ما لم يجب؛ لعدم استحقاق المشتري الأرض على البائع حينئذ، وإنما استحقة بعد القلع. وقيل: إنما يصح هذا الضمان من البائع؛ لأنَّه ثابت عليه بنفس العقد وإن لم يضمن، فيكون ضمانه تأكيداً.

وهو ضعيف؛ لأنَّه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعاً مسلطاً على الانتفاع مجاناً، ضمانه بعقده مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتًا حال الضمان. وتنظر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حقَّ الرجوع بسبب البيع، فيبيَّن له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما.

ونظيره ضمان غير البائع ذرَكَ الغرس ضمانه عَهْدَةً المبيع لو ظهر معيلاً فطالب المشتري بالأرش؛ لأنَّه جزءٌ من الثمن ثابتٌ وقت الضمان. ووجه العدم هنا أنَّ الاستحقاق له إنما حَصَلَ بعد العلم بالعيب واختيارِ أخذ الأرش، وال موجودُ من العيب حالة العقد ما كان يلزمه تعينُ الأرش، بل التخييرُ بينه وبين الردّ، فلم يتعينُ الأرش إلا بعد الضمان.

والحقُّ أنه أحدُ الفردَيْن الثابتَيْن تخبيرًا حالة البيع، فيُوصَف بالثبوت قبل اختياره؛ لأفراد الواجب المخِير.

(ولو أنَّكَ المستحقُ القبض) من الضامن (فَشَهَدَ عَلَيْهِ الْغَرِيمُ) وهو المضمون عنه (قُبِيل)؛ لأنَّه إنْ كان أمراً بالضمان فشهادته عليه شهادةً على نفسه باستحقاق الرجوع عليه، وشهادَة لغيره فتُسمَع، وإنْ كان الضامن متبرعاً عنه فهو أجنبيٌّ، فلا مانع من قبولها؛ لبراءته من الدين أَدَى أم لم يُؤَدَّ.

لكن إنما تُقبل (مع عدم التُّهْمَة) بأنْ تُقيِّدَ الشهادة فائدةً زائدةً على ما يغرسه لو لم يثبت الأداء، فتردّ وللتُّهْمَة صور:

منها: أن يكون الضامن مُسيراً ولم يعلم المضمون له بإعساره، فإنَّ له الفسخ حيث لا يثبت الأداء، ويرجِع على المضمون عنه، فيندفع بشهادته عودة الحق إلى ذاته.

ومنها: أن يكون الضامن قد تجدَّد عليه الحجر للفلس، وللمضمون عنه عليه دين، فإنه يُوفَّر بشهادته مال المفلس فيزداد ما يُضرَب به.

ولا فرق في هاتين بين كون الضامن متبرعاً، وبسؤال: لأنَّ فسخ الضمان يوجب العودة على المديون على التقديرَيْن ومع الإفلاس ظاهر.

١. كما لو صالح على أقلَّ من الحق فيشهد له ليرجع عليه به. وفيه نظر: إذ الأقوى أنه مع عدم الشهادة يرجع بالاقل من الأول والثاني فلا تهمة. منها: أن يكون الضامن ممسراً وصاحب الحق جاهلاً فيشهد الأصل بالدفع؛ لشَلَّا يفسخ المضمون له ويرجع عليه. ومنها: أن يحجر على الضامن للمفلس ويكون للأصل عليه مال فيشهد له بأداء الحق ليتوفَّر مال الضامن عليه. (زين رحمة الله)

وجعل بعضُهم من صور التَّهْمَةِ أَنْ يَكُونَ الضَّامِنُ قدْ صَالَحَ عَلَى أَقْلَى مِنَ الْحَقِّ، فَيَكُونُ رجوعُه عَلَى تَقْدِيرِ كُونِه بِسُؤَالٍ إِنَّمَا هُوَ بِالْمَدْفُوعِ، فَتَبَرُّ شَهَادَةُ الْمُضْمُونِ عَنْهُ تَهْمَةً بِتَخْفِيفِ الدِّينِ عَنْهُ^١.

وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ يَكْفِي فِي سُقْوَطِ الزَّائِدِ عَنِ الْمُضْمُونِ عَنْهُ اعْتِرَافُ الضَّامِنِ بِذَلِكِ فَلَا يَرْجِعُ بِهِ إِنْ لَمْ يَتَبَيَّنْ، فَتَنْدِيفُ التَّهْمَةُ وَتَقْبِيلُ الشَّهَادَةِ كَمَا يَتَبَيَّنُ عَلَيْهِ الْمَصْنُوفُ بِقُولِهِ: (وَمَعَ دَعْمِ قَبْوِلِ قُولِهِ لِلتَّهْمَةِ أَوْ لِعدَمِ الْقَدَالَةِ (لَوْ غَرَمَ الضَّامِنُ رَجَعَ) عَلَى الْمُضْمُونِ عَنْهُ (فِي مَوْضِعِ الرَّجُوعِ) وَهُوَ مَا لَوْ كَانَ ضَامِنًا بِإِذْنِهِ (بِمَا أَذَاهُ أَوْلًَا)^٢؛ لِتَصَادِقُهُمَا عَلَى كُونِهِ هُوَ الْمُسْتَحْقُّ فِي ذَمَّةِ الْمُضْمُونِ عَنْهُ، وَاعْتِرَافِهِ بِأَنَّ الْمُضْمُونَ لَهُ ظَالِمٌ بِالْأَخْذِ ثَانِيًّا). هَذَا مَعَ مَسَاوَاتِ الْأَوَّلِ لِلْحَقِّ أَوْ قَصْوِرِهِ، وَإِلَّا رَجَعَ عَلَيْهِ بِأَقْلَى الْأَمْرَيْنِ مِنْهُ وَمِنَ الْحَقِّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحْقُ الرَّجُوعَ بِالْزَّائِدِ عَلَيْهِ. وَمِثْلُهُ مَا لَوْ صَدَقَهُ عَلَى الدَّفْعِ إِنْ لَمْ يَشْهُدْ، وَيُمْكِنُ دُخُولُهُ فِي «عدَمِ قَبْوِلِ قُولِهِ».

(وَلَوْ لَمْ يُصَدِّقَهُ عَلَى الدَّفْعِ) الَّذِي ادَّعَاهُ (رَجَعُ) عَلَيْهِ (بِالْأَقْلَى) مَمَّا ادَّعَى أَدَاءَهُ أَوْلَأَ وَأَدَاءَهُ أَخِيرًا؛ لِأَنَّ الْأَقْلَى إِنْ كَانَ هُوَ الْأَوَّلُ، فَهُوَ يَعْرُفُ بِأَنَّهُ لَا يَسْتَحْقِقُ سُواهُ، وَأَنَّ الْمُضْمُونَ لَهُ ظَلْمٌ فِي الثَّانِيِّ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِيَّ فَلَمْ يَبْثُتْ ظَاهِرًا سُواهُ، وَعَلَى مَا بَيَّنَاهُ يَرْجِعُ بِالْأَقْلَى مِنْهُمَا وَمِنَ الْحَقِّ.

١. نقله الشهيد في غاية المراد، ج. ٢، ص. ١٥٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ٢).

٢. إِنَّمَا قَيْدُ بِمَوْضِعِ الرَّجُوعِ لِيُخْرِجَ بِهِ الضَّامِنُ الْمُتَبَرِّعَ، وَإِنَّمَا رَجَعُ بِمَا أَذَاهُ أَوْلَأَ مِنَ الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّهُ الْمُبِرِّعُ لِلذَّمَّةِ بِالْتَّفَاقِهِمَا، وَإِذَا لَمْ يَشْهُدْ يَرْجِعُ بِأَقْلَى الْأَمْرَيْنِ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْأَقْلَى الْأَوَّلُ فَبِاعْتِرَافِ الضَّامِنِ، وَإِنْ كَانَ الْأَقْلَى الْآخِيرُ فَلِلْعَلْمِ بِالْمُبِرِّعِ لِلذَّمَّةِ ظَاهِرًا. (زين رحمة الله)

كتاب الحوالة

(كتاب الحوالة)

(وهي التعهد بالمال من المشغول بمثله) للمحيل.

هذا هو القدر المتفق عليه من الحوالة، وإلا فالأقوى جوازها على البريء؛ للأصل، لكنه يكون أشبه بالضمان؛ لاقتضائه نقل المال من ذمة مشغوله إلى ذمة بريئه، فكأنَّ الحال عليه بقوله لها ضامن لذين المحatal على المحيل، ولكنها لا تخرج بهذا الشبيه عن أصل الحوالة، فتلحقُها أحکامها.

(ويُشترط فيها رضى الثلاثة) أمَّا رضى المحيل والمحتال فموضوع وفاق؛ لأنَّ مَنْ عليه الحق مخير في جهات القضاء من ماله، ودينه المحال به من جملتها. والمحتال حُقِّه ثابت في ذمة المحيل، فلا يلزمه نقله إلى ذمة آخر بغير رضاه. وأمَّا المحال عليه فاشترط رضا هو المشهور، ولأنَّه أحد أركان الحوالة؛ ولا خلاف الناس في الاقتضاء سهولةً وصعوبةً.

وفيه نظر؛ لأنَّ المحيل قد أقام المحatal مقام نفسه في القبض بالحوالة، فلا وجه للافتقار إلى رضى مَنْ عليه الحق، كما لو وَكَله في القبض منه. واختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحق ومن نسبته، خصوصاً مع اتفاق الحقين جنساً ووصفاً، فعدم اعتباره أقوى.

نعم، لو كانا مختلفين وكان الغرض استيفاء مثل حق المحatal توجَّه اعتبار رضى المحال عليه؛ لأنَّ ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة، فلابد من رضى المعاوضين. ولو

رَضِيَ المحتال بأخذ جنسٍ ما على المحال عليه زال المحذورُ أيضاً. وعلى تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاهما؛ لأنَّ الحالة عقدٌ لازمٌ لا يتم إلا بإيجاب وقبول، فالإيجاب من المحيل والقبول من المحتال، ويُعتبر فيما ما يُعتبر في غيرهما من اللفظ العربي والمطابقة وغيرهما. وأما رضي المحال عليه فيكتفي كيفيًّا اتفق متقدماً ومتاخراً ومقارناً. ولو جوَّزنا الحالة على البريء، اعتبر رضاه قطعاً. ويُستثنى من اعتبار رضي المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء، فلا يُعتبر رضي المحيل قطعاً؛ لأنَّه وفاء دينه بغير إذنه، والعبارة عنه حينئذٍ أن يقول المحال عليه للمحتال: «أَحْلَّتُكَ بِالَّذِينَ الَّذِي لَكَ عَلَى فَلَانٍ عَلَى نَفْسِي» فيقتل، فيقومان بركن العقد. وحيث تَبِعَتِ الحالة تلزماً (فيتحوَّل فيها المال) من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه (الضمَمان) عندنا، وبَرِأَ المحيل من حق المحتال بمجردتها وإن لم يُبرئه المحتال؛ لدلالة التحول عليه في المشهور.

(ولا يحب) على المحتال (قبولها على التليء)؛ لأنَّ الواجب أداء الدين، والحوالة ليست أداء، وإنما هي نقلٌ له من ذمة إلى أخرى، فلا يحب قبولها عندنا، وما وزد من الأمر بقبولها على المليء¹ على تقدير صحته محمول على الاستحباب. (ولو ظهر إعساره) حالَ الحالة بعدها (فسخ المحتال) إن شاء، سواه شرط يسازه أم لا. وسواء تجدد له الإيسار قبل الفسخ أم لا وإن زال الضرر؛ عملاً بالاستصحاب. ولو انعكس بأن كان مُوسِراً حالتها فتجدد إعساره فلا خيار؛ لوجود الشرط.

(ويصح تَرَامي الحالة) بأن يُحيل المحال عليه المحتال على آخر، ثم يُحيل الآخر محتاله على ثالث وهكذا، وبَرِأَ المحال عليه في كل مرتبة كالأول؛ (وذورها) بأن يُحيل المحال عليه في بعض المراتب على المحيل الأول. وفي الصورتين المحتال

1. السنن الكبرى، البهقي، ج ٦، ص ١١٦، ح ١١٣٨٩.

مَتَّحِدٌ وَإِنَّمَا تَعْدَدُ الْمَحَالُ عَلَيْهِ.

(وكذا الضمان) يصح تراميه بأن يضمن الضامن آخر، ثم يضمن الآخر ثالث وهكذا، ودوره بأن يضمن المضمون عنه الضامن في بعض المراتب. ومنتهي الشيخ (رحمه الله): لاستلزمـه جعل الفرع أصلـاً، ولعدم الفائدة.^١ ويضعفـ بأنـ الاختلافـ فيما غـير مـانعـ. وقد ظـهر الفـائدةـ في ضـمان العـالـ مـؤـجاـ وبالـعكسـ، وفي الضـمانـ بـاذـنـ وـعـدـمـ، فـكـلـ ضـامـنـ يـرـجـعـ معـ الـاذـنـ عـلـىـ مـضـمـونـهـ لـاـ عـلـىـ الأـصـيلـ، وـإـنـماـ يـرـجـعـ عـلـىـ الضـامـنـ الـأـوـلـ إـنـ ضـمـنـ بـاذـنـهـ.

وأـنـماـ الـكـفـالـةـ فـصـحـ تـرـامـيـهاـ دـوـنـ ذـوـرـهـاـ؛ لـأـنـ حـضـورـ الـمـكـفـولـ الـأـوـلـ يـسـطـلـ مـاـ تـأـخـرـ مـنـهـ.

(و) كـذـاـ تـصـحـ (الـحـوـالـةـ بـغـيرـ جـنـسـ الـحـقـ)ـ الـذـيـ لـمـحـتـالـ عـلـىـ الـمـعـهـلـ، بـأـنـ يـكـوـنـ لـهـ عـلـىـ دـرـاـهـمـ فـيـحـيـلـهـ عـلـىـ آـخـرـ بـدـنـانـيـرـ، سـوـاءـ جـعـلـنـاـ الـحـوـالـةـ اـسـتـيـفـاءـ أـمـ اـعـتـيـاضـ؛ لـأـنـ إـيقـاءـ الـدـينـ بـغـيرـ جـنـسـهـ جـائزـ مـعـ التـرـاضـيـ، وـكـذـاـ الـمـعـاوـضـةـ عـلـىـ الدـرـاـهـمـ بـالـدـنـانـيـرـ. وـلـوـ انـعـكـسـ فـأـحـالـهـ بـحـقـهـ عـلـىـ مـنـ عـلـيـهـ مـخـالـفـ صـحـ أـيـضاـ، بـنـاءـ عـلـىـ اـشـتـرـاطـ رـضـىـ الـمـحـالـ عـلـىـهـ، سـوـاءـ جـعـلـنـاـهـ اـسـتـيـفـاءـ أـمـ اـعـتـيـاضـ، بـتـقـرـيـبـ التـقـابـضـ. وـلـاـ يـعـتـبـرـ التـقـابـضـ فـيـ الـمـجـلـسـ حـيـثـ تـكـوـنـ صـرـفـاـ؛ لـأـنـ الـمـعـاوـضـةـ عـلـىـ هـذـاـ الـوـجـهـ لـيـسـ بـيـعـاـ. وـلـوـ لـمـ يـعـتـبـرـ رـضـىـ الـمـحـالـ عـلـىـهـ صـحـ الـأـوـلـ دـوـنـ الثـانـيـ؛ إـذـ لـاـ يـجـبـ عـلـىـ الـمـدـيـوـنـ الـأـدـاءـ مـنـ غـيرـ جـنـسـ مـاـ عـلـيـهـ.

وـخـالـفـ الشـيـخـ^٢ وـجـمـاعـةـ^٣ فـيـهـماـ فـاـشـتـرـطـواـ تـساـوـيـ الـمـالـ بـهـ وـعـلـيـهـ جـنـسـاـ وـوـصـفـاـ، اـسـتـنـادـاـ إـلـىـ أـنـ الـحـوـالـةـ تـحـوـيـلـ مـاـ فـيـ ذـمـةـ الـمـحـيـلـ إـلـىـ ذـمـةـ الـمـحـالـ عـلـيـهـ، فـإـذـاـ كـانـ عـلـىـ

١. المبسوط، ج. ٢، ص. ٣٢٤.

٢. المبسوط، ج. ٢، ص. ٢٨٩.

٣. منهم: ابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٨٢؛ وابن زهرة في غنية النزوع، ج ١، ص ٢٥٨؛ والعلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٤، ص ٤٥٤ - ٤٥٥، المسألة ٦١٤.

المحيل دراهم مثلاً، وله على المحال عليه دنانير، كيف يصير حقُّ المحatal على المحال عليه دراهم ولم يقع عقدُ يوجب ذلك؟! لأنَّا إنْ جعلناها استيفاءً كان المحatal بمنزلة من استوفى دينه وأقرَّ به المحال عليه، وحقُّ الدرهم لا الدنانير، وإنْ كانت معاوضةً فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيلُ ما ليس بحاصل من جنسِ مال أو زيادةٍ قدرٍ أو صفةٍ، وإنما هي معاوضةٌ إرفاقٌ ومسامحةٌ للحاجة، فاعتبر فيها التجانس والتساوي. وجوابه يظهر متى ذكرناه.

(و) كذا تصحُّ (الحالة بدين عليه لواحد على دين للمحيل على اثنين متكافلين) أي قد ضمَّن كلُّ منهما ما في ذمَّةِ صاحبه دفعَةً واحدةً أو متلاحقَين مع إرادة الثاني ضمانَ ما في ذمَّةِ الأوَّل في الأصل، لا مطلقاً؛ لثلا يصير المالان في ذمَّةِ الثاني. ووجه جواز الحالة عليها ظاهرٌ؛ لوجودِ المقتضي للصَّحة، وانتفاءِ المانع؛ إذ ليس إلا كونهما متكافلين وذلك لا يصلح مانعاً.

وبئَر بذلك على خلاف الشيخ (رحمه الله) حيث منع منه، محتاجاً باستلزمها زيادة الارتفاق^١، وهو ممتنع في الحالة؛ لوجوب موافقة الحقُّ المحال به للمحال عليه من غير زيادةٍ ولا نقصانٍ قدرًا ووصفاً.

وهذا التعليل إنما يتوجَّه على مذهب من يجعل الضمانَ ضمَّ ذمَّةً إلى ذمَّةٍ فيتخير حينئذٍ في مطالبة كلِّ منهما بمجموع الحقِّ، أمَّا على مذهب أصحابنا من أنَّه ناقلٌ للمال من ذمَّةِ المحيل إلى ذمَّةِ المحال عليه، فلا ارتفاق، بل غايته انتقالُ ما على كلِّ منهما إلى ذمَّةِ صاحبه، فيبيَّنُ الأمْرُ كما كان؛ ومع تسليمه لا يصلح للمانعية؛ لأنَّ مطلق الارتفاع بها غير مانعٍ إجماعاً كما لو أحاله على أملَى منه وأحسنَ وفاةً.

(ولو أدى المحالُ عليه فطلب الرجوعَ بما أداه على المحيل (إنكاره الدين) وزعمَه أنَّ الحالةَ على البريءِ بناءً على جوازِ الحالةِ عليه (وادعاه المحيل)، تعارض

الأصلُ) وهو براءة ذمَّة المحال عليه من دين المحيل (والظاهرُ) وهو كونه مشغولَ الذمة؛ إذ الظاهرُ أنه لو لا اشتغال ذمته لما أحيل عليه.

(والأول) وهو الأصل (أرجح) من الثاني، حيث يتعارضان غالباً، وإنما يتَّحدُ في مواضع نادرة، (فيَحِلُّ) المحالُ عليه على أنه بريء من ذين المحيل (ويَرْجِعُ) عليه بما غَرِم، (سواء كان) العقدُ الواقع بينهما (بلفظ الحوالة أو الضمان)؛ لأنَّ الحوالة على البريء أشبه بالضمان فتصح بلفظه، وأيضاً فهو يُطْلَق على ما يشتملُها بالمعنى الأعم فيصح التعبير به عنها. ويُحتمل الفرقُ بين الصيغتين فيقبل مع التعبير بالضمان دون الحوالة؛ عملاً بالظاهر.

ولو اشتربنا في الحوالة اشتغالَ ذمَّة المحال عليه بمثيل الحقِّ تَعَارَضُ أصلُ الصحة والبراءة فيَسَاَطِان، ويَبْقَى مع المحال عليه أداءُ دين المحيل بإذنه فَيَرْجِعُ عليه، ولا يمنع وقوع الإذن في ضمنِ الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها لاتفاقهما على الإذن، وإنما اختلفا في أمرٍ آخر، فإذا لم يثبتَ يَبْقَى ما اتفقا عليه من الإذن في الوفاء المقتضي للرجوع. ويُحتمل عدمُ الرجوع ترجيحاً للصحة المستلزمة لشغل الذمة.

كتاب الكفالة

(كتاب الكفالة)

(وهي التعهد بالنفس) أي التزام إحضار المكفول متى طلب المكفول له. وشرطها رضي الكفيل والمكفول له دون المكفول؛ لوجوب الحضور عليه متى طلب صاحب الحق ولو بالدعوى بنفسه أو وكيله، والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يأمره به. ويفتقر إلى إيجاب وقبول بين الأئلين، صادرتين على الوجه المعتبر في العقد اللازم. (وتصح حالةً ومؤجلةً)، أمّا الثاني فموضع وفاقٍ، وأمّا الأولى فأصح القولين^١؛ لأنَّ الحضور حقٌ شرعي لا ينافي الحلول. وقيل: لا تصح إلا مؤجلةً (إلى أجل معلوم)^٢ لا يحتمل الزيادة والنقصان كغيره من الآجال المشترطة.

(ويبرأ الكفيل بتسليمه) تسلیماً (تماماً) بأن لا يكون هناك مانع من تسلمه؛ كمُتَّغلب، وحبس ظالم، وكونه في مكان لا يمكن من وضع يده عليه؛ لقوء المكفول وضعف المكفول له، وفي المكان المعين إن بيئنه في العقد، وبلد العقد مع الإطلاق، (و عند الأجل) أي بعده إن كانت مؤجلةً (أو في الحلول) متى شاء إن كانت حالةً ونحو ذلك. فإذا سلمه كذلك برئ، فإن امتنع سلمه إلى الحاكم وبرئ أيضاً، فإن لم يمكن أشهد عدلين بإحضاره إلى المكفول له وامتناعه من قبضه.

١. من عه الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٨١٥؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٨١؛ وجوزه ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٧٧.

٢. قال به المفيد في المقنعة، ص ٨١٥؛ والشيخ في النهاية، ص ٣١٥.

(ولو امتنع) الكفيل من تسليمه أَرْزَمِهُ الحاكمُ به فإنَّ أَبَى (فللمستحقّ) طلب (حبسه) من الحاكم (حتَّى يُحضره أو يُؤْدِي ما عليه) إنْ أَمْكِن أَداؤه عنه كالدين، فلو لم يمكن - كالقصاص، والزوجيَّة، والدعوى بعقوبة تُوجِّب حَدًا أو تعزيرًا - أَرْزَم بإحضاره حتَّى مع الإمكان، وله عقوبته عليه كما في كُلِّ ممتنع من أداء الحق مع قدرته عليه، فإنَّ لم يمكنه الإحضار وكان له بدُّل - كالدِّيَّة في القتل وإنْ كان عمداً، ومهر مثل الزوجة - وجب عليه البدل.

وقيل: يتعين إلزامه بإحضاره إذا طلبه المستحق مطلقاً؛ لعدم انحصر الأغراض في أداء الحق^١؛ وهو قوي.

ثمَّ على تقدير كون الحق مالاً وأداء الكفيل، فإنَّ كان قد أَدَى بإذنه رجَّع عليه، وكذا إنَّ أَدَى بغير إذنه مع كفالته بإذنه وتعذر إحضاره، وإلا فلا رجوع.

والفرق بين الكفالة والضمان في رجوع من أَدَى بالإذن هنا وإنْ كفل بغير الإذن، بخلاف الضمان: أنَّ الكفالة لم تتعلَّق بالمال بالذات، وحكم الكفيل بالنسبة إليه حكم الأجنبي، فإذا أَدَى بإذن المديون فله الرجوع، بخلاف الضامن؛ لأنَّ نقل المال إلى ذمَّته بالضمان فلا ينفعه بعده الإذن في الأداء؛ لأنَّه كإذن البريء للمديون في أداء دينه. وأمَّا إذنه في الكفالة إذا تعذر إحضاره واستثنائه في الأداء، فذلك من لوازم الكفالة والإذن فيها إذن في لوازمه. (ولو عُلِقَ الكفالة بشرط مُتَوَقِّعٍ أو صفة مُترَقبَةٍ (بطلت) الكفالة (وكذا الضمان والحوالة) كغيرها من العقود اللازمـة. (نعم، لو قال «إنْ لم أحضره إلى كذا كان علىـي كذا» صحَّت الكفالة أبداً ولا يلزَمـه المال المشروطـ، ولو قال «علىـي كذا إنْ لم أحضره» لَزِمـه ما شرطـ من المال إنْ لم يُحضره) علىـ المشهور.

ومستندـ الحكَيْمـ روايـة داودـ بنـ الحُسـينـ عنـ أبيـ العـباسـ عنـ الصـادـقـ ^{عليـهـ السـلامـ}؟^٢.

١. قال به العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٤، ص ٤١١، المسألة ٥٧٧؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٥.

ص ٣٩٢-٣٩٣.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٤٨٨، ح ٢٠٩.

وفي الفرق بين الصيغتين من حيث التركيب العربي نظر، ولكن المصنف والجماعة عملوا بضمون الرواية جامدين على النص مع ضعف سنته. وربما تكفل متكلف للفرق بما لا يُسمى ولا يعني من جوع^١ وإن أردت الوقوف على تحقيق الحال فراجع ما حررناه في ذلك بشرح الشراح وغيره^٢.

(وتحصل الكفالة) أي حكم الكفالة (بإطلاق الغريم من المستحق قهراً) فيلزم إحضاره أو أداء ما عليه إن أمكن، وعلى ما اخترناه مع تعذر إحضاره، لكن هنا حيث يؤخذ منه المال لا رجوع له على الغريم إذا لم يأمره بدفعه؛ إذ لم يحصل من الإطلاق ما يقتضي الرجوع.

(فلو كان) الغريم (قاتلاً) عمداً كان أم شبهه (لزمه إحضاره، أو الديمة) ولا يقتض منه في العمد؛ لأنَّه لا يجب على غير العابر.

ثم إن استمر القاتل هارباً ذهب المال على المخلص، وإن تَكَنَ الولي منه في العمد وجب عليه رد الديمة إلى الغارم وإن لم يقتض من القاتل؛ لأنَّها وجبت لمكان الحيلولة وقد زالت، وعدم القتل الآن مستند إلى اختيار المستحق.

ولو كان تخلص الغريم من يد كفيلي وتعذر استيفاء الحق من قصاص أو مال، وأخذ الحق من الكفيل كان له الرجوع على الذي خلصه كتخلصه من يد المستحق.

(ولو غاب المكفول) غيبة يُعرف موضعه (أُنظر) الكفيل بعد مطالبة المكفول له بإحضاره وبعد الحلول إن كانت مؤجلة (بمقدار الذهاب) إليه (والإياب)، فإن مضت ولم يحضره حبس وألزم ما تقدم. ولو لم يُعرف موضعه لم يكفل إحضاره؛ لعدم إمكانه ولا شيء عليه؛ لأنَّه لم يكفل المال ولم يُقصِّر في الإحضار.

١. منهم: الشيخ في النهاية، ص ٣١٥؛ والحق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٩٦؛ والعلامة في قواعد الأحكام.

ج ٢، ص ١٦٩.

٢. كابن الفهد في المذهب البارع، ج ٢، ص ٥٣٢؛ والحق في المذاهب، ج ٥، ص ٣٩٣.

٣. مسالك الأفهام، ج ٤، ص ٢٣٧ - ٢٣٩؛ حاشية إرشاد الأذهان، ص ٢٠٩ - ٢١٠.

(ويُصرِّف الإطلاقُ إلى التسليم في موضع العقد)؛ لأنَّ المفهوم عند الإطلاق. ويُشكِّل لو كانا في بُرْيَةٍ، وبُلدِ غُرْبَةٍ قصدُهما مفارقةٌ سريعاً، لكنَّهم لم يذكروا هنا خلافاً كالسَّلْمَ، والإشكال يندفع بالتعيين.

(ولو عُيِّنَ غَيْرُهُ) أي غيرُ موضع العقد (لَزِمَ) ما شُرِطَ.

وحيث يُعيَّن أو يُطلَق ويُحَضَّرُ في غير ما عُيِّن شرعاً لا يجب تسلِّمه وإنْ انتَقَى الضُّرُّ. (ولو قال الكفيل «لا حقَّ لك) على المكفول حالة الكفالة فلا يلزمُني إحضاره»، فالقول قول المكفول له: لرجوع الدعوى إلى صحة الكفالة وفسادِها، فيتقدَّم قول مدعى الصَّحَّة، و(حَلْفُ المستحقِّ) وهو المكفول له، ولزمه إحضاره، فإنْ تعرَّضَ لم يتَّبَعُ الحقُّ بحلفه السابق؛ لأنَّه لإثبات حقٍّ يُصَحِّحُ الكفالة ويكتفي فيه توجُّهُ الدعوى؛ نعم، لو أقام بيَّنةً بالحقِّ وأثبتَه عند الحاكم لَزِمَ به كما مرَّ، ولا يرجع به على المكفول؛ لاعترافه ببراءة ذمته وزعمِه أنَّه مظلوم.

(وكذا لو قال) الكفيل للمكفول له: ((أَبْرَأْتَه) من الحقِّ أو ((أَوْفَاكَ))؛ لأصالته بقائه. ثُمَّ إنَّ حَلْفَ المكفول له على بقاء الحقِّ بِرَئَ من دعوى الكفيل ولزمه إحضاره، فإنْ جاء بالمكفول فادعى البراءة أيضاً لم يكتَفَ باليمين التي حلَّتها للكفيل؛ لأنَّها كانت لإثبات الكفالة، وهذه دعوى أخرى وإنْ لَزَمت تلك بالعرض. (فلو) لم يحلف و(رَدَ) اليمين عليه) أي على الكفيل فَحَلَّفَ (بِرَئٌ من الكفالة، والمالُ بحاله) لا يبرأ المكفول منه، لاختلاف الدعويَّين كما مرَّ؛ لأنَّه لا يبرأ بيمينٍ غيره.

نعم، لو حلف المكفول اليمين المردودة على البراءة بِرَئَا معاً؛ لسقوط الكفالة بسقوط الحقِّ، كما لو أداه. وكذا لو نَكَلَ المكفول له عن يمين المكفول فَحَلَّفَ، بِرَئَا معاً.

(لو تَكَفَّلَ اثنان بواحدٍ كفى تسلِّيمُ أحدهما) إيهات تاماً؛ لحصول الفرض كما لو سلَّمَ نفسه أو سلَّمه أجنبيًّا. وهل يُشترط تسلِّيمُه عنه وعن شريكه أم يكتفي الإطلاق؟ قولهان^١

١. القول بعدم كفاية الإطلاق للشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٣٢٣؛ القول بالكافية للعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٦٩؛ وفخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٠١.

أجودهما الثاني، وهو الذي يقضيه إطلاق العبارة. وكذا القول في تسليم نفسه وتسليم الأجنبي له. وقيل: لا يَبْرُأ مطلقاً لـ**تغَيِّرِ الْحَقَّيْنِ**^١! وضعفه ظاهر. وظاهر الفائدة لو هَرَب بعد تسليم الأول.

(ولو تَكَفَّلَ بواحد لاثنين، فلابد من تسليمه إليهما) معاً؛ لأن العقد الواحد هنا بمنزلة عقدتين، كما لو تَكَفَّلَ لكل واحد على انفراده، أو ضمَّنَ دَيْنَيْنَ لشخصين فأدَى دينَ أحَدِهما، فإنه لا يَبْرُأ من دَيْنِ الْآخَرِ، بخلاف السابق، فإنَّ الغرض من كفالتهما للواحد إحضاره وقد حصل.

(ويصحُّ التعبير) في عقد الكفالة (بالبدن والرأس والوجه)، فيقول: «كَفَلْتُ لك بدنَ فلان أو رأسه أو وجهه» لأنَّه يُعَبَّر بذلك عن الجملة بل عن الذات عرفاً. وأَلْحقَ به الكِيدُ والقلْبُ وغيرَهَا من الأجزاء التي لا تَبْقَى الحياة بدونها^٢، والجزء الشائع فيه كُلُّهُ ورُبُّهُ، استناداً إلى أنه لا يمكن إحضار المكفول إلا بإحضاره أجمع.

وفي غير البدن نظر، أمَّا الوجهُ والرأسُ فإنهما وإنْ أطْلِقاً على الجملة، لكن يُطلقان على أنفسهما إطلاقاً شائعاً متعارفاً إن لم يكن أشهراً من إطلاقهما على الجملة، وحملُ اللفظ المحمَّل للمعنىين على الوجهِ المصحَّ - مع الشكُّ في حصوله، وأصالةُ البراءة من مقتضى العقد - غيرُ جيد. نعم، لو صرَّحَ بإرادة الجملة من الجزءين اتَّجهَت الصَّحةُ كإرادة أحد معنِّي المشترِكِ، كما أنه لو قَصَدَ الجزءَ بعينه فكقصَدَ الجزءَ الذي لا يمكن الحياة بدونه. وأمَّا ما لا تَبْقَى الحياة بدونه مع عدم إطلاق اسم الجملة عليه حقيقةً، فغايتها أنَّ إطلاقه عليها مجازٌ؛ وهو غير كافٍ في إثبات الأحكام الشرعية ويلزم مثله في كلِّ جزء من البدن. فالمنع في الجميع أوجَهٌ، أو إلحاقيُّ الرأسِ والوجهِ مع قصد الجملة بهما. (دون اليد والرِّجل) وإنْ قَصَدَها بهما مجازاً^٣؛ لأنَّ المطلوب شرعاً كفالةُ المجموع

١. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٢، ص ٣٢٣؛ وابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٨١.

٢. في «س، ن»: «بدونه».

٣. فيه نظر واضح: إذ ليس كلَّ جزء يصحُّ إطلاق اسمه على الكلَّ مجازاً، كما حَقَّ في محلِّه، وذلك هو المقتضي

باللفظ الصریح الصحيح كغيره من العقود الالزمه.

والتعليلُ بعدم إمكان إحضار الجزء المكفولِ بدون الجملة فكان في قوَّةٍ كفالةً الجملة، ضعيفٌ؛ لأنَّ المطلوب لِتَأْكِيدِ كفالةِ المجموع لم يكن البعضُ كافياً في صحته وإنْ توقفَ إحضارُه عليه؛ لأنَّ الكلام ليس في مجرد الإحضارِ، بل على وجه الكفالة الصِّحِحة، وهو مُستَقِلٌ.

(ولومات المكفول) قبل إحضاره (بطلت) الكفالة؛ لفواتِ متعلّقها وهو النفس، وفواتِ الفرض لو أريد البدن. ويمكن الفرقُ بين التعبير بـ«كفلتْ فلاناً» وـ«كفلتْ بدنه»، فيجب إحضاره مع طلبه في الثاني دون الأول، بناءً على ما اختاره المحققون من أنَّ الإنسان ليس هو التكيلُ المحسوسُ¹.

ويُضَعَّفُ بِأَنَّ مِثْلَ ذَلِكَ مُنَزَّلٌ عَلَى الْمُتَعَارِفِ لَا عَلَى الْمُحَقَّقِ عِنْدَ الْأَقْلَى. فَلَا يَجِدُ عَلَيْهِ التَّقْدِيرَيْنِ:

(إلا في الشهادة على عينه) ليحکم عليه (باتفاقه؟ أو المعاملة) له إذا كان قد شهد عليه من لا يعْرِفُ نسبه، بل شَهَدَ على صورته، فيجب إحضاره ميّتاً حيث يمكن الشهادة عليه، بأن لا يكون قد تَغَيَّرَ بحيث لا يعْرِفُه. ولا فرق حينئذٍ بين كونه قد دُفِنَ وعدمه؛ لأنَّ ذلك مُستثنٍ من تحريم نشهـة.

→ للفرق بين الأجزاء الثلاثة الأولى وبين الآخرين. لكون الأول حقيقة والأخرين مجازاً، وأيٌّ مانع من استعمال المجاز في مثله مع القريبة؟ فتأمل. (منه رحمة الله)

^١ توضيح المطلب راجع مسالك الأفهام، ج ٤، ص ٢٥٠.

٢- تصويرها: لو أتَلَفَ شخص مالاً أو غيره وقد شاهدَه من يعرِفُ صورَتَه ولا يعرِفُ نسبَه، ثُمَّ ادعَى ذلك الغير عليه الإبَلَافَ فأنكَرَ وَكَانَ الشَّهُودُ غَيْرُهُ فَكَفَلَه كافِلٌ لِيُحْضِرَ لِإقامَةِ الشَّهادَةِ عَلَى عِينِهِ فماتَ المَكْفُولُ، فَإِنَّ الْكَفَالَةَ لَا تَبْطِلُ؛ لِأَنَّ غَرْضَ الْإِشَهَادِ قَاتِلًا بَعْدَ لِمَ تَغْيِيرَ بِمَوْتِهِ، وَكَذَا الْكَلَامُ لِوَبَاعَ عَلَى شَخْصٍ مَتَاعًاً وَأَشَرَى مِنْهُ أَوْ غَيْرَهِ ذَلِكَ مِنَ الْعَمَالَاتِ فَأَنكَرَ وَكَانَ شَهُودُ هَنَاكَ عَلَى عِينِهِ لَا غَيْرَ فَكَلَه كافِلٌ لِيُحْضِرَ فَإِنَّ مَوْتَهُ أَيْضًا لَا يَبْطِلُ الْكَفَالَةَ فرع: هذا الحكم إنما يثبت ما لم يدفن فلو دفن وعلم تغيير صورته بطلت الكفالة إجماعاً، لتمرير نيشه، فلو لم يغيِّرْ فقي بطلان الكفالة وجهان: مبيناً على جواز نيشه، فإن جوز نيشه يعني باقية والإبطال. (زين رحمة الله)

كتاب الصلح

(كتاب الصلح)

(وهو جائزٌ مع الإقرار والإنكار) عندنا، مع سبق نزاعٍ ولا معه. ثم إن كان المدعى محقاً استباح ما دفع إليه المنكِر صلحاً، وإلا فهو حرام باطناً، عيناً كان أم ديناً، حتى لو صالح عن العين بمال فهي بأجمعها حرام، ولا يُستثنى له منها مقدار ما دفع من العوض؛ لفساد المعاوضة في نفس الأمر. نعم، لو استندت الدعوى إلى قرينة كما لو وجد بخطٍ مورّثٍ أنَّ له حقاً على أحد، فأنكر وصالحه على إسقاطها بمال فالمتوجه صحة الصلح. ومثله ما لو توجّهت الدعوى بالتهمة؛ لأنَّ اليمين حقٌّ يصح الصلح على إسقاطه.

(إلا ما أخلَّ حراماً، أو حرم حلالاً)، كذا ورد في الحديث النبوي^١، وفُسر تحليلُ الحرام بالصلح على استرقاقِ حر، أو استباحة بضمِّ لا سبب لإباحته غيره، أو ليشرب الخمر، ونحوه. وتحريمُ الحلال بأن لا يطاً أحدُهما حليلته، أو لا ينتفع بماله^٢، ونحوه. والصلح على مثل هذه باطل باطناً وظاهراً.

وفُسر بصلاح المنكِر على بعض المدعى، أو منفعته، أو بدله مع كون أحدهما عالماً ببطلان الدعوى^٣، لكنه هنا صحيح ظاهراً وإنْ فسد باطناً، وهو صالح للأمرتين معاً؛ لأنَّه

١. الفقيه، ج ٣، ص ٣٢، ح ٢٢٧٠؛ سنن ابن ماجة، ج ٢، ص ٧٨٨، ح ٢٣٥٣.

٢. قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٧٢؛ التنجيح الرابع، ج ٢، ص ٢٠١ - ٢٠٢.

٣. كشف الرموز، ج ٢، ص ٤.

محل للحرام بالنسبة إلى الكاذب ومحرّم للحلال بالنسبة إلى المُحقّ.
 وحيث كان عقداً جائزاً في الجملة (فيلزم بالإيجاب والقبول الصادرين من الكامل) بالبلوغ والرشد (الجائز التصرف) برفع الحجر. وتصح وظيفة كل من الإيجاب والقبول من كلّ منها بلفظ «صالحت» و«قيلت».

وتفریغ اللزوم على ما تقدّم غير حسن؛ لأنّه أعمّ منه، ولو عَطْفَه بالواو كان أوضّح، ويُمكّن التفاوت إلى أنه عقد، والأصل في العقود اللزوم إلا ما أخرجه الدليل؛ للأمر بالوفاء بها في الآية^١ المقتصي له.

(وهو أصل في نفسه) على أصح القولين^٢ وأشهرهما: لأصالة عدم الفرعية، لا فرع البيع والهبة والإجارة والعارية والإبراء، كما ذهب إليه الشيخ (رحمه الله) فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم، وفرع الإجارة إذا وقع على منفعة معلومة بعوض معلوم، وفرع العارية إذا تضمن إباحة منفعة بغير عوض، وفرع الهبة إذا تضمن ملك العين بغير عوض، وفرع الإبراء إذا تضمن إسقاط دين؛ استناداً إلى إفادته فائدتها حيث يقع على ذلك الوجه، فيلتحق حكم ما لحق به.^٣

وفيه: أن إفاده عقد فائدة آخر لا تقتضي الاتّحاد كما لا تقتضي الهبة بعوض معين البيع.

(ولا يكون طلب إقراراً) لصحته مع الإقرار والإنكار. وتبه به على خلاف بعض العامة^٤، الذاهِب إلى عدم صحته مع الإنكار حيث فرع عليه أن طلبه إقرار؛ لأن إطلاقه ينصرف إلى الصحيح، وإنما يصح مع الإقرار، فيكون مستلزمأ له.

(ولو اصطلح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال والباقي للأخر - ربيع أو

١. العادة (٥).

٢. ذهب إليه المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٢١؛ والمعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٧٧؛ والشهيد في الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٩٤ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٣. المبسوط، ج ٢، ص ٢٥٨ - ٢٥٩.

٤. هو الشافعي في الأم، ج ٣، ص ٢٢١؛ وج ٧، ص ١١٢.

خسراً - صَحَّ عِنْدَ انْقَضَاءِ الشَّرِكَةِ) وإِرَادَةٌ فَسُخْنَاهَا لِتَكُونَ الْزِيَادَةُ مَعَ مَنْ هِيَ مَعَهُ بِمَنْزِلَةِ الْهَبَةِ، وَالخَسْرَانُ عَلَى مَنْ هُوَ عَلَيْهِ بِمَنْزِلَةِ الْإِبْرَاءِ.

(ولو شرطاً بقاءَهَا عَلَى ذَلِكَ) بِحِيثُ يَكُونُ مَا يَتَجَدَّدُ مِنَ الربحِ والخسْرَانِ لِأَحَدِهَا دُونَ الْآخَرِ (فِيهِ نَظَرٌ^١)؛ مِنْ مُخَالَفَتِهِ لَوْضِعُ الشَّرِكَةِ حِيثُ إِنَّهَا تَقْضِي كُوئِهَا عَلَى حُسْبِ رَأْسِ الْمَالِ. وَمِنْ إِطْلَاقِ الرِّوَايَةِ بِجُوازِهِ بَعْدِ ظَهُورِ الْرِّبَعِ^٢ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ بِإِرَادَةِ الْقُسْمَةِ صَرِيقاً، فَيَجُوزُ مَعَ ظَهُورِهِ أَوْ ظَهُورِ الْخَسَارَةِ مُطلقاً.

وَيُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ نَظَرُهُ فِي جُوازِ الشَّرْطِ مُطلقاً إِنْ كَانَ فِي ابْتِداِ الشَّرِكَةِ، كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّيْخُ^٣ وَجَمَاعَةُ^٤ زَاعِمِينَ أَنَّ إِطْلَاقَ الرِّوَايَةِ يَدْلِلُ عَلَيْهِ؛ وَلِعُومِ «الْمُسْلِمُونَ عِنْ شَرْطِهِمْ»^٥. وَالْأَقْوَى الْمَنْعُ، وَهُوَ مُخْتَارُهُ فِي الدُّرُوسِ^٦.

(وَيَصْحَّ الصلحُ عَلَى كُلِّ مِنَ الْعَيْنِ وَالْمَنْفَعَةِ بِمَثْلِهِ وَجَنْسِهِ وَمُخَالَفِهِ)؛ لِأَنَّهُ بِإِفَادَتِهِ فَائِدَةُ الْبَيْعِ صَحَّ عَلَى الْعَيْنِ، وَبِإِفَادَتِهِ فَائِدَةُ الْإِجَارَةِ صَحَّ عَلَى الْمَنْفَعَةِ، وَالْحُكْمُ فِي الْمَمَائِلِ وَالْمَجَانِسِ وَالْمُخَالَفِ فِرْعَ ذَلِكَ، وَالْأَصْلُ وَالْعُوْمُ يَقْتَضِيَانِ صَحَّةَ الْجَمِيعِ، بَلْ مَا هُوَ أَعْمَّ مِنْهَا كَالصلحِ عَلَى حَقِّ الشُّفَعَةِ وَالْخِيَارِ وَأَوْلَوِيَّةِ التَّحْجِيرِ وَالسُّوقِ وَالْمَسْجِدِ بَعْنِ وَمَنْفَعِهِ وَحْقَّ آخَرَ لِلْعُومِ.

(ولو ظَهَرَ اسْتِحْقَاقُ الْعَوْضِ الْمَعِينِ^٧ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ (بَطْلُ الصلحُ) كَالْبَيْعِ، وَلَوْ

١. لا يصح. (زين رحمة الله)

٢. تهذيب الأحكام، ج. ٦، ص. ٢٠٧، ح. ٤٧٦.

٣. انظر النهاية، ص. ٣١٢؛ مفتاح الكرامة، ج. ١٧، ص. ٥٢ - ٥٥.

٤. راجع مفتاح الكرامة، ج. ١٧، ص. ٥٤.

٥. الكافي، ج. ٥، ص. ١٦٩، باب الشروط والخيار في البيع، ح. ١، وص. ٤٠٤، باب الشرط في النكاح، ح. ٩٨٩؛ القibile، ج. ٣، ص. ٢٠٢، ح. ٢٠٢؛ تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ٤٠٤، باب الشرط في النكاح، ح. ١٨٨٢.

٦. الدراس الشرعية، ج. ٣، ص. ٢٩٨ - ٢٩٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

٧. إذا ظهر أحد الموصى بهما مسحتقاً - أيهما كان - ولم يجز المالك بطل البيع، وكذا الصلح. أما الهبة المعرض عنها فإذا ظهر العوض مسحتقاً تخير الواهب في فسخها وإمسانها، ولا يبطل من الأصل؛ لأن العوض ليس شرطاً في الهبة

كان مطلقاً رجع بيده. ولو ظهر في المعين عيبٌ فله الفسخ، وفي تخبيه بينه وبين الأرش وجة قوي.

ولو ظهر غبن لا يتسامح بمثله ففي ثبوت الخيار كالبيع وجہ قوي، دفعاً للضرر المنفي^١ الذي ثبت بمثله الخيار في البيع.

(ولا يُعتبر في الصلح على النَّقْدِينِ القبضُ في المجلس): لاختصاصِ الصرف بالبيع وأصالَةِ الصلح، ويجيءُ على قولِ الشَّيخِ اعتبارٌ^٢. وأمّا من حيثِ الربا كما لو كانا من جنسٍ واحدٍ، فإنَّ الأقوى ثبوته فيه بل في كُلِّ معاوِضةٍ؛ لإطلاقِ التحريرِ في الآية^٣ والخبر^٤:

(ولو أتلف عليه ثوباً يساوي درهرين، فصالح على أكثر أو أقل فالمشهور الصحة؛ لأن مورد الصلح الثوب لا الدرهمان.

وهذا إنما يَتِم على القول بضمان القيمي بمثله^٥؛ ليكون الثابت في الذمة ثواباً فيكون هو متعلق بالصلح، أمّا على القول الأصح من ضمانه بقيمته^٦، فاللازم لذمه إنما هو الدرهمان، فلا يَصْح الصلح عليهما بزيادة عنهما ولا نقصانٍ مع اتفاق الجنس، ولو قلنا باختصاص الربا بالبيع تَوجَّه الجوازُ أيضًا، لكنَّ المجوز لا يقول به.

→ بل تابع : لكونه ملكاً لمن دفع العوض غير متبع من التصرف فيه : كان شرطاً في لزوم الهبة لا في الصحة ، فإذا ظهر مستحقاً ظهر عدم لزومها مع عدم إجازة المالك . وأما إذا ظهر الموهوب مستحقاً فإنه يُبطل العوض إن لم يجز المالك : لأن العوض تابع للأصل ، فإذا بطل بطل التابع . (زين رحمة الله)

١. الكافي ج ٥، ص ٢٨٠، باب الشفعة، ح ٤، وص ٢٩٢-٢٩٣، باب الضرار، ح ٢، وص ٢٩٤، باب الضرار، ح ٦-٨؛
الفقيه، ج ٢، ص ٧٦، ح ٣٣٧١ وص ٢٢٣، ح ٣٣٤؛ وج ٤، ص ٣٣٤، ح ٣٨٦٢؛ تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٤٦-١٤٧، ح ٦٥١، وص ١٦٤، ح ٧٧٧.

^٢. تقدّم في ص ٣٣٤، الهاشم.

٢٧٥ . البقرة (٢) :

^٤. تهذيب الأحكام، ج.٧، ص ١٥ - ٢٠، باب فضل التجارة.... .

^٥ حكاہ عن ابن الجنید فخر المحققین فی ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۱۷۴ - ۱۷۵.

٦. غاية المراد، ج ٢، ص ٣٩٨-٣٩٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢).

(ولو صالحَ منكرُ الدار على سُكْنَى المَدْعِي سنّةً فيها صَحٌ؛ للأصل ويكون هنا مفيداً فائدةً العارية، (ولو أقرَ بها ثُمَّ صالحه على سُكْنَى المُقْرَرِ صَحٌ) أيضاً. (ولا رجوعاً) في الصورتين، لما تقدَّم من أنه عقدٌ لازمٌ وليس فرعاً على غيره. (وعلى القول بفرعيَّة العارية^١ له الرجوع) في الصورتين؛ لأنَّ متعلَّقه المنفعةُ بغير عوضٍ فيهما، والعينُ الخارجَةُ من يد المُقرَّرِ ليست عوضاً عن المنفعةِ الراجعةِ إليه، لثبوتها للمُقرَّر له بالإقرار قبل أن يقع الصلحُ، فلا يكون في مقابلة المنفعة عوضٌ، فيكون عاريَّةً يلزمه حكمُها من جواز الرجوع فيه عند القائل بها.

[مسائل:]

(ولما كان الصلحُ مشروعاً لقطع التجاذب) والتنازع بين المتخاصمين بحسب أصله وإن صار بعد ذلك أصلاً مستقلَّاً بنفسه، لا يتوقف على سبق خصومةٍ (ذُكِر فيه أحکامٍ من التنازع) بحسب ما اعتاده المصنفون (ولُنُشِرْنَ) في هذا المختصر (إلى بعضها في مسائل:]

[المسألة الأولى:] (لو كان بيدهما درهماً فاذا عاهما أحدهما وادعى الآخرَ أحدهما) خاصةً (فللثاني نصفُ درهم)؛ لاعترافه باختصاصٍ غريميه بأحدٍهما ووقوع النزاع في الآخرَ مع تساويهما فيه يداً، فيقسمُ بينهما بعد حلْفٍ كلَّ منهما لصاحبه على استحقاق النصف، ومن نكلَّ منها قُضيَ به للآخر، ولو نكلا معاً أو حلَّقا قسمَ بينهما نصفين (وللأولِ الباقي).

قال المصنف في الدروس: ويشكِّل إذا ادعى الثاني النصف مُشاعاً، فإنه تقوى القسمةُ نصفين ويحلف الثاني للأول وكذا في كلٍّ مشاع. وذكر فيها أنَّ الأصحاب لم يذكُروا هنا يميناً، وذكروا المسألة في باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهريَّاً، وجاز

١. وهو قول الشيخ المتقدم في ص ٢٣٤، الهاشم.

أن يكون اختيارياً، فإن امتنعا فاليمين^١. وما حكيناه نحن من اليمين ذكره في التذكرة^٢. أيضاً، فعل المصنف يريد أنَّ الكثير لم يذكره. (وكذا لو أودعه رجلُ درهمين وآخرُ درهماً وامتزجاً لا بتفريط وتلِف أحدُهما فإنه يختص ذو الدرهمين بوحد ويقسم الآخرُ بينهما. هذا هو المشهور بين الأصحاب، ورواه السكوني عن الصادق^٣.

ويُشكِّل هنا -مع ضعف المستند- بأنَّ التاليف لا يحتمل كونه لهما، بل من أحدَهما خاصَّةً؛ لامتناع الإشاعة هنا، فكيف يقسّم الدرهم بينهما مع أنه مختص بأحدَهما قطعاً؟ والذى يقتضيه النظر وتشهد له الأصول الشرعية القول بالقرعة في أخذ الدرهمين ومال إليه المصنف في الدروس^٤؛ لكنه لم يجسُر على مخالفة الأصحاب. والقول في اليمين كما مرَّ من عدم تعرُّض الأصحاب له، وربما امتنع هنا إذا لم يعلم الحالُ عينَ حَقَّه.

واحتذر بالتلتف لا عن تفريط عما لو كان بتفريط، فإنَّ الوعيَّ يضمن التاليف فتضُم إلَيْها ويقتسمانها من غير كسر، وقد يقع مع ذلك التعاشر على عينٍ فيتتجه القرعة. ولو كان بدلُ الدراهِم مالاً يمتزج أجزاؤه بحيث لا يتميَّز وهو متساوياً -كالجنطة والشعيـر- وكان لأحدَهما قفيزان مثلاً وللآخر قفيـز وتلـف قفيـز بعد استزاجهما بغير تفريط، فالتألف على نسبة العالـين، وكذا الباقي، فيكون لصاحب القفيـزين قفيـز وثلـث وللآخر ثلـثا قفيـز. والفرق أنَّ الذاهب هنا عليهما معاً، بخلاف الدراهِم؛ لأنَّه مختص بأحدَهما قطعاً.

١. الدروس الشرعية، ج. ٣، ص ٢٩٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

٢. تذكرة الفقهاء، ج. ٢، ص ١٩٥ (الطبعة الحجرية).

٣. تهذيب الأحكام، ج. ٦، ص ٢٠٨، ح ٤٨٣.

٤. بالمعجمتين مصدر، لا بالمهملتين كما يوجد محرفاً في بعض النسخ. والمراد أنَّ القرعة إنْ ظهرت لصاحب الدرهمين أخذهما أو لصاحب الدرهم أخذه أو لكل واحد أخذهما والوجه يظهر مثـا أفاده «الشيخ علي».

٥. الدروس الشرعية، ج. ٣، ص ٢٩٩ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١١).

[المسألة] (الثانية: يجوز جعل السقى بالماء عوضاً للصلح) بأن يكون مورده أمراً آخر من عين أو منفعة، (و) كذا يجوز كونه (مورداً له) وعوضه أمراً آخر كذلك، وكذا لو كان أحدهما عوضاً والآخر مورداً. كل ذلك مع ضبطه بمدة معلومة. ولو تعلق بسقى شيء مضبوط دائماً، أو بالسقى بالماء أجمع دائماً، وإن جهل المسوقة لم يبعد الصحة.

وخالف الشيخ (رحمه الله) في الجميع محتاجاً بجهالة الماء، مع أنه جواز بيع الماء العين والبثير وبيع جزء مشاع منه، وجفله عوضاً للصلح^٢. ويمكن تخصيصه المنع هنا بغير المضبوط كما اتفق مطلقاً في عبارة كثيرة.

(وكذا) يصح الصلح على (إجراء الماء على سطحه أو ساحتته) جاعلاً له عوضاً ومورداً (بعد العلم بالموضع الذي يجري منه الماء^٣)، بأن يقدّر مجراه طولاً وعرضًا؛ لترتفع الجهة عن المحل صالح عليه، ولا يعتبر تعين العمق؛ لأن «من ملك شيئاً ملك قراره مطلقاً»، لكن ينبغي مشاهدة الماء أو وصفه؛ لاختلاف الحال بقلته وكثرته. ولو كان ماء مطر اختلف أيضاً بكثير ما يقع عليه وصيغة، فمعرفته تحصل بمعرفة محله. ولو سقط السطح بعد الصلح أو احتجت الساقية إلى إصلاح فعلى مالكهما؛ لتوقف الحق عليه، وليس على المصالح مساعدته.

[المسألة] (الثالثة: لو تنازع صاحب السُّقْلُ والقُلُو في جدار البيت حَلَفَ صاحب السُّقْلِ؛ لأن جذران البيت كالجزء منه، فيحكم بها لصاحب الجملة. وقيل: تكون بينهما؛ لأن حاجتهما إليه واحدة^٤؛ والأشهر الأول.

١ و ٢. البسيط، ج ٢، ص ٢٨٤.

٣. بخط المصطفى: المورد هو ماء عليه يقع الصلح، أي المعوض. والمسألة الأولى هي جعل الماء عوضاً لمورده الصلح. والعالص أنّه يجوز جعل ذلك عوضاً ومعوضاً. (زين رحمه الله)

٤. حكاية عن ابن الجنيد وارتضاه العلامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٩٠، المسألة ١٤٠.

(و) لو تنازعَا (في جُدران الغُرفة يحِل صاحبُها): لما ذكرناه من الجزئيَّة، ولا إشكال هنا؛ لأنَّ صاحبَ الْبَيْت لا تعلُق له به إلَّا كونه موضوعاً على مِلكه، وذلك لا يقتضي الملكيَّة مع معارضته اليَد. (وكذا) يقدَّم قولُ صاحب الغرفة لو تنازعَا (في سقفها) الذي هو فوقَها؛ لاختصاص صاحبها بالانتفاع به كالجدار وأولى.

(ولو تنازعَا في سقفِ الْبَيْت) المُتوسِّط بينهما، العاملُ للغرفة (أقرع بينهما): لاستواهُما في الحاجةِ إليه والانتفاع به، والقرعةُ لكلِّ أمرٍ مشتبهٍ.

ويُشَكَّل بأنَّ مورداً القرعةِ المُحَلُّ الذي لا يتحمَّل اشتراكُه بين المتنازعين، بل هو حقُّ لأحدِهما مشتبهٍ، وهنا ليس كذلك؛ لأنَّه كما يجوز كونه لأحدِهما يجوز كونه لهما معاً؛ لاستواهُما فيه؛ لأنَّه سقفُ صاحبِ الْبَيْت وأرضٌ لصاحبِ الغرفة فكان كالجزء من كُلِّهما. وفي الدروس قوَّى اشتراكُهما فيه مع حلفهما أو نكولهما، وإلَّا أخْتَصَ بالحالفٍ؛ لما ذُكِرَ من الوجه.

وقيل: يُقضى به لصاحبِ الغرفة؛ لأنَّها لا تتحقَّق بدونه لكونه أرضاً لها والبيت يتحقَّق بدون السقف، وهو متصادِقان على أنَّ هنا غرفةً فلا بدَّ من تحقِّقها؛ ولأنَّ تصرُّفَه فيه أغلبٌ من تصرُّف الآخرٍ^٢؛ وليس بعيداً.

وموضع الخلاف السقف الذي يمكن إحداثُه بعد بناءِ الْبَيْت، أمَّا ما لا يمكن - كالآرْجَز الذي لا يُعقل إحداثُه بعد بناءِ الجدار الأسفل؛ لاحتياجه إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجِهِ الجدار قبل انتهائه؛ ليكون حاملاً للعُقد فيحصل به الترسِيف بين السقف والجدران - فهو لصاحبِ السُّقُف بيِّنٌ؛ لدلالة ذلك على جزئيَّته منه.

[المُسَائِلَة] (الرابعة: إذا تنازعَ صاحبُ غُرْفِ الخان وصاحبُ بيوته في المسَلَك)، والمراد به هنا مجموع الصحن بدليل قوله (حَلَفَ صاحبُ الغُرفَ في قَدْرِ ما

١. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٣١٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

٢. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج. ٦، ص. ١٨٥، المسائلة ١٢٨.

يسلكه، وخلف الآخر على الزائد): لأنَّ النزاع لو وقع على مسلكٍ في الجملة، أو معينٍ لا يزيد عن القدر لم يكن على الآخر حلفٌ؛ لعدم منازعته له في الزائد. ووجه الحكم للأعلى بقدر المسلك كونه من ضرورة الانتفاع بالغرف وله عليه يد في جملة الصحن، وأمّا الزائد عنه فاختصاص صاحب البيوت به أقوى؛ لأنَّه دار لبيوته، فيقدِّم قولُ كلِّ منهما فيما يظهر اختصاصه به.

وفي الدروس رجح كون المسلك بينهما واحتياط الأسفل بالباقي -وعليه جماعة^١ - لأنَّ صاحب السفل يشاركه في التصرف فيه وينفرد بالباقي، فيكون قدرُ المسلك بينهما، واحتياط الاشتراك في العروض أجمع «لأنَّ صاحبَ الأعلى لا يكلُّ المرور على خطٍّ مسْتَوٍ، ولا يمْنَع من وضع شيء فيها، ولا من الجلوس قليلاً»^٢، فله يد على الجميع في الجملة كالأسفل.

ثم إنَّ كان المرقى في صدر الصحن تشاركاً في المتر إلىيه أو اختصَّ به الأعلى، وإن كان المرقى في دهليزه خارجاً لم يشارِك الأسفل في شيء من الصحن؛ إذ لا يَد له على شيء منها، ولو كان المرقى في ظهره اختصَّ صاحب السفل بالصحن والدهليز أجمع. (و) لو تَمازعاً (في الدرجة يخلف العلوي)؛ لاحتياطه بالتصرف فيها بالسلوك وإن كانت موضوعة في أرض صاحب السفل، وكما يُحکم بها للأعلى يُحکم بمحلها. (وفي الخزانة تحتها يُقرع) بينهما؛ لاستواهُما فيها بكونها متصلة بملك الأسفل، بل من جملة بيته، وكونها هواءً لمِلك الأعلى وهو كالقرار، فيُقرع.

ويُشكِّل بما مرَّ في السقف، ويقوى استواهُما فيها مع حلف كلِّ أصحابه، وهو اختياره في الدروس^٣. ولا عبرة بوضع الأسفل آلااته تحتها.

١. منهم: المحقق في شرائع الإسلام، ج. ٢، ص. ١٠٤؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج. ٢، ص. ١٧٩؛ والمحقق الكركي في جامع المقاصد، ج. ٥، ص. ٤٥٢ - ٤٥٣.

٢. الدروس الشرعية، ج. ٢، ص. ٣١٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

٣. الدروس الشرعية، ج. ٣، ص. ٣١٢ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج. ١١).

ويُشكِّل أَيْضًا الحُكْمُ فِي الْدَرْجَةِ مَعَ اخْتِلَافِهِمَا فِي الْبِخْرَانَةِ؛ لَأَنَّهُ إِذَا قُضِيَ بِالْبِخْرَانَةِ لَهُمَا أَوْ حُكْمُ بِهَا لِلأسْفَلِ بِوْجِهٍ، تَكُونُ الدَّرْجَةُ كَالسَّقْفِ الْمُتوَسِّطِ بَيْنَ الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلِ لِعِينِ مَا ذُكِرَ، خَصْوَصًا مَعَ الْحُكْمِ بِهَا لِلأسْفَلِ وَحْدَهُ، فَيَنْبَغِي حِينَئِذٍ أَنْ يَجْرِي فِيهَا الْخَلَافُ السَّابِقُ وَمَرْجَحُهُ. وَلَوْ قَضَيْنَا بِالسَّقْفِ لِلْأَعْلَى زَالَ الإِشْكَالُ هُنَّا، وَإِنَّمَا يَأْتِي عَلَى مَذْهَبِ الْمَصْنُوفِ هُنَّا وَفِي الْدُّرُوسِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَجْمَعُ اخْتِصَاصَ الْعِلْمِيِّ بِهَا مُطْلِقًا.

[المسألة] (الخامسة: لِوْ تَنَازَعَ رَاكِبُ الدَّابَّةِ وَقَابِضُ لِجَامِهَا) فِيهَا (حَلْفُ الرَّاكِبِ) لِقَوْءَيْهِ وَشَدَّةِ تَصْرِفِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى القَابِضِ. وَقِيلَ: يَسْتَوِيَانِ فِي الدُّعُوِيِّ؛ لَا شَرِيكَهُمَا فِي الْيَدِ، وَقَوْئُهُمَا لَا مَدْخُلٌ لَهُ فِي التَّرْجِيحِ، وَلَهُذَا لَمْ تُؤْثِرْ فِي ثُوبٍ بِيدِ أَحَدِهِمَا أَكْثَرُهُ كَمَا سِيَّأْتِي، وَمَا مَعَ الرَّاكِبِ مِنْ زِيَادَةِ نَوْعِ التَّصْرِفِ لَمْ يَثْبُتْ شَرِعًا كَوْنُهُ مَرْجُحًا، وَتَعْرِيفُ الْمَدَعِيِّ وَالْمُنْكَرِ مُنْطَبِقٌ عَلَيْهِمَا^١؛ وَهُوَ قَوِيٌّ، فَيَحِلُّ كُلُّ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ يَبْتَهِ.

وَأَمَّا اللِّجَامُ فَيَقْضِي بِهِ لَمَنْ هُوَ فِي يَدِهِ، وَالسَّرْجُ لِرَاكِبِهِ. (وَلَوْ تَنَازَعَا ثُوبًا فِي يَدِ أَحَدِهِمَا أَكْثَرُهُ فَهُمَا سَوَاءٌ)؛ لَا شَرِيكَهُمَا فِي الْيَدِ وَلَا تَرْجِيحُ لِقَوْئِهِمَا، وَالْتَّصْرِفُ هُنَّا إِنْ اخْتَلَفُ كَثْرَةً وَقَلَّةً لِكُلِّهِ مِنْ وَادِي وَاحِدٍ، بِخَلَافِ الرَّكُوبِ وَقَبْضِ اللِّجَامِ. نَعَمْ، لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُسِكًا لَهُ وَالْآخَرُ لَابْسًا، فَكَمْسَأَةُ الرَّاكِبِ وَالْقَابِضِ؛ لِزِيَادَةِ تَصْرِفِ الْلَّابِسِ عَلَى الْيَدِ الْمُشْتَرِكَةِ.

(وَكَذَا) لَوْ شَازَعا (فِي الْعِبْدِ وَعَلَيْهِ ثِيَابُ لِأَحَدِهِمَا) وَيَدُهُمَا عَلَيْهِ، فَلَا يُرَجِّحُ صَاحِبُ الثِّيَابِ كَمَا يُرَجِّحُ الرَّاكِبُ بِزِيَادَةِ ذَلِكِ عَلَى يَدِهِ؛ إِذَا لَمْ دَخُلْ لِلْبَسِ فِي الْبَلْكِ بِخَلَافِ الرَّكُوبِ، فَإِنَّهُ قَدْ يَلْبِسُهَا بِغَيْرِ إِذْنِ مَالِكِهَا أَوْ بِقُولِهِ أَوْ بِالْعَارِيَةِ، وَلَا يَرِدُ مِثْلُهُ فِي

١. قال به الشهيد في غاية المراد، ج ٢، ص ١٥٥ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ٢)؛ والمحقق الكركي في جامِ المقادِص، ج ٥، ص ٤٤٠.

الركوب؛ لأنَّ الراكبَ ذو يدٍ، بخلاف العبد، فإنَّ اليدَ للمدعى لا له. ويتفقَّع عليه ما لو كان لأحدِهما عليه يدٌ وللآخر ثيابٌ خاصةً، فالعبرة بصاحب اليد.

(ويُرجَحُ صاحبُ الحِمْل في دعوى البهيمة العاملة) وإنْ كان للآخر عليها يدًّا بقبضِ زمام ونحوه؛ لدلالة العِتْل على كمال استيلاء مالكه عليها، فيرجحَ.

(و) كذا يُرجحُ (صاحبُ البيت في) دعوى (الغرفة) الكائنة (عليه وإنْ كان بابُها مفتوحةً إلى) المدعى (الآخر)؛ لأنَّها موضعَةٌ في ملكه وهو هواء بيته، ومجرد فتح الباب إلى الغير لا يُفيد اليد.

هذا إذا لم يكن من إليه الباب متصلًا فيها بسكنٍ وغيرِها وإلا قُدْم؛ لأنَّ يدَه عليها بالذات لاقتضاء التصرُّف له، ويدَ مالك الهواء بالتَّبعيَّة، والذاتيَّة أقوى، مع احتمال التساوي؛ لثبوتِ اليد من الجانبيَّين في الجملة، وعدمِ تأثيرِ قوَّة اليد.

[المسألة] (السادسة): لو تَداعَيا جداراً غيرَ متصل ببناء أحدِهما، أو متصلًا ببنائهما) معاً اتصالاً تصيفِ - وهو تداخلُ الأحجارِ ونحوها على وجه يبعدُ كونَه محدثاً بعد وضعِ الحاطن المتصل به - (فإنَّ حَلَفاً أو نَكْلَا فهو لهمَا، وإلا) بأنَّ حَلَفَ أحدِهما ونكَلَ الآخرُ (فهو للحالف، ولو اتَّصل بأحدِهما) خاصةً (حلَف) وقضى له به. ومثله ما لو كان لأحدِهما عليه قبةٌ أو غرفةٌ أو سُترةٌ؛ لصِيرورته بجميع ذلك ذا يدٍ، فعليه اليمين مع فقد البينة.

(وكذا لو كان) لأحدِهما خاصةً (عليه جُذْعٌ) فإنه يقضى له به بيعينه، أو لهما فلهما. ولو اتَّصل بأحدِهما وكان للآخر عليه جذعٌ تساويَا على الأقوى، وكذا لو كان لأحدِهما واحدةً من المرجحات ومع الآخر الباقية؛ إذ لا أثر لزيادة اليد كما سلف.

(أما الغوارجُ من أحدِ الجانبيَّين أو منهما من نقشٍ ووَتِيدٍ ورفٍ ونحوها، والروازنُ كالطاقات (فلا ترجحُ بها)؛ لإمكان إحداثها من جهة واضعها من غيرِ شعورِ الآخر).

(إلا معاقد القُمط) بالكسر وهو الحبل الذي يشدّ به الخُصُّ، وبالضم جمع قِمَاط وهي شِدَادُ الخُصُّ من ليفٍ وخُوصٍ وغيرها^١، فإنه يقضى بها فِيرَجَحَ مَنْ إِلَيْهِ مَعَاقدَ القُمط لِوَتَازُعاً (في الخُصُّ) بالضم، وهو البيت الذي يُعَمَّلُ مِنَ القَصَبِ^٢ ونحوه، على المُشْهُور بين الأصحاب، ومنهم من جعل حُكْمَ الخُصُّ كالمُجَدَّار بَيْنَ الْمِلْكَيْنِ^٣، وهو الموافق للأصل.

١. وراجع النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٤، ص ١٠٨، «قط».

٢. منهم فخر المحققين في إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١١٢؛ وابن فهد في المهدب البارع، ج ٤، ص ٤٨٨.

كتاب الشركة

(كتاب الشركة)

بفتح الشين فكسر الراء، وحُكِي فيها كسر الشين فسكون الراء^١.
(وسبيّها قد يكون إرثاً) لعِنِّ أو مُنْفَعَةٍ أو حَقّ؛ بِأَنْ يَرِثَا مَالاً أو مُنْفَعَةً دَارِ
استأجْرُهَا مُوَرَّثَهُمْ، أو حَقَّ شُفْعَةٍ وَخَيْرٍ.
(وعقداً) بِأَنْ يَشْتَرِيَا دَاراً بِعَقْدٍ وَاحِدٍ، أو يَشْتَرِيَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَزءاً مُشَاعِراً مِنْهَا
وَلَوْ عَلَى التَّعَاقُبِ، أَوْ يَسْتَأجِرَا هَا أَوْ يَشْتَرِيَا بِخَيْرَهُمَا.
(وحيازةً) لبعض المُبَاحَاتِ (دَفْعَةً) بِأَنْ يَشْتَرِيَا فِي نَصْبِ جِبَالَةٍ وَرَمَنِ سَهْمٍ مُبَتِّ
فِي شَتْرِكَا فِي مِلْكِ الْمَصِيدِ. وَلَوْ حَازَ كُلُّ وَاحِدٍ شَيْئاً مِنَ الْمَبَاحِ مُنْفَرِداً عَنْ صَاحِبِهِ
اخْتَصَ كُلُّ بِمَا حَازَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَمِيلٌ كُلُّ وَاحِدٍ بِنَيَّةِ الْوَكَالَةِ عَنْ صَاحِبِهِ فِي تَمْلِكِ نَصْفِ
مَا يَحْوزُهُ، وَإِلَّا اشْتَرِيَا أَيْضًا عَلَى الْأَقْوَى، فَالْحِيَازَةُ قَدْ تُؤْجِبُ الْاشْتِراكَ مَعَ التَّعَاقُبِ
وَقَدْ لَا تُؤْجِبُهُ فِي الدَّفْعَةِ.
(ومِزْجاً) لآحِدِ مَا لِيهِمَا بِالْآخَرِ بِحِيثُ (لَا يَتَمَيَّزُ) كُلُّ مِنْهُمَا عَنِ الْآخَرِ بِأَنْ يَكُونَا
مُتَقَيَّنِينَ جِنْسًا وَوَصْفًا. فَلَوْ امْتَزَجَا بِحِيثُ يُمْكِنُ التَّمَيُّزُ إِنْ عَيْزَ - كَالْحِنْطَةِ بِالشَّعِيرِ، أَوْ
الْحَمْرَاءِ مِنَ الْحِنْطَةِ بِغَيْرِهَا، أَوْ الْكَبِيرَةِ الْحَبَّ بِالصَّغِيرَةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ - فَلَا اشْتِراكٌ. وَلَا
فَرْقٌ هُنَا بَيْنَ وَقْوَعِهِ اخْتِياراً وَانْقَافَاً.

(والشِّرِّكة قد تكون عيناً) أي في عين، كما لو اتفق الاشتراك بأحد الوجوه السابقة في شيء من أعيان الأموال، (ومنفعة) كالاشتراك في منفعة دار استأجرها، أو عبَدْ أوصي لها بخدمته، (وحقاً) كشُفعة وخيار ورهن.

وهذه الثلاثة تجري في الأولين، وأما الآخرين، فلا يتحققان إلَّا في العين. ويمكن فرض الامتزاج في المنفعة بأن يستأجر كلُّ منها دراهم للتزئن بها - حيث نجُوزه - متميِّزاً، ثمَّ امتزجت بحيث لا تتميِّز.

(والمعتبر) من الشركة شرعاً عندنا (شركة العنان) بكسر العين وهي شركة الأموال. تُسَبِّت إلى العنان وهو سير اللجام الذي تُمسِك به الدابة؛ لاستواء الشركَيْن في ولاية الفسخ والتصرُّف، واستحقاقِ الربح على قدر رأس المال كاستواء طرفِي العنان، أو تساوي الفارسَيْن فيه إذا تساويا في السير، أو لأنَّ كُلَّ واحدٍ منها يمنع الآخر من التصرُّف حيث يشاء كما يمنع العنان الدابة، أو لأنَّ الآخذ بعنانها يحبِّس إحدى يديه عليه ويُطْلِق الأخرى، كالشريك يحبِّس يده عن التصرُّف في المشترك مع انطلاق يده في سائر ماله.

وقيل: من «عَنَّ» إذا ظهر^١، لظهور مالِ كُلَّ من الشركَيْن لصاحبِه، أو لأنَّها أظهرَ أنواع الشركة. وقيل: من «الْمَعَانَة» وهي المعارضَة^٢؛ لمعارضة كُلَّ منها بما أخرجه الآخر.

(لا شركة للأعمال) بأن يتعاقدا على أن يعمَل كُلُّ منها بنفسه ويُشترِك في الحاصل، سواء اتفق عملُهما قَدْرَاً ونوعاً أم اختلف فيما بينهما أم في أحدِهما، وسواء عملاً في مالِ مملوِّكِ أم في تحصيل مُباح؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ مُتميِّز ببدنه وعمله فيختص بفوائده، كما لو اشتراك في مالَيْن وهما مُتميِّزان.

(و) لا شركة (المفاوضة) وهي أن يشترك شخصان فصاعداً بعقدٍ لفظي على أن

١ و ٢. حكاهم المحقق الكركي في جامع المقاصد، ج ٨، ص ١٠.

يكون بينهما ما يكتسبان ويربحان ويلتزمان من غُرم ويحصل لهما من غُنم. فيلتزم كلّ منهما للآخر مثلّ ما يلتزمه من أرشِ جنائية وضمانٍ غصبٍ وقيمةً مُتَلَّفٍ وغرامةً ضمَانٍ وكفالَة، ويقاسمه فيما يحصل له من ميراث أو يجده من رِكازٍ ولُقْطَة، ويكتسبه في تجارة ونحو ذلك. ولا يُستثنى من ذلك إلّا قُوتُ اليوم وثيابُ البدن وجاريَةً يَسْرَى بها، فإنَّ الآخر لا يشارك فيها. وكذا يُستثنى في هذه الشركة من الغُرم الجنائية على الحرّ، وبذلِّ الخُلُم والصادقُ إذا لَزِم أحدهما.

(و) لا شركة (الوجوه) وهي أن يشترك اثنان وجيهان لا مالَ لهما بعْدٌ لفظي ليتباعوا في الذمَّة على أنَّ ما يتبايعه كُلُّ منهما يكون بينهما، فبياعان وتوَدِّيان الأثمانَ وما فضل فهو بينهما؛ أو أن يَتبايع وجيةً في الذمَّة ويفُوض بياع إلى خاملٍ على أن يكون الربح بينهما؛ أو أن يشترك وجيةً لا مال له وخاملٌ ذو مال ليكون العملُ من الوجه والمال من الخامل ويكون المال في يده لا يُسلِّمه إلى الوجه والربح بينهما؛ أو أن يبيع الوجية مالَ الخامل بزيادةٍ ربحٍ ليكون بعْضُه له. وهذه الثلاثة بمعانيها عندنا باطلة.

(و) المشترِكان شركة العنان (يتساوِيان في الربح والخُسْران مع تساوي المالين، ولو اختلفا) في مقدار المال (اختلاف) الربح بحسبه. والضابط: أنَّ الربح بينهما على نسبة المال متساوياً ومتفاوتاً. فلو عَبَرَ به لكان أَخْصَرَ وأَدْلَى على المقصود؛ إذ لا يَلْزَم من اختلاف الربح مع اختلاف المالين كونه على النسبة.

(ولو شَرَطاً غيرَهما) أي غيرَ التساوي في الربح على تقدير تساوي المالين بأن شرطاً فيه تفاوتاً حينئذٍ، أو غيرَ اختلاف استحقاقهما في الربح مع اختلاف المالين كميةً (فالأشهر البطلان) أي بطلان الشرط ويتبَعُ بطلانُ الشركة، بمعنى الإذن في التصرف، فإنَّ عملاً كذلك فالربح تابعٌ للمال وإن خالَف الشرط، ويكون لكلّ منهما أَجرةً عمله بعد وضع ما قابلَ عمله في ماله.

ووجه البطلان بهذا الشرط أنَّ الزيادةَ الحاصلةَ في الربح لأحدِهما ليس في مقابلها

عُوضٌ، ولا وَقْعٌ اشتراطُها في عقدِ معاوَضَةٍ لِتُضَمَّنَ إلى أحد العوضين، ولا اقتضى تملُكَها عقدٌ هبَّةٌ، والأسبابُ المُثَمَّنةُ لِلملكِ معدودةٌ وليس هذا أحدَها، فيبطلُ الشرطُ ويتبَعُه العقدُ المُتضمنُ للإذن في التصرف؛ لعدم تراضيهما إلَّا على ذلك التقدير ولم يحصل.

ويُنْبَغِي تقييدهُ بعدم زيادة عملٍ ممَّن شرِطَت له الزيادةُ إلَّا أَتَّجهَ الجوازُ.

وقيل: يجوز مطلقاً^١ لعمومِ الأمر بالوفاء بالعقود^٢، و«المؤمنون عند شروطهم»^٣. وأصلِّي الإباحة، وبناءً الشركة على الإرافق ومنه موضع النزاع.

(وليس لأحد الشركاء التصرفُ) في المال المشترك (إلَّا بإذن الجميع): لقترح التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلاً وشرعاً، (ويقتصر من التصرف على المأذون) على تقدير حصول الإذن (فإنْ تَعَدَّى) المأذونُ (ضمِّن).

واعلم أنَّ الشركة كما تُطلق على اجتماع حقوق المُلَاكِ في المال الواحد على أحد الوجوه السابقة، كذلك تُطلق على العقدِ الشَّيْرِ جوازَ تصرف المُلَاكِ في المال المشترك، وبهذا المعنى اندرَجَت الشركة في قسم العقود، وقُبِّلتُ الحكمَ بالصَّحةِ والفسادِ لا بالمعنى الأول. والمصنف (رحمه الله) أشار إلى المعنى الأول بما افتح به من الأقسام، وإلى الثاني بالإذن المبحوث عنه هنا.

(ولكلّ) من الشركاء (المطالبة بالقسمة، عَرْضاً) بالسكون، وهو ما عدا النَّقَدين (كان المال أو نقداً).

(والشريكُ أمينٌ) على ما تحت يده من المال المشتركِ المأذون له في وضع يده عليه (لا يضمن إلَّا بتَعْدَى) وهو فعلٌ ما لا يجوز فعله في المال (أو تفريطِ) وهو التقصير في حفظهِ وما يَتَمَّ به صَلَاحَه.

١. قال به السيد المرتضى في الانتصار، ص ٤٧٠ - ٤٧١، المسألة ٢٦٥؛ والعلامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ١٩٦، المسألة ١٤٦.

٢. العائدة (٥): ١.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ٣٧١، ح ١٥٠٣.

(ويُقبل بِعْيَنَه في التلف) لو أَدَعَاه بِتَفْرِيظٍ وَغَيْرِه (وَإِنْ كَانَ السَّبِيلُ ظَاهِرًا) كالحرق والرق. وإنما خصَّه لِإِمْكَانِ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ، فَرِبَّمَا احْتَمَلَ عَدْمُ قَبْولِ قَوْلِه فِيهِ كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بَعْضُ الْعَامَةِ، أَمَّا دُعْوَى تَلْفِه بِأَمْرٍ خَفِيِّ كَالسَّرَّاقِ فَمَقْبُولٌ إِجْمَاعًا.

(وَيُكَرِّهُ مُشَارِكَةُ الذَّمِيِّ وَإِبْضَاعِهِ) وَهُوَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مَا لَا يَتَّسِّرُ فِيهِ، وَالرِّبَحُ لِصَاحِبِ الْمَالِ خَاصَّةً، (وَإِيدَاعُهِ) لِقُولِ الصَّادِقِ ^{عليه السلام}: «لَا يَنْبَغِي لِلرَّجُلِ الْمُسْلِمِ أَنْ يُشارِكَ الذَّمِيِّ، وَلَا يُبَيِّضَهُ بِضَاعَةً، وَلَا يُودِعَهُ وَدِيعَةً، وَلَا يُصَافِهِ الْمَوَدَّةَ»؟^١

(وَلَوْ بَاعَ الشَّرِيكَ كَانَ سُلْعَةً صَفْقَةً، وَقَبْضُ أَحَدُهُمَا مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئًا، شَارَكَهُ الْآخَرُ فِيهِ) عَلَى الْمُشْهُورِ، وَبِهِ أَخْبَارٌ كَثِيرَةٌ؛ وَلَأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ مُشَارِكَةٌ بَيْنَهُمَا، فَكُلَّ مَا حَصَّلَ مِنْهُمَا كَذَلِكَ.

وَقُلْ: لَا يُشارِكُ؛ لِجُوازِ أَنْ يُبَرِّئَ الْفَرِيمَ مِنْ حَقَّهُ، وَيُصَالِحُهُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْرِي إِلَى الْآخَرِ، فَكَذَا الْإِسْتِيَافَةُ؛ وَلَأَنَّ مَتَّعِلَّ الشَّرِيكَ هُوَ الْعَيْنُ وَقَدْ ذَهَبَتْ، وَالْعَوْضُ أَمْرٌ كَلِّيٌّ لَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِقَبْضِ الْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ، وَلَمْ يَتَحَقَّقْ هَذَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْآخَرِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا قَبَضَهُ لِنَفْسِهِ.^٤

وَعَلَى الْمُشْهُورِ لَا يَتَعَيَّنُ عَلَى الشَّرِيكِ غَيْرِ الْقَابِضِ مُشَارِكَتُهُ، بَلْ يَتَخَيَّرُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَطَالِبِ الْفَرِيمِ بِحَقِّهِ، وَيَكُونُ قَدْرُ حَصَّةِ الشَّرِيكِ فِي يَدِ الْقَابِضِ كَقَبْضِ الْفَضُولِ إِنْ أَجَازَهُ مَلِكُهُ وَتَبَعَّهُ التَّمَاءُ، وَإِنْ رَدَّهُ مَلِكُهُ الْقَابِضُ، وَيَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ عَلَى التَّقْدِيرِيْنِ.

وَلَوْ أَرَادَ الْإِخْتَاصَاصَ بِالْمَقْبُوضِ بِغَيْرِ إِشْكَالٍ فَلْتَبِعْ حَقَّهُ لِلْمَدِيُونَ عَلَى وَجْهِ يَسْلَمِ مِنَ الرَّبَا بِشَمْنٍ مَعْيَنٍ فَيَخْتَصُّ بِهِ، وَأَوْلَى مِنْهُ الْصَّلْحُ عَلَيْهِ، أَوْ يُبَرِّئُهُ مِنْ حَقَّهُ وَيَسْتَوِهِ بِعَوْضِهِ، أَوْ يُعِيلُهُ عَلَى الْمَدِيُونَ، أَوْ يَضْمَنْهُ لِهِ ضَامِنَ.

١. منهم: النووي في المجموع شرح المهدب، ج. ١٤، ص. ٨٠ - ٨١؛ مغني المحتاج، ج. ٢، ص. ٢٦.

٢. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٨٥، ح. ٨١٥.

٣. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٨٦، باب الشركة والمضاربة.

٤. قال به ابن إدريس في السراير، ج. ٢، ص. ٤٠٢ - ٤٠٣.

وموضع الخلاف مع حلول الحقين، فلو كان أحدهما مؤجلاً لم يشارك فيما قبضه الآخر قبل حلول الأجل.

واحترز ببيعهما صفةً عما لو باع كلُّ واحدٍ نصيبيه بعقد وإنْ كان لواحد. كما لا فرق في الصفقة بين كون المشتري واحداً ومتعدداً؛ لأنَّ الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك. وفي حكم الصفقة ما اتَّحد سببُ شركته كالميراث والإخلاف والاقراض من المشترك.

(ولو أدعى المشتري) من المشتركين المأذونين (شراء شيء لنفسه أو لهما خلف) وقبل يمينه؛ لأنَّ مرجع ذلك إلى قصده وهو أعلم به، والاشتراك لا يعين التصرف بدون القصد، وإنما لزمه الخلف - مع أنَّ القصد من الأمور الباطنة التي لا تعلم إلا من قبله - لإمكان الاطلاع عليه باقراره.

كتاب المضاربة

(كتاب المضاربة)

(وهي أن يدفع مالاً إلى غيره ليعمل فيه بحصةٍ معينة من ربحه). مأخذة من «الضرب في الأرض»؛ لأن العامل يضرب فيها للسعى على التجارة، وابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكان الضرب مسبباً عنهم، فتحققت المفاجلةُ لذلك، أو من ضرب كلّ منها في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال وتقلبيه. وأهل الحجاز يسمونها قرضاً من «القرض» وهو القطع، لأن صاحب المال اقطع منه قطعة وسلّمها إلى العامل، أو اقطع له قطعة من الربح في مقابلة عمله، أو من «المقارضة» وهي المساواة، ومنه: «قارض الناس ما قاتضوك فإن تركتهم لم يتذكرك».^١ ووجه التساوي هنا أنَّ المالَ من جهة والعملَ من أخرى والربح في مقابلهما، فقد تساويا في قوام العقد أو أصل استحقاق الربح وإن اختلفا في كميته. (وهي جائزة من الطرفين) سواء نصَّ المالُ أم كان به عرضٌ، يجوز لكلَّ منها فسخها. ومن لوازم جوازِها منها وقوع العقد بكلِّ لفظ يدلُّ عليه. وفي اشتراط وقوع قوله لفظياً أو جوازِه بالفعل أيضاً قولان^٢، لا يخلو ثانيهما من قوَّة.

١. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٤، ص ٤١؛ الغربيين، ج ٥، ص ٥٢٨، «قرض».

٢. القول بعدم اشتراط اللفظ للعلامة في تذكرة الفقهاء، ج ١٧، ص ١١ - ١٢؛ والمحقق الثاني في جامع المقاصد، ج ٨، ص ٥٣؛ والقول بالإشتراط للعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٣١؛ والفضل المقداد في التنقية الرابع، ج ٢، ص ٢١٥.

(ولا يصح اشتراطُ اللزوم أو الأجلِ فيها) بمعنى أنه لا يجب الوفاء بالشرط ولا تشير لازمةً بذلك، ولا في الأجل، بل يجوز فسخها فيه عملاً بالأصل. (لكن) اشتراط الأجل (يُثير المنع من التصرف بعد الأجل إلا بإذنٍ جديدٍ)؛ لأن التصرف تابعٌ للإذن ولا إذن بعده، وكذا لو أَجَلَ بعض التصرفات كالبيع أو الشراء خاصةً أو نوعاً خاصاً.

ويفهم من تشرি�كه بين اشتراط اللزوم والأجل تساويهما في الصحة وعدم لزوم الشرط، والمشهور أن اشتراط اللزوم مُطلٌّ؛ لأنَّه مُنافٍ لمقتضى العقد، فإذا فسد الشرط يُعد العقد، بخلاف شرط الأجل فإنَّ مرجعه إلى تقييد التصرف بوقتٍ خاصٍ وهو غير منافٍ. ويمكن أن يريد المصنف ذلك، وإنما شرَّك بينهما في عدم صحة الشرط مطلقاً وإن افترقا في أمرٍ آخر.

(ويقتصر) العامل (من التصرف على ما أذن المالكُ له) من نوع التجارة ومكانها وزمانها ومن يشتري منه ويباع عليه وغير ذلك، فإن خالفَ ما عَيَّنَ له ضمِنَ المال، لكن لربح كأن بينهما بمقتضى الشرط؛ للأخبار الصحيحة^١، ولو لاها لكان التصرف باطلأً أو موقعاً على الإجازة.

(ولو أطلق) له الإذن (تصرَّف بالاسترِّاح) في كلِّ ما يُظْنَ فيه حصول الربح من غير أن يَتَقَيَّدَ بنوعٍ أو زمانٍ أو مكانٍ. ويتوَّلَّ أيضاً بالإطلاق ما يتولاه المالكُ في التجارة بنفسه من عرضِ القماش على المشتري ونشره وطيه وإحرارِه وبيمه وقبضِ ثمنه، ولا أجرة له على مثل ذلك، حملًا للإطلاق على المتعارف. وله الاستئجار على ما جرت العادة به كالدلالَة وزن الأمْتِنة الثقيلة التي لم تَجِرْ عادَة بمعاشرة مثيلها.

(ويُتفق في السفر كمال نفقته من أصل المال)، والمراد بالنفقة ما يحتاج فيه إليه من مأكلٍ وملبوسٍ ومشروبٍ ومركتوبٍ، وألات ذلك، وأجرة المسكن ونحوها.

١. تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٨٩، باب الشركة والمضاربة.

ويراعي فيها ما يليق به عادةً مقتضاها، فإن أسرف حسِب عليه، وإن قصر لم يُحسب له. وإذا عاد من السفر فما بقي من أغراضها - ولو من الزاد - يجب ردُّه إلى التجارة، أو تركه إلى أن يسافر إن كان ممتنع يعود إليه قبل فساده.

ولو شرط عدمها لزム، ولو أذن له بعده فهو تبرعٌ ممحضٌ. ولو شرطها فهو تأكيدٌ، ويُشترط حينئذٍ تعينها ثلاثةً يتَجَهَّلُ الشرطُ، بخلاف ما ثبت بأصل الشرع. ولا يُعتبر في ثبوتها حصول ربحٍ، بل يُنفي ولو من الأصل إن لم يزدح وإلا كانت منه. ومؤونة المرض في السفر على العامل، وكذا سفرٌ لم يؤذن فيه وإن استحقَّ الحصة.

والمراد بالسفر العرفي لا الشرعي، وهو ما اشتغل على المسافة، فيُنفي وإن كان قصيراً أو أتمَ الصلة، إلا أن يخرج عن اسم المسافر أو يزيد عما تحتاج التجارة إليه، فيُنفي من ماله إلى أن يصدق الوصف.

واحترز بـ«كمال النفقة» عن القدر الزائد عن نفقة الحضر فقد قيل: إنه لا يُنفي فيه سواه، ونبه بـ«أصل المال» على أنه لا يُشترط حصول ربح كما مرّ. (وليسَرْ نقداً بـنقد البلد بشمن المثل فما دون)، فلو اشتَرَى نسيئةً أو بغير نقد البلد أو بأزيد من ثمن المثل كان فضوليًّا، فإن أجازه المالكُ صَحَّ وإلا بطل؛ لما في النسيئة من احتمال الضرر بتلف رأس المال، فتبقى عهدة الشمن متعلقةً بالمالك، وقد لا يقدر عليه أو لا يكون له غرضٌ في غير ما دفع، وحملًا في الآخرين على المتعارف وما فيه الغبطة، كالوكيل.

(ولم يُبيح كذلك) بـنقد البلد نقداً (بشمن المثل فما فوقه): لما في النسيئة من التغير بمال المالك، وحملًا للإطلاق على المتعارف وهو نقد البلد، كالوكالة. وقيل: يجوز بغيره وبالغرض مع كونه مظهنةً للربح؛ لأنَّ الغرض الأقصى منها ذلك بخلاف الوكالة^١. وفيه قوَّةً.

١. قال به الشيخ في المبسوط، ج. ٢، ص. ٦١٣.

٢. قال به العلامة في تذكرة الفقهاء، ج. ١٧، ص. ٢٦، المسألة ٢٢٨.

ولو أذن المالك في شيء من ذلك خصوصاً أو عموماً كـ«تصرّف برأيك أو كيف شئت» جاز بالغرض قطعاً، أمّا النقد وثمن المثل، فلا يخالفهما إلا مع التصريح. نعم، يُستثنى من ثمن المثل نقصان يتسامح به عادة.

(وليس بغير العين المال) لا بالذمة (إلا مع الإذن في الذمة) ولو بالإجازة، فإن اشتراط فيها بدونه ولم يذكر المالك لفظاً ولا نيةً وقع له، ولو ذكره لفظاً فهو فضولي، ونية خاصة يقع للعامل ظاهراً، وموقوفاً باطنأ، فيجب التخلص من حق البائع.

(ولو تجاوز ماحدّ له المالك) من الزمان والمكان والصنف (ضَمِّن، والربع على الشرط) كما مر، أمّا لو تجاوز بالعين والمثل والنقد وقف على الإجازة، فإن لم يجز بطل.

(وإنما تجوز) المضاربة (بالدرهم والدنانير) إجماعاً وليس شَرْعَة عَلَيْهِ مُقْنَعَة غيره، فلا تصح بالعروض ولا الفلوس ولا الدين وغيرها. ولا فرق بين المعين والمشاع^١.

(وتلزم الحصة بالشرط) دون الأجرة؛ لأنّها معاملة صحيحة فيلزم مقتضاها وهو ما شُرط للعامل من الحصة. وفي قول نادرٍ أنّ اللازم أجرة المثل وأنّ المعاملة فاسدة لجهالة العوض^٢. والنصوص الصحيحة على صحتها^٣ بل إجماع المسلمين يدفعه. (والعاملُ أَمِينٌ لَا يَضْمَن إِلَّا بَتَعْدَأْ أَوْ تُفْرِيَطُ)، ومعهما يبقى العقد ويستحق ما شُرط له وإن ضَمِّن المال.

(ولو فسخ المالك للعامل أجرةٌ مثله إلى ذلك الوقت) الذي فسخ فيه (إن

١. لأن المشاع معين في نفسه وجامعباقي الشرائط فيصح القراض به ولا فرق بين أن يكون عقده واقعاً مع الشريك وغيره. (منه رحمة الله)

٢. قال به الشيخ المفيد في المقنة، ص ٦٣٣؛ والشيخ في النهاية، ص ٤٢٨؛ وسلام في المراسيم، ص ١٨٢ وأبو الصلاح في الكافي في الفقه، ص ٣٤٤.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ١٨٨ - ١٩٠، باب الشركة والمضاربة.

لم يكن) ظهر (ربح) وإن أفله حصته من الربح.
وربما أشـكـلـ الحـكـمـ بـالـأـجـرـةـ عـلـىـ تـقـدـيرـ عـدـمـ الـرـبـحـ^١ بـأـنـ مـقـتـضـيـ الـعـقـدـ اـسـتـحـقـاقـ العـصـةـ إـنـ حـصـلتـ لـاـغـيرـهـ، وـتـسـلـطـ الـمـالـكـ عـلـىـ الفـسـخـ مـنـ مـقـتـضـيـاتـهـ، فـالـعـاـمـلـ قـادـمـ عـلـىـ ذـلـكـ، فـلـاـ شـيـءـ لـهـ سـوـىـ مـاـ عـيـنـ.

ولـوـ كـانـ الـمـالـ عـرـوضـاـ عـنـ الفـسـخـ، فـإـنـ كـانـ بـهـ رـبـحـ فـلـلـعـاـمـلـ بـيـعـهـ إـنـ لـمـ يـدـفـعـ الـمـالـ إـلـيـهـ حـقـهـ مـنـهـ، وـإـلـاـ لـمـ يـجـزـ إـلـاـ بـإـذـنـ الـمـالـكـ وـإـنـ رـجـاـ الـرـبـحـ حـيـثـ لـاـ يـكـونـ بـالـفـعـلـ.
ولـوـ طـلـبـ الـمـالـكـ إـنـصـاصـهـ فـيـ إـجـبـارـ الـعـاـمـلـ عـلـيـهـ قـوـلـانـ^٢: أـجـودـهـاـ الـعـدـمـ.

ولـوـ انـفـسـخـ الـعـقـدـ مـنـ غـيرـ الـمـالـكـ، إـمـاـ بـعـارـضـ يـقـسـدـ الـعـقـدـ الـجـائزـ أـوـ مـنـ قـبـلـ الـعـاـمـلـ،
فـلـاـ أـجـرـةـ لـهـ بـلـ الـحـصـةـ إـنـ ظـهـرـ رـبـحـ. وـقـيـلـ: لـهـ أـجـرـةـ أـيـضاـ^٣.

(وـالـقـوـلـ قـوـلـ الـعـاـمـلـ فـيـ قـدـرـ رـأـسـ الـسـالـ): لـأـنـهـ مـنـكـرـ لـلـزـانـدـ وـالـأـصـلـ مـعـهـ، (وـ) فـي
(قـدـرـ الـرـبـحـ): لـأـنـهـ أـمـيـنـ فـيـقـبـلـ قـوـلـهـ فـيـهـ.

(وـيـنـبـغـيـ أـنـ يـكـونـ رـأـسـ الـمـالـ مـعـلـوـمـاـ عـنـ الـعـقـدـ) لـتـرـفـعـ الـجـهـالـةـ عـنـهـ، وـلـاـ يـكـنـىـ
بـمـشـاهـدـتـهـ. وـقـيـلـ: تـكـفـيـ الـمـشـاهـدـةـ، وـهـوـ ظـاهـرـ اـخـتـيـارـهـ هـنـاـ، وـهـوـ مـذـهـبـ الشـيـخـ^٤
وـالـعـلـامـةـ فـيـ الـمـخـتـلـفـ^٥: لـزـوـالـ مـعـظـمـ الـغـرـرـ بـالـمـشـاهـدـةـ؛ وـلـلـأـصـلـ، وـقـوـلـهـ^٦: «ـالـمـؤـمـنـونـ
عـنـ شـرـوـطـهـمـ»^٧. فـإـنـ قـلـنـاـ بـهـ فـاـخـتـلـفـاـ فـيـ قـدـرـهـ فـالـقـوـلـ قـوـلـ الـعـاـمـلـ -ـ كـمـ تـقـدـمـ -ـ لـلـأـصـلـ؛
وـالـأـقـوـىـ الـمـنـعـ.

١. العـلـامـةـ فـيـ قـوـاعـدـ الـأـحـكـامـ، جـ٢، صـ٢٤٥.

٢. القـوـلـ بـالـإـجـبـارـ لـلـشـيـخـ فـيـ الـبـسـوـطـ، جـ٢، صـ٦٢٠؛ وـالـقـوـلـ بـالـدـمـ لـلـمـسـحـقـقـ فـيـ شـرـائـعـ الـإـسـلـامـ، جـ٢، صـ١١٥.

٣. قالـ بـهـ الـعـلـامـةـ فـيـ تـذـكـرـةـ النـقـهاـ، جـ١٧، صـ١٢٣، الـمـسـأـلـةـ ٢٨٥.

٤. لمـ نـشـرـ عـلـيـهـ فـيـ كـلـامـ الشـيـخـ صـرـيـحاـ، نـعـمـ، نـسـبـهـ إـلـيـهـ الـعـلـامـةـ فـيـ مـخـتـلـفـ الشـيـعـةـ، جـ٦، صـ٢١٧، الـمـسـأـلـةـ ١٧٤ـ مـنـ
غـيرـ تـقـيـدـ بـالـمـشـاهـدـةـ وـنـسـبـهـ أـيـضاـ الشـهـيدـ فـيـ مـالـكـ الـأـنـفـاـمـ، جـ٤، صـ٣٥٧ـ إـلـىـ مـسـوـطـهـ رـاجـعـ الـبـسـوـطـ، جـ٢،
صـ٦٤٣.

٥. مـخـتـلـفـ الشـيـعـةـ، جـ٦، صـ٢١٧، الـمـسـأـلـةـ ١٧٤.

٦. تـهـذـيـبـ الـأـحـكـامـ، جـ٧، صـ٣٧١، حـ١٥٠٢.

(وليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك كمن ينتقي عليه) أي على المالك؛ لأنَّه تخسِّرَ مُحْضُه، والغرض من هذه المعاملة الاسترِبَاحُ. فإن اشتراك بدون إذنه كان فضوليًّا مع علمه بالتنسب والحكم، أمَّا مع جهلِيه بما أو بأحدَهم، ففي صحتِه وعتقِه عن المالك، وإلْحاقِه بالعالم وجهاه، مأخذُهما: انصراف الإذن إلى ما يمكن بيعه والاسترِبَاح به فلا يدخل هذا فيه مطلقاً؛ ومن كون الشرط بحسب الظاهر؛ لاستحالة توجُّه الخطاب إلى الغافل، كما لو اشتري معيلاً لا يعلم بعبيه فتَلَفَ به.

(و) كذا (لا يشتري من رب المال شيئاً)؛ لأنَّ المال له ولا يشتري مالُ الإنسان بماله. (ولو أذن في شراء أبيه) وغيره متن ينتقي عليه (صَحَّ وانْتَقَ)، كما لو اشتراك بنفسه أو وكيله، وبطلت المضاربة في ثمنه؛ لأنَّه بمنزلة التالف، وصار الباقِي رأس المال إنْ كان، (وللعامل الأُجْرَة) سواه ظهر فيه ربح أم لا، أمَّا مع عدمه فظاهر، إلا على الاحتمال السابق فيما لو فسخ المالك بنفسه، وأمَّا مع ظهوره؛ فبطلان المضاربة بهذا الشراء. لعدم كونه من متعلَّق الإذن؛ لأنَّ متعلَّقه ما فيه ربح ولو بالمنظأة وهو منفي هنا؛ لكونه مُستقبلاً للعقد، فإذا صُرِفَ الثمنُ فيه بطلت. ويحتمل ثبوت الحصة إن قلنا بملكيتها بالظهور؛ لتحقِّيقِه، ولا يقدح عنْته الْقَهْرِي؛ لصدره بإذن المالك، كما لو استرَدَ طائفةً من المال بعد ظهوره، وحيثَنِـدَ فَيْسَرِي على العامل مع يسار المالك إن قلنا بالسراية في العقد الْقَهْرِي، أو مع اختيار الشريك السبب.

(لو اشتري العامل (أبا نفسه) وغيره متن ينتقي عليه (صَحَّ)؛ إذ لا ضرر على المالك، (إإن ظهر فيه ربح) حال الشراء أو بعده (انْتَقَ نصيبيه) أي نصيب العامل؛ لاختياره السبب المفضي إليه، كما لو اشتراك بماله، (ويَسْعَى المُعْتَقَ) وهو الأَبُ (في الباقي) وإنْ كان الولدُ مُوسِراً؛ لصحيحَةِ محمد بن أبي عَمِير عن الصادق عليه السلام الحاكمة باستبعانه من غير استفال!

وقيل: يُسْرِي على العامل مع يساره^١; لاختياره السبب، وهو مُوَجِّبٌ لها كما سيأتي^٢ (إن شاء الله تعالى) وحُمِّلت الرواية على إعساره، جمعاً بين الأدلة. وربما فرق بين ظهور الربح حالة الشراء وتجدده، فيسري في الأول دون الثاني، ويمكن حمل الرواية عليه أيضاً.

وفي وجيه ثالث: بطلان البيع؛ لأنَّه مُنافٍ لمقصود القِراض؛ إذ الغرض هو السعي للتجارة التي تقبل التقليل للاسترباح، والشراء المتعقب للعتق ينافيه. والوسط قوي لو لا معاَزنة إطلاق النص الصحيح^٣.

١. قال به يحيى بن سعيد في الجامع للشراطع، ص ٣١٥.

٢. يأتي في كتاب العتق.

٣. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٩٠، ح ٨٤١.

كتاب الوديعة

(كتاب الوديعة)

(وهي استنابة في الحفظ) أي استنابة فيه بالذات، فلا يرد مثل الوكالة في بيع شيء أو شرائه مع إثبات اليد عليه، فإنها تستلزم الاستنابة فيه إلا أنها بالعرض، والقصد بالذات الإذن فيما وكل فيه.

ثم الاستنابة إنما تكون من المودع، والوديعة لا تتم إلا بالمعاقدين، فلاتكون الوديعة هي الاستنابة، بل هي وقوبها وإن اكتفينا بالقبول الفعلي. وكأن التعريف لعما كان لعقدها - كما علِم من مذهب المصنف - وكان المعتبر منه الإيجاب، تسامح في إطلاقها عليه، أو لأن الاستنابة تستلزم قبولها، فإنها لو تجردت عنه لم تؤثر.

(وتقتصر إلى إيجاب وقبول) كغيرها من العقود، (ولا حصر في الألفاظ الدالة عليها)، كما هو شأن العقود الجائزه من الطرفين، فيكتفي كل لفظ دلّ عليها بل التلویح والإشارة المفهمة لمعناها اختياراً.

(ويكتفي في القبول الفعل): لأن الغرض منه الرضى بها. وربما كان الفعل - وهو قبضها - أقوى من القول باعتبار دخولها في ضمانه، والتزامه بحفظها بواسطة القبض - وإن لم يحصل الإيجاب - في أولى، إلا أن فيه خروجاً عن باب العقود التي لا تتم إلا بصيغة من الطرفين، ومن ثم قيل: إنها إذن مجردة لا عقد^١. وكيف كان لا تجب مقارنته

١. لم نشر عليه نعم، حكاه في مسالك الأفهام، ج ٥، ص ٧٨ - ٧٩.

القبول للإيجاب، قوله كان أَم فعليّاً.

(ولو طرحتها عنده) ولم يحصل منه ما يدلّ على الرضى ولا قبضها (أو أكرّهه على قبضها لم تصرّ وديعةً)؛ لانتفاء القبول الشرعي فيها. وأما الإيجاب، فقد يحصل بالطرح بأن يضمّ إليه قولًا أو ما في حكمه يُفِيدُه، وقد لا يحصل؛ بأن يقتصر على مجرد الطرح، وفي الثاني لا تصير وديعةً وإن قيل قولًا أو فعلًا، لكن في الثاني يجب عليه الحفظ لليد لا للوديعة، وفي الأول تَيَّم بالقبول بهما، فيجب عليه الحفظ.

وحيث لا يجب لعدم القبول قد يجب لأمر آخر، كما لو غاب المالك وتركها وخيّفَ عليها الذهاب، فيجب من باب المعاونة على البرِّ كفايةً، لكن لا ضمان بتركه.

وأما مع الإكراه (فلا يجب حفظها) مطلقاً بل يجوز تركها وإن قبضها به في حضور المالك وغيبته، إلا أن يكون المُكره مضطراً إلى الإيداع فيجب إعانته عليه كالسابق. فقوله «فلا يجب حفظها» مطلقاً في الثاني من حيث الوديعة، ومع عدم القبول أو القبض في الأول على ما فُصلَ.

(ولو قبل) الوديعة قولًا أو فعلًا (وجب) عليه (الحفظ) ما دام مُسْتَوْدِعًا، وكذا بعده إلى أن يُؤْدَى إلى المالك أو من في حكمه. وبذلك يظهر عدم المنافة بين وجوب الحفظ وعدم وجوب البقاء على الوديعة من حيث إنها عقد جائز.

(ولا ضمان عليه) لو تلفت أو عابت (إلا بالتعدي) فيها، بأن ركب الدابة أو ليس الثوب أو فتح الكيس المختوم أو المشدود، (أو التفريط) بأن فَسَرَ في الحفظ عادةً، (فلو أخذت منه قهراً فلا ضمان) إن لم يكن سبباً في الأخذ القهري، بأن سعى بها إلى الظالم أو أظهرها فوصل إليها خبرها مع مظنته، ومثله ما لو أخبر بها اللصُّ فسرقها. ولا فرق بين أخذ القاهر لها بيده، وأمره له بدفعها إليه كرهاً؛ لانتفاء التفريط فيها فينحصر الرجوع على الظالم فيهما على الأقوى. وقيل: يجوز له الرجوع على المستودع في الثاني وإن استقرَ الضمان على الظالم.^١

١. قال به الحلبي في الكافي في الفقه، ص .٢٣٠

(ولو تمكّن) المستودع (من الدفع) عنها بالوسائل الموجبة لسلامتها (وجب ما لم يؤدّ إلى تحمّل الضرر الكبير كالجرح وأخذ المال)، فيجوز تسليمها حينئذ وإن قدر على تحمّلها. والمرجع في الكثرة والقلة إلى حال المكره، فقد تُعد الكلمة اليسيرة من الأذى كثيراً في حقه؛ لكونه جليلاً لا يليق بحاله ذلك، ومنهم من لا يعتدّ بمثله.

وأنا أخذ المال، فإن كان مال المستودع لم يجب بذلك مطلقاً، وإن كان من الوديعة فإن لم يستوعبها وجب الدفع عنها ببعضها ما أمكن، فلو ترك مع القدرة على سلامه البعض فأخذ الجميع ضئلاً ما يمكن سلامته، وإن لم يمكن إلا بأخذها أجمع فلا تقصير. ولو أمكن الدفع عنها بشيء من ماله لا يستوعب قيمتها جاز ورجوع مع نيته. ولو أمكن حفظها عنه بالاستئثار منه وجب فرضها بتركه.

(نعم، يجب عليه اليمين لو قَنَع بها الظالم، فيؤرّي) بما يخرجه عن الكذب بأن يحلف أنه ما استودع من فلان، ويخصّه بوقت أو جنس أو مكان أو نحوها مغایر لما استودع. وإنما تجب التورىة عليه مع علمه بها وإلا سقطت؛ لأنّه كذب مستثنٍ للضرورة، ترجيحاً لأخفّ القبيحين حيث تعارض.

(وتبطل) الوديعة (بموت كلّ منهما) المودع والمستودع كغيرها من العقود الجائزه، (وجنونه وإغمانه) وإن فقر وفاتهما (فتبيقي) في يد المستودع على تقدير عروض ذلك للمودع، أو يده وارثه أو ولاته أو يده بعد صحته على تقدير عروضه له، (أمانة شرعية) أي مأذوناً في حفظها من قبل الشارع لا المالك؛ لبطلان إذنه بذلك، ومن حكم الأمانة الشرعية وجوب المبادرة إلى ردّها وإن لم يطلبها المالك.

(ولا يقبل قول الوداعي) وغيره متن هي (في يده في ردّها إلا ببيته)، بخلاف الأمانة المستندة إلى المالك، فإنه لا يجب ردّها بدون الطلب أو ما في حكمه كانتقضاء المدة المأذون فيها، وقد يقبل قوله في ردّها كالوديعة، وقد لا يقبل كما إذا قبضها لمصلحته كالعارية والمضاربة.

ومن الأمانة الشرعية: ما بطل من الأمانة المالكية كالشركة والمضاربة بمحى ونحوه، وما تُطيره الريح إلى دار الغير من الأمة، وما يُستَرَّ من الفاصل بطريق الحسبة، وما يُؤخذ من الصبي والمجنون من مال الغير وإن كان كُشباً من قمار كالجوز والبنص، وما يُؤخذ من مالهما وديعة عند خوف تلفه بأيديهما، وما يَسْتَلِمُهُ منهما نسياناً، وما يوجد فيما يُشترى من الأمة - كالصندوق - من مال لا يدخل في المبيع، واللقطة في يد المُلْتَقِط مع ظهور المالك. وضابطه: ما أذن في الاستيلاء عليه شرعاً ولم يأذن فيه المالك.

(ولو عين) التَّوْدِعَ (موِضاً للحفظ اقتصر) المستودع (عليه) فلا يجوز نقلها إلى غيره وإن كان أحفظاً، عملاً بمقتضى التعين؛ ولا اختلاف الأغراض في ذلك. وقيل: يجوز إلى الأحفظ: لدلالته عليه بطريق أولى^١، وهو من نوع وجوز آخرون التخطي إلى المساوي^٢، وهو قياس باطل.

وحيثُنِي فـيـضـمـنـ بـنـقـلـهـاـ عـنـ الـمـعـيـنـ مـطـلـقاًـ،ـ (إـلـاـ أـنـ يـخـافـ تـلـفـهـاـ فـيـ فـيـتـقـلـهـاـ)ـ عـنـهـ إـلـىـ الأـحـفـظـ أوـ الـمـساـويـ معـ الإـمـكـانـ،ـ فـإـنـ تـعـدـرـ فـالـأـدـوـنـ،ـ (وـلـاـ ضـمـانـ)ـ حـيـثـنـ ذـلـكـ؛ـ لـلـإـذـنـ فـيـ شـرـعـاًـ،ـ إـنـماـ جـازـ الـمـساـويـ هـنـاـ؛ـ لـسـقـطـ حـكـمـ الـمـعـيـنـ بـتـعـدـرـهـ،ـ فـيـتـقـلـ إـلـىـ مـاـ فـيـ حـكـمـ وـهـوـ الـمـساـويـ أـوـ مـاـ فـوـقـهــ.

ويمكن شمول كلامه للأدون عند الخوف وإن وجد المساوي، كما يشمل المعن من الأعلى عند عدمه. ويشمل أيضاً فيما ما لو نهاد عن غير المعين وعدمه، وهو كذلك.

(ويحفظ الوديعة بما جرت العادة به) في مكان الوديعة وزمانها؛ لأن الشارع لم يحد لها حدأً، فيرجع إلى العادة، (كالتوب والنقد في الصندوق) المُفْقَل أو الموضوع في بيت محرز عن الغير؛ (والدائمة في الاصطبل) المضبوط بالفقق؛ (والشاة

١. قال به ابن البراج في جواهر الفقه، ص ١٠٤، المسألة ٣٨٠؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٨٦.

٢. قال به الشيخ في المبسوط، ج ٣، ص ٣٥٩.

في المُرَاح^١) كذلك أو المحفوظ بنظر المستوَدَع.

هذه الثلاثة ممَّا جَرَت العادةُ بِكُونِهَا حِرْزاً لِما ذُكِرَ، وقد يقتصرُ إِلَى أَمْرٍ آخَرَ أَو يَقُولُ غَيْرُهَا مَقامَهَا عادَةً. وَلَا فَرْقٌ فِي وجوبِ الحِرْزِ عَلَى المُسْتَوَدَعِ بَيْنَ مَنْ يَمْلِكُهُ وَغَيْرِهِ، وَلَا بَيْنَ مَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا حِرْزٌ لَهُ وَغَيْرِهِ.

(ولو اسْتُوَدَعَ مِنْ طَفْلٍ أَوْ مَجْنُونٍ ضَيْمَنَ^٢): لَأَنَّهُمَا لَيْسَا أَهْلًا لِلِإِذْنِ، فَيَكُونُ وَضْعُ يَدِهِ عَلَى مَا لَهُمَا بِغَيْرِ إِذْنٍ شَرِعيٍّ فِي ضَيْمَنَ، إِلَّا أَنْ يَخَافَ تَلَفُّهَا فِي أَيْدِيهِمَا فَيَقْبِضُهَا بِنَيَّةِ الْحِسْبَةِ، فَالْأَقْوَى عَدْمُ الضَّمَانِ، لَكِنْ يَجُبُ مَرَاجِعَةُ الْوَلِيِّ مَا أَمْكَنَهُ. وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ كُونِ الْمَالِ لَهُمَا وَلِغَيْرِهِمَا وَإِنْ ادْعَيَا إِذْنَهُمَا فِي الْإِيْدَاعِ.

(و) حِيثُ يَقْبِضُ الْوَدِيعَةُ مِنْهُمَا مَعَ جَوَازِهِ أَوْ لَا مَعَهُ (يَبْرَأُ بِالرَّدِّ إِلَى وَلِيِّهِمَا) الْخَاصَّ، أَوْ الْعَامَّ مَعَ تَعْذِيرِهِ، لَا إِلَيْهِمَا.

(وَيَجُبُ إِعادَةُ الْوَدِيعَةِ عَلَى الْمُوْدِعِ) مَعَ الْمَطَالِبِ فِي أَوَّلِ وَقْتِ الْإِمْكَانِ، بِمَعْنَى رُفِعَ يَدُهُ عَنْهَا وَالتَّخْلِيَّةِ بَيْنَ الْمَالِكِ وَبَيْنَهَا، فَلَوْ كَانَتْ فِي صُندُوقٍ مَقْفَلٍ فَفَتَحَهُ عَلَيْهِ أَوْ بَيْتِ مُحَرَّزٍ فَكَذَلِكَ، لَا نَقْلِهَا إِلَى الْمَالِكِ زِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ.

وَالْعَذْرُ الشَّرِعيُّ كِيَامَالِ الصَّلَةِ وَإِنْ كَانَتْ نَفْلًا عَلَى الْأَقْوَى مَا لَمْ يَتَضَرَّرَ الْمَالُكُ بِالْأَنْهِيَّ، وَالْعَادِيُّ كَانَتِظَارِ انْقِطَاعِ الْتَّطَرِ وَنَحْوِهِ، كَالْعُقْلِيِّ. وَفِي إِكْمَالِ الطَّعَامِ وَالْحَتَامِ وَجَهَانِ. وَالْمُعْتَبِرُ فِي السُّعْيِ الْقَصْدُ وَإِنْ قَدَرَ عَلَى الْزِيَادَةِ.

وَالْحُكْمُ ثَابَتْ كَذَلِكَ (وَإِنْ كَانَ) الْمُوْدِعُ (كَافِرًا) مُبَاخَ الْمَالِ كَالْحَرْبِيِّ؛ لِلأَمْرِ بِأَدَاءِ الْأَمَانَةِ إِلَى أَهْلِهَا^٣ مِنْ غَيْرِ قِيدٍ. وَرَوَى الْفُضَيْلُ عَنِ الرَّضَا^{رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ}: قَالَ: سَأَلَهُ عَنْ رَجُلٍ اسْتُوَدَعَ رَجُلًا مَالًا لَهُ قِيمَةً وَالرَّجُلُ الَّذِي عَلَيْهِ الْمَالُ رَجُلٌ مِنَ الْعَرَبِ يَقْدِرُ أَنْ لَا يُعْطِيهِ شَيْئًا، وَالْمُوْدِعُ رَجُلٌ خَارِجِيٌّ شَيْطَانٌ، فَلَمْ أَدْعُ شَيْئًا. فَقَالَ^{رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ}: «قُلْ لَهُ يَرَدَّ».

١. ضابط: كُلَّ مَا استعار من الحيوان فنفقته على مستعيره، ولا يرجع وإن نوى الرجوع. (زين رحمه الله)

٢. إِلَّا أَنْ يَخَافَ تَلَفُّهُ فَيُسْقَطُ. (زين رحمه الله)

٣. النساء (٤): ٥٨.

عليه، فإنه أثْمَنَه عليه بأمانة الله^١؛ وعن الصادق عليه السلام: «أَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِنْ كَانُوا مُجُوسًا»^٢.

(ويضمن لو أَهْمَل) الرد (بعد المطالبة) وإمكان الرد على الوجه السابق؛ لأنَّه من أسباب التقصير، ولو كان التأخير لعذر وجب في أول أوقات إمكانه: (أو أَوْدَعَهَا) لغيره ولو لزوجته أو ثقَّة (من غير ضرورة) إلى الإيداع، فلو اضطُرَّ إليه بأن خاف عليها من حَرَقٍ أو سَرَقَيْ أو نَهَبَ لَو بَقِيَتْ في يده، وتعذر رُدُّها إلى المالك والحاكم أَو دعها العدل. وفي حكم إيداعها اختياراً إشراكَ الغير في اليد ولو زوجةً ولداً، ووضعها في محل مشترِكٍ في النَّصْرَف بحيث لا يلاحظها في سائر الأوقات.

(أو سافَرَ بها كذلك) أي من غير ضرورة إلى استصحابها في السفر، بأنَّ أَمْكَنَه عند إرادة السفر إيصالها إلى المالك أو وكيله عاماً أو خاصاً، أو إيداعها العدل، فترك وأخذها معه فيضمن.

أما مع الضرورة بأن تعذر جمِيع ما تقدَّم وخف عليها في البلد، أو اضطُرَّ إلى السفر، فلا ضمان بل قد يجب؛ لأنَّه من ضُرُوب الحفظ. والمعتبر في تعذر التوصل إلى المالك ومن بحكمه، المشقة الكثيرة عرفاً؛ وفي السفر العرف أيضاً، فما قَصَرَ عنه كالتردد إلى حدود البلد وقرى لا يطلق على الذهاب إليها السفر، يجوز فيه مصاحبتها مع أمن الطريق، ولا يجوز إيداعها في مثله مع إمكان استصحابها. واستثنى منه ما لو أَوْدَعَه مسافراً أو كان المستودع مُتَّجِعاً^٣، فإنه يُسافِرُ بها من غير ضمانٍ لعدم المالك عليه. (أو طَرَحَها في موضع تَعَقُّنٍ فيه) وإنْ كان جرزاً لمثلها؛ لما عرفت من أنَّ العرَزَ مشروطٌ بأمرٍ آخرَ هذا منها. وفي حكم التَّفَنِ الموضع التَّفَسِّيدُ كالنَّدَى للكتب. وضابطه: ما لا يصلح لتلك الوديعة عرفاً بحسب مدة إقامتها فيه.

١. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٨١ ح ٧٩٥.

٢. تهذيب الأحكام، ج ٦، ص ٣٥١ ح ٩٩٢.

٣. التَّنَجُّعُ والانتجاعُ والنَّجْمَةُ: طلب الكلأ ومساقط الفيت. النهاية في غريب الحديث والأثر، ج ٥، ص ٢٢، «نَجْعٌ».

(أو تَرَك سُقْي الدَّابَّة أَو عَلْفَهَا مَا لَا تَصِيرُ عَلَيْهِ عَادَةً) ومثلها المملوك. والمعتبر السقى والعلف بحسب المعتاد لأمثالها، فالنقصان عنده تفريط، وهو المعبر عنه بعدم صبرها عليه، فيضمنها حينئذ وإن ماتت بغierre. ولا فرق في ذلك بين أن يأمره بهما، ويطلق، وبينهاه؛ لوجوب حفظ المال عن التلف. هذا هو الذي يقتضيه إطلاق العباره، وهو أحد القولين في المسألة^١.

والآقوى أنه مع النهي لا يضمن بالترك؛ لأن حفظ المال إنما يجب على مالكه لا على غيره، نعم، يجب في الحيوان مطلقاً؛ لأنه ذو روح، لكن لا يضمن بتركه كغيره. وأعلم أن مستودع الحيوان إن أمره المالك بالإتفاق أفق ورجح عليه بما غرم، وإن أطلق توصل إلى استدائه، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أفق هو وأشهد عليه ورجح به، ولو تعذر الإشهاد اقتصر على نية الرجوع إن أراده. وقيل قوله فيها، وفي الدليل بالمعروف. وكذا القول مع نهي المالك له عنه.

وفي حكم النفقة ما تفتقر إليه من الدواء وغيره. وفي حكم الحيوان الشجر المفترى إلى الحزز والسقى وغيرهما.

(أو تَرَك نَسْرَ الثَّوب) الذي يفسده طول مكثه كالصوف والإبريم (للريح) حتى لو لم يندفع بنشره وجب لبسه بمقدار ما يندفع الضرورة عنه، وكذا عززه على البرد.

ومثله توقف نقل الدابة إلى العرز أو العلف أو السقى على الركوب، والكتاب على تقلبيه والنظر فيه، فيجب ذلك كله ويحرم بدونه.

(أو انتفَع بها) لا لذلك (أو مَرْجَها) بماله أو بمال غيره بحيث لا يتميز، سواء مَرْجَها بأجود أم ما دونه، بل لو مَرْجَ أحدي الوديعتين بالأخرى ضمَنَهما معاً وإن كانا بواحدٍ، ومثله خلطُها بمالها غير مُوَدَّع عنده؛ للتعدي في الجميع.

١. قال بالضمان الشيخ في البسوط، ج ٢، ص ٣٥٧؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٨٦؛ راجع مفتاح الكرامة، ج ١٧، ص ٢٦٧ - ٢٦٨.

(ولْيُرِدَ) الوديعة حيث يُؤْمِرُ به، أو يريده هو (إلى المالك أو وكيله) المتناول وكالله مثل ذلك، مخيّرٌ فيما، (فإن تعرّض المالك و وكيله (فالحاكم) الشرعي (عند الضرورة إلى ردها^١) لا بدّونه؛ لأنَّ الحاكم لا ولایة له على مَنْ له وكيل، والوداعي بمنزلته. وإنما جاز الدفع إليه عند الضرورة، دفعاً للخرج والإضرار، وتزيلًا له حينئذ منزلة من لا وكيل له.

وتَسْتَحِقُ الضرورةُ بالعجز عن الحفظ، وعُرُوض خوف يفتقر معه إلى التستر المنافي لرعايتها، أو الخوف على أخذ المُتَغَلِّب لها تَبَعًا لماله أو استقلاله، أو الخوف عليها من السرقة أو الحرق أو النهب ونحو ذلك. فإن تعرّض الحاكم حينئذٍ أودعها الثقة. ولو دفعها إلى الحاكم مع القدرة على المالك ضمِّن، كما يضمن لو دفعها إلى الثقة مع القدرة على الحاكم أو المالك.

(ولو أنكَ الوديعة حَلَفَ): لأصالة البراءة، (ولو أقام) المالك (بها بَيِّنَةً قبل حلفه ضمِّن): لأنَّه متعدٌ بمحوده لها (إلا أن يكون جوابه «لا يستحقُ عندي شيئاً» وشبهه) كقوله: «ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها ولا عوضها» فلا يضمن بالإنكار، بل يكون كمدّعي التلف يقبل قوله بيعمهه أيضاً؛ لإمكان تلفها بغير تفريط فلا تكون مستحقةً عنده، ولا ينالقض قوله البَيِّنة. ولو أظهر لإنكاره الأول تأويلاً كقوله: «ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها أو ضمانتها» ونحو ذلك فالأخواني القبول أيضاً، واحتاره المصطف (رحمه الله) في بعض تحقيقاته.^٢

(والقولُ قولُ الوداعي في القيمة لو فَرَطَ): لأصالة عدم الزيادة عَمَّا يعترف به. وقيل: قولُ المالك؛ لخروجه بالتفريط عن الأمانة.^٣ ويُضَعَّفُ بأنه ليس مأخذ القبول.

١. مسألة: لو كان عند إنسان وديعة أو عارية لم يجز التوكيل في إيصالها إلى المالك، فإن فعل من غير ضرورة فلتلتضمن. (زين رحمه الله)

٢. حاشية القواعد، ص ٣٠٠ (ضمن موسوعة الشهيد الأول، ج ١٤).

٣. قال به الشيخ المفيد في المقنعة، ص ٦٢٤؛ والشيخ في النهاية، ص ٤٣٧.

(وإذا مات المُوَدِّعُ سَلْمَهَا) المستودعُ (إلى وارثه) إن اتَّحد (أو إلى من يقوم مقامه) من وكيلٍ ووليٍ، فإن تَدَدَ سَلْمَهَا إلى الجميع إن اتَّفقوا في الأهلية، وإلا فإلى الأهلِ وولي الناقص.

(ولو سَلَمَهَا إلى البعض) من دون إذن الباقيين (ضَمِّن للباقي) بنسبة حَصَّتهِ؛ لَتَعَدِّيهِ فيها بتسليمها إلى غير المالك. وتجب المبادرة إلى ردّها إليهم حينئذٍ كما سلف، سواء علم الوارثُ بها أم لا.

(ولا يَبِرُّ) المستودعُ (بإعادتها إلى العِرْزِ لِوَتَعَدِّي) فَأَخْرَجَهَا منه (أو فرَّط) بتركه غير مُفْقَلٍ ثم قَفَّله ونحوه؛ لأنَّه صار بمنزلة الغاصب، فَيُسْتَصْحَبُ حُكْمُ الضمان إلى أن يحصل من المالك ما يقتضي زواله برده عليه، ثم يُجَدَّد له الوديعة، أو يُجَدَّد له الاستئمان بغير ردٍ كأن يقول له «أَوْدَعْتُكُمَا» أو «اسْتَأْمَنْتُكُمَا عَلَيْهَا» ونحوه على الأقوى، وقيل: لا يعود بذلك^١، كما لا يزول الضمان عن الغاصب بإيداعه، أو يُبَرِّئه من الضمان على قول قويٍّ^٢.

(ويُقْبَلُ قوله بيمينه في الرد) وإنْ كان مَدْعِيًّا بكل وجه على المشهور؛ لأنَّه محسنٌ وقابضٌ لِمُحْضِ مصلحة المالك، والأصلُ براءة ذمته.

هذا إذا أدعى ردَّها على من اشترته، أمَّا لو أدعاه على غيره كوارثه، فكغيره من الأئمَّة: لأحالة عدمه، وهو لم يأتِ منه فلا يُكَلِّفُ تصديقه. ودعوى ردَّها على الوكيل كدعواه على الموكِّل؛ لأنَّ يدَه كيده.

١. قال به ابن حمزة في الوسيلة، ص ٢٧٥.

٢. قال به المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٢٣.

كتاب العارِيَّة

(كتاب العارية)

بتشديد اليا، وتحفّف، نسبةً إلى «العار»؛ لأن طلبها عازٌ^١، أو إلى «العارَة» مصدر ثانٍ لأعزّته إعارةً كـ«الجابة» للإجابة، أو من «عار» إذا جاء وذهب، لتحولها من يدٍ إلى أخرى، أو من «التعاونِ» وهو التداول.

وهي من العقود الجائزه تُشير جواز التصرف في العين بالانتفاع مع بقاء الأصل غالباً. (ولا حصر أيضاً) أي عوداً إلى ما ذُكر في الوديعة (في ألفاظها) إيجاباً وقبولاً، بل كلّ ما دلّ على الإذن من طرف المعيّر فهو إيجابٌ، ويكتفي الفعلُ في القبول، بل لو استُقييد رضاه من غير الألفاظ - كالكتابة والإشارة - ولو مع القدرة على النطق كفى. ومثله ما لو دفع إليه ثوباً حيث وجده عارياً أو محتاجاً إلى لبسه، أو فرش لضيوفه فرashaً أو ألقى إليه وسادةً أو مخدّة. واكتفى في التذكرة بحسن الظن بالصديق في جواز الانتفاع بمعناه^٢. وينبغي تقييده بكون منفعته ممّا يتناوله الإذن الوارد في الآية^٣ بجواز الأكل من بيته بمفهوم الموافقة، وتعدّيه إلى من تناولته من الأرحام لا مطلق حسن الظن؛ لعدم الدليل، إذ المساوي قياس، والأضعف ممتنع بطريق أولى.

١. ذكر الجوهرى في الصحاح، ج. ٢، ص ٧٦١؛ وابن الأنباري في النهاية في غريب الحديث والأثر، ج. ٣، ص ٣٢٠.
«عور».

٢. تذكرة الفقهاء، ج. ١٦، ص ٢٤٦، المسألة ٩١.
٣. النور (٢٤): ٦١.

(ويُشترط كون المُعير كاملاً جائز التصرف. ويجوز إعارة الصبي بإذن الولي) لمال نفسه ووليّه؛ لأنّ المعتبر إذن الولي، وهو كافٍ في تحقق هذا العقد. هذا إذا علِم المستعير بإذن الولي، وإلا لم يقبل قول الصبي في حُقُّه، إلا أن تتضمّن إليه قرائين تُفيد الظنّ المتاخم للعلم به، كما إذا طلبها من الولي فجاء بها الصبي وأخبر أنه أرسله بها ونحو ذلك. كما يقبل قوله في الْهَدِيَّة، والإذن في دخول الدار بالقرائين. ولا بد مع إذن الولي له في إعارة ماله من وجود المصلحة بها، بأن تكون يد المستعير أحفظَ من يد الولي في ذلك الوقت، أو لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن منفعة ماله، أو لكون العين ينفعها الاستعمالُ ويضرّها الإهمالُ ونحو ذلك. (وكون العين مثناً يصح الانتفاع بها مع بقائها) فلا يصح إعارة ما لا يتم الانتفاع به إلا بذهاب عينه كالأطعمة.

ويُستثنى من ذلك «المِنْحَة» وهي الشأة المستعارة للحليب، للنصٌّ^١. وفي تعرّيفه إلى غيرها من الحيوان المستخدَّ للحليب وجهان، والاقتصار فيما خالف الأصل على موضع اليقين أجود.

(وللمالك الرجوع فيها متى شاء)؛ لاقتضاء جواز العقد ذلك (إلا في الإعارة للدفن) أي دفن الميّت المسلم ومن بحكمه، فلا يجوز الرجوع فيه (بعد الظُّمُر)؛ لتحرير نبشه وهتك حرمته إلى أن تتدرس عظامه. ولو زَجَع قبله جاز وإن كان الميّت قد وضع، على الأقوى؛ للأصل. فمَؤْوَنة الحفر لازمة لولي الميّت لقدمه على ذلك إلا أن يتعدّر عليه غيره مثناً لا يزيد عِوَضَه عنه، فيقوى كونه من مال الميّت؛ لعدم التقصير. ولا يلزم ولائه طَمَعَ للإذن فيه. ويُستثنى آخران أيضاً:

أحدهما: إذا حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يُستدرك، كما لو أعاره لوحماً

رَقْعَ بِهِ سفينةٍ ولِجَحَّ فِي الْبَحْرِ، فَلَا رُجُوعٌ لِلْمُعِيرِ إِلَى أَنْ يُمْكِنَهُ الْخُرُوجُ إِلَى الشَّاطِئِ أَوْ إِصْلَاحُهَا مَعَ تَزَعُّهُ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ، وَلَا رُجُوعٌ قَبْلَ دُخُولِ السُّفِينَةِ أَوْ بَعْدَ خُرُوجِهَا فَلَا إِشْكَالٌ فِي الْجَوَازِ، مَعَ احْتِمَالِ الْجَوَازِ مُطْلَقاً وَإِنْ وَجَبَ الصَّبَرُ بِقَبْضِهِ إِلَى أَنْ يَزُولَ الْعَرْزُ.

وَالثَّانِي: الْاسْتِعَارَةُ لِلرَّهْنِ بَعْدَ وَقْعَهُ، وَقَدْ تَقدَّمَ^١ (وَهِيَ أَمَانَةُ) فِي يَدِ الْمُسْتَعِيرِ (لَا يَضْمَنُ إِلَّا بِالْتَّعْدِيِّ أَوِ التَّفْرِيظِ^٢) إِلَّا مَا سَيُشَتَّتِنَّ.

(وَإِذَا اسْتِعَارَ أَرْضاً) صَالِحةً لِلزَّرْعِ وَالْغَزِيزِ وَالْبِنَاءِ عَادَةً (غَرَسٌ أَوْ زَرَعٌ أَوْ بَنَى)، مُخِيَّرٌ فِيهَا مَعَ الإِطْلَاقِ أَوِ التَّصْرِيفِ بِالْتَّعْمِيمِ، وَلِهِ الْجَمْعُ بَيْنَهَا بِحَسْبِ الْإِمْكَانِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كُلُّهُ انتِفَاعٌ بِتِلْكَ الْعَيْنِ يَدْخُلُ فِي الإِطْلَاقِ أَوِ التَّعْمِيمِ. وَمِثْلُهُ مَا لَوْ اسْتِعَارَ دَائِيَّةً صَالِحةً لِلرَّكُوبِ وَالْحَمْلِ.

(وَلَوْ عَيْنَ لِهِ جَهَّةً لَمْ يَتَجَاهِرْ هُنَّا) وَلَوْ إِلَى الْمَسَاوِيِّ وَالْمَأْذُونِ؛ عَمَلاً بِمَقْضِي التَّعْيِينِ، وَاقْتِصَاراً عَلَى الْمَأْذُونِ. وَقَيْلٌ: يَجُوزُ التَّخْطِيَّ إِلَى الْمَسَاوِيِّ وَالْأَقْلَى ضَرَراً^٣. وَهُوَ ضَعِيفٌ. وَدُخُولُ الْمَأْذُونِ بِطَرِيقِ أَوْلَى مَنْوَعٍ؛ لَا خَلَافٌ لِفَرْضِهِ فِي ذَلِكَ، نَعَمْ، لَوْ عُلِمَ انتِفَاعُ الْفَرْضِ بِالْمَعِيَّنِ اتَّجَهَ جَوَازُ التَّخْطِيَّ إِلَى الْأَقْلَى، أَمَّا الْمَسَاوِيُّ، فَلَا مُطْلَقاً، كَمَا أَنَّهُ مَعَ النَّهِيِّ عَنِ التَّخْطِيَّ يَحْرُمُ مُطْلَقاً.

وَحِيثُ يَتَعَيَّنُ الْمَعِيَّنُ فَتَعْدَى إِلَى غَيْرِهِ ضَمِينَ الْأَرْضَ وَلَزِمَدَ الْأَجْرَةَ لِمَجْمُوعِ مَا قَبْلَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْقُطَ مِنْهُ مَا قَابِلَ الْمَأْذُونَ عَلَى الْأَقْوَى؛ لِكُونِهِ تَصْرِفاً بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ فَيُوجِبُ الْأَجْرَةَ، وَالْقَدْرُ الْمَأْذُونُ فِيهِ لَمْ يَفْعَلْهُ فَلَا مَعْنَى لِإِسْقاطِ قَدْرِهِ.

١. تَقدَّمَ فِي كِتَابِ الرَّهْنِ، ص ٢٧٩ وَمَا بَعْدَهَا.

٢. لَوْ تَلَقَّتِ الْاسْتِعْمَالُ مِنْ آخِرِ حَالَاتِ التَّقْوِيمِ عَلَى خَلَافِهِ، وَقَيْلٌ: لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ مُسْتَندٌ إِلَى اسْتِعْمَالِ مَأْذُونِهِ. وَوَجَهَ الْأَوَّلُ أَنَّ الْإِذْنَ إِنَّمَا تَتَنَاهُ غَالِباً اسْتِعْمَالُ غَيْرِ مُتَلَفِّ. (زَيْنُ رَحْمَةِ اللَّهِ)

٣. قَالَ بِهِ الْعَالَمَةُ فِي تَحْرِيرِ الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ، ج ٢، ص ٢١٢، الرَّقْمُ ٤٤٦٨.

نعم، لو كان المأذونُ فيه داخلاً في ضفن المنهي عنه، كما لو أذن له في تحويل الدابة قدرًا معيناً فتجاوزَه أو في ركوبها بنفسه فأرداه غيره تعين إسقاطُ قدر المأذون؛ لأنَّه بعض ما استوفى من المنفعة وإنْ ضمِنَ الدابة أجمع.

(ويجوز له بيعُ عُروسه وأبنيتها ولو على غير المالك) على المشهور؛ لأنَّه مالكُ غير ممنوع من التصرف فيه، فيبيعه متن شاء. وقيل: لا يجوز بيعه على غير المعيير؛ لعدم استقرار ملكه برجوع المعيير^١؛ وهو غير مانع من البيع، كما يباع المُشرِّفُ على التلف، ومُستحقُ القتل قصاصاً. ثم إنَّ كان المشتري جاهلاً بحاله فله الفسخ؛ للعيب، لا إنْ كان عالماً بل يُنَزَّل منزلة المستعيير.

ولو اتفقا على بيع ملكهما معاً بثمنٍ واحدٍ صحيحة، ووزع الثمنُ عليهما، فيقسَطُ على أرضٍ مشغولةٍ به على وجه الإعارة مستحق القلم بال الأرض، أو الإبقاء بالأجرة، أو التملك بالقيمة مع التراضي، وعلى ما فيها مستحق القلم على أحد الوجوه، فلكلَّ قسطٍ ما يَمْلِكُه.

(ولو نقصت العينُ المعاشرةً (بالاستعمال لم يضمن) المستعيير النقص؛ لاستناد التلف إلى فعل مأذونٍ فيه ولو من جهة الإطلاق.

وتقييده بالنقص قد يفهم أنها لو تليفت به ضمِنها، وهو أحد القولين^٢ في المسألة؛ لعدم تناول الإذن للاستعمال المُثليف عرفاً وإنْ دخل في الإطلاق، فيضمنها آخر حالات التقويم. وقيل: لا يضمن أيضاً كالنقص^٣؟ لما ذُكر من الوجه، وهو الوجه، (ويضمن العارية باشتراط الضمان)؛ عملاً بالشرط المأمور بالكون معه، سواء شرط ضمان العين أم الأجزاء أم هما، فيتبع شرطه.

١. قال به الشيخ في المبوسط، ج ٢، ص ٤٦٦.

٢. نسبة إلى التقى الطباطبائي في رياض المسائل، ج ٩، ص ٤٤٥؛ انظر الكافي في الفقه، ص ٣٢٩، لم ننشر على غيره؛ راجع جامع المقاصد، ج ٦، ص ٨٢.

٣. قال به العلامة في مختلف الشيعة، ج ٦، ص ٤٤، المسألة ٢٤.

(وبكونها ذهباً أو فضةً) سواه كانا دنانير ودراهم أم لا على أصحِّ القولين؟ لأنَّ فيه جمماً بين النصوص المختلفة.^٢

وقيل: يختص بالنقدين^٣؛ استناداً إلى الجمع أيضاً، وإلى الحكمة الاباعية على الحكم وهي ضعف المنفعة المطلوبة منها بدون الإنفاق، فكانت عاريتها موجبة بالذات لما يوجب التلف فيضمنان بها.

ويضعف بأنَّ الشرط الانتفاع بهما مع بقائهما، وضعف المنفعة حينئذٍ لا مدخل له في اختلاف الحكم، وتقدير منفعة الإنفاق حكمُ غير الواقع.

(ولو ادعى) المستعيّر (التلف حلف): لأنَّه أمن فيقبل قوله فيه كغيره، سواه ادعاه بأمرٍ ظاهرٍ أم خفي؛ ولإمكان صدقه، فلو لم يقبل قوله لزم تخليه الحبس.

(ولو ادعى الردَّ حلف المالك): لأصلحة عدمه وقد قبضه لصلاحة نفسه فلا يقبل قوله فيه، بخلاف الوداعي. ومعنى عدم قبول قوله فيه: الحكم بضمائه للمثل أو القيمة حيث يتعدّر العين، لا الحكم بالعين مطلقاً؛ لما تقدّم في دعوى التلف.

(وللمستعيّر الاستظلال بالشجر) الذي غرسه في الأرض المعاارة للغرس وإن استلزم التصرف في الأرض بغير الغرس؛ لقضاء العادة به، كما يجوز له الدخول إليها لسقيه وحرثه وحراسته وغيرها، وليس له الدخول لغير غرض يتعلّق بالشجر كالتفريح. (وكذا) يجوز (للمعير) الاستظلال بالشجر المذكور وإن كان ملكاً لغيره؛ لأنَّه جالس في ملكه، كما لو جلس في غيره من أملاكه فاتفاق له التظلل بشجرٍ غيره، أو في المباح كذلك، وكذا يجوز له الانتفاع بكلٍّ ما لا يستلزم التصرف في الشجر.

(ولا يجوز للمستعيّر إعارة العين المستعاره إلا بإذن المالك): لأنَّ الإعارة إنما

١. ذهب إليه الشيخ في المبسوط، ج. ٢، ص. ٤٥٩؛ وإلى عدم الضمان ذهب فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج. ٢، ص. ١٢٩ - ١٣٠. لاحظ جامع المقاصد، ج. ٦، ص. ٧٨ - ٧٩.

٢. راجع تهذيب الأحكام، ج. ٧، ص. ١٨٤ - ١٨٣، باب العارية.

٣. قال به فخر المحقّقين في إيضاح الفوائد، ج. ٢، ص. ١٣٠.

تناولت الإذن له خاصةً. نعم، يجوز له استيفاء المنفعة بنفسه ووكيله، لكن لا يعُد ذلك إعارةً لعود المنفعة إليه لا إلى الوكيل.

وحيث يُعتبر يضمن العين والمنفعة، ويرجع المالك على من شاء منها، فإن رجع على المستعير الأول لم يرجع على الثاني الجاهلي، إلا أن تكون العارية مضمونة فيرجع عليه ببدل العين خاصةً، ولو كان عالماً استقر الضمان عليه كالغاصب، وإن رجع على الثاني رجع على الأول بما لا يرجع عليه به لو رجع عليه: لغوره.

(ولو شرط سقوطه الضمان في الذهب والفضة صحةً؛ عملاً بالشرط).

(ولو شرط سقوطه مع التعدي أو التفريط، احتُمِلَ الجوائز)؛ لأنَّه في قوَّةِ الإذن له في الإتلاف، فلا يستعقب الضمان (كما لو أمره بإلقاء مたاعه في البحر). ويحتمل عدم صحة الشرط؛ لأنَّهما من أسباب الضمان، فلا يعقل إسقاطه قبل وقوعه، لأنَّه كالبراءة مما لم يجب. والأول أقوى.

(ولو قال الراكب «أَعْزُّ تَبَيْهَا»، وقال المالك «آجَرُ تُكَهَا» حَلَفُ الراكب)؛ لاتفاقهما على أنَّ تلف المنافع وقع على ملك المستعير، وإنما يختلفان في الأجرة، والأصلُ براءة ذمته منها.

(وقيل): يحلف (المالك)^١؛ لأنَّ المنافع أموالُ للأعيان، فهي بالأصل لمالك العين؛ فادعاءُ الراكب ملكيتها بغير عوضٍ على خلاف الأصل، وأصلَّةُ براءة ذمته إنما تصح من خصوص ما دعاه المالك، لا من مطلق الحق بعد استيفائه منفعة ملكٍ غيره^٢؛ (وهو أقوى^٣).

١. القول للشيخ في الخلاف، ووجه أنهما متلقان على أنَّ تلف المنافع وقع على ملك المستعير؛ لأنَّ المالك يزعم أنه ملكها بالإجارة والمستعير يزعم أنه ملكها بالاستيفاء المستند إلى الإعارة لأنَّ المستعير يملك ذلك الاستيفاء فيه شرعية على القولين. ثم المالك يدعى عليه عوض ما استوفاه من ملكه وهو ينكر استحقاقه والأصل يقتضي عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه فيكون القول قوله. (زين رحمة الله)

٢. قال به ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٤٣١، شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٣٨ - ١٣٩؛ تحرير الأحكام الشرعية، ج ٢، ص ٢١٩، الرقم ٤٤٨٥.

٣. نعم، لو اتفق جميع المدة أو بعضها، ولو كان في الابتداء حلف الراكب. (زين رحمة الله)

(ولكن) لا يقبل قوله فيما يدعى من الأجرة؛ لأنَّه فيها مدعٍ، كما أنَّ الراكب بالنسبة إلى العارية مدعٍ، بل يحلف على نفي العارية و(تثبت له أجرة المثل)؛ لتبُوت أنَّ الراكب تصرَّف في ملك غيره بغير تبرُّع منه (إلا أنْ تزيد) أجرة المثل (على ما ادعاه) المالك (من المسئل) فثبتت المسئل؛ لاعترافه بعدم استحقاقه سواه.

ويُشكِّل بأنَّ المالك يدعى الزائد من الأجرة على تقدير زيادة ما يدعى عن أجرة المثل، والراكب يتفيه، فلا بدَّ من وجِهٍ شرعيٍ يقتضي نفيه، وحلْفه على نفي الإعارة لم يدلَّ على نفي الإجارة، كما لم يدلَّ على إثباتها، وإثباتُ أقلَّ الأمرين باليمن مسلَّمٌ، لكن يبقى النزاعُ في الزائد على تقديره؛ لا يندفع إلا بحلف الراكب على نفي الإجارة، أو نكوله، فيحلف المالك عليها ويأخذ الزيادة.

فالأقوى حيتُدِّلُ أنها يتحالفان، لأنَّ كلاًّ منها مدعٍ ومدعى عليه، فيحلف المالك على نفي الإعارة، والراكب على نفي الإجارة، ويثبتُ أقلَّ الأمرين؛ لانتفاء الزائد من المسئل بيعين المستعين، والزائد من أجرة المثل باعتراف المالك. وهذا هو الذي اختاره المصطف في بعض تحقيقاته^١.

هذا إذا وقع الاختلافُ بعد انقضاء مدةٍ لها أجرة عادةً، أو ما يدعى كونها مدةً الإجارة، أما قبله، فالقول قولُ الراكب في نفي الإجارة، ويُشترِّد العينُ.

١. لم نشر عليه في حاشية القواعد المطبوعة جديداً، ذهب إليه الشهيد في الحواشي كما في مفتاح الكرامة، ج ١٧، ص ٤٧٦.

كتاب المزارعة

(كتاب المزارعة)

(وهي) لغةً مفاعةً من «الزرع»^١، وهي تقتضي وقوعه منها معاً، لكنها في الشرع صارت (معاملةً على الأرض بحصة من حاصلها إلى أجلٍ معلومٍ) ونُسب الفعلُ إليها بفعل أحدهما مع طلب الآخر، فكأنه لذلك فاعلٌ، كالمضاربة. وخرج بالمعاملة على الأرض المساقاة، فإنها بالذات على الأصول، وبالحصة إجارة الأرض للزراعة، أو الأعمّ؛ إذ لا تصح بحصة من الحاصل.

وقيد «الأجل» لبيان الواقع أو تخصيص للصحيحة، أو استطراد لبعض الشرائط التي يحصل بها الكشفُ عن الماهية وإن لم يكن ذكرُها من وظائف التعريف.

(وعبارتها «زار عُنك» أو «عامَلْتُك» أو «سلَّمْتُها إِلَيْكَ» وشبيهه) كـ«قبَلْتُكَ هذه الأرض» ونحوه من صيغ الماضي الداللة على إنشاء العقد صريحاً. والمشهور جوازها بصيغة «ازرَعْ هذه الأرض»، استناداً إلى رواية^٢ فاصرة الدلالة عن إخراج هذا العقد اللازم عن نظائره، فالمنع أوجه. (فيقبل) الزارع (لفظاً) على الأقوى كغيره.

١. راجع المعجم الوسيط، ص ٣٩٢، «زرع».

٢. تهذيب الأحكام، ج ٧، ص ١٩٤، ح ٨٥٧.

(وعلقها لازم)؛ لعموم الأمر بالوفاء بالعقود^١ إلا ما أخرجه الدليل، وليس هذا منه إجماعاً.

(ويصح التقايل) فيه؛ لأنَّه معاوضة محضة فيقبلها كالبيع.

(ولا تبطل بموت أحدهما)؛ لأنَّ ذلك من مقتضى اللزوم.

ثم إن كان الميَّت العامل قام وارثه مقامه في العمل، وإلا استأجر العاكم عليه من ماله أو على ما يخرج من حصته، وإن كان المالك بقيت بحالها وعلى العامل القيام بتمام العمل. واستثنى من الأول ما لو شرط عليه العمل بنفسه فمات قبله. ويُشكِّل لو مات بعده، خصوصاً بعد ظهور الشمرة وقبل تمام العمل؛ لأنَّه قد ملك الحصة.

(ولا بد من كون النماء مُشارعاً) بينهما (تساوياً فيه أو تفاضلاً)، فلو شرط لأحدهما شيء معين وإنْ كان البذر والآخر الباقي أو لهما بطل، سواء كان الغالب أن يخرج منها ما يزيد على المشروط، وعدمه.

(ولو شرط أحدهما على الآخر شيئاً يضافه إلى الحصة) من ذهب أو فضة أو غيرهما (صح) على المشهور، ويكون قراره مشروطاً بالسلامة، كاستثناء أرطال معلومة من الشمرة في البيع، ولو تلف البعض سقط من الشرط بحسبه؛ لأنَّه كالشريك وإنْ كانت حصته معينة، مع احتمال أن لا يسقط شيء بذلك، عملاً بإطلاق الشرط.

(ولو مضت المدة والزرع باقي فعلى العامل الأجرة) لما بقي من المدة (وللمالك قلعمه)؛ إذ لا حق للزارع بعدها، فيتخير المالك بين القلع والإبقاء بالأجرة إن رضي العامل بها^٢، وإلا

١. المائدة (٥): ١.

٢. لأنَّ الحق لا يدعوهما ولا يجبر أحدهما عليه خلافاً لظاهر القواعد حيث جعل التخيير في قلعم بالأرض وإيقانه بالأجرة إلى المالك، ويشكل بأن إيجاب عوض في ذمة الزارع لا يعقل بدون رضاه ثم على تقدير القلع فالملقوع لهما بناء على أنَّ الزارع يملك الحصة وإن لم ينعقد الحب خلافاً لابن زهرة. (منه رحمة الله)

قلع ولا أجرة للملك على ما مضى من المدة لو لم ينتفع بالمقلوع؛ لأن مقتضى العقد قصر الحق على الحصة، مع احتمال وجوبها على الزارع لو كان التأخير بتفريطه؛ لتضييعه منفعة الأرض بتأخره. ولا فرق في كون المقلوع بينهما بين كون البذر من الملك الأرض والزارع.

وهل يستحق الملك قلنه بالأرض أو مجاناً؟ قولان^١ وظاهر العبارة -كثير- عدمه. وعلى القول به، فطريق معرفته أن يقوم الزرع قائماً بالأجرة إلى أوان حصاده، ومقلوعاً.

(ولا بد من إمكان الانتفاع بالأرض) في الزراعة المقصودة منها، أو في نوع منها مع الإطلاق، (بأن يكون لها ماء من نهر أو بئر أو مصنع، أو تسيقها الغيوث غالباً)، أو الزيادة كالنيل. والضابط: إمكان الانتفاع بزرعها المقصود عادة، فإن لم يمكن بطلت المزارعة وإن رضي العامل.

(ولو انقطع) الماء (في جميع المدة) مع كونه معتاداً لها قبل ذلك (انفسخت) المزارعة، (وفي الأثناء يتخير العامل)؛ لطروع العيب، ولا يطُل العقد؛ لسبق الحكم بصحته فيستحق، والضرر يندفع بالخيار.

(إن فسخ فعليه) من الأجرة (بنسبة ما سلف) من المدة؛ لانتفاعه بأرض الغير بعوض لم يسلم له، وزواله باختياره الفسخ.

ويشکل بأن فسخه لعدم إمكان الإكمال، وعمله الماضي مشروط بالحصة لا بالأجرة، فإذا فاتت بالانقطاع ينبغي أن لا يلزمـه شيء آخر، نعم، لو كان قد استأجرها للزراعة توجـه ذلك.

(وإذا أطلق المزارعة زرع) العامل (ما شاء) إن كان البذر منه كما هو الغالب، أو بذل الملك ما شاء إن شـرط عليه. وإنما تخـير مع الإطلاق؛ لدلالة المطلق على الماهية

١. القول بالأرض للعلامة في تواعد الأحكام، ج. ٢، ص ٣١٢؛ والقول بالعدم للمحقق في شرائع الإسلام، ج. ٢، ص ١١٩.

من حيث هي، وكلُّ فردٍ من أفراد الزرع يصلاح أن يوجَد المطلُقُ في ضِمنه، وأولى منه لو عَمِّ الإذن؛ لذلِكَه على كلِّ فردٍ فردٌ.

وربما فُرقَ بين الإطلاق والتعميم، بِناءً على أنَّ الإطلاق إنما يقتضي تجويزَ القدر المشترَك بين الأفراد، ولا يلزم من الرضى بالقدر المشترَك الرضى بالأقوى، بخلاف التعميم^١. وممَّا ذكرناه يظهر ضعفُه.

(ولو عَيْن) شيئاً من الزرع (لم يتجاوزَ) ما عَيْنَ له، سواهُ كان المعينُ شخصياً كـ«هذا الحبٌ» أم صنفيَا كـ«الحنطة الفلانية» أم نوعياً، أم غيره؛ لاختلاف الأغراض باختلافه، فيتبعَنَّ ما تعلُّق به.

(فلو) خالفَ و (زرع الأرض) قيل: تخيرُ المالكُ بين الفسخ فله أجرةُ (المثل) عما زَرَعَه (وبيَن الإبقاء، فله المسمى مع الأرض)^٢. ووجهُ التخيير أنَّ مقدارَ المنفعة المعقود عليها قد استُوفِيَ بزيادةٍ في ضمن زرع الأرض، فيتخيير بين الفسخ لذلك، فإذاً أخذ الأجرة لما زُرَع؛ لوقوعه أجمعَ بغير إذنه؛ لأنَّه غير المعقود عليه، وبين أخذ المسمى في مقابلة مقدار المنفعة المعيَّنة مع أخذ الأرض في مقابلة الزائدِ الموجب للضرر.

ويُشكِّلُ بأنَّ الحصةَ المتساوية إنما وقعت في مقابلة الزرع المعينِ ولم يحصل، والذي زُرَع لم يتناوله العقدُ ولا الإذن، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصة، ومن ثمَّ تسبَّب إلى القيل تنبيهاً على تعرِيفه. والأقوى وجوبُ أجرةِ (المثل) خاصةً.

(ولو كان) المزروعُ (أقلَّ ضرراً) من المعين (جاز)، فيستحقُّ ما سَمِّاه من الحصة، ولا أرضَ ولا خيارَ، لعدمِ الضرر.

ويُشكِّلُ بأنَّه غير معقودٍ عليه أيضاً، فكيف يستحقُ فيه شيئاً مع أنه نماءٌ بذرٍ

١. هو العلامة في تذكرة الفقهاء، ج ٨، ص ١٨، ٤٠٦ - ٤٠٧، المسألة ٧٩٨.

٢. قال به المحقق في شرائع الإسلام، ج ٢، ص ١٢٠؛ والعلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣١٣.

العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه؟! والأقوى ثبوت أجرة المثل أيضاً كالسابق.

(ويجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسبُ، ومن الآخر البذرُ والعملُ والعواملُ)، وهذا هو الأصل في المزارعة، ويجوز جعل اثنين من أحدهما والباقي من الآخر؛ وكذا واحدٍ وبعضِ الآخر. ويتشعب من الأركان الأربع صورٌ كثيرةً لاحصر لها بحسب شرط بعضها من أحدهما، والباقي من الآخر.

(وكُلُّ واحدة من الصور الممكنة جائزةً) متى كان من أحدهما بعضُها ولو جزءاً من الأربع، ومن الآخر الباقي مع ضبط ما على كلٍّ واحد. (ولو اختلفا في المدة حَلَفَ منكِرُ الزيادة)؛ لأصالة عدمها، فإنْ يَقِنَ الزرعُ بعد ما ثبت منها فكما سبق.

(و) لو اختلفا (في الحصة) حَلَفَ (صاحبُ البذر)؛ لأنَّ النماء تابعٌ له، فيقدَّم قولُ مالكه في حصة الآخر؛ لأصالة عدم خروج ما زاد عن ملكه، وعدم استحقاق الآخر له، واتفاقهما على عقدٍ تضمنَ حصةً إنما نَقَلَ عنه في أصل الحصة لا في الحصة المعيَّنة، فيبقى حكمُ إنكار الزائد بحاله لم يخرج عن الأصل.

(ولو أقاما بِيَّنَةً قُدِّمتَ بِيَّنَةً الآخَر) في المسألتين، وهو العامل في الأولى؛ لأنَّ مالك الأرض يَدْعُى تقليلَ المدة، فيكون القولُ قوله وبالبيَّنةِ بيَّنةُ غريمِه العامل، ومن ليس له بذرٌ في الثانية من العاملِ ومالكِ الأرض؛ لأنَّه الخارج بالنظر إلى البادر حيث قُدِّم قوله مع عدم البيَّنة.

(وقيل: يُقرِّع)؛ لأنَّها لكلِّ أمرٍ مشكِّلٌ! ويُشكِّل بأنَّه لا إشكال هنا، فإنَّ من كان القولُ قوله فالبيَّنةُ بيَّنةُ صاحِبه، فالقول بتقديم بيَّنة المدعى فيهما أقوى.

(وللمزارع أنْ يُزارِعَ غيرَه أو يشارِكَ غيرَه)؛ لأنَّه يَسْمِلُك منفعةَ الأرض بالعقدِ

اللازم، فيجوز له نقلها ومتاركها غيره عليها؛ لأنَّ «الناس مسلطون على أموالهم»^١. نعم، لا يجوز له تسليم الأرض إلا بإذن مالكها.

وربما اشترط كون البذر منه: ليكون تملكُ الحصَّة منوطاً به، وبه يُفرَّق بينه وبين عامل المساقاة، حيث لم يَجُز له أن يُساقِي غيره؛ وهو يَتَم في مزارعة غيره لا في مشاركته. ويمكن الفرق بينهما بأنَّ عمل الأصول في المساقاة مقصود بالذات كالثمرة، فلا يُسلِّط عليه من لا يُسلِّطه المالك، بخلاف الأرض في المزارعة، فإنَّ الغرض فيها ليس إلَّا الحصَّة، فلمالكها أن يَنْقُلها إلى من شاء.

(إلَّا أن يَشترط عليه المالك الزرعَ بنفسه) فلا يجوز له إدخال غيره مطلقاً، عملاً بمقتضى الشرط.

(والخراج على المالك)؛ لأنَّه موضوع على الأرض ابتداءً لا على الزرع (إلَّا مع الشرط)، فتَبَعَ شرطُه في جميعه وبعضاً مع العلم بقدرته، أو شرطٌ قدرُ معينٌ منه. ولو شرط الخراج على العامل فزاد السلطان فيه زيادةً، فهي على صاحب الأرض؛ لأنَّ الشرط لم يتناولها.

(وإذا بطلت المزارعة فالحاصل لصاحب البذر، وعليه الأجرة^٢) للباقي، فإنَّ كان البذر من صاحب الأرض فعليه أجرة مثل العامل والعوامل، ولو كان من الزارع فعليه صاحب الأرض أجرة مثلها؛ ولما شرط عليه من الآخرين، ولو كان البذر منهما فالحاصل بينهما، ولكلَّ منهما على الآخر أجرة مثل ما يَخُصُّه من الأرض وبباقي الأعمال.

(ويجوز لصاحب الأرض الخُصُّ على الزارع)، بأنْ يقدِّر ما يَخُصُّه من الحصَّة تخييناً ويفْبَلَه به بحثٍ ولو منه بما خَرَصَ به (مع الرضى)، وهذه معاملة خاصة

١. أرسله الشيخ في الخلاف، ج ٢، ص ١٧٦ - ١٧٧، المسألة ٢٩٠؛ عوالي الالئي، ج ٢، ص ١٢٨، ح ٢٨٣.

٢. وإن زادت عن المسئَى (زين رحمة الله)

مستثنأً من المُحَاكَلَة^١ إن كانت بِيعاً أو صلحاً.
 (فِيْسِتِرَر) ما اتَّفَقَا عَلَيْهِ (بِالسَّلَامَةِ، فَلَوْ تَلَفَّ) الزَّرْعُ أَجْمَعُ مِنْ قِبْلِ اللَّهِ تَعَالَى (فَلَا
 شَيْءٌ) عَلَى الْزَّارِعِ، وَلَوْ تَلَفَّ الْبَعْضُ سَقَطَ مِنْهُ بِالنَّسْبَةِ، وَلَوْ أَتَلَفَهُ مُتَلَفٌ ضَامِنٌ لَمْ تَتَغَيَّرِ
 الْمُعَالَمَةُ، وَطَالَبَ الْمُتَقَبِّلَ الْمُتَلَفِّ بِالْعِوَاضِ. وَلَوْ زَادَ فَالْزَّائِدُ لِلْمُتَقَبِّلِ، وَلَوْ نَقَصَ بِسَبَبِ
 الْخَرْصِ لَمْ يَسْقُطْ بِسَبَبِهِ شَيْءٌ.

هذا إذا وقعت المعاملة بالتقبيل، ولو وقعت بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه مع احتمال
 كونه كذلك. ولو وقع بلفظ الصلح، فالظاهر أنه كالبيع، وقوفاً فيما خالق الأصل على
 موضع اليقين. وقد تقدّم الكلام على هذه القَبَالَةِ في البيع^٢.

١. المُحَاكَلَةُ مَا خُوذَةُ مِنْ الْحَقْلِ جَمِيعَ حَقْلَةٍ وَهِيَ السَّاحَةُ سَيَّتْ بِذَلِكَ لِتَعْلَقَهَا بِزَرْعٍ فِي حَقْلَةٍ. (مِنْهُ رَحْمَهُ اللَّهُ)

٢. تقدّم في البيع، ص ١٨٨ وما بعدها.

كتاب المساقاة

(كتاب المساقاة)

(وهي) لغةً مفاعةً من السُّقِيٍّ^١، واشتُقَّ منه دون باقي أعمالها؛ لأنَّه أَنْفَعُها وأَظْهَرُها في أصل الشرعية، وهو نخل الحجاز الذي يُسقى من الآبار، مع كثرة مؤونته. وشرعًا: (معاملة على الأصول بحصة من ثمرها)، فخرجت بـ«الأصول» المزارعة، وبـ«الحصة» الإجارة المتعلقة بها، فإنَّها لا تقع بالحصة. والمراد بالثمرة معناها المتعارف؛ لترددِه في المعاملة على ما يقصد وزنه ووزنه، ولو لوحظ إدخاله أريد بالثمرة نماء الشجر؛ ليدخل فيه الورق المقصود والورد. ولم يقيد الأصول بكونها ثابتة كما فعل غيره^٢؛ لأنَّ ذلك شرطٌ لها، وذكره في التعريف غير لازم أو معيت، ومن قيد به جعله وصفاً للشجر مخصوصاً لموضع البحث لا شرطاً.

(وهي لازمة من الطرفين)، لا تنفسخ اختياراً إلا بالتقايل. (وإيجابها «ساقِيُّك» أو «عَامِلُكَ» أو «سَلَّمَتْ إِلَيْكَ» أو ما أشبَهَها) من الألفاظ الدالة على إنشاء هذا العقد صريحاً، كـ«قَبَلْكَ عَمِلَ كَذَا» أو «عَقَدْتُ مَعَكَ عَقْدَ المساقاة»، ونحوه من الألفاظ الواقعية بلفظ الماضي.

١. راجع المعجم الوسيط، ص ٤٣٧، «سُقِيٌّ».

٢. كما في الجامع للشرائع، ص ٢٩٩؛ وقواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٦.

وزاد في التذكرة: «تَهَدَّدْ نَخْلِي» أو «اغْتُلْ فِيهِ»^١; وإخراج هذا العقد عن نظائره من العقود الالزامية بوقوعه بصيغة الأمر من غير نصٍ مخصوصٍ مشكلاً، وقد نُوّقش في أمر المزارعة^٢ مع النصٍ عليه، فكيف هذا؟!

(والقبولُ الرضى به) وظاهره الاكتفاء بالقبول الفعلى كما مر في المزارعة^٣; إذ الرضى يحصل بدون القول. والأجود الاقتصار على اللفظ الدالٌ عليه؛ لأنَّ الرضى أمر باطني لا يعلم إلا بالقول الكاشف عنه، وهو السُّرُّ في اعتبار الأنفاظ الصريحة الداللة على الرضى بالعقود مع أنَّ المعتبر هو الرضى، لكنه أمرٌ باطني لا يعلم إلا به؛ ويمكن أن يبريد هنا ذلك.

(وتصح) المساقاة (إذا بقي للعامل عملٌ تزيد به الشمرة) سواء (ظهرت) قبل العقد (أولاً).

والمراد بما فيه مُستزاد الشمرة نحو الحرث والسلفي، ورفع أغصان الكَرْزم على الخشب، وتأخير ثمرة النخل. واحتزز به عن نحو الجِذَاز والحفظ والنقل وقطع العَطْب الذي يُعمل به الدِّبس من الأعمال التي لا يُستزاد بها الشمرة، فإنَّ المساقاة لاتصح بها إجماعاً. نعم، تصح الإجارة حينئذٍ على بقية الأعمال بجزء من الشمرة؛ والجَعَالَةُ والصلح.

(ولا بدّ) في صحة المساقاة (من كون الشجر) المساقى عليه (نابتًا) بالنون، أو بالباء المثلثة، ويخرج على الأول المساقاة على الوادي غير المغروس، أو المغروس الذي لم يعلق بالأرض؛ والمغارسة، وبالتالي ذلك وما لا يبقى غالباً كالحضراء، ويمكن خروجها بالشجر، فيتحد المعنيان.

١. تذكرة الفقهاء، ج ١٨، ص ٤٢٣، المسألة ٨١٥.

٢. ناقش فيه العلامة في قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣١١.

٣. مر في ص ٢٨٧. فيه: «فيقبل الزارع لفظاً».

(يُنتفع بشرته مع بقاء عينه) بقاء يزيد عن سنة غالباً. واحتزز به عن نحو **البطيخ** والبازنجان والقطن وقصب السكر، فإنها ليست كذلك، وإن تعددت اللقطات مع بقاء عينه ذلك الوقت، وبقى القطن أزيد من سنة؛ لأنَّه خلاف الغالب.

(وفيما له ورق) لا يقصد من عمله بالذات إلا ورقه (**كالجحنا نظر**)؛ من أنَّه في معنى الشمرة فيكون مقصود المسافة حاصلاً به. ومن أنَّ هذه المعاملة على خلاف الأصل؛ لاشتمالها على جهالة العوض، فيقتصر بها على موضع الوفاق، ومثله ما يقصد وزده. وأمّا التوت، فمنه ما يقصد ورقه وحكمه كالجحنا، ومنه ما يقصد ثمره، ولا شبهة في إلحاقه بغيره من شجر التمر. والقول بالجواز في الجميع متوجَّه.

(ويُشترط تعين المدة) بما لا يحتيل الزيادة والنقصان، ولا حد لها في جانب الزيادة، وفي جانب النقصان أن يغلب فيها حصول الشمرة.

(ويلزم العامل مع الإطلاق) أي إطلاق المسافة، بأن قال : «**ساقينك على البستان** الفلاني سنة بنصف حاصله» فقيل (**كل عمل يتكرر كل سنة**) مثا فيه صلاح الشمرة أو زياوتها. كالحرث والحرف حيث يحتاج إليه، وما يتوقف عليه من الآلات والعوامل، وتهذيب الجريد بقطع ما يحتاج إلى قطعه منه، ومثله أغصان الشجر المضرر بقاوتها بالشمرة أو الأصل^١، السقي ومقدّماته المتكررة كالدلو والرشا، وإصلاح طريق الماء واستقائه، وإدارة الدُّولاب، وفتح رأس الساقية وسدّها عند الفراغ، وتعديل الشمرة بإزالته

١. في بعض النسخ والطبعة الحجرية زيادة: «ومنه زيارة الكرم». قال الشهيد الثاني في مسالك الأنهايم ذيل قول المحقق «وتهذيب الجريد»: المراد بهذيه قطع ما يحتاج إلى قطعه منه، كالجزء اليسار، ومثله زيادة [صح] زيارة الكرم، وقطع ما يحتاج إلى قطعه من أغصان الشجر المضرر بقاوتها بالشمرة أو الأصل. راجع مسالك الأنهايم، ج ٥، ص ٤٦؛ وفي جامع المقاصد، ج ٧، ص ٣٦٠ و ٣٦١ قوله «[زيارة] الكرم»: المراد به تقليمه، وقطع رؤوس الأغصان المضرر بقاوتها بالشمرة أو الأصل. وهذا وإن كان مندرجأ في قوله «وقطع ما يحتاج إلى قطعه» إلا أنه أراد التصريح بماله اسم يعرف به.

ما يضرّها من الأغصان والورق ليصل إليها الهواء وما يحتاج إليه من الشمس وليتسرّ قطعها عند الإدراك، ووضع الحشيش ونحوه فوق العناقيد صوناً لها عن الشمس المضرة بها، ورفعها عن الأرض حيث يضرّها، وإنقاذهما بمحرى العادة بحسب نوعها، فما يُؤخذ للزبب يقطع في الوقت صالح له، وما يُعمل دنساً فكذلك، وهكذا، وإصلاح موضع التشميس ونقل الشمرة إليه وتقليلها ووضعها على الوجه المعتبر، وغير ذلك من الأعمال.

(وتعينُ الحَصَّة بالجزء المشاع) كالنصف والثلث (لا المعيَّن) كمائة رِطل،
والباقي للآخر أو بينهما.

(ويجوز اختلاف الحصة في الأنواع) كالنصف من العنب، والثلث من الرطب، أو النوع الفلاني (إذا علماها) أي الأنواع، حذراً من وقوع أقلّ الجزءين لأكثر الجنسين مع الجهل بهما، فيحصل الغرر.

(ويُكره أن يشترط رب المال على العامل) مع الحصة (ذهبًا أو فضةً) ولا يُكره غيرهما؛ للأصل.

(فلو شَرْط) أحدهما (وجب) ما شرطه (بشرط سلامة الشمرة)، فلو تَلِفَتْ
أجمعُ أو لم تَخُرُجْ لم يَلِزَمْ؛ لأنَّه حينئذٍ أكلَ مالٍ بالباطل، فإنَّ العاملَ لم يَحُصِّلْ
له عِوَضُّ ما عَيْلَ، فكيف يَخسِرُ مع عَمَلِه الفائِتِ شيئاً آخَرَ؟ ولو تَلِفَ
البعضُ، فالأقوى عدمُ سقوطِ شيءٍ؛ عملاً بالشرط، كما لا يَسْقُطُ من العمل شيءٌ بتلفِ
بعضِ الشمرة.

(وكِلَّمَا فَسَدَ الْعَقْدُ فَالثَّمَرَ لِلْمَالِكِ)؛ لِأَنَّهَا تَابِعَةٌ لِأَصْلِهَا (وَعَلَيْهِ أَجْرَةٌ مُثْلِ

العامل)؛ لأنَّه لم يتبرَّع بعمله، ولم يحصل له العُوْضُ المُشروعُ فِي رُجُوعِ إِلَى الأُجْرَةِ. هذا إذا لم يكن عالماً بالفساد، ولم يكن الفساد بشرط عدم الحصة للعامل، وإلا فلا شيء له؛ لدخوله على ذلك.

(ولو شَرَطَ عَقْدَ مُساقَاتَةٍ فِي عَقْدِ مُساقَاتَةٍ فَالْأَقْرَبُ الصَّحَّةُ)؛ لِجُودِ الْمُقْتَضِي وانتفاء المانع، أمَّا الأوَّلُ فَهُوَ اشتراطٌ عَقْدِ سائِعٍ فِي عَقْدِ سائِعٍ لازِمٌ، فَيُدْخُلُ فِي عُومِ «المؤمنون عند شروطهم»^١، وأمَّا الثاني، فَلَأَنَّ المانع لا يُتَخَيلُ إِلَّا كُونَه لِمَ يَرْضَى أَنْ يُعْطِيهِ مِنْ هَذِهِ الْحُصَّةِ إِلَّا بِأَنْ يَرْضَى مِنْهُ مِنَ الْآخَرِ بِالْحُصَّةِ الْأُخْرَى، وَمُثْلُ هَذَا لَا يَصْلُحُ لِلْمَنْعِ، كَفِيرُه مِنَ الشُّرُوطِ السَّائِعَةِ الْوَاقِعَةِ فِي الْعُوْدَةِ. وَالقولُ بِالْمَنْعِ لِلشِّيخِ (رَحْمَةُ اللَّهِ) استناداً إِلَى وجْهٍ ضَعِيفٍ^٢، يَظْهُرُ - مَعَ ضَعْفِهِ - مَمَّا ذُكِرَ فِي وجْهِ الصَّحَّةِ.

(ولو تَنَازَعَا فِي خِيَانَةِ الْعَامِلِ حَلَفَ) الْعَامِلُ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فَيَقْبِلُ قَوْلُهُ بِسِيمِينِهِ فِي عَدْمِهِ، وَلِأَصْلِهِ.

(وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُسَاقِي غَيْرَهُ)؛ لِأَنَّ فِي الْمُساقَاتَةِ تَسْلِيْطًا عَلَى أَصْوَلِ الْغَيْرِ وَعَمَلِهَا، وَالنَّاسُ يَخْتَلِفُونَ فِي ذَلِكَ اخْتِلَافاً كَثِيرًا، فَلَيْسَ لِمَنْ رَضِيَ الْمَالِكُ بِعَمَلِهِ وَأَمَانَتِهِ أَنْ يُؤْلِيَ مِنْ لَمْ يَرْضِهِ الْمَالِكُ لَهُ، بِخَلَافِ الْمَزَارِعَةِ، فَإِنَّ عَمَلَ الْأَرْضِ غَيْرُ مَقْصُودٍ، وَحُصَّةُ الْمَالِكِ مَحْفُوظَةٌ عَلَى التَّقْدِيرِيْنِ.

وَأَمَّا الْفَرْقُ بِأَنَّ النَّمَاءَ تَابِعٌ لِلأَصْلِ، وَهُوَ مِنْ مَالِكِ الْأَصْوَلِ فِي الْمُساقَاتَةِ، وَمِنَ الْزَّارِعِ

١. تَهْذِيبُ الْأَحْكَامِ، ج. ٧، ص. ٣٧١، ح. ١٥٠٣.

٢. البِسْوَطُ، ج. ٣، ص. ١٠.

٣. القول بالبطلان للشيخ محتاجاً عليه بأنه يبعن في بيعه فإنه ما رضي أن يعطيه من هذه الحصة إلا بأن يرضي منه من الآخر بالحصة الأخرى، وهذا في البيع إذ قلت: بعتك عبدي بالف على أن تبيعني عبدي إنما هو وعد لا يلزم الوفاء به والحال أنه قد نقص الشمن لأجله فإذا بطل ذلك ردتنا إلى الشمن ما نقص منه وهو مجھول فيجهل الشمن. (منه رحمة الله)

في المزارعة، فلماك الأصل تسلط من شاء دون غيره، فإنما يتم مع كون البذر من العامل، والمسألة مفروضة في كلامهم أعمّ منه، ومع ذلك فإن العقد اللازم يوجب الحصة المخصوصة لكلّ منها، فله نقلها إلى من شاء وإن لم يكن البذر منه، وكونها غير موجودة حين المزارعة الثانية غير مانع؛ لأنّ المعاملة ليست على نفس الحصة، بل على الأرض والعمل والعوامل والبذر بالحصة، فمن استحق بالعقد اللازم شيئاً تسلطاً على نقله مع انتفاء المانع.

(والخراج على المالك)؛ لأنّ موضوع على الأرض والشجر، فيكون على مالكيها (إلا مع الشرط) بأن يكون على العامل، أو بعضه فيصّح مع ضبط المشروط. (وتملك الفائدة بظهور الثمرة) عملاً بالشرط، فإن العقد اقتضى أن يكون بينهما، فمتي تحقّقت ملِكتَ كذلك.

(وتحجب الزكاة على كلّ من يبلغ نصيبيه النصاب) من المالك والعامل؛ لوجود شرط الوجوب وهو تعلق الوجوب بها على ملکه.

(ولو كانت المساقاة بعد تعلق الزكاة وجوزناها) بأن يقي من العمل ما فيه مستزاد الثمرة حيث جوزناها مع ذلك (فالزكاة على المالك)؛ لتعلق الوجوب بها على ملکه.

(وأثبتت السيدة) أبو المكارم حمزة (بن زهرة الزكاة على المالك في المزارعة والمساقاة دون العامل) مطلقاً، مُحتاجاً بأنّ حصّته كالأجرة^١.

وهو ضعيف؛ لأنّ الأجرا إذا كانت ثمرة أو زرعاً قبل تعلق الوجوب وجبت الزكاة على الأجير، كما لو ملوكها كذلك بأبي وجه كان، وإن أراد كالأجرة بعد ذلك فليس محلّ النزاع، إلا أن يذهب إلى أنّ الحصة لا يملوكها العامل بالظهور، بل بعد بدء الصلاح

وتعلّق الزكاة، لكنه خلاف الإجماع، ومعه لا يتم التعليل بالأجرة، بل بتأخير ملكه عن الوجوب.

(والغارسة باطلة) وهي أن يدفع أرضاً إلى غيره ليغرسها على أن الفرس بينهما، (ولصاحب الأرض قلْعه وله الأجرة) عن الأرض (الطول بقائه) فيها.

(ولو نقص بالقلع ضِمن أرشه) وهو تفاوت ما بين قيمته مقلوعاً، وباقياً في الأرض بالأجرة. ولو كان الفرس من مالك الأرض وقد شرط على العامل غرسه وعمله بالحصة فهو لمالكه، وعليه أجرة الفارس وما عَمِل فيه من الأعمال.

(و) على تقدير كونه من العامل (لو طلب كلّ منهما ما لصاحبه) فطلب الفارس الأرض بالأجرة على أن يبقى الفرس فيها، أو أن تكون ملكه (بعوض)، أو طلب صاحب الأرض الفرس بقيمته (لم يجب على الآخر إجابتُه)، لأنَّ كلاًّ منهما مسلطاً على ماله.

وحيث يتعلّم الفارس يجب عليه طمُ الحُفر وأرش الأرض لو نقصت به، وقلع العروق المتخلّفة عن المقلوع في الأرض.

ولم يفرق المصطف - كالأكثر - في إطلاق كلامه بين العالم بالفساد والجاهل في استحقاق الأرض وثبتت أجرته لو كان الفرس لمالك الأرض، وليس بعيد الفرق؛ لتبرُّع العالم بالعمل ووضعه الفرس بغير حق، وبه فارق المستعير للفرس؛ لأنَّه موضوع بحق وإنْ صحَّحة شرعاً، بخلاف هذا الفرس.

(ولو اختلفا في الحصة خلف المالك)؛ لأنَّ النساء تابع للأصل، فيرجع إلى مالكه في مقدار ما أخرجَه منه عن ملكه، مع أصالة بقاء غيره وعدم انتقاله وملك الغير له. (وفي المدّة يحلف المنكِر)؛ لأصالة عدم ما يدّعيه الآخر من الزيادة.

تمَّ الجزءُ الأوَّلُ منِ الروضَةِ البهيةِ في شرحِ اللمعةِ الديْمُشْقِيَّةِ ويَتَلَوُهُ في الثانِي كتابُ الإِجَارَةِ، عَلَى يَدِ مَصَنُّفِهِ العَبْدِ الْفَقِيرِ إِلَى اللهِ تَعَالَى زَيْنُ الدِّينِ بْنُ عَلَيِّ بْنِ أَحْمَدَ الشَّامِيِّ الْعَامِلِيِّ (عَامَّلَهُ اللهُ بِلَطْفِهِ، وَعَفَا عَنْهُ وَعَنْهُمْ بِمَنْهُ وَكَرْمِهِ).
وَاتَّفَقَ الْفَرَاغُ مِنْهُ يَوْمَ الْثَلَاثَاءِ سَادِسِ شَهْرِ جُمَادَى الْآخِرَةِ سَنَةَ سَتَّ وَخَمْسِينَ وَتِسْعِمِائَةَ، حَامِدًا لَّهُ تَعَالَى، مُصَلِّيًّا عَلَى رَسُولِهِ وَآلِهِ، مُسْلِمًا مُسْتَفْرِأً. اللَّهُمَّ وَقِقْ لِإِكْمَالِهِ
وَاجْعَلْهُ خَالِصًا لِوجْهِكَ الْكَرِيمِ بِمُحَمَّدٍ وَآلِهِ.

* * *

تمَّ الْجَزْءُ الثَّانِي - بِحَسْبِ تَجْزِيتِنَا - وَيَتَلَوُهُ فِي الْجَزْءِ الثَّالِثِ كِتَابِ الإِجَارَةِ
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ.