



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات  
اصبهان



اصبهان  
عليه  
اصبهان

www. **Ghaemiyeh** .com  
www. **Ghaemiyeh** .org  
www. **Ghaemiyeh** .net  
www. **Ghaemiyeh** .ir

# جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسين الخليلي  
الطبعة الثانية 1417 هـ

١١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى ( صاحب جواهر )

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

# الفهرس

٥	الفهرس
١٠	جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام المجلد ٢٦
١٠	اشاره
١١	[تتمه القسم الثانى فى العقود]
١١	[كتاب الحجر]
١١	اشاره
١٣	[تعريف الحجر]
١٤	[الفصل الأول فى موجبات الحجر]
١٤	اشاره
١٤	[أما الصغير محجور عليه ما لم يحصل له وصفان]
١٤	اشاره
١٥	[الوصف الأول البلوغ]
١٥	اشاره
٥٩	[تفريع الخنثى المشكل لو خرج منيه من الفرجين حكم ببلوغه]
٦١	[الوصف الثانى الرشد]
٦٥	[أما السفیه]
٧١	[أما المملوك]
٧٢	[أما المريض]
١١٣	[الفصل الثانى فى أحكام الحجر و فيه مسائل]
١١٣	اشاره
١١٣	[المسأله الأولى لا یتبث حجر المفلس إلا بحکم الحاكم]
١١٧	[المسأله الثانیه إذا حجر علیه فبايعه انسان كان البیع باطلا]
١٢١	[المسأله الرابعه الولایه فى مال الطفل و المجنون للأب و الجد للأب]
١٢٥	[المسأله الخامسه فإذا أحرّم بحجه واجبه لم يمنع مما يحتاج إليه فى الإتيان بالفرض]

- ١٢٧ ..... [المسأله السادسة إذا حلف انعقدت يمينه ]
- ١٢٨ ..... [المسأله السابعه لو وجب له القصاص جاز أن يعفو و لو وجب له ديه لم يجز]
- ١٢٨ ..... [المسأله الثامنه يختبر الصبي لمعرفة رشده قبل بلوغه ]
- ١٣٣ ..... [كتاب الضمان ]
- ١٣٣ ..... اشاره
- ١٣٣ ..... [تعريف الضمان ]
- ١٣٤ ..... [القسم الأول في ضمان المال ]
- ١٣٤ ..... اشاره
- ١٣٥ ..... [البحث الأول في الضامن ]
- ١٥٥ ..... [البحث الثاني في الحق المضمون ]
- ١٦٧ ..... [البحث الثالث في اللواحق و فيه مسائل ]
- ١٦٧ ..... اشاره
- ١٦٧ ..... [المسأله الأولى إذا ضمن عهده الثمن لزمه دركه ]
- ١٦٩ ..... [المسأله الثانيه إذا خرج المبيع مستحقا رجع المشتري على الضامن ]
- ١٦٩ ..... [المسأله الثالثه إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدثه من بناء أو غرس لم يصح ]
- ١٧١ ..... [المسأله الرابعه إذا كان له على رجلين مثلا مال فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه ]
- ١٧٣ ..... [المسأله الخامسه إذا رضی المضمون له من الضامن ببعض المال أو أبرأه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه ]
- ١٧٤ ..... [المسأله السادسه إذا ضمن عنه دينارا باذنه فدفعه إلى الضامن فقد قضى ما عليه ]
- ١٧٧ ..... [المسأله السابعه إذا ضمن باذن المضمون عنه ثم دفع ما ضمن و أنكر المضمون له القبض كان القول قوله مع يمينه ]
- ١٧٩ ..... [المسأله الثامنه إذا ضمن المريض تبرعا في مرضه و مات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الأصح ]
- ١٧٩ ..... [المسأله التاسعه إذا كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصح ]
- ١٨١ ..... [القسم الثاني في الحواله ]
- ١٨١ ..... اشاره
- ١٨١ ..... [أما الأول في العقد]
- ١٨١ ..... [أما الثاني في شروطه ]
- ١٩٦ ..... [و أما الثالث في أحكامها و هي مسائل ]

اشاره ----- ١٩٦

المسألة الأولى إذا قال لمن له عليه دين أحلتك عليه فقبض فقال المحيل قصدت الوكاله و قال المحتال إنما أحلتني بما عليك فالقول قول المحيل [ ---- ١٩٦

المسألة الثانية إذا كان له دين على اثنين و كل منهما كفيل لصاحبه و عليه لآخر مثل ذلك فأحاله عليهما صح [ ----- ٢٠١

المسألة الثالثة إذا أحال المشتري البائع مثلاً بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحواله [ ----- ٢٠٤

القسم الثالث في الكفاله [ ----- ٢٠٦

اشاره ----- ٢٠٦

أو يلحق بهذا الباب مسائل [ ----- ٢٢١

اشاره ----- ٢٢١

المسألة الأولى إذا أحضر الغريم قبل الأجل وجب تسلمه إذا كان لا ضرر عليه [ ----- ٢٢١

المسألة الثانية إذا كان المكفول عنه غائباً و كانت الكفاله حاله انظر بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه و العود به [ ----- ٢٢٢

المسألة الثالثة إذا تكفل بتسليمه مطلقاً انصرف إلى بلد العقد [ ----- ٢٢٣

المسألة الرابعة لو اتفقا على الكفاله و قال الكفيل لا حق لك عليه كان القول قول المكفول له [ ----- ٢٢٤

المسألة الخامسة إذا تكفل رجلان برجل فسلمه أحدهما لم يبرء الآخر [ ----- ٢٢٤

المسألة السادسة إذا مات المكفول برأ الكفيل [ ----- ٢٢٥

اشاره ----- ٢٢٥

أفرغ لو قال الكفيل أبرأت المكفول فأنكر المكفول له كان القول قوله [ ----- ٢٢٧

المسألة السابعة لو كفل الكفيل آخر و ترامت الكفلاء جاز الكفالات و صح [ ----- ٢٢٧

المسألة الثامنة لا تصح كفاله المكاتب [ ----- ٢٢٨

المسألة التاسعة لو كفل برأسه أو بدنه أو بوجهه صح [ ----- ٢٢٨

[كتاب الصلح [ ----- ٢٣١

اشاره ----- ٢٣١

أو يلحق بذلك أحكام النزاع في الأملاك و هي مسائل [ ----- ٢٦٤

اشاره ----- ٢٦٤

المسألة الأولى يجوز إخراج الرواشن و الأجنحه إلى الطرق النافذه إذا كانت عاليه لا تضر بالماره [ ----- ٢٦٥

المسألة الثانية إذا التمس وضع جذوعه مثلاً على حائط جاره لم يجب على الجار إجابه [ ----- ٢٧٨

المسألة الثالثة لو تداعيا جدارا و لا بينه فمن حلف عليه مع نكول صاحبه قضى له [ ----- ٢٨٣

- المسأله الرابعه لا يجوز للشريك فى الحائظ التصرف فيه ببناء و لا تسقيف و لا إدخال خشبه إلا بإذن شريكه [ ٢٨٧
- المسأله الخامسه إذا تنازع صاحب السفلى و العلو فى جدران البيت فالقول قول صاحب البيت مع يمينه [ ٢٩٨
- المسأله السادسه إذا خرجت أغصان شجره أو عروقها إلى ملك الجار وجب عطفها إن أمكن و إلا قطعت من حد ملكه [ ٣٠٠
- المسأله السابعه إذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى و لآخر بيوته العليا و تداعيا الدرجه قضى بها لصاحب العلو مع يمينه [ ٣٠٢
- اشاره [ ٣٠٢
- اتتمه إذا تنازع راكب الدابه و قابض لجامها قضى للراكب مع يمينه [ ٣٠٤
- [كتاب الشركه] [ ٣٠٧
- اشاره [ ٣٠٧
- [الفصل الأول فى أقسامها] [ ٣٠٧
- [الفصل الثانى فى قسمه] [ ٣٣٢
- [الفصل الثالث فى لواحق هذا الباب و هى مسائل ] [ ٣٤٠
- اشاره [ ٣٤٠
- المسأله لأولى لو دفع إنسان دابه مثلا و آخر راويه إلى سقاء على الاشتراك فى الحاصل لم تنعقد الشركه [ ٣٤٠
- المسأله الثانيه و هى ما لو حاش صيدا أو احتطب أو احتش بنيه أنه له و لغيره لم تؤثر تلك النهيه [ ٣٤٣
- المسأله الثالثه لو كان بينهما مال بالسويه فأذن أحدهما خاصة لصاحبه فى التصرف على أن يكون الربح بينهما نصفين لم يكن قراضا [ ٣٤٧
- المسأله الرابعه إذا اشترى أحد الشريكين متاعا فادعى الآخر أنه اشتراه لهما و أنكر فالقول قول المشتري [ ٣٤٧
- المسأله الخامسه لو باع أحد الشريكين سلعه بينهما و هو وكيل فى القبض فادعى المشتري تسليم الثمن إلى البائع و صدقه الشريك براء المشتري من حقه [ ٣٤٨
- المسأله السادسه لو باع اثنان عبيدين كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده صفقه بثمان واحد مع تفاوت قيمتهما قيل يصح [ ٣٥٠
- المسأله السابعه شركه الأبدان باطله فإن تميزت أجره عمل أحدهما عن صاحبه اختص بها [ ٣٥١
- المسأله الثامنه إذا باع الشريكان مثلا سلعه بينهما صفقه ثم استوفى أحدهما منه شيئا شاركه الآخر فيه [ ٣٥٣
- المسأله التاسعه إذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مده معينه صحت الإجاره [ ٣٥٨
- [كتاب المضاربه] [ ٣٦٠
- اشاره [ ٣٦٠
- الأمر الأول فى العقد [ ٣٦٢
- الأمر الثانى فى مال القراض [ ٣٨٠
- اشاره [ ٣٨٠



- ٣٨٦----- [تفريع لو قال بع هذه السلعه فإذا نض ثمنها، فهو قراض لم يصح ]
- ٣٨٨----- [الأمر الثالث فى الربح ]
- ٤٠٢----- [الأمر الرابع فى اللواحق و فيه مسائل ]
- ٤٠٢----- اشارة
- ٤٠٢----- [المسأله الأولى العامل أمين ]
- ٤٠٤----- [المسأله الثانيه إذا اشترى العامل من ينعق على رب المال فإن كان بإذنه صح و ينعق ]
- ٤٠٨----- [المسأله الثالثه لو كان المال لامرأه فاشترى العامل زوجها فإن كان بإذنها بطل النكاح ]
- ٤١٠----- [المسأله الرابعه إذا اشترى العامل أباه صح الشراء ]
- ٤١٢----- [المسأله الخامسه إذا فسخ المالك أو العامل أو هما صح ]
- ٤١٦----- [المسأله السادسه إذا قارض العامل غيره فإن كان بإذنه و شرط الربح بين العامل الثانى و المالك صح ]
- ٤١٩----- [المسأله السابعه إذا قال المالك دفعت إليه مالا قراضا فأنكر العامل ذلك فأقام المدعى بينه فادعى العامل التلف قضى عليه بالضمان ]
- ٤٢٠----- [المسأله الثامنه إذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه فى التجاره احتسب التالف من الربح ]
- ٤٢١----- [المسأله التاسعه إذا قارض اثنان واحدا و شرطا له النصف منهما و تفاضلا فى النصف الآخر مع التساوى فى المال كان فاسدا لفساد الشرط ]
- ٤٢٢----- [المسأله العاشره إذا اشترى عبدا مثلا للقراض فتلف الثمن قبل القبض قيل يلزم صاحب المال ثمنه دائما ]
- ٤٢٢----- [المسأله الحاديه عشره إذا نض قدر الربح فطلب أحدهما القسمة فإن اتفقا صح ]
- ٤٢٤----- [المسأله الثانيه عشره لا يصح أن يشتري رب المال من العامل شيئا من مال القراض ]
- ٤٢٥----- [المسأله الثالثه عشره إذا دفع مالا قراضا و شرط أن يأخذ له بضاعه قيل لا يصح ]
- ٤٢٦----- [المسأله الرابعه عشره إذا كان مال القراض مائة مثلا فخرس عشره و أخذ المالك عشره كان رأس المال تسعه و ثمانين إلا تسعا ]
- ٤٢٨----- [المسأله الخامسه عشره لا يجوز للمضارب أن يشتري جاريه يطأها و إن أذن له المالك ]
- ٤٢٩----- [المسأله السادسه عشره: إذا مات و فى يده أموال مضاربه فإن علم مال أحدهم بعينه كان أحق به ]
- ٤٣٢----- تعريف مركز

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالكلام [چاپ سنگی] / محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛ نویسنده متن: علامه حلی؛ کاتب: ابوالقاسم خوانساری؛ مصحح: موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.، ج ۱؛ قطع: ۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز: بسمله... الحمدلله الذى ختم الشرايع باسمهما طريقه و اوضحها حقيقه و اظهرها برهانا ... و بعد فيقول العبد القاصر العاشر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله اليهما ...

انجام:.... الاصحاب الثانى و الله اعلم الحمدلله اولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً على ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المكرم من سنه ۱۲۷۴ق. و انا الفقير الى الله الغنى ابن اسدالله ابوالقاسم خوانسارى.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت: ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تزئینات جلد:جلد:جلد مقوایی، روکش تیماج قهوه ای، عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی " بسم الله الرحمن الرحيم و قد انتقل ذلك الكتاب مع مجلداته الاخر التي كانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الى ملكی و هو مالک الملك و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المكتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان على المبلغ الف و خمس مائه توماناً المقابل ۱۵۰۰ریالاً- و وقع هذا الانتقال فی يوم الخامس المطباق با يوم الثانى من شهر جماديا لاولى من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبويه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسين الصالحى ... النجفى و التهرانى المسكن " (ظهيره صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد. نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهارة است، و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی، جعفر بن حسن ۶۰۲-۶۷۶ق. - شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام -- نقد و تفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲-۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. شرح

خوانساری، ابوالقاسم، قرن ۱۳ق. کاتب

طهرانی، موسی، قرن ۱۳ق. مصحح

حسینی، فروشنده

ج ۲۶، ص: ۱

[تمه القسم الثانی فی العقود]

[کتاب الحجر]

اشاره



**[تعريف الحجر]**

الحجر مثلثا لغه هو المنع و التضييق و منه سمي الحرام حجرا لما فيه المنع قال الله تعالى (١) «وَيَقُولُونَ حِجْرًا مَّحْجُورًا، أَى حراما محرما و سمي العقل حجرا، لانه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح و ما تضر عاقبته، قال الله تعالى (٢) «هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِإِنِّي حِجْرٌ».

و المحجور شرعا هو الممنوع عند الشرع من التصرف فى ماله و لو البعض، إذ هو مفرد مضاف لا يدل على العموم، و كذا لفظ التصرف، و لكن يصلح له إن أريد به، فيشمل حينئذ المريض الممنوع من بعض ماله، و الصبى و المجنون، و العبد بناء على ملكه و الحجر عليه كما مال اليه المصنف سابقا.

و حينئذ فلا- يرد ما قيل: من أنه أراد جميع المال خرج المريض، و إن أراد بعضه خرج الصبى و المجنون، و إن العبد لا يملك شيئا فلا يدخل فى التعريف، فلا معنى لذكر الرق من

الأسباب، و ان أحدا لا يمنع من التصرف فى ماله بالأكل و الشرب و نحوهما من الأمور الاضطراريه، إذ قد عرفت أنه ليس فى التعريف ما يدل على التعميم و التخصيص، بل من صدق عليه المنع فى ماله على أى وجه كان فهو محجور عليه، و دخول العبد مبنى على ما ذهب اليه المصنف كما عرفت.

نعم فى المسالك «ربما ينتقض فى طرده بالممنوع من التصرف فيه لغصب و نحوه فإنه لا يسمى محجورا عليه شرعا فلو أضاف إليه ما يدل على المنع الشرعى كان حسنا»

١- ١ سورة الفرقان الآية- ٢٣.

٢- ٢ سورة الفجر الآية- ٥.

و فيه- بعد سهوله الأمر فى نحو هذه التعريفات كما أوضحناه غير مره، و لذا تجوز و عرف الفلاس بهذا التعريف مع أنه أخص من الحجر- وضوح إرادته المنع الشرعى من الممنوع فيه، و الأمر سهل.

و كيف كان فتمام النظر فى هذا الباب يستدعى فصلين:

### [الفصل الأول فى موجبات الحجر]

#### إشاره

الأول فى موجباته و هى كثيره متفرقه فى تضاعيف الأبواب كالرهن، و البيع، و المكاتبه، و المرتد، و غير ذلك، لكن التى جرت عاده الفقهاء بالبحث عنها و عقد كتاب لها سته: الصغر، و الجنون، و الرق، و المرض، و الفلاس، و السفه و لعل مرجع الصور إلى قسمين:

من يحجر عليه لحق نفسه، و من يحجر عليه لحق غيره، فالأول الصبى و المجنون و السفيه، و الثانى الباقي.

ثم الحجر إما عام فى سائر التصرفات، أو خاص ببعضها، و الأول إما أن يكون ذا غايه يزول سببه فيها أو لا و الأول الصغر، و الثانى الجنون، و الخاص إما أن يكون فيه مقصورا على مصلحه المحجور أو لا، و الأول السفه، و الثانى إما أن يكون موقوفا على حكم الحاكم أو لا، و الأول الفلاس، و الثانى المرض، و باقى الأسباب تعرف بالمقاييسه، و الأمر فى هذا سهل. إنما الكلام فى تفصيل البحث فيها و قد تقدم الكلام فى الرق و الفلاس.

### [أما الصغير محجور عليه ما لم يحصل له وصفان ]

#### إشاره

أما الصغير فمحجور عليه، ما لم يحصل له وصفان: البلوغ و الرشد بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل الكتاب و السنه دالان عليه أيضا، و المراد بالأول الذى هو فى اللغه الإدراك بلوغ الحلم، و الوصول إلى حد النكاح بسبب تكون المنى فى البدن، و تحرك الشهوه و النزوع إلى الجماع، و إنزال الماء الدافق الذى هو مبدأ خلق الإنسان بمقتضى الحكمة الربانيه فيه و فى غيره من الحيوان لبقاء النوع، فهو حينئذ كمال طبيعى للإنسان يبقى به النسل، و يقوى معه العقل، و هو حال انتقال الأطفال إلى حد الكمال و البلوغ مبالغ النساء و الرجال.

و من هنا إذا اتفق الاحتلام فى الوقت المحتمل حصل به البلوغ و لم يتوقف على بيان الشارع، فإن البلوغ من الأمور الطبيعيه المعروفه فى اللغه و العرف، و ليس من الموضوعات الشرعيه التى لا تعلم إلا من جهه الشرع كألفاظ العبادات، بل قد ذكر أهل

اللغة فى ترتيب أحوال الإنسان و أن له بكل حال اسما مخصوصا فى الرجال و النساء من أول الخلقه التى يسمى به جنينا إلى حال الشيخوخه فى الرجال، و القلع و الطلطا فى النساء.

و على كل حال فلا يخفى على من لاحظ كلماتهم ان من المعلوم لغه كالعرف كون الغلام متى احتلم بلغ و أدرك، و خرج عن حد الطفولىه و دخل فى حد الرجولىه و كذا الجارىه إذا أدركت و اعصرت فإنها تكون امرأه، كغيرها من النساء نعم يرجع إلى الشرع فى مبدء السن الذى يحصل به البلوغ مثلا- إذا حصل فيه الاشتباه، بخلاف الاحتلام و الحيض و الحمل و نحوها مما لا ريب فى صدق البلوغ معها لغه و عرفا، و لو للتلازم بينها.

أما الأمور المقارنه له فى العاده غالبا كقوه التمييز و غلظ الصوت و شق الغضروف و نتو الحنجره و نهود الشدى و نحو ذلك، فأقصاها افاده الظن بحصوله، لعدم ثبوت التلازم المورث للقطع، و لا دليل على اعتباره فى المصداق، بل الدليل على خلافه قائم، و دعوى أنها كإنبات الشعر الخشن على العانه- يدفعها أن الفارق بينهما الدليل.

### [ الوصف الأول البلوغ ]

#### إشاره

و كيف كان فلا- ريب فى أنه يعلم بلوغه أى الصغير بإنبات الشعر الخشن على العانه التى هى حول الذكر و القبل سواء كان مسلما أو مشركا خلافا للشافعى فى أحد قولىه، ففى حق الكفار خاصه لكونه علامه مكتسبه تستعجل بالمعالجه، و إنما اعتبرت فى الكفار لانتفاء التهمه بالاستعجال فى حقهم، و لأنه لا طريق إلى معرفه بلوغهم سوى ذلك بخلاف المسلمين، لجواز الرجوع إليهم فى معرفه البلوغ و الجميع كما ترى، إذ الاستعجال قائم فى الفريقين، و كذا الحاجه إلى هذه العلامه، فإن الاحتلام و السن كثيرا ما يشبه الأمر فيهما بخلافها، مضافا إلى ما ستعرفه من إطلاق الأدله، و لذا اتفاق أصحابنا ظاهرا على خلافه.

نعم ربما نسب ذلك إلى الشيخ و لم نتحققه، بل قال فى الخلاف: «الإنبات دليل على بلوغ المسلمين و المشركين بإجماع الفرقه» و فى التذكره «نبات هذا الشعر دليل على البلوغ فى حق المسلمين و الكفار عند علمائنا، و به قال مالك و أحمد و الشافعى فى

أحد قوله» و قال أبو حنيفة «إنه لا اعتداد بالإنبات مطلقا، لأنه كغيره من الشعر، الرأس و البدن».

و يدل عليه- مضافا إلى ما عرفت مؤيدا بالعادة- الأخبار المرويه من الطرفين ف

من طريق الجمهور ما روى (١) «أن سعد بن معاذ لما حكم على قريظه كان يكشف عن عورات

المراهقين، و من أنبت منهم قتل، و من لم ينبت جعل فى الذرارى».

و ما

روى عن عطيه القرضى (٢) «قال»: عرضنا على رسول الله (صلى الله عليه و آله) يوم قريظه، و كان من أنبت قتل، و من لم ينبت خلى سبيله، فكنت فيمن لم ينبت فخلى سبيلي».

و من طريق الأصحاب

خبر أبى البخترى (٣) «عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) عرضهم يومئذ على العانات، فمن وجده قتله، و من لم يجده أنبت، ألحقه بالذرارى».

و ما

فى خبر حمزه بن حمران (٤) عن أبى جعفر (عليه السلام) «من أن الغلام لا- يجوز أمره فى الشراء و البيع، و لا- يخرج عن اليتيم حتى يبلغ خمس عشر سنه أو يحتلم أو يشعر أو ينبت»

و ما

فى خبر يزيد الكناسى (٥) «أن الغلام إذا زوجه أبوه و لم يدرك كان الخيار له إذا أدرك و بلغ خمس عشر سنه أو يشعر فى وجهه أو ينبت فى عانته».

و فى المحكى

عن تفسير على بن إبراهيم (٦) فى قوله تعالى «وَ ابْتُلُوا» إلى آخره «قال: و من كان بيده مال بعض اليتامى فلا يجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح و يحتلم- إلى أن قال- و إن كانوا لا يعلمون أنه قد بلغ فإنه يمتحن بريح إبطه أو



- ٣-٣ الوسائل الباب - ٤٥- من أبواب جهاد العدو الحديث - ٢- و الباب - ٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث - ٨.
- ٤-٤ الوسائل الباب - ٤- من أبواب مقدمات العبادات الحديث - ٢.
- ٥-٥ الوسائل الباب - ٤- من أبواب عقد النكاح الحديث - ٩.
- ٦-٦ المستدرک ج - ٢- ص ٤٩٦.

نبت عانته، فإن كان ذلك فقد بلغ»

بناء على أن الضمير في قوله - قال - راجع الى الصادق (عليه السلام) المذكور في الآية السابقة كما عن الصافي (١) روايته عنه مسندا إليه و لعله وجده كذلك فيما وصل اليه من النسخ، و إلا كان من كلامه على عادة القدماء، و هو و إن لم يكن حجه لكنه لا يخلو من تأييد، و على كل حال فلا ينبغي التوقف في أصل الحكم.

نعم قد يشكل عمومه للإنبات بظهور النصوص في الذكور خاصة، بل قد يظهر من بعض الأصحاب اختصاصها بهم و ان لم يعرف نقل الخلاف في ذلك، لكن قد عرفت العموم في معقد إجماعى الخلاف و التذكرة، بل صرحا به و إن لم يكن

في العقد المزبور مؤيدا بتبع أكثر العبارات و بأن الإنبات أماره طبيعیه اعتبرها الشارع لكشفه عن تحقق الإدراك فلا يختلف، و بقضاء العاده بتأخر إنبات هذا الشعر عن تسع سنين بكثير و لعل ذلك هو السبب في ترك التعرض له في النصوص، لندره الاحتياج اليه فيهن كالاحتلام.

و انما اعتبر الأصحاب الخشونه مع عدم التقييد به في النصوص لمعلومه عدم اعتبار الزغب و الشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر، و لأن الخشن هو المعهود في اختبار البلوغ فيحمل عليه الإطلاق لوجوب صرفه إلى المعهود.

و التقييد بالعانه لإخراج سائر الشعور فلا يكون دليلا على البلوغ، و في المسالك «لا عبره بها عندنا، و ان كان الأغلب تأخرها عن البلوغ، إذ لم يثبت كون ذلك دليلا - شرعا خلافا لبعض العامه» قلت: هو قواه في صوم الروضه فقال: «و في إلحاق اخضرار الشارب و نبات اللحيه بالعانه قول قوى» و قال الشيخ في المبسوط في كتاب الحجر:

«لا- خلاف أن نبات اللحيه لا- يحكم بمجرد البلوغ، و كذلك سائر الشعور، و في الناس من قال إنه علم على البلوغ و هو الأولى، لأنه لم تجر العاده بخروج اللحيه من غير بلوغ» و في كتاب الصوم «و حده- أى البلوغ- الاحتلام في الرجل، و الحيض في النساء، و الإنبات و الإشعار» إلى آخره.

و فى النهايه «و حد بلوغ الصبى إما بأن يحتلم أو يكمل عقله أو يشعر» و عن ابن البراج فى المهذب «و حد بلوغ الغلام احتلامه أو كمال عقله أو يشعر» و فى التحرير «الأقرب أن إنبات اللحيه دليل على البلوغ، أما باقى الشعور فلا» و حكى فى التذكرة عن الشافعيه و جهين فى إلحاق اللحيه و الشارب بالعانه، أحدهما الإلحاق ثم قال: «و لا بأس به عندى بناء على العاده القاضيه بتأخر ذلك عن البلوغ، بل هو لا- يخلو من قوه للعاده، و للخبرين السابقين الذين لا يقصر سندهما عن حجيه اخبار الآحاد، فينقطع الأصل حينئذ بهما.

و أما ما قيل - من أنه لو كان علامه لاستغنى بها عن اختبار شعر العانه، بل لم يجز الكشف عنها- فضعفه ظاهر، ضروره خروج العانه عن العوره أولاً، و عدم الاستغناء عنها لتقدم نباتها على اللحيه و الشارب، بل يقوى إلحاق العذار و العارض و العنقه و نحوها بهما، لعموم المستند، إلا أن ظاهر باقى الأصحاب الاختصاص بالعانه، بل هو صريح بعضهم، و لذا اقتصرنا عليها فى العلامات، و يمكن أن يكون ذلك منهم لتأخر نباتهما عن البلوغ عاده بكثير، و مدارهم على ذلك العلامات النافعه عند الاشتباه، لا حال معلوميه البلوغ الحاصله غالباً نباتهما بحيث لا يحتاج إلى استناد العلامات، و خرق العادات لا ينافى الاطمئنان المعترف فى الأحكام الشرعيه.

نعم لا عبره بسائر الشعور عدا ما عرفت فى ظاهر كلام الأصحاب، للأصل و عمومات الكتاب و السنه من غير معارض يعتد به، و فى التذكرة «و لا اعتبار بشعر الإبط عندنا، و للشافعي فيه و جهان» و من ذلك يعلم شذوذ ما فى بعض الاخبار من عد شعر الإبط من العلامات، و إلا- فنصوص الاشعار خاصه يمكن حملها على الإنبات خاصه، أو مع غيره مما عرفت من اللحيه و الشارب و نحوها.

و كيف كان فقد استفيد من المتن هنا و الصوم و النافع فى المقام كونه بلوغاً لا دليلاً على سبقه كالحمل، بل فى مفتاح الكرامه نسبتة إلى صلاه التهذيب، و صوم المبسوط و حدوده، و وصايا النهايه و المهذب، و خمس الوسيله، و صوم السرائر، و وصاياها، و كشف الرموز، و صوم الجامع، و حجره، و جهاد المنتهى، و التذكرة، و صوم التحرير

و حجره و حجر الإرشاد و التبصره، و صوم اللمعه و الروضه، و مجمع البيان و جامع الجوامع، و الغنيه و كنز العرفان و الجعفرية، بل فى الغنيه و ظاهر حدود المبسوط و مجمع البيان و نوادر قضاء السرائر و كشف الرموز و كنز العرفان و صوم المسالك الإجماع عليه.

لكن لم أتحقق كثيرا من نسب إليهم ذلك، و انما فى كثير منها ظهور بل اشعار لا يثق به الفقيه، لأنهم ليسوا بصدد بيان ذلك، على أن جملة منها كالمبسوط و التذكرة و التحرير و المسالك قد صرحت فى مقام آخر بأنه دليل لا بلوغ، و منه يعلم عدم الوثوق بتلك الإشعارات، و أنها لم تسق لبيان ذلك، بل عنوان بعضهم البحث بمثل هذه العبارات التى ادعى ظهورها فى البلوغ، ثم صرح بعد ذلك بأنه دليل لا بلوغ، فعلم عدم إرادتهم من أمثال تلك العبارات ذلك.

و يؤيده أن العلامة الطباطبائي على شدة تتبعه فى المسألة حتى أنه حكى عبارات القوم بالفاظها على طولها و نقر فى كل واحده منها قد اعترف بأنه لم يجد بهذا القول مصرحا من الأصحاب، قال: و إنما حكاها العلامة فى التذكرة عن الشافعى فى أحد وجهيه، لكنه ظاهر ابن حمزه و ابن إدريس و المحقق بل يؤيد أيضا أنه فى المسالك نسب القول بكونه دليلا إلى المشهور، و لو صحت النسبه المزبوره كان الأمر بالعكس، لأنه نسب القول الثانى أى أنه دليل لا- بلوغ فى الكتاب المزبور إلى حجر المبسوط، و الخلاف، و حجر التذكرة، و كشف الحق، و جامع المقاصد، و المسالك، و ظاهر الإيضاح، و لا- ريب فى أن الشهره حينئذ بالعكس، و من الغريب دعواه أن الشيخ فى الخلاف ادعى الإجماع عليه، و من لاحظ عبارته الخلاف قطع بأنه ليس فى صدق ذلك، و إنما بحثه مع الشافعى.

و كيف كان فلا- ريب أن الأقوى كونه دليلا- لا- بلوغا قيل: «لتعليق الأحكام فى الكتاب و السنه على الاحتلام و لأن البلوغ غير مكتسب، و الإنبات قد يكتسب بالمعالجه» و فيهما نظر واضح، و الأولى الاستدلال بأنه تدريجى الحصول، و البلوغ لا يكون كذلك، و عدم معلوميه أول آفات تحقق الشعر الخشن، و قضاء العاده بتأخره عنه،

و كذلك الكلام فيما الحق به من الشعر، و تظهر فائده الخلاف في قضاء ما يجب قضاؤه من العبادات، و في نفاذ إقراره و تصرفاته المتقدمه على الاختبار بزمان يعلم عدم تأخر بلوغه عنه و الله اعلم.

و كذا يعلم البلوغ ب خروج المنى الذى يكون منه الولد من الموضع المعتاد كيف كان بلا خلاف من المسلمين، فضلا عن المؤمنين، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا الى الكتاب و السنه المستفيضه قال الله تعالى (١) «وَ إِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا» (٢) «وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» (٣) «وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ» و

قال الصادق (عليه السلام) في خبر هشام بن سالم (٤) «انقطاع يتم اليتيم الاحتلام، و هو أشده»

و قال في موثق ابن سنان (٥) «سأله أبى و أنا حاضر عن قول الله تعالى حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ قال: الاحتلام».

و فى النبوى (٦) الذى رواه المخالف و المؤلف بل عن ابن إدريس أنه مجمع على روايته «رفع القلم عن ثلاثه عن الصبى حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى يئته»

و فى المحكى

عن الخصال (٧) انه روى بإسناده عن ابن ظبيان «قال أتى عمر بمجنونه قد زنت فأمر برجمها، فقال على (عليه السلام): أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثه عن الصبى حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ».

و على كل حال فهو حديث مشهور رواه الفريقان و ذكره أصحابنا فى كتب الفروع و الإمامه فى مطاعن الثلاثه و

فى الفقيه عن حماد بن عمر و انس بن محمد عن أبيه جميعا

١- ١ سورة النور الآيه- ٥٩.

٢- ٢ سورة النساء الآيه- ٦.

٣- ٣ سورة الإسراء الآيه- ٣٦.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١- من أبواب الحجر الحديث- ١.

٥- ٥ الخصال ج ١ ص ٨ الوسائل الباب- ٤٤ من أبواب الوصايا الحديث- ٨.

٦- ٦ مستطرفات السرائر سنن البيهقى ج ٦ ص ٥٧.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث- ١١.

عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه (عليهم السلام) في وصيه النبي (صلى الله عليه و آله) لعلى (١) «يا على لا يتم بعد احتلام»

و في المصابيح رواه الشيخ في المبسوط وغيره، و هو أيضا من الأحاديث المشهوره المتلقاه بالقبول و

المرسل فيه (٢) أيضا «على الصبى إذا احتلم الصيام، و على المرأه إذا حاضت الصيام»

و

خبر طلحه بن يزيد (٣) عن الصادق عليه السلام «إن أولاد المسلمين الموسومون عند الله بشافع و

مشفع فإذا بلغوا اثني عشر كتبت لهم الحسنات، فإذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات»

و ،

خبر (٤) على بن جعفر عن أخيه المروى عن قرب الاسناد «سألته عن اليتيم متى ينقطع يتمه قال: إذا احتلم و عرف الأخذ و الإيعاء»

إلى غير ذلك من النصوص التي لا يقدح تعبيرها بالاحتلام كبعض الأصحاب، للقطع بعدم إرادته خصوصيه بل قيل المراد منه هنا خروج المنى مطلقا، سواء كان في النوم أو اليقظه، و ليس المراد منه معناه اللغوى الذى هو الرؤيه فى المنام، فإنه قد يتحقق بدون خروج المنى كما أن خروج المنى ربما يتحقق بدونه، و العبره حينئذ فى البلوغ بالخروج دون الرؤيه.

و لعله لذا جعل الحمل دليلا على سبقه فى الأنثى، لكونه مسبوقا بالإنزال، و قد سمعت قول الله تعالى (٥) «حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» فإنه لو كان الاعتبار بالاحتلام لزم أن لا يتحقق البلوغ فى الرجال ما لم يتحقق الاحتلام، و إن نكحوا و أولدوا و هو واضح البطلان، بل قد يقوى كون العلامه الاستعداد لخروج المنى بالقوه القريبه من الفعل، و ذلك بتحريك الطبيعه و الإحساس بالشهوه سواء انفصل المنى معه عن الموضع المعتاد أو لم ينفصل، لكن بحيث لو أراد ذلك بالوطى أو الاستمناء تيسر له ذلك.

و كونه شرطا فى الغسل لا يقضى بكونه كذلك فى البلوغ ضروره دوران الأمر فى الأول على الحديثه المتوقف صدقها و لو شرعا على الخروج، بخلاف الثانى الذى

١-١ الوسائل الباب-٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ٩.

٢-٢ الوسائل الباب-٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ١٠.

٣-٣ الوسائل الباب-٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب-٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ٦.

٥-٥ سورة النساء الآيه-٦.

هو أمر طبيعي لا- يختلف بظهور الانفصال و عدمه، خصوصا مع تهيؤ النطفه للانعتاد، بل تكون الولد فى الأثنى لا يكاد يتحقق معه الخروج إلى خارج، بل عن المفسرين أن المراد بقوله تعالى (١) «بَلَّغُوا النُّكَاحَ» شهوه النكاح و الوطاء و القدره على الإنزال، بل قد عرفت سابقا أن البلوغ من موضوعات الأحكام الشرعيه التى مرجعها العرف و العاده، و مثل هذا لا شك فى كونه بالغاً فيهما، و إنما يتعين الرجوع إلى الشرع فى تحديد الموضوعات مع الشك، دون اليقين الذى قد عرفت حصوله فى المقام، و قد أوأنا سابقا إلى أن البلوغ حال فى الإنسان بل مطلق الحيوان يخرج بها من حد الطفوليهِ إلى غيرها، و انها ينبعث عنها خروج المنى و نحوه، و إن لم يجعل خروج المنى علامه على سبقه، لاحتمال مقارنه خروجه لتلك الحاله، فالممدار عليها لا عليه، فمتى علم حصولها تحقق البلوغ و ان لم يحصل الخروج الحسى.

لكن فى عبارات الأصحاب اشتباه على غير المحصل، إذ المصنف و الفاضل و غير هما قيدوا خروج المنى بكونه من الموضوع المعتاد،

و قال ثانى الشهيدين: «انما اعتبر ذلك مع إطلاق الأدله لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف، خصوصا و فى بعضها بلوغ النكاح، و إنما يكون من المعتاد، فلو خرج من جرح و نحوه لم يعتد به، و الجميع موهم اعتبار ذلك فيه كالغسل» لكن قد عرفت التحقيق فلاحظ و تأمل كما أنه قد يتوهم من المتن و نحوه اعتبار تكون الولد منه، فلا عبره بالذى لا يتكون منه.

بل فى المسالك نسبه هذا الفهم من عبارته إلى جماعه قال: «و فى حاشيه الشهيد على القواعد نقلا عن بعض العلماء يعلم المنى الذى منه الولد مما ليس منه بأن يوضع فى الماء فإن طفى فليس، و إن رسب فممنه الولد،» و لا يخفى عليك فساد هذا التوهم ضروره كون المعترضه مطلق خروج المنى، للإطلاق فتكون الصفه فى عبارته المتن و غيره كاشفه باعتبار إرادته المنشأيه، فلا يقدر تخلف التكون من بعض الافراد، بل لعل المراد التخلف من صنفه فلا يقدر عدمه فى بعض الأشخاص كما هو واضح لا يحتاج

الى إطناب.

نعم يشترط في خروج المنى كونه في الوقت المحتمل للبلوغ، فلا عبره بما ينفصل بصفته قبل ذلك، كما صرح به بعض الأساطين، بل في التذكرة «البلوغ منوط بخروج المنى مع إمكانه باستكمال تسع سنين مطلقا عند الشافعي، وعندنا في المراه خاصة، و أما في جانب الذكر فما وقفت له على حد لأصحابنا- إلى أن قال- لأن في النساء حده في الطبيعه و تسارعا إلى الإدراك» و في المسالك «و حد الإمكان عندنا في جانب القله في الأثنى تسع سنين، و أما في الذكر فما وقفت له على حد يعتد به- إلى أن قال- و لا يبعد أن يكون ما بعد العاشره محتملا» و مقتضى كلامه الامتناع فيما دون العشر، و هو كذلك تمسكا بمقتضى العاده، و أما ما تجاوز العشر فالظاهر فيه الإمكان، فيحكم بالبلوغ مع تحقق الاحتلام فيه، عملا بعموم الأدله فيما لم يثبت امتناعه، بل فيما دل على تحديد السن في الذكور بعشر سنين تنبيه عليه، و كذا ما دل على التفريق بينهم في المضاجع بعشر.

نحو

خبر القداح (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «يفرق بين الغلمان و النساء في المضاجع إذا بلغوا عشر سنين»

و خبره (٢) عن جعفر عن أبيه عن آباءه (عليهم السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه و آله) «الصبي و الصبيه يفرق بينهم في المضاجع بعشر سنين»

و يؤيد ذلك ما عن الآبي في شرح النافع «كل روايه دلت على البلوغ فيما بين الخمسه عشر و العشر محموله على ما إذا كان الغلام قد احتلم أو أنبت شعر العانه، توفيقا بين الروايات، و لأن الاحتلام في تلك السنين قد يقع كثيرا، و لقد شاهدنا من احتلم في ثلاث عشر سنه و اثنتي عشر سنه».

و قال بعض الأفاضل «ينبغي القطع بالإمكان في الثلاثه عشر فما فوقها لقضاء العاده بالاحتلام في ذلك غالبا و لما رواه

المشايخ عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال:

«إِذَا بَلَغَ أَشَدُّهُ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً وَ دَخَلَ فِي الْأَرْبَعِ عَشْرَةَ وَ جَبَّ عَلَيْهِ مَا وَجَبَ عَلَى الْمُحْتَمِلِينَ، احْتَلَمَ أَوْ لَمْ يَحْتَلَمْ» (٣)

١- ١ الوسائل الباب- ٧٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٧٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث- ٣.



عن عيسى بن زيد (١) عنه أيضا «قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): يتغير الصبى لسبع سنين، و يؤمر بالصلاه لتسع، و يفرق بينهم فى المضاجع لعشر، و يحتلم لأربع عشره»

قلت على كل حال: لم يظهر له فائده فى الأثنى بناء على عدم الحكم به الا بعد التسع و مع فرض العلم بها لم يحتج اليه نعم قد يقال: إن الفائده تظهر فى مجهوله السن، فإنه إذا خرج المنى منها حكم ببلوغها، و إن لم يعلم قدر سنها، و كذا فى الغلام، و نظير ذلك قدمناه فى باب الحيض، فلاحظ لكن عليه يكون خروج المنى من الأثنى دليلا- على البلوغ كالحيض، لا بلوغا فى نفسه، و هو خلاف كلمات الأصحاب فتأمل.

ثم لا- يخفى عليك عدم العبره بأوصاف المنى بعد العلم به، أما إذا اشتبه فالوجه الرجوع إليها، لإناطه الحكم بالجنابه و وجوب الغسل بها مع انتفاء العلم، و السبب فيها منحصر فى الوطء و إنزال المنى اتفاقا، فإذا انتفى الأول تعين الثانى، و يحتتمل العدم لان اعتبارها فيهما لا يستلزم اعتبارها فى البلوغ، لجواز تقدم الأسباب عليه، و لا يثبت بها، لكنه مبنى على إمكان خروج المنى قبل البلوغ، و فيه بحث بل منع، لأن الظاهر عدم تكونه إلا حال وصول الطفل إلى حد البلوغ، كما يومئ إليه إطلاق ما دل على أن خروجه علامه البلوغ من النصوص السابقه و غيرها، و من ذلك يعرف ما فى الكلام السابق- من اعتبار الإمكان فى خروج المنى احترازا من خروجه فى غير زمن الإمكان، كما إذا كان السن خمسا أو أربعا- من النظر و التأمل اللهم إلا أن يراد الحكم بكونه غير منى، و ان جمع صفاته نحو الدم الخارج من الجاربه قبل التسع، فإنه ليس بحيض و إن جمع وصفه، لا أن المراد عدم العبره به و إن كان منيا ظاهرا و واقعا، حتى يستلزم إمكان خروجه من غير البالغ فتأمل و الله اعلم.

و كيف كان فلا خلاف بيننا فى أنه يشترك فى هذين العلامتين الذكور و الإناث و قد عرفت الحال فى الأولى، و أما الثانى فقد نص على التسويه المزبوره غير واحد بل فى التذكره «الاحتلام خروج المنى، و هو الماء الدافق الذى يخلق منه

١- ١ الوسائل الباب- ٧٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث- ٥- لكن عن أبى عبد الله عليه السلام بلا نسبه الى أمير المؤمنين

الولد، بلوغ في الرجل و المرأة عند علمائنا أجمع، و لا نعلم فيه خلافا في الذكور، و هو في النساء كذلك، و للشافعي قول- بأن خروج المنى من النساء لا- يوجب بلوغهن لأنه نادر فيهن- ساقط العبرة قال: و إطباق أكثر العلماء على خلاف هذا» و في المسالك في شرح المتن «هذا عندنا و عند الأ-كثر موضع وفاق»، و إنما نبه به على خلاف الشافعي- إلى أن قال- و فساده واضح».

قلت: قد يلوح- من الفقيه، و وصايا النهاية، و صوم المبسوط، و باب الأوصياء من المهذب، و نكاح الوسيله، و خمسها، و نوادر القضاء من السرائر، موافقه الشافعي، أو يظهر، خصوصا في بعضها لكن ما ذكره من الندره فيهن و انه لا يحصل إلا بعد العلم ببلوغ التسع جعل للاقتصار عليه في الرجال و جها و جيهها، بل و لبعض النصوص المقتصر فيه على كونه علامه للرجال، بل الفقيه الماهر يقطع بكون النص و الفتوى مبنيين على ذلك، خصوصا بعد معرفيه ذكر الحمل في كلامهم علامه على سبق البلوغ بالإنزال، و خصوصا بعد تصريح الشيخ و ابني حمزه و إدريس في مقام آخر بالاشتراك.

فإجماع التذكرة مما يشهد التبع مع التأمل بصحته، فهو الحجة مضافا إلى عموم (١) «و ابْتَلُوا» إلى آخره، و

«لا يتم بعد احتلام» (٢).

و أصاله الاشتراك في الاحكام ما لم يثبت خلافه، و ما عرفت من أن البلوغ حال طبيعي

ينبعث عنها ذلك من غير فرق بين الرجال و النساء، كما هو المشاهد في العرف، و إلى ما عن الشيخ و الفاضل من أنهما استدلا عليه بما

روى (٣)، من أن أم سلمه «سألته عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل، فقال: إذا رأته ذلك فلتغتسل»،

و لكنه مبني على استفاده الفوريه المقتضيه لثبوت التكليف المشروط بالبلوغ، و الالفسيه الاحتلام للغسل بناء على حصوله من الصغير لا ينافي عدم البلوغ حال وجود السبب، كما في الحدث الأصغر و الأمر سهل

١- ١ سورة النساء الآية- ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث- ٩.

٣- ٣ سنن البيهقي ج- ١- ١- ص- ١٢٧.

بعد قطعيه الحكم، و الله أعلم.

و كذا يعلم البلوغ شرعا ان لم يكن عرفا بالسن: و هو بلوغ خمس عشره سنه للذكر على المشهور بين الأصحاب فى المقام شهره عظيمه كادت تكون إجماعا، كما اعترف بذلك فى المسالك، بل نقلها مستفيض أو متواتر كالأجماع صريحا و ظاهرا على ما فى مفتاح الكرامه حيث قال: «كادت تبلغ إجماعات المسأله: اثني عشر إجماعا من صريح و ظاهر و مشعر به، بل هو معلوم».

و ربما يشهد له التبع، بل ربما يزيد على ذلك مع إطلاق الإشعار لأنه كما حكاه العلامة الطباطبائي عن صريح الغنيه، و الظاهر كالنص عن الخلاف و التذكرة، و ظاهر مجمع البيان، و كنز العرفان، و كنز الفوائد، و المسالك، و

المسالك الجواديه، و تلويح المنتهى، و كشف الرموز، و تلخيص الخلاف، و نقد الشرائع، و قضيه انحصار المخالف فى ابن الجنيد على ما يظهر من المختلف و المهذب البارع و شرح الشرائع و غوالى اللثالى، و هو مع أنه معلوم النسب لا- يقدر فى الإجماع، خصوصا مع ضعف مأخذه و شدة وهنه و شدوده، على أنه لو تطرق المنع إلى الإجماع من خلافه و خلاف بعض متأخرى المتأخرين فلا ارتياب فى تحققه فيما بينهما حيث ارتفع الخلاف من زمن ابن زهره إلى زمن ثانى الشهيدين، كما تشهد به تصانيفهم المضبوطه، بل قطع بعضهم بالحكم و لم يعتد بخلافه فحكى الإجماع بل نفى الخلاف.

فلا- ينبغى للفقهاء التردد بعد ذلك فى فساد قوله، بل و ما حدث فى هذه الأزمنه المتأخره خصوصا بعد ملاحظه غير ذلك من الأدله من الاستصحاب، فإن الأصل عدم البلوغ و التكليف، و بقاء الحجر و الولايه ما لم يعلم الناقل عنه، و لا يعلم إلا بإكمال الخمسه عشر فيكون بلوغا دون ما قبله، و لا وجه للمناقشه فى الاستصحاب هنا، بعد كون المطلوب منه إثبات الحكم، إذ المشتبه حكم السن المعلوم، لا- أصل السن المعلوم الحكم، ضروره اقتضاء الاستصحاب فيه نفى الأ-كثر، فالموضوع و الحكم هنا متعاكسان فى الاستصحاب، فلو علم سن البلوغ و لم يعلم بلوغ ذلك السن فمقتضى الاستصحاب نفى الأ-كثر، بخلاف ما لو بلغ سنا، و لم يعلم أنه بلوغ فإن الأصل عدم البلوغ، كما

عرفت، و مقتضاه نفى الأقل.

اللهم إلا- أن يقال كما أوأنا إليه سابقا أن البلوغ شرعا هو بلوغ الحلم، فيكون حاله طبيعياً مخصوصه في الإنسان، بل مطلق الحيوان و جميع ما ذكر علامه له، فهو كاشف عن الوصول إليها حتى السن، فيكون المشتبه حينئذ الموضوع، و المنفى بالاستصحاب الأقل، إذ الأصل عدم بلوغ الحد الكاشف: لكنه خلاف ما عليه الأصحاب من أن السن بلوغ في الشرع، و إن كانت العلة فيه كشفه عن غيره، و متى كان كذلك فالمشتبه الحكم دون الموضوع، و موضوعيه البلوغ لبعض الاحكام لا ينافي كونه حكماً، لأن الحكم قد يكون موضوعاً لحكم آخر، و لا استحاله في ذلك، مع اختلاف الجاه، و مثله كثير.

فالاستصحاب بجميع وجوه المذكوره حينئذ حجه في المسأله، و إن كان ألصقها بالمدعى، و أغناها عن الضمائم استصحاب عدم البلوغ، فإنه نفى صريح، و المطلوب منه عين المستصحب دون لائزمه، و التمسك به لا يتوقف على ضميمه عدم القول بالفصل و نحوه، على أنه من الأمور القاره الثابته كغيره، و إضافته إلى ما يرجع إلى الزمان لا يخرج عن القرار، فمعنى أصل عدم البلوغ أن الأصل عدم حضور زمان البلوغ، لإبقاء زمان عدم البلوغ، و استصحاب غير القار إنما يلزم لو أريد الثاني، دون الأول.

و قد يتمسك بأصل البراءه من التكليف على المطلوب، لا لكونه حادثاً منفيًا بأصل العدم لرجوعه إلى الاستصحاب، و لا للأصل الشرعي المستفاد من نحو

قولهم (١) «كل شيء مطلق حتى يرد فيه نهى» (٢)

و «الناس في سعه ما لم يعلموا»

و غيرهما، فإن المفهوم من ذلك سقوط التكليف كما يظهر بالتدبر، بل لأن التكليف فرع البيان و هو مفقود في محل النزاع، و دعوى- وجود البيان و هو الخطاب العام الصالح لكل مميز- يدفعها أنه مشروط بالبلوغ، و لم يثبت قبل إكمال الخمسه عشر اللهم إلا أن

١- ١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب صفات القاضى الحديث- ٦٠.

٢- ٢ لم نقف على هذا النص بعد الفحص عنه في مظانه و الذى وقفنا عليه مما يوافق في المعنى و ان يحتمل اختصاصه بمورده و هى روايه السفره المرويه في الوسائل في الباب ٢٣ من أبواب اللقطه الحديث ١.

يمنع الشرطيه على وجه ينافى الاستدلال بالعمومات فى المجهول، و فيه بحث ذكرناه فى غير المقام.

و الأمر سهل بعد الغنيه عن ذلك بما سمعته أولاً، و مضافاً إلى ظاهر الكتاب كقوله تعالى (١) «وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» ضروره دلالتة بمفهومه على انتفاء الحكم بالدفع المشروط بإيناس الرشد بانتفاء بلوغ النكاح، فهو متناول لاسنان التمييز و حدود الابتلاء التى هى فى الغالب من العشر إلى الخمسه عشر، و أحقها بالدخول سن الاحتلام، و توقع بلوغ النكاح و هى من الثانيه عشر إلى السادسه عشر، إلا أن الإجماع على خروجها، فيتعين كون الخمسه عشر هى البلوغ بحسب السن.

و ربما نوقش: بأن «إذا» قد تخرج عن الظرفيه فلا تكون شرطاً، و منه المقام فإن المراد و ابتلوا اليتامى إلى وقت بلوغ النكاح، و حينئذ فلا دلالة فيها على الاشتراط المزبور، و يدفعه: بعد تسليم خروجها عن الظرفيه أنه نادر جداً لا يحمل عليه التنزيل بل يقتضى انقطاع الابتلاء بالبلوغ، و ليس كذلك كما ستعرف، لاستمراره إلى ظهور الرشد أو اليأس منه، بل ذلك مع ظهور كون المراد إيناس الرشد المسبب عن الابتلاء المأمور به السابق على البلوغ.

و مقتضى ذلك الحجز على البالغ الرشيد إذا لم يونس منه رشد قبل البلوغ، و ارتفاعه عمن لم يبلغ إذا أونس منه الرشد، لانتفاء الشرط فى الأول و وجوده فى الثانى، إذ المراد بالأمر بالابتلاء إلى بلوغ النكاح حصوله قبله، لا استمراره إليه، لأن الابتلاء متى وجد و تبين به الحال لم يتكرر، فالمره تكفى فى هذا الأمر، و لو بنى الكلام فى الشرط على خلاف الظاهر، فإما أن يراد به إيناس الرشد مطلقاً، أو إيناسه بعد البلوغ، و يلزم على الأول جواز دفع المال إلى غير البالغ إذا ابتلى و أونس منه الرشد، و إهماله بدونه إلى أن يظهر الرشد بنفسه و إن طال الزمان و سهل الاختبار و أما الثانى فمع حصول المطلوب يلزمه جواز الإهمال، كما فى الأول.

فبان من ذلك كله أن «إذا» في الآية ظرف على الأصل فيه، و أن الكلام لا ينظم إلا به، و المعنى لا يستقيم بدون فسخ احتمال خروجها عن الظرفية.

نعم على الظرفية يحتمل الخروج عن الشرطية بتقدير العامل، وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ نَظَرْتُمْ، أو ابتلوهم حتى تنظروا في وقت بلوغهم النكاح، فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ .

و هذا و إن صح، و صح الاستدلال به، غير أنه يستدعى تقديرا في الكلام، و خروجا عن الظاهر في «إذا» من تضمنها معنى الشرط في الغالب.

و من هنا قال الفاضل الطباطبائي: «الأصوب أن تكون إذا للشرط كما هو الأصل فيها، و جوابها مجموع الشرط و الجزاء، و هو قوله «فَإِنْ آنَسْتُمْ» و حتى حرف ابتداء و غايتها مضمون الجملة التي بعدها، و هو دفع المال عقيب إيناس الرشد الواقع عقيب بلوغ النكاح، و إنما كان كذلك، لأن دفع المال في الآية مشروط بإيناس الرشد، فيكون مؤخرا عنه، و هذا الدفع المشروط بالإيناس مشروط بالبلوغ فيكون المشروط بشرطه المتقدم عليه متأخرا عن البلوغ الذي هو شرط فيه، و ترتب الشرط بحسب الوقوع، ترتيبها في الذكر، فإنها في الآية قد وقعت على التوالي، و لو تعاكست كان الشرط المتقدم في الذكر مؤخرا في الوجود، و المؤخر في الذكر مقدما في الوجود، فلو أردت نقل المضمون إليه قلت: «ادفعوا إليهم أموالهم أن رشدوا إن بلغوا» و لا يصح إن بلغوا إن رشدوا، لأنه يقتضى أن يكون الرشد شرطا في البلوغ و الأمر بالعكس، و من ثم لو قال قائل لله على نذر إن شربت إن أكلت، فأكل ثم شرب التزم، بخلاف ما لو شرب ثم أكل، و لو عكس انعكس».

قلت: هو جيد لكن قد يقال: المنساق من الآية أنهما معا شرطان مستقلان في الدفع، لا أن أحدهما شرط في الآخر كالمثال الذي ضربته فتأمل جيدا.

و على كل حال فالمناقشه المزبوره واضحه الدفع، كالمناقشه في أصل حجيه مفهوم الشرط، و في عمومته، و في خصوص «إذا» من أدواته بل و غيرها مما هو ليس بعريق في الشرطية، بخلاف «إن» و بأنه لو سلم ذلك كله، فإنما يقتضى المفهوم عدم وجوب

الدفء، لا حرمة، ضروره اندفاع الأولى، بل و الثانيه بما حررناه فى الأصول، و العرف أعدل شاهد به.

و الثالثه: بأنه لا فرق بين إن، و غيرها من أدوات الشرط، لابتناء العموم، على أن الاختصاص بمورد الشرط يقتضى الانتفاء فى غيره فيعم، و ليس الحكم فى المنطوق بعموم الإثبات، ليكون المفهوم سلب العموم، بل بنفس الإثبات فى محل النطق، و مفهومه السلب عما عداه، و يلزمه عموم السلب، و هذا المعنى لا يتفاوت فى الأدوات كأصل المفهوم، و كلمات الأصحاب فى الأصول و الفروع شاهده بذلك، و أنه لا فرق بينها جميعها فى ذلك كله.

و اما الرابعه: فواضح بناء على أن المفهوم فى الشرط النهى كما يقتضيه كلام بعضهم، و مال إليه العلامة الطباطبائى، و ربما يشهد له العرف بل و إن لم نقل بذلك و كان المراد من الأمر هنا رفع الحجر المفهوم من قوله (١) «و لا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» إلى آخره بل و إن لم يكن المراد منه ذلك، لكن المقام منحصر بين الوجوب و الحرمة إذ الخطاب للأولياء، و الدفء إما أن يجب عليهم أو يحرم، و لا ثالث لهما، فتكون الحرمة حينئذ من لوازم عدم الوجوب هنا و الله أعلم.

و كذا المناقشه: بأن الاستدلال فى الآيه انما يتم لو أريد بلوغ النكاح حصول الإنزال، أو صلاحية خصوص الشخص لأن ينزل بالوطى و نحوه، و هو غير متعين، لاحتمال كون المراد بلوغ وقت الصلاحية للنكاح صلاحية نوعيه و إن تخلفت عن خصوص الشخص، و هذا المعنى حاصل فيمن كان سنه أربعة عشر و ثلاثه عشر فلا دلالة فى الآيه على نفى البلوغ بهما.

إذ يدفعها أولا: أن بلوغ النكاح عرفا هو أن يبلغ الصبى و يدرك، و هو غير بلوغ زمان النكاح، لصحة سلب الأول عمن ثبت له الثانى، و أقل ما يصدق معه ذلك صلاحية الشخص لأن ينكح، و أما مجرد القابليه النوعيه فلا يتحقق معه الصدق عرفا.

و ثانيا: أنه لو أريد الزمان فالظاهر إرادته الوقت الذى يغلب فيه ذلك و يكثر

و الغلبه منتفيه فيما دون الخمسه عشر، فلا يتحقق به بلوغ النكاح، و إرادته التحقق فى

الجملة و لو على سبيل الندره يقتضى صدق بلوغ النكاح بالاثنى عشر، بل بما دونه أيضا، بناء على أن ما فوق العشره من زمان إمكان الاحتلام كما ستعرف، و دعوى إرادته ما تجاوز حد الوقوع و لم يبلغ الغلبه لا دليل عليها، بل هى تحكم محض كما هو واضح.

و قد ظهر من ذلك كله أنه لا إشكال فى دلالة الآيه على المطلوب، بل منه ظهر دلالة قوله تعالى (١) أيضا «وَ إِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسِّرُوا تَأْذِينَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ» بالتقريب السابق، فإن بلوغ الحلم كبلوغ النكاح يعتبر فى صدقه القابليه بحسب الشخص، بل فعلية الإنزال إما مطلقا أو مع التقييد بالمنام كالاحتلام، أما القابليه النوعيه ببلوغ السن الذى يتفق فيه ذلك فلا يصدق معها بلوغ الحلم إلا بتأويل أو تقدير، لتبادر الغير و صحه السلب، و نص أهل اللغه.

فعن القاموس «الحلم بالضم و الاحتلام: الجماع فى النوم» و المصباح «حلم الصبى و احتلم: أدرك و بلغ مبالغ الرجال: فهو حالم و محتلم» بل عنه أيضا «أدرك الغلام: بلغ الحلم، و بلغ الصبى احتلم و أدرك» و الغريبين

«أنه أمر معاذ أن يأخذ من كل حالم دينارا

، قال، أبو الهيثم أراد بالحالم كل من بلغ الحلم، حلم أو لم يحلم، و منه

الحديث «الغسل يوم الجمعة واجب على كل حالم»

و المغرب «حلم الغلام احتلم حلما من باب طلب، و الحالم المحتلم فى الأصل، ثم عم فقيل لمن بلغ مبالغ الرجال حالم، و هو المراد فى الحديث».

و النهايه (٢) «أراد بالحالم فى الحديث: من بلغ الحلم، و جرى عليه حكم الرجال، سواء احتلم أو لم يحتلم، و منه الحديث الغسل إلى آخره، و فى روايه - على محتلم - أى بالغ مدرك» و الظاهر إرادته من قوله و جرى عليه حكم الرجال:

معنى بلغ مبلغ الرجال الذى عبر به غيره، بل لو كان المراد كل من جرى عليه الحكم

١- ١ سورة النور الآيه - ٥٩.

٢- ٢ النهايه ج - ١ - ص ٢٨٩ طبع مصر.



شرعا فالمقصود بيان المعنى المراد، دون حقيقه اللفظ، فإن الحقيقه اللغويه لا تثبت بالحكم الشرعى.

أما ما عن الفائق فى معنى الحديث قيل: المراد كل من بلغ وقت الحلم، حلم أو لم يحلم، فالظاهر أنه أراد بالقول ما تقدم، و هو ما حكاه الهروى عن أبى الهيثم، و المراد به وقت الإدراك و البلوغ بالاحتلام و شبهه دون السن، فلا ينافى ما قلنا.

و أما وجوب الاستئذان فإنه و إن قل من تعرض له فى كتب الفروع، و من ثم لم يشتهر الحكم به بين الناس حتى صار كالشريعته المنسوخه، لكن عن التبيان، و مجمع البيان، و روض

الجنان، و كنز العرفان، و آيات الأحكام، و المسالك الجواديه و قلائد الدرر، النص عليه.

و يدل عليه مضافا إلى أمر الكتاب- الذى هو أحق الأوامر بالإيجاب، و إطلاق النهى فى قوله تعالى (١) «لا تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ» الى آخره، و ما فى التهجم على المساكن المختصه من الأذيه و الخروج عن الآداب العقلية و الشرعيه-

صحيح ابن قيس (٢) عن أبى جعفر (عليه السلام) «لَيْسَ يَأْذُنُكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ» الى آخره و من بلغ الحلم منكم فلا يلج على أمه و لا على أخته و ابنته، و لا على من سوى ذلك إلا بإذن»

و نحوه خبر جراح المدائنى (٣) عن الصادق (عليه السلام).

و

صحيح أبى أيوب (٤) عنه أيضا «و يستأذن الرجل إذا دخل على أبيه، و لا يستأذن على الابن قال: و يستأذن الرجل على ابنته و أخته إذا كانتا متزوجتين»

و خبر الحلبي (٥)

١-١ سورة النور الآيه- ٢٧.

٢-٢ الوسائل الباب- ١٢١- من أبواب مقدمات النكاح الحديث- ١.

٣-٣ الوسائل ذكر صدره فى الباب- ١١٩- و ذيله فى الباب ١٢٠ من أبواب مقدمات النكاح الحديث- ١.

٤-٤ الوسائل الباب- ١٢٠- من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٢.

٥-٥ الوسائل الباب- ١١٩- من أبواب مقدمات النكاح.

«قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يستأذن على أبيه؟ فقال: نعم قد كنت أستأذن على أبي و ليست أمى عنده، و إنما هي امرأه أباى، توفت أمى و أنا غلام، و قد يكون من خلوتهما ما لا أحب أن أفجأهما عليه، و لا يجبان ذلك منى، و السلم أحسن و أصوب»

بناء على ما هو الظاهر من كون السؤال عن الوجوب لا الجواز، فإنه لا يسأل عنه، و التعليل لا ينافيه، بل يؤكد.

و

خبر جابر(١) عن أبي جعفر عن جابر بن عبد الله الأنصارى قال: خرج رسول الله (صلى الله عليه و آله) يريد فاطمه عليها السلام و أنه معه، فلما انتهينا إلى الباب وضع يده عليه فرفعه، ثم قال: السلام عليكم، فقالت فاطمه: عليك السلام يا رسول الله قال: أدخل قالت: ادخل يا رسول الله قال: أدخل أنا و من معى، قالت: يا رسول الله ليس على قناع، قال: يا فاطمه خذى ملحفتك ففنى بها رأسك ففعلت، ثم قال: السلام عليكم فقالت فاطمه عليها السلام: عليك السلام يا رسول الله قال جابر: فدخل رسول الله (صلى الله عليه و آله) و دخلت فإذا وجه فاطمه أصفر كأنه بطن جراده، فقال رسول الله (صلى الله عليه و آله): ما لى أرى وجهك أصفر قالت يا رسول الله: الجوع فقال رسول الله: اللهم مشبع الجوعه دافع الصفره أشبع فاطمه بنت محمد قال جابر: فو الله نظرت إلى الدم ينحدر من قصاصها حتى عاد وجهها أحمر فما جاءت بعد ذلك».

و عن مجمع البيان(٢) «روى أن رجلا قال للنبي (صلى الله عليه و آله) أستأذن على أمى فقال:

نعم، قال إنها ليس لها خادم غيرى أ فأستأذن عليها كلما دخلت، قال: تحب أن تراها عريانه، قال الرجل لا، قال فاستأذن عليها»

و عن الكشاف «و كان أهل الجاهليه يقول الرجل منهم إذا دخل بيتا غير بيته حيتهم صباحا، و حيتهم مساء، ثم يدخل فربما أصاب الرجل مع امرأته فى لحاف واحد، فصد الله عن ذلك، و علم الأحسن و الأجمل، و كم من باب من أبواب الدين هو عند الناس كالشريعة المنسوخه، قد تركوا العمل به، و باب الاستيدان من ذلك بينما أنت فى بيتك إذ رفع عليك الباب واحد

١- ١ الوسائل الباب ١٢٠ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٣.

٢- ٢ المستدرک ج- ٢- ص ٥٥٧ باختلاف يسير.

من غير استيذان ولا تحية من تحايا إسلام ولا جاهليه، و هو ممن سمع ما أنزل الله فيه و ما قال رسول الله (صلى الله عليه و آله)، «و لكن أين الأذن الواعيه».

و عنه أيضا فى تفسير قوله «و الَّذِينَ لَمْ يَلْبُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ» ما حاصله أن حكم الأطفال ذلك، فإن خرجوا عن حد الطفوليّه بالاحتلام أو بلوغ السن و جب أن يفظموا عن تلك العاده، و يحملوا على أن يستأذنوا فى جميع الأوقات كالرجال الكبار الذين لم يعتاد الدخول عليكم إلا بإذن، و هذا مما الناس فى غفله عنه، و هو عندهم كالشريعہ المنسوخه، إلى

آخره إلى غير ذلك من النصوص المرويّه عند الفريقين، هذا كله حكم من بلغ الحلم.

أما من لم يبلغه فلا- يجب عليهم الاستيذان مطلقا، أما فى غير العورات الثلاث فظاهر، للأصل و نص الكتاب و السنه، و أما فيها فلائذ يجب الاستيذان تكليف و لا- تكليف على غير البالغ، و لاشتراط الإيجاب بالبلوغ، فينتفى بانتفائه مطلقا، عملا بعموم المفهوم، و عن التبيان أنه حكى عن الجبائى القول بوجوب الاستيذان على المميزين فى الأوقات الثلاثه أخذًا بظاهر الأمر، قال قوم: فى ذلك دلالة على أنه يجوز أن يؤمر الصبى، لأنه أمره بالاستيذان، و الجميع كما ترى.

و يدل على المطلوب أيضا بالتقريب السابق عموم الأحاديث الداله على

«رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم»(١)

وأن

«انقطاع يتم اليتيم الاحتلام»(٢)

كل ذلك مضافا إلى النصوص الداله عليه بالخصوص فمنها

النبوى المرسل فى محكى الخلاف و التذكرة، «إذا استكمل المولود خمس عشره سنه كتب ما له، و ما عليه، و أخذ منه الحدود».

و الآخر(٣) «أن عبد الله بن عمر عرض عليه عام بدر و هو ابن ثلاث عشره سنه فرده، و عرض عليه عام أحد و هو ابن أربع عشره سنه فرده،

و لم يره بالغا، و عرض عام الخندق و هو ابن خمس عشره سنه فأجازته فى المقاتله»

بل قيل: إن الثانى منهما

٢-٢ الوسائل الباب-٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ٩.

٣-٣ سنن البيهقي ج-٦- ص ٥٥.

مشهور، رواه جماعه من أرباب المغازى و السير ممن يوثق بنقلهم.

و عن عيون الأثر «أن عمر بن عبد العزيز لما حدث به دعى كاتبه فقال: اعجل على كاتبنا للأمصار كلها، فإن رجلا يقدمون إلى يستفرضون لأبنائهم و إخوانهم فانظروا من فرضت له فاسئلوهم عن أسنانهم، فمن كان منهم ابن خمس عشره سنه فافرضوا له، و اقضوا لهم فى المقاتله، و من كان دون ذلك فافرضوا لهم فى الذريه»(١).

و

فيه «أنه (صلى الله عليه و آله) عرض عليه يوم أحد أسامه بن زيد و زيد بن ثابت و استأذن ظهير فردهم، ثم اجازهم يوم الخندق، و هم أبناء خمس عشره سنه، و ان من جمله من رد فى ذلك اليوم البراء بن عازب و أبو سعيد الخدرى و زيد بن أرقم.

و منها

صحيح ابن محبوب (٢) عن عبد العزيز العبدى عن حمزه بن حمران «قال:

سألت أبا جعفر (عليه السلام) قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامه و يقام عليه و يؤخذ بها فقال: إذا خرج عن اليتيم و أدرك، قلت: فلذلك حد يعرف؟ فقال:

إذا احتلم أو بلغ خمس عشره سنه أو أشعر أو أنبت قبل ذلك أقيمت عليه الحدود التامه و أخذ بها، و أخذت له، قلت: فالجاريه متى تجب عليها الحدود التامه و تؤخذ بها و تؤخذ لها قال: إن الجاريه ليست مثل الغلام، إن الجاريه إذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، و دفع إليها مالها، و جاز أمرها فى الشراء و البيع، و أقيمت عليها الحدود التامه، و أخذ لها و بها، قال: و الغلام لا يجوز أمره فى الشراء و البيع، و لا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشره سنه، أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك».

و هو مع صراحته فى المطلوب و انجباره بالشهره العظيمه و محكى الإجماع أو محصله لا قدح فى سنده، إذ حمزه مع كونه من آل أعين المعلوم جلالتهم و عظم منزلتهم فى الشيعة سديد الحديث كثير الروايه، قد روى عنه الأجلء كعبد الله بن مسكان، و ابن بكير، و ابن أبى عمير، و الحسن بن محبوب، بل فى بعض طرق كتابه صفوان بن يحيى و هم من أصحاب الإجماع.

١-١ المصدر نفسه.

٢-٢ الوسائل الباب -٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث -٢.

و ما عن ظاهر النجاشي - و رساله أبي غالب الزراري من أنه من أصحاب الصادق (عليه السلام) خاصه و ربما يؤيده أن الخبر في الوسائل و الوافي عن حمزه بن حمران عن حمران عن أبي جعفر (عليه السلام) - يدفعه تصريح غيره بأنه من أصحابهما معا، و إن كان روايته عن الصادق (عليه السلام) أكثر و أشهر، فلا إرسال حيثنذ في الخبر المزبور.

و في مصابيح العلامه الطباطبائي إن الذي وجدته في بعض النسخ المصححه من الكافي و التهذيب روايه حمزه بن حمران عنه (عليه السلام) و قد رواه في المستطرفات كذلك، و كأنه الأصح، على أن حمران بن أعين أبو حمزه أجل من أن يتعرض لبيان حاله، فالروايه لا قدح فيها من هذه الجبهه.

نعم عبد العزيز لم ينص عليه بمدح و لا ذم، لكن روايه الحسن بن محبوب و خصوصا في كتاب المشيخه المعروف بالاعتماد قد يحصل منه الظن بعدالته، كل ذلك مضافا إلى الاعتضاد بما عرفت.

و منها

حسن يزيد الكناسي أو صحيحه (١) عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «الجاريه إذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتيم و زوجته و أقيمت عليها الحدود التامه و لها، قال:

قلت: الغلام إذا زوجه أبوه و دخل بأهله و هو غير مدرك أ يقيم عليه الحدود و هو على تلك الحال؟ قال: فقال: أما الحدود الكامله التي يؤخذ بها الرجال فلا، و لكن يجلد في الحدود كلها على مبلغ سنه فيؤخذ بذلك ما بينه و بين خمس عشره سنه، فلا تبطل حدود الله في خلقه و لا تبطل حقوق المسلمين بينهم».

و حسنه الآخر أو صحيحه (٢) في حديث «قلت لأبي جعفر (عليه السلام) أ يقيم عليها الحدود و تؤخذ بها و هي في تلك الحال إنما لها تسع سنين و لم تدرك مدرك النساء في الحيض؟ قال: نعم إذا دخلت على زوجها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم و دفع إليها مالها، و أقيمت الحدود التامه عليها و لها، قلت: فالغلام يجري في ذلك مجرى

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب مقدمات الحدود الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من أبواب عقد النكاح الحديث- ٩.

الجارية؟ فقال: يا أبا خالد إن الغلام إذا زوجه أبوه و لم يدرك كان الخيار له إذا أدرك، و بلغ خمس عشره سنه أو يشعر فى وجهه أو ينبت فى عانته قبل ذلك، قلت:

فإن زوجه أبوه و دخل بها و هو غير مدرك أ يقام عليه الحدود و هو فى تلك الحال قال: أما الحدود الكامله التى يؤخذ بها الرجال فلا، و لكن يجلد فى الحدود كلها على قدر مبلغ سنه فيؤخذ بذلك ما بينه و بين خمس عشره سنه»  
، الحديث.

و منها

صحيح ابن وهب (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام فى كم يؤخذ الصبى بالصيام؟

قال: فيما بينه و بين خمس عشره سنه، و أربع عشره سنه، فإن هو صام قبل ذلك فدعه»

بناء على اراده معنى «أو» من الواو فيها، بل عن النهايه روايته بها، بل لا بد من كون المراد ذلك لاستحاله الجمع هنا كما هو ظاهر، و حينئذ فمقتضى السياق و الترديد كون ما تقدم عليهما وقتا للتمرين و الأخذ على سبيل التأديب، فيكون البلوغ حينئذ بأحدهما و يمتنع أن يكون الأقل و إلا- لم يكن الزمان المتوسط بينه و بين الأكثر تمرينيا، فيتعين كونه الأكثر، و لعل النكته فى الترديد التنبيه على الفرق بين المتوسط بينهما و المتقدم عليهما فى التضييق و عدمه بالنسبه إلى التمرين فإن الصبى يضيق عليه فيما بين الأربعة عشر و الخمسه عشر، بخلاف ما تقدم من الزمان فإنه لا يضيق عليه لبعده عن البلوغ.

و منها

صحيحه الآخر (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام فى كم يؤخذ الصبى بالصلاه؟

فقال: فيما بين سبع سنين و ست سنين، قلت: و فى كم يؤخذ بالصيام؟ قال: فيما بينه و بين خمس عشره سنه و أربع عشره سنه فإن هو صام قبل ذلك فدعه، و لقد صام ابني فلان قبل ذلك فتركته».

بالتقريب السابق.

و منها

المروى فى المحكى عن الخصال (٣) بإسناده عن العباس بن عامر عن

١- ١ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب من يصح منه الصوم الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من أبواب أعداد الفرائض الحديث- ١.

٣-٣ الوسائل الباب - ٢٩- من أبواب من يصح منه الصوم الحديث - ١٣.



ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: يؤدب الصبي على الصوم ما بين خمس عشره سنه إلى ستة عشره سنه».

و منها

مرسل المقنع (١) روى أن الغلام يؤخذ بالصيام ما بين أربعة عشر إلى ستة عشر سنه، إلا أن يقوى قبل ذلك،»

و إرسالهما غير قادح بعد الانجبار بما عرفت و هما صريحان فى المطلوب إذ المراد من الخمسه عشر نصا و فتوى ما هو المنساق منهما من إكمال العدد لا الدخول فيه، و به صرح غير واحد بل نسبه جماعه إلى المشهور بل عن مجمع البيان، و ظاهر التذكرة، و المسالك الجواديه، نسبته إلى أصحابنا بل عنهما و كثر الفوائد «أنه لا- يكفى فى البلوغ الطعن فى الخامسة عشر عملا بالاستصحاب و فتوى الأصحاب» و زاد فى الأولين «أن الاكتفاء به وجه للشافعيه منشؤه توهم صدق اسم العدد بالدخول فيه».

و على كل حال فلا- ريب فى أن المفهوم من كلام الأصحاب اعتبار الإكمال و انه لا يكفى الدخول، و بذلك يتضح دلالة المرسلين المتقدمين، كما انه اتضح لك قوه القول المشهور، و أنه يدل عليه الكتاب، و السنه، و العقل، و قد يقال:

و الإجماع، إذ المسأله و إن كان قد يتوهم أنها سداسيه الأقوال، الخمس عشر دخولا و كمالا، و كذا الأربع عشر، و كمال الثلاث عشر، و العشر، لكن التحقيق أنه ليس فيها إلا قولان، أحدهما المشهور و هو كمال الخمس عشر، و الثانى قول ابن الجنيد و هو كمال الأربع عشر اما القول بالدخول فى الخمس عشر فلم نعرف القائل به.

نعم عن الأردبيلي أنه حكاه عن بعض أصحابنا و اختاره، و عن الكفايه موافقته فى الحكايه دون الاختيار، لكن الظاهر أنه وهم، خصوصا بعد ما سمعت من التصريح بعدم الاكتفاء بالطعن فيها و أنه لا بد من إكمالها، اللهم إلا أن يكون النظر فى هذا القول إلى قول ابن الجنيد بالأربع عشر، بناء على أن العلم بإكمالها لا يحصل إلا بالدخول فيما بعدها، لكن عليه يتحد هذا القول مع قول ابن الجنيد، ضروره كون اعتبار الدخول فى الخمس عشر للعلم بحصول الحد، لا لاعتباره فى أصل التحديد، و كان العدول

فى التعبير حينئذ للتنبية على تأويل نصوص الخمس عشر بذلك.

وفيه حينئذ ما عرفت من عدم قابليه بعضها لذلك، و ظهور الإجماع على خلافه، و أما الدخول فى الأربع عشر فإنه و إن كان قد يفهم من السيورى، و ابن فهد و ابن أبى جمهور، أنه مذهب ابن الجنيد، حيث استدلو له ب خبر ابن سنان (١) الذى هو نص فى ذلك، لكن التحقيق خلافه، إذا الأصل فى حكاية قول ابن الجنيد الفاضل فى المختلف، و الظاهر مما نقله اراده الإكمال الذى هو المفهوم من العدد لغه و عرفا، و خصوصا مع اقترائه بالقول المشهور الذى قد عرفت كون المراد منه ذلك.

و فى المصاييح و كان منشأ التوهم احتجاج الفاضل له ب روايه الثمالى (٢) المتضمنه لجريان الأحكام على الصبيان فى ثلاث عشر و أربع عشر، ففهم السيورى منها تحديد البلوغ بالأخذ فى الأربع عشر، و ربما ساعده قول المصنف «و فى روايه من ثلاث عشر إلى أربع عشر مشيرا الى هذه الروايه» كما هو الظاهر و انضم إليها روايه ابن سنان (٣) المصرحه بهذا المعنى، و احتج بهما لابن الجنيد، بناء على أن الاحتجاج بروايه الثمالى واقع فى كلامه، كما توهمه عباره المختلف، و تبعه على ذلك ابن فهد، غير أنه أورد الحديث بلفظ المتن، ظنا منه أنه منقول باللفظ و اقتفى اثرهما ابن أبى جمهور.

و لا يخفى ما فى ذلك كله من التساهل و التسامح، فإن استناد ابن الجنيد إلى روايه الثمالى غير معلوم، و إن أوردتها العلامه فى المختلف حجه له، فإن من عادته فيه الاحتجاج للمذاهب بما يناسبها و إن لم يستند إليه القائل، و على تقدير الاستناد فالمعنى الذى أشار إليه المحقق غير متعين فى الحججه، لجواز أن يكون الوجه فيها الأخذ بأكثر العددين، نظرا إلى احتمال توهم الراوى، و يؤيده العطف «بأو» فى بعض النسخ، و على

التعيين فلا- ينافى ذلك إرادته الإكمال، لاحتمال أن يكون المراد انتهاء الاحتمال بانتهاء الأكثر، دون الطعن فيه، و على تقدير المنافاه فلا يتعين فيها

١- ١ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٢- ١١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٤- من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث- ٣.

الحمل على ما يطابق روايه ابن سنان، فإنها محتمله لإرادته البلوغ بإكمال الثلاث عشر و هو خلاف البلوغ بالدخول فى الرابعه عشر.

و بالجمله فروايه الثمالى مضطربه اللفظ، محتمله المعنى، فلا يصح الحكم بمطابقتها لروايه ابن سنان، و لا يصلح الاستناد إليها فى تعيين مذهب ابن الجنيد و إن علم استناده إليها فى القول المذكور، بل المتعين الرجوع فى ذلك الى ما يقتضيه الخلاف المحكى عنه فى المسأله و قد عرفت أنه ظاهر فى الإكمال بل صريح فيه هذا.

و لكن فى المدارك حكايه هذا القول من دون تعيين القائل، بل عن المجمع، و قلائد الدرر، نسبه إلى ظاهر الصدوق، بل زاد الأول نسبه إلى الشيخ فى الاستبصار، و مال إليه سيد المدارك بل عن بعض متأخرى المتأخرين اختياره، كما عن القاسانى تقويته، و الأردبيلى احتماله تاره، و تقويته أخرى.

و فيه أنه لم يتحقق نسبه إلى الصدوق و الشيخ، بل لعل المتحقق منهما خلافه، فينحصر القائل حينئذ فى بعض متأخرى المتأخرين، و هو مسبق بالإجماع.

و أما القول بالثلاث عشر و إن حكاه فى المسالك قولاً من دون تعيين، بل عن المجمع، و الكفايه، نسبه إلى ظاهر الشيخ فى كتابى الأخبار، بل عن الأول الظاهر أن غير الشيخ ذهب إلى ذلك أيضاً، و عن الثانى بعد إيراد ما تضمن الثلاث عشر من النصوص، و هذه أخبار معتبره، فالعمل بمقتضاها متجه، و ظاهره القول به.

لكن لا يخفى عليك أن مرجع هذا القول و سابقه إلى شىء واحد، لتوافقهما فى الثمره و اتحادهما فى الدليل، بل لا يبعد أن يكون المراد بالأول أن حد البلوغ إكمال الثلاث عشر، و اعتبار الدخول فى الأربع عشر، مقدمه للعلم نحو ما سمعته فى الخمس عشر، و الأمر فى ذلك هين.

و إنما الكلام فى إثبات هذا القول من أصله، فإننا لم نجد به قائلاً معيناً، و كلام متأخرى الأصحاب فى حكايه هذا القول و تعيين المحكى عنه لا يخلو من تلجلج و اضطراب.

و المجتمع مما قالوه بعد رد بعضه إلى بعض نسبه القول به إلى ابن الجنيد،

و ظاهر الشيخ و الصدوق، و قد عرفت أن مذهب ابن الجنيد كمال الأربع عشر، و الشيخ موافق للمشهور، لنصه عليه في مواضع من كتبه، و نقله في الخلاف إجماع الفرقة عليه، و إيراده نصوص الثلاث عشر في كتابي الأخبار مع كونه معارضا بمثله لا يقتضى أن يكون ذلك مذهبا له، و كذا إيراده حديث الثمالي في النهايه مضافا إلى ما فيه من الإجمال المانع من تعيين المذهب، و ما يوهمه الإستبصار من الأخذ بحديث عمار مأول بالضرورة، لمخالفته الإجماع بل الضروره.

و أما الصدوق فقد أورد في الخصال و الفقيه على ما قيل ما يناسب هذا القول، و ما ينافيه، و ظاهر كلامه في صوم الفقيه موافقه المشهور، بل كلامه في المقنع يؤيد ذلك، مضافا إلى خلو الكتب المعده لنقل الخلاف حتى النادر عن نسبه ذلك إليهما، بل ظاهر بعضها أو صريحه قصر الخلاف على ابن الجنيد.

و اما القول بالعشر فإنه حكاة الخراساني من غير تعيين القائل، لكن لم تتحققه بل لم يحكه أحد من أصحابنا غيره، بل ظاهر الكتب المعده لذكر الخلاف الإجماع على عدمه، و لعل منشأ الوهم قول بعضهم بصحة بيعه و مضى تصرفه في الوصيه، و العتق، و جواز مؤاخذته على الجنايه و السرقة و الارتداد، و لكنك خير بأن شيئا من ذلك لا يقتضى البلوغ، و غايته ثبوت حكم البالغ لذي العشر في مواضع مخصوصه ورد بها النص.

نعم جعل المصنف في النافع خبر العشر روايه في البلوغ، لكنه لم يعمل به، و العامل به لم يجعله بلوغا، بل نص على خلافه، فلم يثبت للأصحاب قول بالعشر، كما أنه ظهر لك عدم قول في المسأله غير قول ابن الجنيد، و أن ما عداه بين ما لا أصل له، و بين ما استقر الإجماع على خلافه، بل يمكن دعوى ذلك في قول ابن الجنيد، إذ هو و إن كان معروف الحكايه عنه إلا أنه قد استقر الإجماع بعده على خلافه.

مضافا إلى ضعف ما ذكر دليلا له من

خبر أبي حمزه<sup>(١)</sup> عن أبي جعفر عليه السلام «قلت له: جعلت فداك في كم تجرى الأحكام على الصبيان قال: في ثلاث عشره و أربع عشره، قلت: فإنه لم يحتلم فيها قال: و ان كان لم يحتلم فإن الأحكام تجرى عليه»

و عموم أدله التكليف و صحه توجه الخطاب إلى المميزين عقلا لوجود شرطيه العلم و القدره خرج الأقل بالنص و الإجماع، فيبقى ذو الأربع عشر، و لأن نصوص الخمس عشر (١) محتمله للأخذ فيها، و للإكمال، و البناء على الأول هو الموافق للاحتياط في العباده، و إن كان مخالفا له بالنسبه إلى ما يتعلق بالولى، و لأن أحوال البدن فى الإنسان مرتبه على الأسابيع، فيجب أن يكون بلوغه كذلك، و ليس فى الأسبوع الأول و لا الثالث قطعا فيكون الثانى و هو المطلوب.

أما الأول فبالعقل و النقل، (أما الأول) فلما ذكره الأطباء من أن استكمال الإنسان و تراجعه فى السنين يشبه أحوال القمر فى استكماله و تراجعه فى دوره، فإن القمر يبدو هلالا ضعيفا ثم لا يزال يزداد إلى الليله السابعه، فيقوى و يشتد نوره و لا يزال فى الاشتداد حتى يصير فى الليله الرابعه عشر بدرا كاملا، ثم يرجع فينقص شيئا فشيئا حتى يكون فى الواحد و

العشرين من الشهر كهيأته فى السابع منه، ثم يزداد نقصه و خفاؤه الى أن ينتهى إلى العدم و المحاق فى الثمانيه و العشرين، و هكذا الصبى إذا ولد كان ضعيف الخلقه نحيف التركيب إلى أن يتم له سبع سنين، فإذا تم له ذلك استبان فيه آثار القوه فى العقل و البدن، ثم لا يزال يترقى إلى أن يتم له أربع عشره سنه، فإذا دخل فى السنه الخامسه عشر دخل فى الأسبوع الثالث، فهناك يكمل له العقل و تشتد قوته، و تتحرك فيه الشهوه، ثم لا يزال يترقى على هذه الحاله إلى السنه الحاديه و العشرين، ثم يدخل فى الأسبوع الرابع و هو آخر أسابيع النشو و النماء، فإذا تم له ذلك ياتمام السنه الثمانيه و العشرين انتقل إلى سن الوقوف، و هو الزمان الذى يبلغ فيه أشده، و هو الأسبوع الخامس، و يمتد إلى ست و ثلاثين سنه، ثم يبدو له الرجوع بعد ذلك و يكون عوده كبده.

(و اما الثانى) فلما رواه

الصدوق فى الفقيه (٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال

١- ١ الوسائل الباب - ٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث - ٢- و الباب - ١٤- من أبواب عقد البيع الحديث - ١-.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٨٣- من أبواب أحكام الأولاد الحديث - ٥.

«يربى الصبى سبعا و يؤدب سبعا و يستخدم سبعا و منتهى طوله فى ثلاث و عشرين سنه، و عقله فى خمس و ثلاثين، و ما كان بعد ذلك فالتجارب».

و عن الصادق (عليه السلام) (١) «دع ابنك يلعب سبع سنين، و يؤدب سبع سنين، و ألزمه نفسك سبع سنين، فإن، أفلح و إلا فإنه مما لا خير فيه».

و خبر عيسى بن يزيد (٢) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام):

ينتظر الصبى لسبع سنين، و يؤمر بالصلاه لتسع، و يفرق بينهم فى المضاجع لعشر، و يحتلم لأربع عشره و ينتهى طوله لإحدى و عشرين سنه، و ينتهى عقله لثمان و عشرين إلا التجارب».

و فى الجميع ما لا يخفى، إذ فى الأول: مضافا إلى الطعن فى سنده - بجهالة السندى بن ربيع، و يحيى بن المبارك، و وقف عبد الله بن جبلة - يمكن منع دلالة على المطلوب، لاشتماله على الترديد المنافى للتعين. و حمله على التقسيم أو الترديد من الراوى - لعلو مرتبه الإمام عنه، فيجب البناء على الأكثر، للأصل، و يثبت المطلوب - ليس بأولى من إبقاء العطف على ظاهره، و حمله على التمرين القابل من حيث استحبابه للدرجات، بخلاف الإيجاب بل هو أولى بملاحظه ما سمعته من أدله الخمس عشر كما هو واضح.

و فى الثانى: أن البلوغ شرط ثالث مغاير للعلم و القدره، و حصوله بالأربع عشر مشكوك فيه، فيشكك حينئذ فى التكليف المشروط به، على أن الأصل عدم الشرط مع الشك فيه كما هو المفروض، و بانتفائه ينتفى المشروط.

و الثالث: ما عرفت من عدم الإجمال فى نصوص الخمس عشر، لأنها بين ما هو نص فى الإكمال، و بين ما هو ظاهر فيه، و وجوب الاحتياط موقوف على التكليف، فلو توقف التكليف عليه دار، على أن الاحتياط فى نفسه لا يقتضى الوجوب، مع عدم اشتغال الذمه بما يتوقف عليه كما نحن فيه، إذ ذمه الصبى خاليه عن الشواغل.

١-١ المصدر نفسه الحديث ٤.

٢-٢ الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١٠ - فيه يتغير بدل ينتظر.

و الرابع: إنا نمنع اطراد الأسابيع فى كل شىء حتى البلوغ بالمعنى الذى يترتب عليه الأحكام الشرعيه، و الوجه العقلى مع كونه ظنيا لا يقتضيه، و النقلى مسوق لشىء آخر، فلا يقاس عليه البلوغ، و

قوله (عليه السلام) (١) «يحتلم لأربع عشر»

لا عموم له، و إنما المراد به الغلبه أو الإمكان فى ذلك الزمان دون ما قبله، فإن الاحتلام قد يتأخر عن المده المذكوره.

فظهر من ذلك كله أنه لا ينبغى للفقيه التوقف فى المسئله، و القول بالثلاثه عشر مضافا إلى ما سمعته سابقا فيه، انما يشهد له

موثق عمار (٢) عن الصادق (عليه السلام) سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاه، قال: إذا أتى عليه ثلاث عشره سنه، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاه و جرى عليه القلم، و الجارىه مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشره سنه،

أو حاضت قبل ذلك فقد وجب عليها الصلاه، و جرى عليها القلم».

و عبد الله بن سنان (٣) عنه أيضا «سأله أبى و أنا حاضر عن قول الله تعالى حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ قَالَ: الاحتلام، قال: فقال: يحتلم فى ست عشره و سبع عشره سنه و نحوها، فقال إذا أتت عليه ثلاث عشره سنه. كتبت له الحسنات و كتبت عليه السيئات و جاز أمره إلا أن يكون سفيها أو ضعيفا».

و موثقه الآخر (٤) عنه أيضا «إذا بلغ الغلام ثلاث عشره سنه كتبت له الحسنه، و كتبت عليه السيئه و عوقب و إذا بلغت الجارىه تسع سنين كلفت، و ذلك أنها تحيض لتسع سنين».

و صحيحه الآخر (٥) عنه أيضا «إذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشره سنه و دخل فى

١- ١ الوسائل الباب- ٧٤- من أبواب أحكام الأولاد الحديث- ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤- من أبواب مقدمه العبادات.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٨.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٢.

٥- ٥ هكذا فى الوسائل، و لكن فى التهذيب ج- ٩- باب- ٨- وصيه الصبى و المحجور الحديث- ٦- من بعد قوله: فقال إذا أتت عليه ثلاث عشره سنه توجد هذه الجملة و نحوها فقال: لا إذا أتت عليه ثلاث عشره سنه. إلخ.

الأربع عشره وجب عليه ما وجب على المحتملين احتلم أو لم يحتلم، وكتبت عليه السيئات وكتب له الحسنات، و جاز له كل شىء إلا أن يكون ضعيفا أو سفيها.

و الأول مع كونه من قسم الموثق و مشتمل على ما أجمع الإماميه على خلافه من عدم زياده بلوغ الجاربه على العشر غير صالح لمعارضه

ما تقدم من وجوه، و كذا ما بعده من النصوص التى هى فى قوه خبر واحد باعتبار كون الأصل فيها عبد الله بن سنان، و أن التعدد إنما هو فى الطريق اليه، مع أنها عدا الأخير منها من قسم الموثق المعلوم حاله.

و الأخير مشتمل على الحسن بن على بن زياد الوشاء، و عن ظاهر الأكثر عد حديثه من الحسن لا الصحيح، بل فى المحكى عن المسالك التصريح بذلك، قال و وصفه بالصحة فى كلام بعض الأصحاب يراد به الصحة الإضافيه، دون الحقيقيه مضافا إلى اختلاف ألفاظ الحديث و اضطراب متنه لأنه على ما رواه الوشاء يقتضى توقف البلوغ على الدخول فى الأربع عشر و هو خلاف المدعى و خلاف ما رواه غيره من البلوغ بالثلاثه عشر الذى هو غير البلوغ بالدخول فى الأربع عشر، و لذا كان بلوغ الأنثى بالتسع لا- الدخول فى العشر و الصبى الخمس عشر لا- الدخول فى الستة عشر، هذا و ان أمكن دفعه بما سمعته سابقا من أن اعتبار الدخول للعلم، لا- للبلوغ، إلا- أن عدم معرفيته عن ذلك بمثله فى نظائره و اختلاف ألفاظ الروايه مما يحصل به الارتباب فى سلامه اللفظ المسموع من الإمام (عليه السلام).

و على كل حال فلا ريب فى قصورها عن معارضه ما تقدم من وجوه، و احتمال ترجيحها عليها بالمخالفه لجميع مذاهب العامه- بخلاف نصوص الخمس عشر الموافقه لمذهب الأوزاعى، و الشافعى، و أبى يوسف، و محمد بن الحسن، و أحمد بن حنبل- يدفعه استبعاد خفاء مثل ذلك على الأساطين، سيما مع معرفيه ما يقع منهم (عليهم السلام) تقيه بين خواصهم، حتى كان بعضهم يقول لبعض قد أعطاه من جراب النوره.

بل يمكن دعوى القطع من الفقيه الممارس لكلماتهم العارف بلسانهم و ما يلحنونه فى أقوالهم بعدم صدور نصوص الخمس عشر مصدر التقيه، على أن أكثرها عن الباقر



و الصادق عليهما السلام، و زمان الباقر عليه السلام متقدم على زمان القائل بالخمس عشر من أهل الخلاف، بل و كذا الصادق عليه السلام عدا الأوزاعي.

لكن قيل الذى يظهر من تتبع الأخبار أن التقيه منه و من الباقر عليهما السلام من فقهاء الحجاز و العراق، دون الشام التى الأوزاعي منها، بل لم يكن بحيث يتقى منه، على أن فى جملة من تلك النصوص تحديد بلوغ الأثنى بالتسع، المخالف لما أجمع عليه العامة، و هو أقوى شاهد على عدم خروجها مخرج التقيه التى لو بنى فيها الأمر على الاحتمال كما اختاره بعض المحدثين، كان حمل خبر ابن سنان عليها أولى، باعتبار معرفته عند العامة و اتصاله بالمنصور، و المهدي، و الهادي، و الرشيد من خلفاء بنى عباس، و كثره وقوع التقيه من الصادق عليه السلام، بخلاف الباقر عليه السلام.

فلا ريب فى قصورها عن المعارضه لتلك النصوص المتعدده التى فيها الصحيح و غيره، الموافقه للأصل و العمومات، و ظاهر الكتاب و السنه، و محكى الإجماع و الشهره العظيمه، بل صحيح ابن وهب منها صريح فى نفي الثلاثه عشر لأن أقصى ما يحتمل فيه و إن كان خلاف الظاهر تحقق البلوغ بالدخول فى الخمس عشر، بناء على أن المراد من العددين فيه الأخذ فيهما، لا كمالهما، و هو غير مكافئ له سندا كما هو واضح بل و دلالة لاحتمال خبر الثلاث عشر تأكد الاستحباب، أو تحقق البلوغ بغير السن من الأسباب، أو غير ذلك.

و إن أبيت فصناعه الفقه تقتضى طرحه فى مقابلته، كطرح ما تضمنه التحديد بخمسه أشبار

فى خبر السكوني (١) عن الصادق عليه السلام «قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا بلغ الغلام خمسه أشبار اقتص منه، و إن لم يكن بلغ خمسه أشبار قضى بالديه»

أو تأويله بما يرجع إلى المشهور، و التحديد بثمان سنين

فى خبر سليمان بن حفص المروزي (٢) «قال إذا تم للغلام ثمان سنين فجائز أمره، و وجب عليه الفرائض و الحدود

١- ١ الوسائل الباب- ٣٦- من أبواب قصاص النفس الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب حد السرقة الحديث- ١٣.

و إذا تم للجاريه تسع سنين فكذلك».

و الموثق عن الحسن بن راشد(١) عن العسكري عليه السلام «إذا بلغ الغلام ثمان سنين فجائز أمره في ماله، و قد وجب عليه الفرائض و الحدود و إذا تم للجاريه تسع فكذلك»

المخالفين للإجماع كما عن الآبي الاعتراف به.

و التحديد بالعشر

في خبر أبي أيوب الخزاز(٢) «سألت إسماعيل بن جعفر متى تجوز شهاده الغلام؟ فقال: إذا بلغ عشر سنين، قال: قلت: و يجوز أمره قال:

فقال: إن رسول الله دخل بعائشه و هي ابنه عشر سنين، و ليس يدخل بالجاريه حتى تكون امرأه، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره و جازت شهادته»

المقطوع سنده، بل في طريقه العبيدي عن يونس، و فيه كلام و قد ورد بالعشر نصوص كثيره في الوصيه و العتق و الوقف و غيرها.

و لعل منها ما أشار إليه المصنف بقوله و في أخرى إذا بلغ عشرا و كان بصيرا، أو بلغ خمسة أشبار جازت وصيته، و اقتصر منه، و أقيمت عليه الحدود الكامله و ان كنا لم نعثر على اجتماع ذلك في روايه كما اعترف به في المسالك، قال: «أما روايه العشر في جواز الوصيه فهي صحيحه، و في معناها روايات، إلا أنها لا تقتضى البلوغ، لجواز اختصاصه بهذا الحكم، و من ثم لم يعمم، و أما بلوغ خمسة أشبار فهو في روايه أخرى، و إن كان المفهوم من العبارة أنهما في واحده، و معنى قولنا أقيمت عليه الحدود أنه لا ينقص منها شيء، لأن الصبي إذا فعل ما يوجب الحد على غيره يؤدب بما لا يبلغ الحد، و لنا

روايه(٣) أخرى «أن الأحكام تجرى على الصبيان من ثلاث عشره سنه و أربع عشره سنه و ان لم يحتلم»

و ليس فيها تصريح بالبلوغ مع عدم صحه سندها، و هذه الروايه قدمها المصنف في النافع ثم عقبها بقوله و في أخرى، و هنا عبر بالأخرى من غير سبق روايه و ليس بجيد.

١- ١ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث- ٤.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب الشهادات الحديث- ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٣.

قلت: الأمر في ذلك كله سهل بعد أن لم يكن في شيء من نصوص العشر المتفرقة في الأبواب ما يدل على كون العشر بلوغاً، و غايتها ارتفاع الحجر بها عن الصبي في تلك الأمور المخصوصه، و بعضها كالصريح في ذلك و الأصحاب بين عامل بمضمونها في تلك الموارد، و بين راد لها في الجميع، و بين مفصل فأجاز و صيته، لصحة الأخبار الواردة فيها، و منع فيما عدا ذلك.

و أما حصول البلوغ الذي هو مناط التكليف بالعشر فلم نعرف قائلًا به نعم أرسله في الكفايه كما سمعت، و لم نتحققه، بل مقتضى اسناد بعض الأصحاب له إلى الروايه، عدمه، و على تقديره فلا ريب في ضعفه لقصورها عن المعارضه من وجوه، بل النص مستفيضه في عدم حصوله بالعشر.

ف

في صحيح أبي بصير (١) عن الصادق عليه السلام «في غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنى

بامرأه يجلد الغلام دون الحد، و تجلد المرأه الحد كاملاً قيل له و إن كانت محصنه قال: لا ترجم لأن الذي نكحها ليس بمدرك».

و الحلبي (٢) قلت لأبي عبد الله عليه السلام: «الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ فقال: أما الترويج فصحيح، و أما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك، فيعلم أنه كان طلق امرأته».

و صحيح صفوان (٣) عن إسحاق بن عمار قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن ابن عشر سنين أيجوز؟ قال: عليه حجه الإسلام إذا احتلم، و كذا الجارية عليها الحج إذا طمشت»

و نحوه غيره إلى غير ذلك من النصوص، فلا إشكال في المسأله بحمد الله من هذه الجهه، بل و لا من غيرها كما بان لك ذلك مفصلاً هذا كله في الذكر.

و أما الأثنى فبلوغها كمال تسع على المشهور بين الأصحاب، بل هو الذي استقر عليه المذهب، خلافاً للشيخ في صوم المبسوط، و ابن حمزه في خمس الوسيله فبالعشر إلا أن الشيخ قد رجع عنه في كتاب الحجر، فوافق المشهور و كذا الثاني في

١- ١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب حد الزنا الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب ميراث الأزواج الحديث- ٤.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب وجوب الحج و شرائطه.

كتاب النكاح منها بل قد يرشد ذلك منهما إلى إرادته توقف العلم بكمال التسع على الدخول في العشر.

و على كل حال فيمكن بعد رجوع المخالف دعوى تحصيل الإجماع كما وقع من بعضهم بل في السرائر بعد أن حكى عن صوم المبسوط ما سمعت، و عن نهايته التسع قال: «و هو الصحيح الظاهر من المذهب، لأنه لا خلاف بينهم أن حد بلوغ المرأة تسع سنين، فإذا بلغتها و كانت رشيدة سلم الوصى إليها و هو بلوغها الوقت الذي يصح أن تعقد على نفسها عقده النكاح، و يحل للبعل الدخول بها بغير خلاف بين الشيعة الاثني عشرية».

و يدل عليه مضافا إلى ذلك و إلى ما تقدم من خبرى ابن حمران (١) و يزيد الكناسى (٢) و موثقى عبد الله بن سنان (٣) و الحسن بن راشد (٤)، و

مرسل الفقيه (٥) قال «أبو عبد الله عليه السلام إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها، و جاز أمرها فى مالها، و أقيمت الحدود التامة لها و عليها»

و النصوص (٦) الداله على جواز الدخول بالجارية إذا بلغت تسعا، و أنها تحيض لتسع (٧) و هى كثيره.

و أما البلوغ بالعشر فقد رواه الشيخ مرسلا و لم أجد به روايه مسنده نعم ربما يستدل له ب

روايه غياث بن إبراهيم (٨) عن الصادق عليه السلام «أن أمير المؤمنين عليه السلام قال:

١- ١ الوسائل الباب ٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث- ٢- و الباب- ٢- من أبواب الحجر الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب ٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث- ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب ٤٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١٢.

٤- ٤ الوسائل الباب ١٥- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات- ٤.

٥- ٥ الوسائل الباب ٤٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٤.

٦- ٦ الوسائل الباب ٤٥- من أبواب مقدمات النكاح.

٧- ٧ الوسائل الباب ٤٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١٢- و الباب ٢- و- ٣- من أبواب العدد الحديث ٤ و ٥.

٨- ٨ الوسائل الباب ٤٥- من أبواب مقدمات النكاح الحديث- ٧.

لا توطىء جاريه لأقل من عشر سنين، قال: فإن فعل فعيت ضمن»

لكنها كما ترى مع أنها ضعيفه السند- بينه الشذوذ معارضه بالروايات المستفيضه الداله على جواز الدخول بالجاريه لتسع، بل

عن النبي (صلى الله عليه وآله) (١) «أنه دخل بعائشه قبل تجاوز التسع»

غير صريحه فى تحديد البلوغ بالعهره لجواز استناد المنبع فيها إلى أمر آخر، غير عدم البلوغ، فليس للفقيه محيص عن المشهور، كما هو واضح.

و على كل حال فالمراد بالسنة فيها- و فى الذكر هنا بل و فى غيره من التحديدات القمرية، لأنه المعهود من الشرع و المعروف عند العرب، و قد قال الله تعالى (٢) «إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَاوَاتِ» و قال (٣) «هُوَ الَّذِي جَعَلَ الشَّمْسَ ضِيَاءً وَ الْقَمَرَ نُورًا وَ قَدَرَهُ مَنَازِلَ لِتَعْلَمُوا عَدَدَ السِّنِينَ وَ الْحِسَابِ» و قال (٤) «يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيْتُ لِلنَّاسِ وَ الْحَجِّ».

و على هذا فيعتبر فى الذكر ماضى أربع عهه سنه و أحد عشر شهرا هلاليا فى السنه الأولى،

و يكمل الشهر الأول منها من السادسة عشر ثلاثين يوما إن كان تاما و إلا فى تكملته ثلاثين كالأول، أو بقدر ما فات منه تم أو نقص احتمالان: أظهرهما عند بعض الأساطين الأول، و كذا الكلام فى الأنثى، و ربما قيل بانكسار الشهور و السنين كلها بانكسار الشهر الأول فيبطل اعتبار الأهله و يرجع الى العدد فى الجميع و هو ضعيف.

و الظاهر انتفاء القول هنا و إن قيل بمثله فى غيره و قد تقدم لنا شطر صالح من الكلام فى ذلك فلاحظ و تأمل هذا.

و لا يخفى ان تحديد البلوغ بالسنة كغيره من التحديدات أمر واحد، غير مختلف بالقياس إلى أنواع التكليف، لما عرفت من أن البلوغ مرتبه خاصه فى جميع أفراد الحيوان فضلا عن الإنسان- لإجماع العلماء و للنصوص الكثيره الوارده فى التحديد على اختلافها

١-١ الوسائل الباب-٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث.

٢-٢ سورة التوبه الآيه ٣٦.

٣-٣ سورة يونس الآيه-٥.

٤-٤ سورة البقره الآيه ١٨٩.

فيه، إلا أنها متفقه في عدم الاختلاف المزبور.

بل خبر عبد الله بن سنان (١) منها- الذى قواه المتأخرون، و مال إلى الأخذ به الفاضل المذكور- ظاهر الدلالة على ما ذكرنا، و كذا حديث الثمالى (٢) و خبر حمزه بن حمران (٣) بل النبوى صريح فى ذلك.

و فى

المروى عن قرب الإسناد عن على بن المفضل (٤) «أنه كتب الى أبى الحسن عليه السلام ما حد البلوغ؟ قال: ما أوجب على المؤمنين الحدود»

و به يظهر العموم فى خبر يزيد الكناسى (٥) حيث دل على أن الحدود لا تثبت للغلام قبل بلوغ الخمس عشر، فما تفرد به الفاضل الكاشانى- من أن التحديد بالسن مختلف فى التكليفات، و أن الحد فى كل شىء هو التحديد الوارد فيه، ظنا منه أن التوفيق بين النصوص الواردة فى السن إنما يحصل بذلك- واضح الفساد، لمخالفته إجماع الإماميه بل المسلمين كافة، فإن العلماء مع اختلافهم فى حد البلوغ بالسن مجمعون على أن البلوغ الراجع للحجر هو الذى يثبت به التكليف، و أن الذى يثبت به التكليف فى العبادات هو الذى يثبت به التكليف فى غيرها، و أنه لا فرق بين الصلاة و غيرها من العبادات، فيه.

بل هو أمر ظاهر فى الشريعة، معلوم من طريقه فقهاء الفريقين، و عمل المسلمين فى الأعصار و الأمصار من غير نكير، و لم يسمع من أحد منهم تقسيم الصبيان بحسب اختلاف مراتب السن، بأن يكون بعضهم بالغاً فى الصلاة مثلاً غير بالغ فى الزكاة، أو بالغاً فى العبادات دون المعاملات، أو بالغاً فيها غير بالغ فى الحدود، و ما ذاك إلا لكون البلوغ بالسن أمراً متحداً غير قابل للتجزية و التنويع، على أن فى جملة من نصوص المقام خبرى المروزي (٦) و ابن راشد (٧) المصرحين بوجوب الفرائض و الحدود على

١- ١ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١٢-.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٣-.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ٧.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٤- من أبواب مقدمه العبادات الحديث ٣.

٦- ٦ المستدرک ج- ١- ص ٧.

٧- ٧ الوسائل الباب- ١٥- من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات الحديث- ٤-.

الغلام بإكمال الثمان، و التوفيق بينهما و بين التحديدات غير ممكن.

و كذا ما ورد فى الوجوب على ذى ست، و عدم الوجوب على من لم يبلغ ثلاث عشره سنه، أو أربع عشر، و ما دل على وجوب الصوم على الجاربه بالتسع، و ما دل على عدمه عليها إلا بالثلاث عشر.

و بالجمله فالنصوص مختلفه اختلافًا لا- يرجى جمعه بنحو ذلك، و إنما الواجب النظر فى اخبار المسأله بالنسبه إلى المكافاه و عدمها، ثم الأخذ بالراجح، و ترك المرجوح أو تأويل ما يمكن فيه منه بالحمل على التمرين و التأديب، أو غير ذلك، كما فعله الأصحاب، و قد بان لك بحمد الله الراجح منها و المرجوح، و الله أعلم بحقيقه الحال، هذا كله فى السن و الإنبات و الإنزال.

أما الحمل و الحيض فليسوا بلوغًا فى حق النساء بلا- خلاف معتد به أجده فيه، بل نفاه عنه غير واحد من دون استثناء، ففى المسالك «لا- خلاف فى كون الحيض و الحمل دليلين على البلوغ، كما لا- خلاف فى كونهما بلوغًا بأنفسهما» بل هو ظاهر العلامه فى التذكره و التحرير حيث نفى الخلاف فى كون الحيض دليلًا على البلوغ و الدليل فى كلامهم هنا خلاف السبب، لكن فى المبسوط أن البلوغ يحصل بثلاثه الاحتلام، و الحيض، و السن، ثم قال: و الحمل دلالة على البلوغ، و كذا الإنبات على، خلاف فيه، و ظاهره كون الحيض بلوغًا دليلًا على سبقه، و مثله ما فى الوسيله لكن يمكن أن يريدًا بذلك عدم دلالة على سبق بزمان يسع التكليف، لجواز اتصاله بالسن، و وقوعه بعد كمال التسع بلا فصل، فيكون كالسبب فى البلوغ، لا بمعنى جواز التقدم عليه فإن امتناعه مقطوع به فى كلام الأصحاب، كما أنه يمكن إرادته ثانى الشهيدين من العبارة السابقه أنه لا خلاف فى كون الحمل و الحيض دليلين على سبق البلوغ كما لا خلاف فى كون هذين الأمرين المذكورين فى المتن المفهومين ضمنا من دلالة الحمل و الحيض على سبق بلوغًا فى أنفسهما، و يمكن إرجاع الضمير إلى الحمل و الحيض على معنى إرادته تعليق أحكام البلوغ عليهما فى الشرع، و إن كانا كاشفين عنه حقيقه.

فى خبر عبد الرحمن بن الحجاج (١) عن الصادق (عليه السلام) «ثلاث يتزوجن على كل حال، و عد منها التى لم تحض و مثلها لا تحيض، قلت: و ما حدها قال: إذا أتى لها أقل من تسع سنين».

و روايته الأخرى (٢) عنه أيضا «ثلاث يتزوجن على كل حال و ذكر من جملةتها التى لم تحض و مثلها لا تحيض، قال: قلت: و متى يكون كذلك قال ما لم تبلغ تسع سنين، فإنها لا تحيض و مثلها لا تحيض».

و روايه عبد الله بن عمر (٣) «قلت لأحدهما: الجارية يشتريها الرجل و هى لم تدرك أو قد يئست من المحيض؟ قال: لا بأس بأن لا يستبرءها».

و موثق عبد الله بن سنان (٤) «إذا بلغ الغلام ثلاث عشره سنه كتبت له الحسنه و كتبت عليه السيئه و عوقب، و إذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك، و ذلك أنها تحيض لتسع سنين».

و خبر يونس بن يعقوب (٥) «أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يصلى فى ثوب واحد؟ قال: نعم، قلت: فالمرأه قال: لا يصلح للحره إذا حاضت إلا الخمار، إلا أن لا تجده»

و غيرها من النصوص المتعلقة لأحكام البلوغ على الحيض.

أما الحمل فقد يدل عليه

الحسن كالصحيح (٦) «عن أبى عبد الله (عليه السلام) أنه قال:

فى رجل ابتاع جاريه و لم تطمئث قال: إن كانت صغيره لا يتخوف عليها الحبل فليس عليها عده، و ليطأها إن شاء، و إن كانت قد بلغت و لم تطمئث فإن عليها العده».

١-١ الوسائل الباب-٢- من أبواب العدد الحديث-٤.

٢-٢ الوسائل الباب-٣- من أبواب العدد الحديث-٥.

٣-٣ الوسائل الباب-١١- من أبواب بيع الحيوان الحديث-١.

٤-٤ الوسائل الباب-٤٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث-١٢.

٥-٥ الوسائل الباب-٢٨- من أبواب لباس المصلى الحديث-٤.

٦-٦ الوسائل الباب-٣- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث-١.



مرسل جميل (١) عن أحدهما (عليهما السلام) «فى الرجل يطلق الصبيه التى لم تبلغ ولا يحمل مثلها و قد كان دخل بها، و المرأه التى قد يئست من المحيض و ارتفع حيضها و لا يلد مثلها؟ قال: ليس عليهما عده و إن دخل بهما».

و موثق محمد بن مسلم (٢) عن أبى جعفر (عليه السلام) «قال: التى تحبل مثلها لا عده عليها».

و خبر منصور بن حازم (٣) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الجارية لا يخاف عليها الحبل قال: ليس عليها عده».

و خبر ابن أبى يعفور (٤) عن الصادق (عليه السلام) أيضا «فى الجارية التى لم تطمث و لم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل قال: ليس عليها عده يقع عليها».

بل قد يشهد لذلك أيضا فحوى الأخبار المستفيضة (٥) المتضمنه لنفى العده عن الصغيره و التى لم تبلغ المحيض، فإن الوجه فى انتفاء العده فى مثلها على ما يستفاد من النصوص عدم الاسترابه بالحمل فى مثلها، و مقتضى ذلك خروجها عن حد الصغر بإمكان الحمل، فخروجها عنه بتحقيقه أولى.

و على كل حال فقد بان لك مما ذكرنا عدم كونهما بلوغا بأنفسهما بل قد يكونان دليلين على سبق البلوغ فى مثل المجهول حالها، بأن يكون الحيض منها كاشفا عن حصول العده لها،

فلا يرد أن الدم الذى تراه قبل التسع ليس بحيض، و بعدها يكون بلوغها بالسن، فلا أثر للحيض فى الدلاله، إذ الجواب ما أوأنا إليه من ظهور القاعده فى مجهوله السن، فإن بلوغها يعرف بالحيض، لدلالته على السن الدال عليه، لا بالسن، لفرض جهالته.

نعم يعتبر فيه معلوميه كونه حيضا من الصفه أو غيرها، و لا- يكفى هنا ما اشتهر بين الفقهاء من قاعده الإمكان، إذ هو مشروط ببلوغ التسع كما صرحوا به، و الفرض

١- ١ الوسائل الباب- ٢- من أبواب العده الحديث- ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من أبواب العده الحديث- ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٢.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٢- من أبواب العده.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٣- من أبواب نكاح العبيد و الإمامه الحديث ٣.

فى المقام الاشتباه.

و من هنا قال فى التذكرة: «لو اشتبه الخارج أنه حيض أم لا لم يحكم بالبلوغ، و لا يحكم إلا مع اليقين عملا بالاستصحاب» و هو كذلك و معه يسقط اعتبار الصفه، فإنها إنما تعتبر فى صورته الشك.

و أما دلالة الحمل على السبق فباعتبار قضاء العاده بتقدم الحيض، و باعتبار كونه مسبقا بالإنزال الذى قد عرفت سببته للبلوغ، لأن تكون الولد إنما يكون من اختلاط مجموع المائين، و هو المراد من الأمشاج فى الآية الكريمة (١) على ما هو المهور بين المفسرين كإرادته صلب الرجل و ترائب المرأة من قوله تعالى (٢) «يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَ التَّرَائِبِ» لا صلب الرجل و ترائبه، و لا أن المراد بالأمشاج الاختلاط من الطبائع التى تكون فى الإنسان من

الحراره و البروده و الرطوبه و اليبوسه، و لا- الأطوار و الشؤن، و لا- الاختلاط من منى الرجل و حيض المرأة، مع أنه على الأخير يتم المطلوب أيضا.

و ما ذكرناه فى الآيتين هو المروى عن ابن عباس بل هو موافق للنصوص الكثيره عن النبى (صلى الله عليه و آله) و الأئمه عليهم السلام على أن خلق الولد من المائين و أن ماء الرجل أبيض غليظ، و ماء المرأة أصفر رقيق، و أن العظم و العصب و العروق من نطفه الرجل و الشعر و الجلد و اللحم من نطفه المرأة، و أن الذكوره و الأنوثة و الشبه بالأعمام و الأخوال من تسابق المائين، و علو أحد هما على سابقه روى ذلك الصدوق، و الراوندى، و الطبرسى، فى المحكى عن العلل، و القصص، و المجمع و الاحتجاج.

و ما عن الحكماء و الأطباء من الاختلاف فى منى المرأة فعن أرسطو و أتباعه أنه لا- منى لها و إنما ينفصل عنها رطوبه شبيهه بالمنى إذا امتزج بها منى الرجل تولد منها ماده الجنين، و ذلك لوجود القوه العاقده فى منى الرجل و المنعده فى رطوبه المرأة.

١- ١ سورة الدهر الآية- ٢.

٢- ٢ سورة الطارق الآية- ٦.

و عن جالينوس و أكثر الأطباء أن للمرأة منيا كالرجل، و في كل منهما قوه عاقده و منعقده، لكن منى الذكر أشد و أقوى في الفعل و التأثير من منى الأنثى، و عن الحكماء أن مبدء التصوير في منى الرجل، و مبدء التأثير و التصور في منى المرأة، و إنما المنى إنما يقال عليهما بمحض اشتراك الاسم، و الا فمنى الرجل حار نضيج ثخين، و منى المرأة جنس من دم الطمث، و إنما حصل به استحاله يسيره، لا يبعد به عن الدم بعد منى الرجل منه، و لذا يسمونه طمنا لا منيا.

و عن بعض المحققين ان المنى عند الحكماء و هو الماء الجامع لبياض اللون و رائحه الطلع، و الدفق و اللذه و القوه العاقده غير قادح في شىء مما ذكرنا، ضروره كون النزاع بين الفريقين لفظيا، و أن الاتفاق منهما واقع على أن تكون الولد من مجموع المائين، و العبره في التسميه بالعرف و اللغه و رطوبه المرأة تسمى منيا فيهما، و خروجها عنه باصطلاح الحكماء لا يقدرح في ثبوت الحكم الشرعى المنوط بغيره، كما هو واضح.

و على كل حال ففي التذكرة و القواعد و المسالك «أن دلالة الحمل على البلوغ منوطه بالوضع، لعدم العلم بتحقيقه بدونه، فبعد الوضع يحكم بالبلوغ قبله».

قلت الأجود إناطه الحكم بالعلم فى أصل الحمل، و ابتدائه فلو علم به قبل الوضع حكم بالبلوغ، و كذلك لو علم بكونه لأكثر من ستة أشهر حكم به، لما يحتمل النقص عنه، و لا فرق فى دلالة الحمل على البلوغ بين أن يكون الولد تاما أو غير تام، إذا علم أنه مبدء نشو آدمى، كما فى العلقه و المضغه، و يسقط اعتبار الستة أشهر هنا. و للرجوع إلى الأربعين - كما دلت عليه الروايات فى مراتب النشو - وجه وجيه.

ثم لا يخفى عليك أن الحاجه إلى هذه العلامه فيما إذا تحقق الحمل للمرأة من غير إحساس بالإنزال، فلو أحست به حصل لها العلم بالبلوغ بذلك، و جرى عليها القلم، و إن توقف الحكم به ظاهرا على ظهور الحمل، أو تحقق الوضع و الله هو العالم بحقيقه الحال.

#### [تفريع الخشى المشكل لو خرج منيه من الفرجين حكم ببلوغه]

تفريع: الخشى المشكل بناء على الانحصار فى الرجل و المرأة، و أنه

لا قسم ثالث إن نبت شعره الخشن حول الفرجين أو بلغ سنه الخمس عشر لو خرج منيه من الفرجين أو أمني من فرج الذكر بعد مضي تسع، وإمكان الامناء من الذكر حكم ببلوغه بلا خلاف أجده بيننا ولا إشكال ضروره حصول سبب البلوغ في الفرجين، إن كان رجلا أو امراه.

نعم لو خرج منيه من أحدهما يحكم به بناء على اعتبار اعتياد المخرج في الدلالة على البلوغ، لجواز كون ذلك الفرج زائدا، فلا يكون معتادا أما لو صار ذلك معتادا أو قلنا بدلاله خروج المنى مطلقا على البلوغ، اتجه الدلالة هذا.

و في المسالك بعد أن حكم بعدم الدلالة قال: «و مثله ما لو حاض من فرج النساء خاصه هذا هو الذي اختاره أكثر العلماء و لبعض العامه قول بأن ذلك كاف في البلوغ لان خروج المنى من فرج الذكر يحكم بكونه ذكرا، كما يحكم به لو خرج البول منه خاصه، و كذا القول في الحيض و المنى من فرج الأنثى، و لان خروج منى الرجل من المرأه و الحيض من الرجل مستحيل، و كان دليلا- على التعيين، و متى ثبت التعيين كان دليلا على البلوغ، و لأن خروجهما معا دليل البلوغ، فخروج أحدهما أولى، لأن خروجهما يفضى إلى تعارضهما، و إسقاط دلالتهما، إذ لا يتصور حيض صحيح و منى رجل، و نفى في التذكرة البأس عن هذا القول، و هو في محله نعم لو صار ذلك معتادا قويت الدلالة».

قلت لا- ينبغى التأمل في دلالة الحيض، بعد فرض العلم بكونه حيضا، لا أنه بصفاته و ان احتمال كونه غير حيض على التعيين، و على البلوغ، كما أنه لا- ينبغى التأمل في دلالة المنى الخارج من الفرج بعد العلم بكونه منيا عليهما أيضا، إذا كان خروجه في زمان عدم إمكان خروجه من الذكر، لاستحاله ذلك من غير الأنثى كما هو واضح.

أما لو كانا بالصفه مع احتمالهما غيرهما، فالمتجه ما هو المشهور من عدم الدلالة على أحدهما، لما عرفت، و قياسه على البول مع أنه منصوص هو مع الفارق، ضروره كون المفروض أنهما بالصفات، و إن لم يقطع بكونهما حيضا أو منيا، و دعوى أن

الصفات مما تورث العلم ظاهره الفساد، وإلا لم يمكن فرض التعارض فيهما في المسألة التي ذكرها المصنف وغيره بقوله.

ولو حاض من فرج الإنانث و أمني من فرج الذكور حكم ببلوغه على المشهور بين الأصحاب، نقلا إن لم يكن محصلا، بل في المسالك «أن دلاله ذلك عليه واضحه، لأنه إما ذكر فقد أمني، وإما أنثى فقد حاضت» و للعامه قول بعدم ثبوت البلوغ بذلك، لتعارض الخارجين و إسقاط كل واحد منهما الآخر، و لهذا لا يحكم و الحال هذه بالذكوره و لا بالأنوثة، فيبطل دلالتهما كالبيتين إذا تعارضا، بل في المسالك «هو وجه في المسألة».

قلت: هو مع أنه مناف للوضوح الذي ادعاه سابقا اللهم إلا أن يريد بالوجه مطلق الاحتمال و ان كان واضح الضعف تعارضهما بالنسبه إلى الدلاله على الذكوره أو الأنوثة لا يقضى به بالنسبه إلى البلوغ، ضروره عدم التلازم بينهما كما هو واضح و الله أعلم.

### [الوصف الثاني الرشد]

الوصف الثاني الذي يتوقف عليه رفع الحجر الرشد في المال بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل الكتاب و السنه داله عليه أيضا، و المرجع فيه العرف كما في غيره من الألفاظ التي لا حقيقه شرعيه لها، و لا لغويه مخالفة للعرف، و ما عن الكشاف- من أن الرشد الهدايه، و القاموس الاهتداء، و النهايه و الصحاح خلاف الغي، المفسر فيهما بالضلال- لا ينافي ما ذكره الأصحاب في المقام، إذ هو بالنسبه إلى خصوص المال، و لو سلم فالعرف مقدم على اللغه عندنا، كما حررناه في محله.

و على كل حال ف هو أن يكون مصلحا لماله و قد قيل: إنه طفحت به عباراتهم، بل عن التنقيح «أنه لا شك فيه عند العرف» و مجمع البرهان «هو الظاهر المتبادر منه عرفا، و أنه هو الذي ذكره الأصحاب» و عن مجمع البيان «أنه العقل و إصلاح المال و هو

المروى عن الباقر (عليه السلام) (١) و عن مجمع البحرين عن الصادق- (عليه السلام) (٢) في تفسير الآيه «أنه حفظ المال».

و لعل مرجع الجميع إلى شىء واحد، و هو ما صدق عليه عرفا انه رشد

١-١ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٧.

٢-٢ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٦.

بالنسبة إلى المال، إلا أن قاعدتهم في مثل هذه الألفاظ الراجعة إلى العرف عدم التحديد التام، اتكالا عليه، بل ربما لا ينافي في بعض المقامات تحديده على الوجه التام، و من هنا قد عرفت تفسيره بما سمعت، و في القواعد و عن غيرها أنه كيفية نفسانية تمنع من إفساد المال، و صرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء، و كثير منهم ممن فسره بالإصلاح قد أخذ الملكة فيه في مقام آخر، و جميع ذلك عند التأمل فضول لوفاء العرف في مصداقه، فليس من وظائف الفقيه البحث فيه، فضلا عن الاطّاب.

نعم جرت عادتهم بذكر تفسير له على وجه الإجمال، و لذا تختلف في القيود، و من هنا يعرف ما في المسالك في شرح عبارته المتن معترضا بها عليه، بل و على غيره قال:

«ليس مطلق الإصلاح موجبا للرشد، بل الحق أن الرشد ملكة نفسانية تقتضى إصلاح المال، و تمنع من إفساده، و صرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء.

و احترزنا بالملكه عن مطلق الكيفيه، فإنها ليست كافيه، بل لا بد من أن تصير ملكه يعسر زوالها، و باقتضائها إصلاح المال عما لو كان غير مفسد له، و لكن لا رغبه له في إصلاحه على الوجه المعتبر عند العقلاء، فإن ذلك غير كاف في تحقق الرشد، و من ثم يختبر بالاعمال اللائقة بحاله، كما سيأتي، و يمنعه من إفساده عما لو كان له ملكه الإصلاح و العمل، و جمع المال، و لكن ينفقه بعد ذلك في غير الوجه اللائق بحاله، فإنه لا يكون رشيدا».

و فيه أولا: أنه من المعلوم إرادته الصفه اللازمه ضروره عدم صدق الرشيد عرفا على من حصل منه ذلك على وجه الاتفاق، و مرجع الملكة إلى ذلك فهي مراده للجميع بهذا المعنى قطعاً، و المراد بإصلاح المال حفظه و الاعتناء بحاله، و عدم تبيذيره و المبالاه و نحو ذلك مما ينافيه العرف بالاعمال التي لا تليق بحاله.

أما تنميته و التكسب به فقد يمنع اعتباره في الرشد عرفاً، من غير فرق بين أولاد الرؤساء و غيرهم، و ستعرف عدم وجوب الاختبار بالاعمال اللائقة بحاله، و انما هو طريق من طرق معرفه الرشد، كالغزل و الاستغزال، و النسج و الاستنتاج في الأنثى و الجمع بينهما في الخنثى، ضروره عدم توقف تحقق الرشد عرفاً على ذلك، بل قد

يتحقق عرفا بدونه، كما هو واضح بأدنى تأمل. و بالجمله إطاله الكلام فى تحقق مصداق الرشد فى المال مع وفاء العرف به تضييع للعمر فيما لا ينبغي.

و أولى من ذلك البحث فى أنه هل يعتبر فيه العدالة أولا حتى قال المصنف فيه تردد بل و خلاف فعن الشيخ، و الراوندى، و أبى المكارم، و فخر الإسلام، اعتبارها، بل عن الغنيه الإجماع عليه، و المشهور نقلا- و تحصيلا- بل فى المسالك و محكى التذكرة نسبتته إلى أكثر أهل العلم- العدم، إذ لا- ريب فى صدق العرف بدونها، و لو كانت معتبره فى الابتداء لاعتبرت فى الاستداه، و هو معلوم الفساد بالسيره القطعيه فى معامله المخالفين، و أهل الذمه و الفسقه و غير هم.

و من هنا حكى عن التذكرة الإجماع على عدم التحجير بطرو الفسق الذى لم يستلزم تبييرا، و على عدم مدخله ترك المروه ككشف الرأس و مد الرجل و أشباه ذلك فى العدالة على تقدير اعتبارها فى دفع المال.

قلت: بل يمكن دعوى كونه ضروريا يشك فى إسلام منكره، و قد صرح الأصحاب بجواز بيع الخشب لمن يعمل الأصنام، و التمر و الزبيب لمن يصنع الخمر.

فمن الغريب النقل عن الشيخ فى الخلاف، و المبسوط، و ابن زهره التزام ذلك بل هو فى المبسوط لم يجعل ذلك احتياطا، كالمحكى عن الخلاف، و الغنيه المستظهر من الاحتياط فيهما الوجوب دون الندب، مع أن الإنكار عليهما فى الاحتياط لو أريد منه الاستحباب واضح، فضلا عما لو لم يكن احتياطا.

و أغرب من ذلك استدلالهما عليه بقوله (١) «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» بضميمه ما

روى عنهم (٢) «من أن شارب الخمر سفيه»

و بأن الفاسق موصوف بالغى الذى هو ضد الرشد المعتبر فى المال و لان المتيقن العدل دون غيره، و نحو ذلك مما لا يليق بالفقيه جعل شىء منها مدركا للحكم الشرعى كما هو واضح.

و أطرف من ذلك كله القول بأنه لا يرد عليهما على تقدير قولهما بذلك شىء

١- ١ سورة النساء الآية- ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٨.

مما ذكر، لأن العدالة عندهما ظاهر الإسلام مع عدم ظهور الفسق، أو حسن الظاهر، و هما معا متحققان في غالب الناس إذ هو كما ترى.

نعم لهما الفرق بين الابتداء و الاستدامه مع أنه ليس لهما أيضا، للقطع بتحقق الرشد عرفا بدونها، فلا يجوز منع مال الناس بأمثال هذه المزخرفات، و بعض أفراد الفسق الذى يرتفع معها وصف الرشد و يثبت بها وصف السفه لا يقضى باعتبار العدالة في ماهيه الرشد قطعاً، كما هو واضح و بالجمله الإطناب في ذلك كما وقع لبعضهم أيضا من تضييع العمر، فيما لا ينبغي كالمسأله السابقه و الله أعلم.

و كيف كان ف إذا لم يجتمع الوصفان اى البلوغ و الرشد كان الحجر باقيا بلا خلاف و لا إشكال و كذا لو لم يحصل الرشد و لو طعن في السن لإطلاق الأدله خلافا لبعض العامه فأوجب دفع المال إليه إذا بلغ خمس و عشرين سنه.

و على كل حال و أماما يعلم به رشده فهو أيضا بطرق لا تنحصر عرفا و منها معرفته باختباره بما يلائمه من التصرفات ليعلم قوته على المكايسه في المبايعات، و تحفظه من الانخداع، و كذا تختبر الصبيه و حينئذ فيعرف رشدها بأن تحفظ من التبذير، و أن تعتنى بالاستغزال مثلا، و بالاستنتاج، إن كانت من أهل ذلك أو بما يضايه من الحركات المناسبه لها و يأتي تمام الكلام في آخر المبحث إنشاء الله تعالى.

و كيف كان ف يثبت الرشد بشهاده الرجال في الرجال (١١) إجماعا و بشهاده الرجال (١٢) منفردين و النساء (١٣) كذلك في النساء (١٤) أو مع التلفيق بلا- خلافا أجده فيه، بل قيل: عليه الإجماع في كثير من العبارات، و إن كنا لم نتحققه دفعا لمشقه الاقتصار (١٥) على الرجال فيهن و غيره فيندرج فيما دل على نفيهما من الآيه و الروايه.

بل قد يندرج فيما دل على قبول شهادتهن فيما يعسر اطلاع الرجال عليه من النصوص، و إن كان لا- يخلو من بحث لو لا الاعتضاد باتفاق الأصحاب، ظاهرا عليه، فظهر حينئذ عدم الإشكال في الحكم بجميع أفراده و الخناثي كالنساء على الظاهر.

إنما الكلام في اعتبار قيام بينه الرشد عند الحاكم و حكمه بها في الثبوت، أو يكفي قيامها بعد معلوميه جمعها للشرائط من العدالة و نحوها عند من في يده المال،



ربما احتمال الأول، لمعلومية اعتبار الحاكم فى الشهاده، و الغرض أن المقام من موضوعها، و إلا لاكتفى بخبر الواحد، و قد يقوى الثانى خصوصا مع تعذر الحاكم أو تعسر الوصول إليه لعموم قبول البينه و منع اشتراطها بالحاكم فى المقام، و أمثاله الذى قيل أنه يكتفى فيه بالظاهر، للسيره القطعيه فى معاملته مجهول الحال، و البينه لا تقصر عنه، كما إنه قيل بتحقيق وصف الرشد بقيامها و لو عند غيره، فيحصل حينئذ شرط الدفع، و إن كان لا يخلو من نظر، و تمام الكلام فى المسأله فى مقام آخر، ضروره كثره أفرادها و الله أعلم هذا كله فى الرشد.

### [أما السفیه]

و أما السفیه بالنسبه إلى المال فهو المقابل له فيكون عبارته عن الذى يصرف أمواله فى غير الأغراض الصحيحه عند العقلاء و لو أبناء الدنيا، لما عرفت من أن الرشد إصلاح المال، و تحققه لا يحصل إلا بعدم الصرف فى غير الأغراض الصحيحه، و تمام الكلام فيه يعرف مما قدمناه فى الرشد، و أن مرجعه إلى العرف الذى لا شك فى عدم تحققه بمجرد الصرف فى مطلق المعاصى، إما لأنه ليس تبييرا، أو لأنه لا يتحقق السفه عرفا.

لكن فى المحكى عن التحرير إن استلزم فسقه التبذير - كسراء الخمر و آلايت اللهو و النفقه على الفاسق - لا يسلم إليه شىء لتبذيره، و فى المحكى عن التذكرة: الفاسق إذا كان ينفق أمواله فى المعاصى و يتوصل بها إلى الفساد فهو غير رشيد، و لا تدفع إليه أمواله إجماعا، بل قيل: الظاهر أنه إجماع الأمه.

و فيه: أن مثله قد لا يعد عرفا سفيها، خصوصا الإنفاق على الفاسق، و إلا لاتجه ما عن الأردبيلي من الإشكال بأنه قل ما يخلو عن ذلك الإنسان، فإنهم يشتركون ما لا- يجوز و يستعملون الربا، و يعطون الأموال للمغنى و اللاعب بالمحرم، و إلى من يأخذ من الناس الأموال قهرا، خصوصا الحكام و الظلمه، فيلزم أن يكونوا سفهاء لا- تجوز معاملتهم و مناكتهم و أخذ عطاياهم، و زكواتهم و خمسهم، فإنهم سفهاء، بإجماع الأمه كما فهمناه من التذكرة مع أنهم صرحوا و أطلقوا معاملاتهم، و مناكتهم، و قبول جوائزهم، و قالوا بكراهتها.

بل يمكن أن يقال: إن صرفه في العنب بأن يعمل خمرا، و في الخشب بأن يعمل صنما و نحو ذلك صرف في المحرم، فيكون فاعله سفيها لا- تجوز معاملته و مناكحته، مع أنهم جوزوا ذلك و قالوا بكرهتها، و لا شك أن صرفه و لو كان قليلا من الإطعام للرياء و السمعه و غير ذلك من الأغراض الغير الصحيحه شرعا حرام، فيكون موجبا للسفه، و من الذى يخلو عنه من أرباب الأموال فيلزم عدم جواز أخذ العطيه بل الزكاه و الخمس منهم فتأمل.

و بالجمله فالتزهر عنه متعسر جدا، فإنه لو لم يعامل السفيه، فإنه يعامل من يعامله، و يصعب ذلك أيضا أنهم قالوا أن الرشد شرط، فلا بد من تحققه، ليعمل بالمشروط، فمن جاء إلى سوق كيف يعرف ذلك، بل كيف يعرف حصول الرشد الابتدائي الذى هو شرط بالإجماع، فالظاهر أنهم يبنون على الظاهر، و يتركون الأصل، فإن حال الإنسان أنه لم يفعل حراما، و لا يصرف ماله فيه.

و لعل هذا المقدار كاف للعلم بالرشد المطلوب فى جواز المعامله و المناكحه، و لهذا ما نقل الامتناع و التفحص عنهم عليهم السلام، و لا عن أحد من العلماء المتدينين، و يكون الاختبار الابتدائي لتسليم المال للنص و الإجماع.

و فيه أن ذلك لا يجدى فى المعلوم حالهم، كالحكام و غيرهم و من هنا التجأ بعضهم إلى الجواب بأن السفيه لا تجوز تصرفاته بعد الحجر عليه لا- قبله، و ليس السفه بنفسه موجبا للمنع، و هو أيضا مناف لإطلاق النص و الفتوى، بل و قوله (١) «و لا تُؤْتُوا الشُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» و غيره فالتحقيق ما عرفته من أن المناط فى تحققه و صدقه العرف، و لا- ريب فى عدمه عرفا فى جميع ما ذكره، ضروره اختلاف أصناف الناس، فقد يليق بالسلطان ما لا يليق بغيره، و لا يعد به سفيها، و إن كان صرفه فى محرم كما هو واضح.

و قد عرفت أن السيره القطعيه على معامله مجهول الحال، عملا- بظاهر الحال، و أصل الصحه و غير ذلك، و حيث عرفت أن المدار فى السفه و الرشد على العرف، فقد

يقال بتحقيق الأول منهما فيه بصرف جميع المال في وجوه البر، خصوصا بالنسبة إلى بعض الأشخاص، و الأزمنه، و الأمكنه، و الأحوال، كما أو ما إليه رب العزه بقوله (١) «وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ» (٢) «وَيَسْئَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ».

و هو كما

عن الصادق (عليه السلام) (٣) «الوسط من غير إسراف و لا إقتار»

و الباقر (٤) (عليه السلام) «ما فضل عن قوه السنه»

و ابن عباس «ما فضل عن الأهل و العيال، أو الفضل عن الغنى».

و عن النبى (صلى الله عليه و آله) (٥) «انه قال: لمن أتاه بيضه من ذهب أصابها في بعض الغزوات يجىء أحدكم بماله كله يتصدق به، و يجلس فيكفف الناس، إنما الصدقه عن ظهر غنى».

و المرسل (٦) عن الصادق (عليه السلام) «لو ان رجلا أنفق ما فى يده فى سبيل الله ما كان أحسن، و لا وفق للخير، أليس الله تبارك و تعالى يقول «وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ وَ أَحْسِنُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ».

و عن الصادق (عليه السلام) (٧) أيضا «قوله و الَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَ لَمْ يَقْتُرُوا وَ كَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَامًا» فبسط كفه و فرق أصابعه، و حناها شيئا و قوله «وَلَا تَبْسُطْهَا» فبسط راحته، و قال: هكذا و قال: القوام ما يخرج من بين الأصابع و يبقى فى الراحة منه شىء».

و عنه (٨) أيضا «أنه تلا هذه الآيه فأخذ قبضه من حصى و قبضها بيده، فقال: هذا الإقتار الذى ذكره الله تعالى فى كتابه، ثم قبض قبضه أخرى فأرخى كفه كلها ثم قال:

١-١ سورة الإسراء الآيه - ٢٩.

٢-٢ سورة البقره الآيه - ٢١٩.

٣-٣ الوسائل الباب - ٢٥- من أبواب النفقات الحديث ١٥.

٤-٤ الوسائل الباب - ٢٥- من أبواب النفقات الحديث ١٦.

٥-٥ المستدرک ج- ١ ص ٥٤٤.

٦-٦ الوسائل الباب - ٢٥- من أبواب النفقات الحديث ٧.

٧-٧ الوسائل الباب - ٢٥- من أبواب النفقات الحديث - ٧.

٨-٨ الوسائل الباب - ٢٩- من أبواب النفقات الحديث - ٦.

هذا الإسراف، ثم قبض أخرى فأرختى بعضها وأمسك بعضها، وقال: هذا القوام».

و فى صحيح الوليد بن صبيح (١) عنه أيضا «أن رجلا كان ماله ثلاثين أو أربعين ألف درهما ثم شاء أن لا يبقى منها إلا وضعها فى حق فيبقى لا مال له فيكون من الثلاثة الذين يرد دعاؤهم قلت: من هم قال: أحدهم رجل كان له مال فأنفقه فى وجهه، ثم قال: يا رب ارزقنى فيقال له: أ لم أرزقك».

بل

فى صحيح ابن أبى نصر (٢) عن أبى الحسن (عليه السلام) «سألته عن قول الله عز وجل «وَأَتُوا حَقَّهُ» إلى آخره كان أبى يقول من الإسراف فى الحصاد، والجذاذ، أن يتصدق بكفيه جميعا، و كان أبى (عليه السلام) إذا حضر شيئا من هذا فرأى أحدا من غلمانة أنه يتصدق بكفيه صاح أعط بيد واحده، القبضه بعد القبضه، والضغث بعد الضغث من السنبل».

و فى خبر ابن المثنى (٣) «سأل رجل أبا عبد الله (عليه السلام) عن قول الله «وَأَتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصَادِهِ» فقال: كان فلان بن فلان الأنصارى سماه و كان له حرث و كان إذا جده يتصدق به و يبقى هو و عياله بغير شىء، فجعل الله ذلك سرفا».

و عنه (٤) أيضا «أنه لما دخل الصوفيه عليه أنكر عليهم ما يأمرون به الناس من خروج الإنسان من ماله بالصدقه على الفقراء و المساكين»

و فى بعض الاخبار (٥) «أن السرف ان تجعل ثوب صونك ثوب بذلتك»

و فى بعضها (٦) «أن السرف أمر يبغضه الله عز وجل حتى طرحك النواه، فإنها تصلح لشىء، و حتى فضل شرابك».

و فى خبر إسحاق (٧) «ليس فيما أصلح البدن إسراف، و فيها إنما الإسراف فيما

١-١ الوسائل الباب -٤٢- من أبواب الصدقه الحديث - ١.

٢-٢ الوسائل الباب -١٦- من أبواب زكاه الغلاه الحديث ١.

٣-٣ الوسائل الباب -٤٢- من أبواب الصدقه الحديث -٣- مع اختلاف يسير.

٤-٤ الوسائل الباب -٢٨- من أبواب الصدقه الحديث -٨.

٥-٥ الوسائل الباب -٩- من أبواب أحكام الملابس الحديث -٢.

٦-٦ الوسائل الباب -٢٥- من أبواب النفقات الحديث -٢.

٧-٧ الوسائل الباب -٢٦- من أبواب النفقات الحديث -١.

أفسد المال و أضر بالبدن، قيل و ما الإقتار قال: أكل الخبز و الملح، و أنت تقدر على غيره، قيل: فما القصد قال: الخبز و اللحم و اللبن و الخل، و السمن، مره هذا، و مره هذا»

و نحوه غيره لكن فى القواعد ان صرف المال فى وجوه الخير ليس تبذيرا، كما عن ظاهر مجمع البرهان، بل و عن مجمع البيان، بل فى المسالك إن المشهور ذلك لأنه لا سرف فى الخير، كما لا خير فى السرف، و لم يثبت كونه خيرا» و

عن النبى (صلى الله عليه و آله) «انه قال: لعلى (عليه السلام) و أما الصدقه فجهدك»

و بالنصوص الداله على الترغيب فى ذلك، بل فى المسالك «و من المستفيض خروج جماعه من أكابر الصحابه و بعض الأئمه كالحسن (عليه السلام) صلوات من أموالهم فى الخير، و قصه صدقه أمير المؤمنين (عليه السلام) بالإقراض مشهوره، و فى الأول أنه لا- دلالة على القرض كالنصوص، و المستفيض عنهم لعله لأنه يليق بهم ما لا يليق بغيرهم و على كل حال فالمحكم العرف كما عرفت و الله أعلم.

و كيف كان فلو باع و الحال هذه أى غير رشيد لم يمض بيعه و لا- شراؤه و لا غير ذلك من عقود و معاملاته إذا حجر عليه الحاكم، أو مطلقا على الخلاف، و كذا لو وهب أو أقر بمال و الضابط: المنع من التصرفات الماليه بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل عن مجمع البرهان دعواه و هو الحججه بعد الاعتضاد بما دل عليه من كتاب و سنه، من غير فرق فى ذلك بين ما ناسب أفعال العقلاء منها أو لا، و لا بين العين و الذمه، و لا بين الذكر و الأنثى، بل هى أولى منه، لنقصان عقلها، و يسر انخداعها.

و من هنا حكى عن بعض العامه بقاء الحجر عليها و إن بلغت رشيدته، و الظاهر دخول تزويجها نفسها فى التصرفات الماليه من جهه مقابله البضع بالمال، فلا يجوز بدون إذن الولى، أما الذكر فظاهر، لان الصداق منه.

و ما عن نكاح القواعد من أن السفیه إذا كان به ضروره إلى النكاح، و تعذر الحاكم و الولى فإنه يجوز ان يتزوج واحده لا أزيد بمهر المثل - خارج عما نحن فيه، كالمحكى من نكاح التذكرة أيضا من أنه لو نكح السفیه بغير إذن الولى مع حاجته اليه و طلبه

من الولي فلم يزوجه «قال الشيخ رحمه الله» الأقوى الصحة، لأن الحق تعين له، فإذا تعذر عليه ان يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه، كمن له حق عند غيره، فمنعه و تعذر عليه أن يصل إليه كان له أن يستوفيه بنفسه بغير رضی المديون.

و حكى عن أحد وجهى بعض الشافعية أن النكاح يبطل و لا حد و لا مهر، و عن بعض أن لها مهر المثل، و عن بعض أن لها أقل ما يتمول رعايه لحق السفية، و وفاء لحق العقد، إذ به يتميز عن السفاح، و لتحقيق ذلك مقام آخر، إنما الكلام فى أنه ممنوع من التصرفات الماليه بدون إذن الولي، و حال تعذر الولي أو مخالفته شىء آخر كما هو واضح.

نعم يصح طلاقه، و ظاهره، و خلعه، و إقراره بالنسب، و بما يوجب القصاص و نحو ذلك مما ليس هو تصرفا ماليا للأصل السالم عن المعارض إذ المقتضى للحجر صيانته المال عن الإلتلاف فيختص منعه بما يقتضيه دون ذلك مما ليس ماليا، و لا يشكل الخلع إذا كان بدون المثل، لأنه إذا كان له الطلاق بدون عوض أصلا فمعه بطريق أولى، اللهم إلا أن يفرق بين الخلع مطلقا و غيره بصدق الماليه حينئذ فيراعى إذن الولي بمقداره و جنسه و نحو ذلك.

و كذا قد يشكل الإقرار بالنسب إذا تضمن الإنفاق و نحوه، مما يرجع إلى المال، و يدفع بأن المال فيه تبعى لا أصلى، و قد يقال: بقبوله فى النسب خاصه دون الإنفاق، و يؤيده أنه ربما يجعل ذلك و سيله لإتلاف المال لو قلنا بقبوله، بل جزم به فى المسالك، بل ظاهره أن هذا هو المعروف قال: «و إن كان أحدهما لا ينفك عن الآخر إلا أن تلازمهما غير معلوم، بل هو كالإقرار بالسرقة مره واحده من الحرز، فإنه يثبت به المال دون القطع، و بالعكس لو أقر بها السفية فإنه يقبل فى القطع دون المال، و حينئذ فالنفقه من بيت المال المعد لمصالح المسلمين، و للشهيد قول بأنه ينفق عليه من ماله، لأنه فرع ثبوت النسب، و لأن الإنفاق من بيت المال إضرار بالمسلمين، فكما يمنع من الإضرار بماله، يمنع من الإضرار بغيره، و رده بأن إقراره إنما ينفذ فيما لا يتعلق بالمال، و بيت المال معد لمصالح المسلمين، فكيف يقال: إن مثل ذلك يضر

بهم، إذ ذلك آت في كل من يأخذ منه جزاء».

قلت: للشهيد أن يقول: إن عموم الإقرار يشملها، بعد أن لم يكن تصرفا ماليا، و المال من التوابع، فيبقى على مقتضى الضوابط فتأمل جيدا و على كل حال فمما سمعت قد ينقذ الإشكال في الإقرار بما يوجب القصاص، و قد تقدم لنا البحث في نظير ذلك إذا أراد فداء نفسه بالمال، لكن الأقوى كما في المسالك وجوب الفداء أما إذا لم يكن كذلك فلا إشكال في القبول و الله اعلم.

و لا يجوز تسليم عوض الخلع إليه إذا كان مالا، و إن كان هو الذي يوقع الخلع.

و لو وكله أجنبي في بيع أو هبه مثلا جاز لأن السفه لم يسلبه حكم عبارته و لا أهليه مطلق التصرف بل في ماله خاصة فيبقى غيره مندرجا فيما دل على الصحة، كما هو واضح، خلافا لبعض العامة و لو أذن له الولي في النكاح الذي فيه مصلحته التي سوغت للولي الإذن فيه جاز إن عين له المهر و الزوجه و نحو ذلك، بحيث يؤمن معه من إتلاف المال بلا خلاف و لا اشكال، بل و إن عين الزوجه و أطلق المهر، لأنه ينصرف حينئذ إلى مهر المثل، و كذا غيره من العقود على الأقوى، و احتمال الفرق بين النكاح و البيع - مثلا - بأن المقصود من الثاني المال دون الأول، و بأن السوق يختلف ساعه فساعه فناسب أن يكون الولي هو العاقد احتياطا للمال، بخلاف النكاح و لذا حكى عن الشيخ و القاضي المخالفه، بل و عن غيرهما - كما ترى مجرد اعتبار لا يصلح أن يكون مدركا، و قد ظهر من ذلك و غيره أنه ليس مسلوب العبارة.

و حينئذ ف لو باع فأجاز الولي فالوجه الجواز للأمن من الانخداع حينئذ و لأنه أولى من الفضولي بذلك خلافا لما سمعته من الشيخ و القاضي، ضروره أولويه المنع هنا مما سمعته سابقا من تقدم الاذن بل حكاها في المسالك عنهم و هنا و قد يفرق بين المقامين و الله أعلم.

### [أما المملوك ]

و الخامس المملوك (١١) و هو ممنوع من التصرفات إلا بإذن المولى

كما تقدم البحث فيه مفصلا في باب القرض.

### [أما المريض]

و السادس المريض و هو ممنوع من الوصيه بما زاد عن الثلث كالصحيح إجماعا محصلا و محكيا مستفيضا أو متواترا، كالنصوص (١)المشتمل جمله منها على أنه الحيف و التعدى، و أنه يرد إلى الثلث الذى هو المعروف و الغايه فى الوصيه، و خلاف على بن بابويه غير قادح، أو غير ثابت، لأنه قال كما فى المختلف:

«فإن أوصى بالثلث فهو الغايه فى الوصيه، و إن أوصى بماله كله فهو أعلم بما فعله، و يلزم الوصى إنفاذ وصيته على ما أوصى» و هو عين المحكى عن فقه الرضا، و لعله بعد قوله هو الغايه غير صريح فى الخلاف، و يكون قوله يلزم إلى آخره كلاما مستأنفا.

كما أن قوله- و إن أوصى بماله- إلى آخره محمول على إرادته إلغاء وصيته أو على إرادته حمل ذلك لو وقع منه على الوصيه بما يخرج من أصل المال من دين أو نذر أو كفاره أو نحو ذلك، حملا لتصرفه على الوجه الصحيح، إذ الكتاب و السنه قد توافقا على وجوب إنفاذ الوصيه، و عدم جواز تبديلها إلا- مع الحيف، و هو لا- يثبت بالاحتمال، و هذا و إن كنا لم نقل به، إلا انه به يخرج عن الخلاف عما نحن فيه، ضروره رجوعه إلى حمل إطلاق الوصيه بجميع المال على الوجه الصحيح، و هو غير الوصيه بالزائد على الثلث فيما لم يعلم عدم خروجه عن أصل المال من وجوه البر أو العطيه أو نحو ذلك.

لكن فيه حينئذ أنه أيضا مخالف للنصوص، (٢)المتضمنه لإبطال هذه الوصيه، و إرجاعها إلى الثلث، فأصالة الصحه إنما هى فى التصرف بماله لا بما يخرج عنه بالموت بل الأصل الفساد، و إطلاق ما دل على نفوذ الوصيه و

أنها مقدمه على الإرث محمول بقريته النص و الفتوى على الثلث فما دون، فلا وجه للاستناد إليه فى ذلك، و لا فى الأول على تقدير خلافه.

و كيف كان فلا ريب فى عدم صراحه كلامه فى الخلاف فيما نحن فيه خصوصا بعد عدم نقل ولده عنه ذلك، و تصريحه بعدم جواز الوصيه بالزائد على الثلث من غير إشاره

١-١ الوسائل الباب- ٨- من أبواب أحكام الوصايا.

٢-٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب أحكام الوصايا.



إلى خلاف والده.

بل عنه

فى المقنع أنه روى عن الصادق (١) (عليه السلام) «أنه سئل عن رجل أوصى بماله فى سبيل الله عز و جل فقال: اجعله إلى من أوصى له به، و إن كان يهوديا أو نصرانيا فإن الله عز و جل يقول «فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ» ثم قال: عقيب ذلك ماله هو الثلث، لأنه لا مال للميت أكثر من الثلث»

مضافا إلى اقتضاء القواعد- بعد الإغضاء عن أدله الإرث، و كونها مطلقة- بطلان أصل الوصية، فيقتصر على المتيقن فى الخارج عن ذلك، و هو الثلث.

و

خبر ابن عبدوس (٢)- «أوصى رجل بتركته متاع و غير ذلك لأبى محمد عليه السلام فكتبت إليه

رجل أوصى الى بجميع ما خلف لك. و خلف ابنتى أخت له، فأرىك فى ذلك؟ فكتب إلى: بع ما خلف و ابعث به الى، فبعث و بعثت به اليه فكتب إلى قد وصل»

محتمل لإجازة الوارث، أو لكونه مخالفا بحيث يحرم، و لطلب الامام ليأخذ ثلثه و يرد الباقي، أو يحفظه لهما لصغرهما، أو لجواز ذلك بالنسبة إلى الامام خاصة، و للتنجيز فى حال الصحة أو غير ذلك مما لا بأس به، بعد قصوره عن معارضة غيره من وجوه، و خصوصا ما تضمن منه نحو هذه الواقعة، كما لا يخفى على من لاحظ هذه النصوص.

و كذا

خبر عمار (٣) «الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إن أوصى به كله فهو جائز»

- الواجب حمله بعد معارضته بالمتواتر من النصوص على إرادته الثلث من ماله، أو على إرادته الجواز الموقوف على إجازة الورثة أو على إرادته التنجيز من قوله «أوصى»، فيكون من أدله القائلين بكون المنجزات من الأصل، أو على غير ذلك.

لكن عن الشيخ و الصدوق حمله على من لا وارث له، و مقتضاه نفوذ الوصية بجميع المال مع

عدم الوارث غير الامام، و هو مخالف أيضا لإطلاق النصوص (٤) و معاهد

١- ١ الوسائل الباب- ٢٢- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٦.

٣-٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٩.

٤-٤ الوسائل الباب- ١١.

الإجماعات و غيرهما.

و

خبر السكوني (١) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «أنه سئل عن الرجل يموت و لا وارث له و لا عصبه؟ فقال: يوصى بماله حيث شاء فى المسلمين و المساكين و ابن السبيل»

مع قصوره عن المقاومة و احتماله الثلث من ماله - يمكن أن يكون ذلك إذا منه عليه السلام لأن الإرث إليه.

و أما

خبر محمد بن أحمد بن عيسى (٢) قال: كتب إليه محمد بن إسحاق المتطبب و بعد أطل الله بقاكَ نعلمك يا سيدنا أنا فى شبهه من هذه الوصية التى أوصى بها محمد بن يحيى بن رثاب و ذلك أن موالى سيدنا و عبيده الصالحين ذكروا أنه ليس للميت أن يوصى إذا كان له ولد بأكثر من ثلث ماله، و قد أوصى محمد بن يحيى بأكثر من النصف مما خلف من تركته، فإن رأى سيدنا و مولانا أطل الله بقاه أن يفتح غياهب هذه الظلمة التى شكونا و يفسر ذلك لنا نعمل عليه إنشاء الله. فأجاب (عليه السلام) إن كان

أوصى بها من قبل أن يكون له ولد فجائز وصيته، و ذلك أن ولده ولد من بعده»

فهو غير موافق لهما أيضا، فلا بد من طرحه أو تأويله، لكن فى الوسائل أنه قد عمل به الشيخ و الصدوق بظاهره و لا ريب فى ضعفه.

نعم لا- تنفذ الوصية بالزائد ما لم يجر الورثه فإن أجازوا بعد الموت نفذت بلا خلاف و لا اشكال نضا و فتوى، بل الإجماع بقسميه، عليه، فلا جهة للإشكال فيه بأنه كالأجازة للفضولى من تجدد له الملك بعده، مع وضوح الفرق بينهما، بأن التصرف هنا فيما بعد الموت الذى هو وقت الانتقال إلى المجيز، بخلافه فى الفرض الذى يتوجه فيه الإشكال فى الإجازة على تقدير الكشف بأنه لا- وجه له من حين العقد، لكون المفروض تجدد الملك للمجيز، فلا- يملك المعقود له قبل ملك المجيز، و لا من حين تجدد الملك للزوم إلغاء السبب فيما قبله.

و كيف كان فلا- إشكال فيما نحن فيه بعد ما عرفت. إنما البحث فى الإجازة قبل الموت، و المشهور نقلا إن لم يكن تحصيلها خصوصا بين المتأخرين أنها كالأجازة بعد

١- ١ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢.

الموت فى عدم جواز الرجوع بها، بل نسب إلى عامتهم، بل عن الطوسى الإجماع عليه للنصوص المستفيضة التى منها

صحيحا ابنى مسلم (١) و حازم (٢) «فى رجل أوصى بوصيه و ورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصيه، هل لهم أن يردوا ما أقرؤا به؟ قال: ليس لهم ذلك، و الوصيه جائزه»

و إطلاقهما كغيرهما من معقد الإجماع و غيره عدم الفرق بين الصحيح و المريض فى ذلك، خلافا للمحكى عن المفيد و الديلمى و الحلى فجوزوا الرجوع بها، بل ظاهر تعليلهم أنه لا أثر لها أصلا، فضلا عن جواز الرجوع بها، لعدم حق للورثه حال الحياه حتى يكون إسقاطه مجديا، فهو كإسقاط المرأه صداقها قبل الترويح و الشفيع قبل البيع، و لأنه لو جازت إجازتهم لجاز رد هم بحيث لا- يلزمون لو أجازوا بعد الموت، و التالى باطل، فالمقدم مثله، و فيهما- بعد التسليم- أنه اجتهاد فى مقابله النص، و قياس لا نقول به، بل مع الفارق كما هو واضح.

و لو أجاز البعض نفذ فى حصته و يعتبر فى المجيز جواز التصرف، فلا- عبره بإجازته الصبى و المجنون، أما المفلس فقد يتجه نفوذ إجازته حال الحياه، إذ لا ملك له حينئذ و إنما إجازته تنفيذ لتصرف الموصى، و أما بعد الموت ففى صحتها و جهان مبنيان على أن التركة هل تنتقل إلى الوارث بالموت، و بالإجازة تنتقل عنه إلى الموصى له، أم تكون الإجازة كاشفه عن سبق ملكه من حين الموت، فعلى الأول لا تنفذ، لتعلق حق الغرماء بالتركة قبل الإجازة، و على الثانى احتمال الأمران، و لعل الأقوى منهما النفوذ، خصوصا على ما هو الظاهر من الفتاوى، من كون ذلك

تنفيذا من الوارث لتصرف الموصى، لا أنه يكون هو المتصرف على معنى أنه هو الواهب و المعتق و الواقف مثلا، و إن احتمله بعضهم، لكن لا ريب فى ضعفه، سيما فى حال الحياه بل و الموت ضروره اقتضاء الإجازة منه لفعل الموصى، عدم الدخول فى ملكه بالموت، كما هو مقتضى الوصيه التى هى سبب لذلك مع الإجازة، و كذا الكلام فى المنجزات إذا زادت عن الثلث، بناء على أنها كالوصيه فى الخروج منه، و هذا حديث إجمالى ذكرناه تبعا لذكر المصنف حكم الوصيه للمريض توطئه لذكر منجزاته، إذ لا فرق بين المريض

١-١ الوسائل الباب-١٣- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١.

٢-٢ الوسائل الباب-١٣- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١.

و الصحيح فى حكم الوصيه، و إنما الفرق بينهما فى المنجزات عند جماعه، و هو الذى أشار إليه المصنف بقوله:

و فى منعه من التبرعات المنجزه الزائده عن الثلث خلاف بيننا فخيره الكلينى، و الصدوق، و الشيخين، و السيدين، و القاضى، و ابنى إدريس و البراج، و سعيد، و الآبى، و الأردبيلى، و الخراسانى، و الحر العاملى، و الطباطبائى و صاحب الرياض، على ما حكى عن بعضهم عدم المنع، و أنها من الأصل كالصحيح، بل عن كشف الرموز نسبتة إلى الأكثر، و فى الرياض أنه المشهور بين القدماء ظاهرا بل لعله لا شبهه فيه، بل فى هبه الانتصار، و الغنيه الإجماع عليه، للأصل بمعنييه، و قاعده التسلط و

حسن - أبى شعيب (١) المحاملى - بإبراهيم - عن أبى عبد الله (عليه السلام) «الإنسان أحق بماله ما دامت الروح فى بدنه»

و موثق الساباطى (٢) عنه أيضا «الميت أحق بماله ما دام فيه الروح يبين به، فإن قال: بعدى فليس له إلا الثلث»

و موثقه الآخر «الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح إذا أوصى به كله فهو جائز»

و خبره الثالث (٣): عنه أيضا «صاحب المال أحق بماله ما دام فيه شىء من الروح يضعه حيث شاء»

و موثقه الرابع (٤) عنه أيضا «قال له: الميت أحق بماله ما دام فيه الروح يبين به؟ قال:

نعم، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث»

و موثقه الخامس (٥) عنه أيضا فى الرجل يجعل ماله لرجل فى مرضه فقال: «إذا أبانه جاز»

و خبر سماعه (٦) قال له أيضا «الرجل له الولد يسعه أن يجعل ماله لقريبه؟ قال: هو ماله يصنع به ما شاء إلى أن يأتية الموت»

و نحوه

خبر أبى بصير (٧) و زاد «أن لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء ما دام حيا ان شاء وهبه و إن شاء تصدق به، و إن شاء تركه إلى أن

يأتية الموت، فإن أوصى به فليس له إلا الثلث، إلا أن الفضل فى أن لا يضيع من يعوله، و لا يضر بورثته.

١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٨.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٩.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٧.

٥- ٥ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٠.

- ٦-٦ الوسائل الباب-١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١.
- ٧-٧ الوسائل الباب-١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢.

مرسل مرزم (١) عنه أيضا «في الرجل يعطى الشىء من ماله فى مرضه قال: إن أبان به فهو جائز، و إن أوصى به فهو من الثلث».

و مرسل الكليني (٢) «عن النبي (صلى الله عليه و آله) أنه عاب رجلا من الأنصار أعتق مماليكه لم يكن له غيرهم، فقال ترك صبيه صغارا يتكفون الناس»

بل رواه

الصدوق مسندا (٣)، إلى جعفر بن محمد عليهما السلام و فيه «فأعتقهم عند موته»

و الضعف فيه سندا أو دلالة منجر بما عرفت، مضافا إلى كونها مخالفة للمحكى عن جميع العامة التي جعل الله الرشد فى خلافها، و إلى تأييدها بالسيره المستمره على عدم امتناع المريض أيام مرضه عن تبرعاته مع زيادتها عن الثلث، و على عدم ضبطها بطومار و نحوه، و على المنع الغير له، و لا الضبط عليه.

لكن و مع ذلك كله ف الوجه المنع من التبرع بالزائد فلا ينفذ على الورثه إلا مع إجازتهم، وفاقا للفاضل و الشهيدين و الكركى و المحكى

عن الصدوق و أبى على و الشيخ فى المبسوط، و غيرهم، بل نسبه غير واحد إلى عامه المتأخرين بل فى المسالك نسبه إلى الأكثر و سائر المتأخرين بل ربما حكى عن الشيخ فى باب العتق ما يقتضى أنه المعروف بيننا.

و فى المفاتيح أن الاخبار به أكثر و أشهر، و فى جامع المقاصد قد دلت عليه صحاح الاخبار، و فى موضع آخر منه أن النصوص به متواتره، و هو كالإجماع المنقول فى الحجية، خصوصا بعد شهادته التبع له.

إذ

فى خبر أبى حمزه (٤) «عن أحدهما عليهما السلام أن الله تبارك و تعالى يقول يا بن آدم تطولت عليك بثلاث سترت عليك ما لو يعلم به أهلك ما واروك، و أوسعت عليك فاستقرضت منك عليك فلم تقدم خيرا، و جعلت لك نظره عند موتك فى ثلثك فلم تقدم خيرا.»

و صحيح (٥) يعقوب بن شعيب «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) الرجل يموت ما له من ماله؟

١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٩.

٣-٣ الوسائل الباب-١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٩ و ذيله.

٤-٤ الوسائل الباب-٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث.

٥-٥ الوسائل الباب-١٠- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- في ذيل الحديث ٢.



فقال: له ثلث ماله».

و نحوه خبر أبى بصير(١).

و خبر عبد الله بن سنان (٢)«عن الصادق (عليه السلام) للرجل عند موته ثلث ماله، و إن لم يوص فليس على الورثة إمضاؤه».

و صحيح على بن يقطين (٣)«سألت أبا الحسن (عليه السلام) ما للرجل من ماله عند موته قال: الثلث و الثلث كثير».

و ذيل

خبر العلاء(٤)عن الصادق (عليه السلام) الذى تسمعه فى مسأله الإقرار الوارد فى الامراه التى أودعت عند رجل مالا قال فيه:  
«إنما لها من مالها ثلثه»

بل فى غيره نحو ذلك أيضا.

و

خبر على بن عقبه(٥)عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى رجل حضره الموت فأعتق مملوكا له ليس له غيره، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء منه قال: ما يعتق منه إلا ثلثه، و سائر ذلك الورثة أحق بذلك، و لهم ما بقى»

و نحوه خبر عقبه بن خالد(٦).

و

خبر أبى بصير(٧)عن الصادق (عليه السلام) «إن أعتق رجل عند موته خادما له، ثم أوصى بوصيه أخرى ألغيت الوصيه، و أعتقت الجارية من ثلثه، إلا أن يفضل من ثلثه ما يبلغ الوصيه».

و خبر أبى ولاد(٨)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرء منه فى مرضها؟ قال: بل تهبه له فتجوز هبتها له و يحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئا».

و نحوه خبر سماعه(٩)و

خبر جراح المدائنى (١٠)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن عطيه

١- ١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٧.

- ٣-٣ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٨.
- ٤-٤ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٢.
- ٥-٥ الوسائل الباب- ١١- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٤.
- ٦-٦ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٣.
- ٧-٧ الوسائل الباب- ١١- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٦.
- ٨-٨ الوسائل الباب- ١١- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١١.
- ٩-٩ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٦.
- ١٠-١٠ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٤.

الوالد لولده بينه؟ قال: إذا أعطاه في صحته جاز».

و خبر سماعه (١) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن عطيه الوالد لولده؟ فقال أما إذا كان صحيحا فهو ماله يصنع به ما شاء، فأما في مرضه فلا يصلح».

و صحيح الحلبي (٢) «سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتبرؤه منه في مرضها؟ فقال: لا».

و خبر السكوني (٣) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام «أن رجلا أعتق عبد الله عند موته لم يكن له مال غيره؟ قال: سمعت رسول الله (صلى

الله عليه وآله) يقول يستسعى في ثلثي قيمته للورثه».

بل و

خبره الآخر (٤) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام أيضا «أنه كان يرد النحل في الوصيه و ما أقر به عند موته، بلا ثبت و لا بينه رده»

بناء على أن المراد منه رد العطيه إلى الوصيه في الخروج من الثلث، بل لعل الظاهر منه والمرسل في جامع المقاصد وغيره المريض محجور عليه إلا- في ثلثه، و الخبر العامي (٥) المروى في المسالك عن صحاح الجمهور بل قال: إنه أجود ما في الباب متنا و سندا، و من ادعى خلاف ذلك فالسيره ترد دعواه، و عليها اقتصر

ابن الجنيدي في كتابه الأحمدي «و هو أن رجلا من الأنصار أعتق ستة أعبد له في مرضه، و لا مال له غيرهم، فاستدعاهم رسول الله (صلى الله عليه وآله) و جزاهم ثلاثه أجزاء و أقرع بينهم، فأعتق اثنين، و أرق أربعة».

و خبر إسماعيل بن همام (٦) عن أبي الحسن (عليه السلام) «في رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابته، و أعتق مملوكا، و كان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث كيف يصنع به في وصيته؟ قال: يبدأ بالعتق فينفذه»

ضروره ظهور قوله «يبدء» في إرادته الإنفاذ من الثلث، و منه يعلم إرادته ما يشمل المنجز من الوصيه، و إلا فلا وجه لتقديم العتق لو

١-١ المصدر نفسه.

٢-٢ المصدر نفسه.

٣-٣ الوسائل الباب-٦٤- من أبواب العتق الحديث-٥.

٤-٤ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث-١٢.

٥-٥ المستدرک ج- ٢- ص ٥٢١ عن عوالى اللئالى سنن النسائى باب الجنائز ج- ٤- ص ٥٢. طبع مصطفى البابى الحلبى و اولاده بمصر.

٦-٦ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢-٣.

فرض كونه وصيه، بل ينبغي تقديم المتقدم منهما.

بل منه يظهر حينئذ أن إطلاق «أخرى» في خبر أبي بصير (١) المتقدم سابقا باعتبار سبق التنجيز الذي يطلق عليه الوصيه بشهاده الخبر المزبور الموافق له في المضمون، و صحيح ابن الحجاج (٢) الاتي، لا- أن المراد من أعتق فيه أوصى فلا يكون دالا على المطلوب.

كما أن منه يظهر الاستدلال ب

صحيح محمد بن مسلم (٣) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه و أوصى بوصيه و كان أكثر من الثلث؟ قال: يمضى عتق الغلام و يكون النقصان في ما بقى»

إذ الظاهر إرادته كون مجموع التنجيز و الوصيه أكثر من الثلث، فأجابه (عليه السلام) بمضى العتق، و أن النقصان الذي في الثلث يكون في الوصيه، كما هو واضح.

بل منه يعلم الاستدلال ب

حسنه (٤) عنه أيضا «في رجل أوصى بأكثر من ثلثه، و أعتق مملوكه في مرضه فقال: إن كان

أكثر من الثلث، يرد إلى الثلث، و جاز العتق»

إذ الظاهر إرادته جوازه منه لا من الأصل، إذ حمل الواو فيه على الاستيناف خلاف الأصل فيها، فيكون المجموع حينئذ هو جواب الشرط كما هو الظاهر خصوصا بعد ملاحظه أن كلامهم عليهم السلام جميعا بمنزله كلام واحد، يفسر بعضه بعضا، و خصوصا مع تقارب السؤال و الجواب في هذه النصوص، و اتحاد الراوى في الخبرين، فمن الغريب استدلال بعضهم بهما على الأول، حتى ادعى صراحه الثانى منهما، و أنه غير قابل للتأويل، مع أنه لو أغضينا النظر عما ذكرنا، لم يكن فيه دلالة على الجواز من الأصل كما هو واضح.

و

موثق الحسن بن الجهم (٥) «سمعت أبا الحسن (عليه السلام) يقول في رجل أعتق مملوكا

١-١ المصدر نفسه.

٢-٢ الوسائل الباب- ٣٩- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٥.

٣-٣ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١.

٤-٤ الوسائل الباب- ٦٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٤.

٥-٥ الوسائل الباب - ٣٩- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٤-٥ مع اختلاف.

و قد حضره الموت و اشهد له بذلك و قيمته ستمأه و عليه دين ثلاثمائه درهم، و لم يترك شيئا غيره قال: يعتق منه سدسه، لأنه إنما له منه ثلاثمائه درهم و يقضى عنه ثلاثمائه درهم، و له من الثلاثمأه درهم ثلثها، و له السدس من الجميع»  
الذى يشهد بصحته.

صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (١) بل هو فيه دلالة على المطلوب أيضا و غيره فلا بأس بنقله على طوله «قال: سألتني أبو عبد الله عليه السلام يختلف ابن أبي ليلى و ابن شبرمه؟ فقلت: بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى فترك عليه دينا كثيرا و ترك ممالكك يحيط دينه بأثمانهم، فأعتقهم عند الموت فسألهم عيسى بن موسى عن ذلك، فقال ابن شبرمه أرى أن تستسعيهم في قيمتهم، فتدفعها إلى الغرماء فإنه قد أعتقهم عند موته، و قال ابن أبي ليلى: أرى أن أبيعهم و أدفع أثمانهم إلى الغرماء، فإنه ليس له أن يعتقهم عند موته، و عليه دين يحيط بهم، و هذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده و عليه دين كثير فلا يجوزون عتقه إذا كان عليه دين كثير، فرفع ابن شبرمه يده إلى السماء و قال: سبحان الله يا ابن ابي ليلى متى قلت بهذا القول؟ و الله ما قلته إلا طلب خلافي.

فقال أبو عبد الله عليه السلام: فعن رأى أيهما صدر؟ قال: قلت بلغني أنه أخذ برأى ابن أبي ليلى و كان له في ذلك هوى، فباعهم و قضى دينه، فقال: فمع أيهما من قبلكم؟ فقلت: مع ابن شبرمه، و رجع ابن أبي ليلى إلى رأى ابن شبرمه بعد ذلك.

فقال: أما و الله إن الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلى، و إن كان قد رجع عنه، فقلت له:

هذا ينكسر عندهم في القياس، فقال: هات قايسنى قلت: أنا أقيسك فقال: لتقولن بأشد ما تدخل فيه من القياس، فقلت له: رجل ترك عبدا لم يترك مالا غيره، و قيمه العبد ستمأه

درهم، و دينه خمسمائة درهم، فأعتقه عند الموت كيف يصنع؟ قال: يباع العبد فيأخذ الغرماء خمس مائة درهم و يأخذ الورثة مائة درهم، فقلت: أليس قد بقي من قيمه العبد مائة درهم عن دينه؟ فقال: بلى قلت: أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء قال:

بلى، قلت: أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المأه حين أعتقه؟ قال: إن العبد لا وصيه له، إنما ماله لمواليه، فقلت له: فإن كان قيمه العبد ستمأه درهم، و دينه أربع مائة

درهم فقال: كذلك يباع العبد، فيأخذ الغرماء أربعمائه درهم و يأخذ الورثة مأتين و لا يكون للعبد شىء .

قلت: فإن قيمه العبد ستمأه درهم و دينه ثلاثمائه درهم، فضحك عليه السلام فقال: من هنا أتى أصحابك جعلوا الأشياء شيئاً واحداً، و لم يعلموا السنه إذا استوى مال الغرماء و مال الورثة، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء، لم يتهم الرجل على وصيته، و أجزت وصيته على وجهها، فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء، و يكون ثلثه للورثة و يكون له السدس».

إذ ذيله صريح فى نفوذ العتق المنجز فى الثلث، لا-الأصل، و إلا- كان نصفه حراً، و احتمال أنه فى الوصيه، لا المنجز المقطوع بفساده، أو كالمقطوع كما اعترف به فى الرياض، خصوصاً بعد ملاحظه كلام الأصحاب فى حكم مضمونه فإنه صريح فى إرادته التنجيز منه أو الأعم منه و من الوصيه، بل جزم الشهيد الثانى بالأول، و إن خالفه فيه فى الرياض، و مال منه إلى تعديده الحكم المزبور إلى الوصيه وفاقاً للمحكى عن الشيخ، و هو لا يخلو من وجه، و أولى منه التعديده إلى غير العتق من المنجزات كالهبة و الوقف و نحوهما.

و على كل حال فهو ظاهر الدلاله على المطلوب، بل صدر المقايسه فيه واضح الدلاله على معلوميه أن ليس له فى التنجيز، إلا الثلث، كوضوح إرادته عليه السلام من قوله أخيراً «وصيته» التنجيز بشهاده المحكى من عمل كثير من الأصحاب به فيه، حتى بعض القائلين بأن المنجزات من الأصل، كالمفيد، و القاضى، و الشيخ، و ما فى المسالك من أن أكثر المتأخرين ردوه لمخالفته القواعد المقرره- حسن لو قصرت الروايه عن الصحه، أو لم يجز تخصيص العمومات القطعيه بالآحاد، لكنه خلاف التحقيق، خصوصاً بعد تعدد الصحاح و صراحتها، و ترجيح الأصول بالشهره فرع ثبوتها، ففى الرياض لم أتحققها، و لا وقفت على متصد لنقلها عداه، و إنما حكى الخلاف عن العلامة خاصه، و لم أقف على من تبعه غيره، و بعض ممن سبقه.

نعم رده ابن إدريس و أنفذ العتق من الأصل، و أسقط الدين من رأس، و لا ريب



فى ضعفه، بل هو اجتهاد فى مقابل النص، و أصحابه الموافقون له فى كون المنجزات من الأصل لا- يوافقونه فيما إذا زاحم التنجيز الدين، بل يخصونه بالنسبه إلى الورثه، و إلا كانوا محجوجين بهذا الصحيح و غيره، بل لعل مقابلته بالقول بالخروج من الثلث المعلوم كون المراد منه بعد خروج الدين تشهد بعدم المزاحمه المزبوره.

و على كل حال فلا ريب فى دلالة الصحيح المزبور على المطلوب، بل منه ينقدح الاستدلال ب

صحيح جميل (١) أيضا المروى فى الكافى عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل أعتق مملوكه عند موته، و عليه دين فقال: إن كان قيمته مثل الذى عليه و مثله جاز عتقه، و إلا لم يجز»

، و يحتمل تشبيه مثل الثانيه كما عن نسخه من الفقيه، و حينئذ يكون الواو فيه بمعنى أو فيوافق الصحيح المزبور، و عن الكلينى أنه رواه عن جميل عن زراره فيمكن أن يكون خبرا آخر.

و على كل حال فهو دال على المطلوب بعد اراده الجواز فيه على النحو المذكور فى خبرى ابى الجهم و الحجاج كما هو واضح.

و

فى دعائم الإسلام (٢) «وقد جاء عن جعفر بن محمد عليه السلام أنه قال فى العطيه للوارث و الهبه فى المرض الذى يموت فيه المعطى و الواهب: إنها غير جائزه»

و فى محكى الهدايه «و سئل أى الصادق عليه السلام عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكا له ليس له غيره فأبى الورثه أن يجيزوا لك قال: ما يعتق منه إلا ثلثه».

و قد ظهر ذلك من ذلك كله أنه لا غرابه فى دعوى تواتر النصوص به خصوصا إذا أريد منها القطع به منها، لا التواتر المصطلح، فإنه غير عزيز، بل لعل الغرابه من عدمه، كما لا يخفى على من لاحظها و غيرها مما دل على عدم الإضرار بالوارث الذى هو الحكمه أو العله فى حجر الوصيه عليه بالزائد، و لاحظ نصوص الإقرار (٣) الآتية التى بعضها

١- ١ الوسائل الباب- ٣٩ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٦.

٢- ٢ دعائم الإسلام ج ٢ ص ٣٥٩.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب أحكام الوصايا.

يظهر منه معلوميه انحصار الأمر على المريض لو أراد حرمان الوارث، و أنه لا طريق له إلا الإقرار الذى ستعرف علاج الشارع له بالتهمه و عدمها، و غيرها من النصوص (١) التى فى بعضها ما يظهر منها مرجوحه ذلك فى حال الصحه.

بل فى سؤال هذا البعض دلالة واضحه على معلوميه الفرق بين حالى الصحه و المرض بالنسبه إلى النفوذ من الأصل و عدمه، و غير ذلك خصوصا اختلال حكمه حصر الوصيه فى الثلث، ضروره التجاء كل من يريد حرمان الورثه حينئذ أو بعضهم عند حضور موته إلى التنجيز.

و أغرب شىء حمل هذه النصوص الكثيره على التقيه التى مع عدم قابليه البعض لها يمكن

القطع بعدمها فى مثل هذه النصوص التى رواتها من البطانه، بل لا يخفى على من مارس أخبارهم عليهم السلام أن عاداتهم الإشاره فى نصوص التقيه إليها، بذكر لفظ الناس و نحوه، بل قد يقطع بعدمه فى خصوص المقام، إذ لو كان الحكم مخالفا للعامه عندنا لكان فى جملة من النصوص إشاره إلى الإنكار عليهم، و إلى بيان بطلان ما هم عليه، و مخالفتهم الكتاب أو السنه، كما هى عاداتهم، بل لكان ذلك معروفا بين أصحابهم نحو غيرها من المسائل العظيمه العامه، إلى غير ذلك مما يعلم به عدم خروج النصوص مخرج التقيه.

و أغرب من ذلك، ما فى المسالك - فإنه بعد ما أورد منها صحيحى ابن يقطين، و شعيب، و أخبار ابن عقبه، و أبى أولاد، و الحسن بن الجهم، و الخبر العامى دليلا للثلاث، ناقش فيها بأنه لا دلالة فى الصحيحين اللذين هما العمده على المطلوب الذى هو قبل الموت، بل صحيح يعقوب منهما صريح فيما بعد الموت، كما أن الخبر الثانى باعتبار كون «عند» من ظروف المكان المقتضيه للمصاحبه دلالاته على الوصيه، أقوى، بل يمكن ذلك فى خبر ابن عقبه، إذ حضور الموت مانع من مباشره العتق فيراد منه حينئذ الوصيه و تكون النسبه إليه باعتبار أنه السبب الأقوى فى الوصيه، على أنه فى العتق خاصه، و كذا الكلام فى خبر ابن الجهم، أما خبر أبى ولاد فاشتماله على

ما يخالف المجمع عليه من صحة الإبراء دون الهبة يمنع من الاستدلال به، مضافا إلى اشتراك الجميع في ضعف السند عدا الصحيحين».

إذ هي كما ترى، ضروره كون المراد من الصحيحين: بقرينه غير هما مما ذكرنا و ما لم نذكره الاشراف على الموت، و دعوى صراحه صحيح يعقوب فيما بعد الموت واضحه الفساد، إذ ليس للميت بعد الموت شىء إذا لم يوص به، بل لا ريب فى كون المراد منه خصوصا بعد كونه كمذاق غيره مما لا يقبل ذلك مجاز المشارفه الذى كشف عنه باقى النصوص بلفظ عند، و حضر، و أتاه الموت و نحوه، كما هو واضح بأذنى تأمل.

و منه يعلم فساد المناقشه فى خبرى ابن الجهم و على بن عقبه، و أما خبر ابن أبى ولاد المعتضد بغيره مما عرفت فلا يقدر فى الاستدلال به على المطلوب اشتماله على غيره مما لا نقول به، خصوصا بعد منع بطلان هبه ما فى الذمه التى مرجعها إلى الإبراء، بل قد يقال: بكون المراد منه الترقى إلى جواز الهبه، على معنى أنه لو وهبته شيئا جاز و يحسب من الثلث، فضلا عن الإبراء الذى هو أولى بالجواز.

و بالجمله من أحاط خبرا بما ذكرناه من النصوص و تدبرها و تدبر اعتضاد بعضها ببعض، يقطع بفساد هذه المناقشه، كما أنه يقطع بفسادها من حيث السند، إذ لا- تبين أعظم من هذا الاعتضاد، و عمل من عرفت بها، على أن فيها الصحيح، و الموثق، و الحسن، بل قد عرفت استغنائها عن النظر فى أسانيدها ببلوغها درجه القطع، كما لا- يخفى على من أعطاه الله قوه حدس فى كلماتهم عليهم السلام.

و أخرف شىء قوله «إن أجود ما فى هذا الباب الخبر العامى سندا و دلالة، و من ادعى خلاف ذلك فالسيره ترده» إذ قد عرفت مما ذكرنا أن غيره من النصوص أوضح، كما هو ظاهر كل ذلك، مضافا إلى ما فى نصوص الأصل من قله العدد و قصور السند و اتحاد الراوى فى كثير منها، و كونها مطلقه قابله للتقييد بغيرها، إذ ليس فى حسن المحاملى و ما كان نحوه (١) صراحه فى شمول الأحقيه للتنجيز، فيمكن حملها على غيره، بل محتمل لإرادته الثلث خصوصا إذا قرء بفتح اللام و لوحظ ما دل

من النصوص على أن الذى له عند الموت - الثلث - بل قد يعين ذلك

قوله فى موثق عمار(١) «إذا أوصى به كله فهو جائز»

إذ لم يقل أحد بنفوذ الوصيه من الأصل عدا ما سمعته من على بن بابويه، واحتمال إرادته خصوص التنجيز منها - لا الوصيه شرعا، و لا - الأعم منها و من التنجيز - لا شاهد له، و ليس بأولى من الاحتمال الذى ذكرنا، بل منه يعلم المراد من باقى نصوص عمار المتقاربه فى المذاق مع اتحاد الراوى فيها، و الموجود فى نسخه الأصل فى الوسائل و الوافى، عن الكافى «فإن تعدى فليس له إلا الثلث» و معناه أنه

إن تجاوز و تعدى فى الوصيه بالزائد أو التنجيز فلا يمضى منه الا الثلث.

و ظنى و الله أعلم أن الروايه كذلك، إلا أنه لما صعب فهم ذلك على بعض الناس صحفها بلفظ بعد بالباء الموحده ثم أضاف إليها لفظ قال، على أن اختلاف النسخ يسقط الخبر عن الحجيه إذ لم يعلم الخبر منهما، و روايه الشيخ له «فإن أوصى» عن الكافى، بعد ذلك الاختلاف فى النسخ - غير مجد.

و مع الإغضاء عن ذلك كله فهو مطلق مقيد بالنصوص السابقه كغيره من نصوص عمار حتى الرابع منها، فإن الإبانة أعم من التبرع، بل و الخامس الذى لم يعلم المرض فيه أنه مما يخرج به التنجيز من الثلث أو الأصل، لما ستعرف من أنه ليس كل مرض يقضى بالتنجيز من الثلث مع إجمال لفظ الإبانة فيه و فى غيره، و إن قيل إن المراد منها انفصاله عنه و تسليمه له، إلا أنه كما ترى خصوصا بعد معلوميه عدم اشتراط ذلك، فإن الهبه مشاعا مع الإقباض لا بأس بها أيضا، بل يمكن كون المراد من الإبانة الإظهار على وجه يحصل العلم بعدم رد الورثه بإجازتهم، و رضا هم فتأمل.

و أما خبر سماعه فيمكن أن يكون المراد من إتيان الموت فيه ما تضمنه نصوص الثلث،(٢) من حضور الموت و إتيانه و عند موته و نحوها، فلا يكون حينئذ منافيا.

١- ١ الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ٥.

٢- ٢ الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام الوصايا.

على أنه عام يخص بالنصوص السابقة و كذا

خبر أبي بصير،<sup>(١)</sup> وقوله فيه «فان أوصى»

- الى آخره- غير مناف، لإمكان إرادته بيان أن الوصيه على كل حال تخرج من الثلث، بخلاف غيرها، فإنه يخرج من الأصل قبل إتيان الموت.

و مرسل مرزم (٢) محتمل لبعض ما ذكرنا، مع أن كشف الحال فيه و في غيره أن نقول إن الاستفادة من نصوص الثلث- بعد ملاحظه الجمع بين مطلقها و مقيدتها خصوصا مفهوم خبر أبي بصير القاضى بعدم خروج العتق من الثلث إذا لم يكن عند الموت، و ملاحظه أصاله خروج التصرف من الأصل- عدم العبره بمطلق المرض الذى منه ما يستمر السنون المتعدده المقطوع بالسيره القطعيه عدم خروج منجزاته فيه من الثلث قبل بلوغه ما يتحقق به صدق حضور الموت و إتيانه و نحوهما، و كذا المرض الذى هو كعدم المرض عرفا، و إن اتفق مقارنة الموت له بحيث لا يظهر كونه به.

و إنما المدار على المرض الذى يصدق عليه عرفا أنه حضره الموت و أتاه و نحو- ذلك، و إن بقى أياما بل و أكثر من ذلك، فإنه ليس له حد جامع لافراده إلا أن العرف واف بتقيح كثير من مصاديقه كغيره من الأمور التى ترجع اليه، و مع الشك فالأصل الخروج من الأصل، كما أنه هو الأصل فى غير المرض، و إن خيف به الموت أو ظن أو علم كالغرق و المراماه و نحوها، بل قيل: و الطلق.

و كيف كان فما فى القواعد- و غيرها من أنه مطلق المرض الذى يتفق الموت معه، سواء كان مخوفا أو لا- لا تساعد عليه الأدله، خصوصا ما يظهر من إطلاقه من اتفاق الموت معه، و لو بغيره كقتل و نحوه، اللهم إلا أن يقطع بعدم ارادته ما يشمل ذلك.

بل و كذا ما يحكى عن الشيخ من أن المدار فيه على المرض المخوف، و اختاره فى جامع المقاصد، حتى أنهم احتاجوا إلى معرفه كونه مخوفا، و ذكروا فيه أنه لا بد من شهاده عدلين من الأطباء الذين هم أهل الخبره فى ذلك، بل فى جامع المقاصد «أنه لو حصل الظن القوى بصدق قول من لم يكن عدلا منهم أو كان واحدا ففى

١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٦.

الحكم إشكال» ثم حكى عن التذكرة الجزم بعدم قبول رجل و امرأتين أو شاهد و يمين و احتمال قبول النساء إذا كان المتبرع امرأه و لم يطلع عليها غير النساء، إلى غير ذلك مما فرعه على ذلك، و أطنبوا فيه فى باب الوصاية، و تعرضوا لكثير من الأمراض و أحوالها، إذ لا يخفى عليك أنه ليس فى شىء من النصوص تعليق الحكم على المخوف كى يتجه له هذا البحث عنه، بل من الواضح ظهور النصوص فى دوران الحكم على حال لا يحتاج تحققها عرفاً إلى أمثال ذلك، لكونها من الواضحات كما هو ظاهر عند كل من تدبرها، فلا ريب فى أن الأقوى ما ذكرناه.

و منه يعلم أن مرسل مرازم و غيره غير مناف لنصوص الثلث، ضروره كونه مطلقاً بالنسبه إلى ذلك فيقيد بها، كما أنه و غيره أيضاً مطلق بالنسبه إلى العطيء، فيقيد أيضاً إذ التحقيق أن محل البحث التسرع بالمال، و لو المنفعه و الدين على وجه يضر بالوارث، بل و حق التحجير و حریم الملك، كما صرح به فى جامع المقاصد من دون قصد عوض دنيوى، و لو حفظ عرضه، أو حفظ ماله، أو نفسه أو من يعول به، أو نحو ذلك.

بل لعل الصدقه المندوبه المراد منها السلامه منه، ضروره عدم التعليق على مطلق التنجيز فى شىء من نصوص الثلث، بل لا أثر لهذا اللفظ فى مطلق النصوص، و إنما الموجود منها عتق و إبراء و عطيه و نحو ذلك، مما لا شمول له، و ليس المراد من نصوص - أن ليس له إلا ثلثه - سوى بيان أن الثلث هو الذى له التصرف فيه بكل حال، بوصيه و تنجيز و غيرهما، بخلاف غيره، فإنه ليس بهذا الحال، و كذا مرسل جامع المقاصد الذى لم نعتز عليه فى كتب الاخبار.

فمن الغريب ما فى المسالك من الركون إليه هنا حتى احتاجوا إلى تنقيح دلالمته بدعوى أن المعرف للعموم مطلقاً أو فى خصوص نحو المقام، مع أن فى المسالك لم يذكره فى أدله الثلث و على كل حال فهو مقيد أيضاً بما عرفت من المفهوم المؤيد بإشعار غيره، و حينئذ فكل ما لم يحصل إجماع على عدم الفرق بينه و بين ما تضمنته النصوص السابقه نحو ما يبذله على نفسه و عياله و لو لزياده الرفاهيه من أكل و تزويج و غيرهما

و ان لم يكن من عادته بعد أن يكون بضمن المثل، و على حفظ عرضه أو مصانعه ظالم أو إكرام ضيف أو غير ذلك، يبقى على أصل الخروج من الأصل المؤيد هنا بالسيرة المستمرة، و الحرج و غيرها.

و به يعرف ما فى الذى ذكره أخيرا القائلون بالأصل كما أن منه يعرف ما فى تحديد الفاضل فى القواعد للتبرع المبحوث عنه من أنه إزالة الملك عن عين مملوكه يجرى الإرث فيها من غير لزوم و لا أخذ عوض يماثلها، إذ بعد وجوب تنزيل المثل فيه على المكافى - ليخرج التزويج بضمن المثل بل يمكن أن يريد به ما قلناه، فيسلم من بعض ما ذكرنا.

فيه أولا- الاقتصار على العين، مع أن فى جامع المقاصد عد العاربه من التبرعات و إن كان لا يخلو من اشكال أو منع، كإيراده عليه بأنه صادق على الإزالة بالإتلاف، مع انها ليست من التبرعات.

و ثانيا أنه لا يتصور فائده لقوله يجرى فيها الإرث، بعد ظهور المقام فى إرادة الملك للمزيل، إذ لا يتصور ازاله الملك عن عين مملوكه لا يجرى فيها الإرث، و يعد تبرعا كما اعترف به فى جامع المقاصد، قال: «إذ ما لا يجرى فيه الإرث من الأموال الوقف، فإزالة الملك فيه انما تكون بالإتلاف، و ليس مما نحن فيه».

و ثالثا يرد على قوله من غير لزوم ازاله الملك اللازمه بالنذر، فإن فيه من الثلث على ما جزم به المحقق الثانى، و لو قيل الإزالة هنا بالنذر و ليس إيقاعه لازما قلنا بل الإزالة فى مثل ما لو نذر عينا مخصوصه تكون بالدفع، على أن النذر بالكلية لا إزالة ملك عين فيه، فيرد على التعريف حينئذ من وجه آخر، و احتمال أنه من الأصل حينئذ كما لو أتلّف مال غيره مثلا عمدا يدفعه - مضافا إلى أنه خلاف الفرض وضوح الفرق بينه و بين الإتلاف المنتحل إلى المعاوضه بعد إيجاد سببه، فليس من التبرع فى شىء قطعا.

و كيف كان فالضابط فيه ما ذكرنا، و لعل يرجع إليه ما فى المسالك «من أنها ما استلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض، بناء على إرادته ما يشمل ما قدمناه

من العوض و المال.

و على كل حال لا يدخل فيه تزويج المرأه نفسها و لو بأقل من مهر المثل، و لا اعتناق الأب قهرا إذا قبل اتها به فى المرض، و لا إجاره نفسه بأقل من ثمن المثل، و إن قلنا بكون المحابه فى غيره من التبرعات، إلى غير ذلك مما هو غير داخل فى الأدله، و لا إجماع على الحاقه فىبقى على الأصل، و هذا حديث إجمالى قضت الحاجه بإتيانه هنا لبيان عدم صراحه هذه النصوص، و انها مطلقه قابله للتقييد، و إن اشتملت على العطييه و نحوها.

و أما خبر الأنصارى (١) الذى عابه رسول الله (صلى الله عليه و آله) فقد عرفت أنه ليس فيما رواه فى الكافى «عند موته» فهو مطلق حينئذ، و إنما رواه كذلك فى الفقيه، و يمكن أن تكون الاعابه على الثلث أيضا، لمعلوميه استحباب الوصيه بالأقل من الربع و الخمس، حتى ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام (٢) ما يقتضى مساواه الإضرار فى الورثه بذلك للسرقة، خصوصا مع كون المفروض فى الخبر أنه ليس له غيرهم، و أنه ترك صبيه صغارا يتكففون الناس و من هنا

قال رسول الله (صلى الله عليه و آله) «لو حضرته ما تركتكم تدفونوه فى مقبره المسلمين».

فقد بان لك بحمد الله و فضله أنه لا مجال للقول بالأصل، و أنه لا ينبغى للفقيه أن يعدو القول بالثلث، و استبعاده بأنه لو برء المريض من ذلك المرض صح من الأصل إجماعا يدفعه أنه لا مانع من التزام الكشف به، حينئذ كالفصولى، و أظرف شىء ما وقع لفاضل الرياض فى المقام، حيث ذكر أنه فى زمنه السابق قد صنف رساله فى المسأله قد اختار فيها الخروج من الثلث، ثم اعتذر من ذلك بأنه قد كان فى غفله من إجماعى المرتضى و ابن زهره، فرجع عنه، و لم يعلم أنهما بعد إعراض المتأخرين عنهما-

١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٩- فروع الكافى ج ٢ ص ٢٣٦.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١.



بل لم يثبت كون شهره المتقدمين عليهما، إذ بعض من نسب إليه ذلك كابن حمزه قد تحققنا

خلافه في وسيلته، و بعضهم له قولان في المسألة، و آخر لا- صراحه في كلامه كالكليني، فإنه إنما عنون الباب بلفظ نصوص عمار التي قد عرفت عدم صراحتها في المطلوب، بل قد سمعت أن الشيخ ربما حكى عنه ما يقضى بأن المعروف بين الأصحاب في ذلك الزمان القول بالثالث- لا يقاومان ما سمعته من الأدله، خصوصا بعد احتمال أو ظن أو قطع كون المراد منهما الإجماع على قاعده التسلط على المال، لا خصوص ما نحن فيه، كما أشار إليه ابن إدريس في استدلاله على الأصل، بأنه لا خلاف في أن للإنسان التصرف في ماله كيف شاء، و حينئذ فمرجه إلى العام المخصوص، أو المطلق المقيد بما عرفت مما قدمناه كله.

مضافا إلى نصوص الإقرار المتضمنه لنفوذ من الثالث مع التهمه، و بدونها من الأصل، و لو لا تعلق حق الوارث في الجمله بحيث لا يمضى الإقرار عليه، لم يكن وجه للنفوذ من الثالث، و لا ينافيه النفوذ من الأصل مع عدم التهمه، إذ لعله تعلق لا يمنع من الإقرار مع عدم التهمه، فإن تعلق الحقوق بالنسبه إلى ذلك مختلف، إذ قد عرفت عدم منع تعلق حق الغرماء من الإقرار بالدين السابق في المفلس عند المصنف و غيره.

و على كل حال فلا- ينكر ظهور هذه النصوص في تعلق حق للورثه في الجمله بالتركة حال المرض، و هو لا- يتم إلا- على ما ذكرنا. نعم هي مختلفه جدا، و الجمع بينها بالتفصيل المزبور المنسوب إلى الأكثر.

ف

في خبر منصور بن حازم (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديننا، فقال: إن كان الميت مرضيا فأعطه الذي أوصى له»

و نحوه خبر أبي أيوب (٢) عنه أيضا.

و

في خبر العلاء بن سابر (٣) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه استودعت رجلا مالا، فلما حضرته الموت، قالت له: إن المال الذي دفعته إليك لفلان و ماتت

١- ١ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٨.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢.

المرأه فأتى أولياؤها الرجل فقالوا له: إنه كان لصاحبتنا مال، و لا نراه إلا عندك فاحلف لنا ما لها قبلك شىء أفيحلف لهم؟ فقال: إن كانت مأمونه عنده فليحلف لهم، و إن كانت متهمه فلا يحلف و يضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه»

و فى خبر أبى بصير(١)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل معه مال مضاربه فمات و عليه دين و أوصى أن هذا الذى ترك لأهل المضاربه، أ يجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كان مصدقا»

إلى غير ذلك، و الظاهر اراده معنى واحد من المرضى و المأمون و المصدق، بل إليه يرجع الملى

فى صحيح الحلبي (٢)قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) «الرجل يقر لوارث بدين؟

فقال: يجوز إذا كان مليا»

و خبره الآخر(٣)«أنه سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أقر لوارث بدين فى مرضه أ يجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كان مليا»

بناء على ما فى الصحاح من أنه ملؤ الرجل صار مليا أى ثقه، أو على أن الملاءه طريق لرفع التهمه، خصوصا، إذا رجع الضمير فى «كان» إلى الوارث، و لعل الأول أولى ليوافق النصوص السابقه.

و التى يرجع إليها أيضا.

مكاتبه محمد بن عبد الجبار(٤)إلى العسكرى (عليه السلام) «عن امرأه أوصت إلى رجل و أقرت له بدين ثمانيه آلاف درهم، و كذلك ما كان لها من متاع البيت من صوف و شعر و شبه و صفر و نحاس، و كل مالها أقرت به للموصى له، و أشهدت على وصيتها، و أوصت أن يحج عنها من هذه التركة حجتان، و تعطى مولاه لها أربع مائة درهم، و ماتت المرأه و تركت زوجا، فلم ندر كيف الخروج من هذا، و اشتبه علينا الأمر، و ذكر الكاتب أن المرأه استشارته فسألته أن يكتب لها ما يصح لهذا الوصى، فقال لها:

لا تصح تركتك لهذا الوصى إلا بإقرارك له بدين يحيط بتركتك بشهادة الشهود، و تأمره بعد أن ينفذ ما توصيه به، فكتبت له بالوصيه على هذا، و أقرت للوصى بهذا الدين، فرأيتك أدام الله عزك فى مسأله الفقهاء قبلك عن هذا، و تعرفنا ذلك لنعمل به إنشاء الله، فكتب (عليه السلام) بخطه إن كان الدين صحيحا معروفا مفهوما فيخرج الدين

١-١ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٤.

٢-٢ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٥.

٣-٣ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٧.

٤-٤ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٠.

من رأس المال إنشاء الله، و إن لم يكن الدين حقا أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها، كفى أو لم يكف»

فان الظاهر رجوع ذلك إلى الاتهام باخبار الكاتب وغيره، و من هنا علق الأمر (عليه السلام) على معروفه الدين و مفهوميته، و كونه حقا.

كما أن مرجع غير ذلك من النصوص المطلقة إلى التقييد المزبور، ك

خبر إسماعيل بن جابر(١)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أقر لوارث له و هو مريض بدين له عليه؟ قال: يجوز إذا أقر به دون الثلث»

و خبر سماعة(٢)«سألت عمن أقر لوارث له بدين عليه و هو مريض؟ قال: يجوز عليه ما أقر به إذا كان قليلا».

و خبر أبي ولاد(٣)«سألت أبا عبد الله عن رجل مريض أقر عند الموت لوارث بدين له عليه؟ قال: يجوز ذلك، قلت: فإن أوصى لوارث بشىء؟ قال: جائز».

و خبر القاسم بن سليمان(٤)«سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل اعترف لوارث له بدين فى مرضه؟ فقال: لا تجوز وصيه لوارث و لا اعتراف له بدين»،

و خبر السكونى(٥)المتقدم سابقا و

خبره الآخر(٦)قال أمير المؤمنين (عليه السلام) «فى رجل أقر عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندى ألف درهم ثم مات على تلك الحال، أيهما أقام البيئه فله المال، فإن لم يقر واحد منهما البيئه فالمال بينهما نصفان».

و خبر سعد بن سعد(٧)عن الرضا (عليه السلام) «قال سألت عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالا إلى رجل من التجار فقال له: إن هذا المال لفلان بن فلان ليس لى فيه قليل و لا كثير، فادفعه إليه يصرفه حيث شاء، فمات و لم يأمر فيه صاحبه الذى

١-١ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٣.

٢-٢ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٩.

٣-٣ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٤.

٤-٤ الوسائل الباب-١٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث-١٢.

٥-٥ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث-١٢.

٦-٦ الوسائل الباب-٢٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث-١.

٧-٧ الوسائل الباب-١٦- من أبواب أحكام الوصايا الحديث-٦.

جعل له بالأمر، ولا يدري صاحبه ما الذى حمله على ذلك كيف يصنع؟ قال: يضعه حيث شاء».

إلى غير ذلك مما يجب حمله على التقييد المزبور فى النصوص السابقة، و منه يعلم ضعف جميع الأقوال فى المسأله المستلزم كل منها أو أكثرها طرح أكثر النصوص أو بعضها.

فمنها: القول بأنه من الأصل مطلقا كما هو المشهور بين القائلين بأن المنجزات منه، لا من الثلث، لعموم

«إقرار العقلاء»

، لاقتضاء الحكمه قبول إقراره، و الا بقيت ذمته مشغوله فى بعض الأحوال، و صاحب المال ممنوعا عن حقه.

و منها أنه إن كان عدلا مضى من الأصل، و إلا فمن الثلث، و كان مستنده إرجاع تلك الأوصاف فى النصوص المزبوره إلى العدالة و فيه أنه لا- شاهد عليه، و لا- تنافى بين العدالة و التهمه المفروضه فى كلام كثير من الأصحاب من القرائن الحاليه أو المقاليه كما لا تنافى بين الفسق و عدمها كما هو واضح.

و منها: التفصيل بين الأجنبى و الوارث، فالإقرار للأول من الأصل مطلقا، و الثانى كذلك مع عدم التهمه، و معها من الثلث، و هو المحكى عن أبى حمزه، و فيه طرح للنصوص المقيده بالأجنبى أو المطلقه.

و منها: ما فى النافع من أن الإقرار للوارث من الثلث مطلقا و للأجنبى مع التهمه، و بدونها من الأصل، و فيه طرح للنصوص المقيده فى الوارث.

و منها: ما عن المفيد من أنه إن كان بدين مضى من الأصل، و إن كان بعين و كان عليه دين يحيط بجميع التركه قبل إقراره إن كان عدلا مأمونا، و إن كان متهما لم يقبل إقراره، و فيه طرح لبعض النصوص السابقه.

و منها: ما عن التقى من عدم الفرق بين الصحيح و المريض فى مضى الإقرار إن كان مأمونا، و عدمه إن كان غير مأمون و هو غريب، إذ لا خلاف فى مضى إقرار الصحيح من الأصل مطلقا.

و منها: ما عن النهايه و القاضى من اشتراط العداله و انتفاء التهمه فى الماضى من الأصل، و اشتراط انتفائهما معا فى الماضى من الثلث، قال: الأول: «إقرار المريض جائز على نفسه للأجنبي و الوارث إذا كان مرضيا موثوقا بعدالته، فإن كان غير موثوق به، و كان متهما فإن لم يكن مع المقر له بينه أعطى من الثلث» و يمكن إرجاعه إلى المشهور، إن لم يكن الظاهر، فتكون الأقوال سته، لا سبعة، و ربما عدت عشره و الأمر سهل بعد أن عرفت أن الأصح منها الأول الذى يجتمع عليه جميع النصوص.

لكن أشكله بعضهم بأنه ليس فى شىء منها الدلاله على النفوذ من الثلث مع التهمه، و إنما تدل على عدم النفوذ مطلقا بالمفهوم. و فيه أن خبر العلاء و خبر إسماعيل بن جابر ظاهران فى ذلك، بل لعله هو مقتضى المفهوم بعد الإجماع على عدم جريانه، لثلا يلزم اتحاده مع المنطوق حينئذ.

نعم قد يشكل بأن المتجه إخراج ثلث ما أقر به من الدين من ثلثه، و الإمضاء فى ثلث العين المقر بها من دون غرامه قيمه الباقي من ثلثه، لأن الدين بعد الموت يتعلق بمجموع التركة، و لذا لو أقر الوارث نفذ فى حصته بالبينه، و لأن تعلق حق الورثه يمنع من نفوذ الإقرار فى الزائد على الثلث، فلا تقصير منه يوجب الضمان للمالك كما أنه لا مقتضى لغرامته للوارث من ثلثه لو أخذها المقر له بالإقرار.

و يدفع أيضا فى الدين بظهور الفتاوى و بعض النصوص كخبر إسماعيل بن جابر، بل لعله المنساق من جميعها فى خروج ما أقر به منه من الثلث، و لعله للفرق بينه و بين إقرار الوارث الذى حصل له سبب ملك حصته، و هو الموت، و الدين إنما يمنع عنها بالنسبه، بخلاف إقرار الميت المقتضى لشغل ذمته و التأديه من ماله الذى لم يعارضه فيه غيره بتعلق حق و نحوه.

و فى العين بأن مقتضى عموم الإقرار و كون المال فى يده دفعها إلى المقر له، لأنه المخاطب بذلك، و لا إثم عليه فى الواقع، و لكن فى الظاهر منعه الشارع عما يقتضى إضرار الورثه من التصرفات التى لم تكن مستحقه عليه التى منها ما نحن فيه، إذ

إقراره لم يثبت به سبق الاستحقاق على وجه ينفذ على غيره.

فالجَمع حينئذ بين الحقوق جميعها يكون بتدارك ضرر الورثة بدفع قيمه ما فات عليهم من ثلثه، فلو لم يكن له ثلث كان للورثة منع المقر له من أخذها، وكذا الكلام في المنجزات، بل لعل الإقرار بعد عدم ثبوت السبق به منها، وإن لم يكن إنشاءً، إذ هو سبب في الحكم بإزالة الملك في العين، وشغل الذمه بالنسبة إلى الدين، كالنذر في أيام المرض، بناء على أنه من الثلث.

و منه ينقذ حينئذ احتمال التفصيل بالتهمة و عدمها في سائر المنجزات، على معنى أنه إن كان قد اتهم بقصد الإضرار بالورثة بالتنجيز، و الفرار من الإرث كان ذلك من ثلثه، و إلا فمن الأصل، و به حينئذ يجمع بين النصوص السابقة، و ربما كان في ذيل صحيح عبد الرحمن الطويل إيماء في الجملة إليه، لكن ظاهر الأصحاب خلاف ذلك، بل يمكن دعوى الإجماع على عدم وجود اعتبار التهمة و عدمها في المنجزات، و لعله لعدم اشعار النصوص السابقة على كثرتها بذلك.

بل قد يقال بمنع كون الإقرار من المنجزات التي قد تقدم الخلاف فيها، ضروره تضمن تلك النصوص للتعق و الهبه و نحوهما، مما لا يشمل الإقرار، و لا منقح، فالذى تقتضيه الضوابط كونه من الأصل مطلقاً، لكن أخرجت عنها صورته التهمة، لا أن مقتضاها الخروج من الثلث باعتبار تعلق حق الورثة، و خرجنا عنها في صورته المأمونية بالنصوص، إذ الظاهر من النص و الفتوى عدم تعلق حق للوارث في العين حال الحياه.

و من ذلك يظهر لك الحال في حكم الواسطه أى الذى لم يعلم كونه مأمونا و عدمه، و فيما لو ادعاها الوارث على المقر له، فإن القول قول المقر له مع يمينه على عدم العلم بالتهمة، لا على العلم بعدمها، لأنه يمين على نفى فعل الغير، و يكفى حينئذ في الحكم للمقر له بالحق مجرد الإقرار مع عدم ظهور المانع من صحته، و إن لم يعلم صحه السبب، كما جزم به في المسالك، بل و يظهر أيضا فيما لو أقر بمنجز و لم يسنده إلى ما قبل المرض، لكن في جامع المقاصد أنه لا يبعد جعله من الثلث،

و إن لم يكن تهمه، لأن الإقرار إنما يقتضى اللزوم قبيل زمان الإقرار بمقدار ما يمكن إنشاؤه، و مقتضاه حينئذ سقوط حق المقر له مع عدم وفاء الثلث، و فيه نظر.

و على كل حال فإقراره يلزم به فى الظاهر لو براء، سواء كان متهما أو غير متهم، للعموم، و احتمال أنه كالوصيه فى عدم اللزوم إذا كان متهما و قلنا بالخروج من الثلث كما ترى، و تمام الكلام فى هذه المسائل كلها فى محلها إنشاء الله و انما اقتضت الضرورة لذكره هذه النبذه منها على الاجمال.

كما أنها اقتضت البحث فى حال تركه الميit مع الدين، إذ هى من المال المحجور على مالكة التصرف فيه، بناء على انتقالها إلى الوارث، و أن الدين متعلق بها تعلق الرهانه، و لكن تحقيق الحال فيها أن الإجماع بقسميه على تعلق الديون بها فى الجمله، و على عدم انتقالها إلى الديان، كما أن الإجماع بقسميه أيضا على انتقالها إلى الوارث مع عدم الدين و الوصيه، بل حكاها بعضهم أيضا على انتقال الفاضل عن الدين مع عدم الوصيه، و على انتقال الزائد عن الثلث إليهم معها و إن أوصى به.

إنما الكلام فى انتقالها أجمع إلى الوارث مع الاستيعاب، و فى انتقال المقابل للدين منها مع عدمه، فخيره الحلّى، و المصنف، و الفاضل - فى الإرشاد، و الشهيد، و محكى المقنع، و النهايه، و المبسوط، فى أحد الثقيلين و الخلاف و النهايه، و فقه الراوندى، قيل و مال إليه الفخر و والده فى وصايا المختلف، أو قال - به - الثانى، و أنه باق على حكم مال الميit، بل فى المسالك و المفاتيح نسبه إلى الأكثر.

بل فى وصايا السرائر «إذا كان على الميit دين يحيط بالتركة، فإنها بلا خلاف بيننا لا تدخل فى ملك الغرماء، و لا ملك الورثه، و الميit قد انقطع ملكه و زال، فينبغى أن تكون موقوفه على انقضاء الدين.

و فى دينها «ان أصول مذهبنا تقتضى أن الورثه لا يستحقون شيئا من التركة دون قضاء جميع الديون، و لا يسوغ و لا يحل لهم التصرف فى التركة دون القضاء إذا كانت بقدر الدين، لقوله تعالى [\(١\)](#) مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ » فشرط صحه

الميراث و انتقاله أن يكون ما يفضل عن الدين، فلا يملك الوارث الا بعد قضاء الدين» الى آخره للآيه الظاهره فى أن ملك السهام بعد الدين، لظهور اللام فى الملك لا استقراره.

و ل

صحيح عباد بن صهيب أو موثقته (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى رجل فرط فى إخراج زكاته فى حياته، فلما حضره الوفاه حسب جميع ما فرط فيه مما يلزمه من الزكاه، ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع إلى من يجب له قال: جائز يخرج ذلك من جميع المال، إنما هو بمنزله دين لو كان عليه، ليس للورثه شىء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكاه»

و صحيح سليمان بن خالد (٢) عنه (عليه السلام) أيضا «قضى أمير المؤمنين فى ديه المقتول أنه يرثها الورثه على كتاب الله، و سهامهم إذا لم يكن على المقتول دين».

و السيره المستمره على تبعيه النماء للتركه فى وفاء الدين و هو مستلزم لبقائها على حكم مال الميت لا الورثه خلافا لقواعد الفاضل و

جامع المقاصد و المبسوط فى النقل الأخر و التحرير، و التذكره، و قضاء المختلف، و حجر الإيضاح، و وصاياها، و حواشى الشهيد، و قضاء المسالك و موارثه، و موارث كشف اللثام، فاختاروا الأول، بل ربما استظهر من بعضهم أنه المشهور، و من التذكره الإجماع عليه، حيث قال: الحق عندنا أن التركه تنتقل إلى الوارث، لمعلوميه عدم بقاء المال بلا مالك، كمعلوميه عدم كونه فى المقام للغرماء للإجماع بقسميه و غيره، بل و الميت ضروره كون الملك صفه وجوديه لا تقوم بالمعدوم، كالمملوكيه و لذا لم يدخل فى ملكه جديدا إذ لا فرق بين الابتداء و الاستدامه و قضاء الدين من ديته، و مما يقع فى شبكته بعد موته أعم من ملكيته لذلك، فتعين كونه للوارث، و لأنها لو لم تنتقل إليهم لما شارك ابن الابن مثلا عمه لو مات أبوه بعد جده، و حصل الإبراء من الدين، و التالى باطل إجماعا، و لا ين الحالف مع الشاهد إنما هو الوارث المخاصم فى مال الميت، فلو لا الانتقال لساوى الغريم فى عدم إثبات مال الغير

١-١ الوسائل الباب - ٤٠- من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

٢-٢ الوسائل الباب - ١٠- من أبواب موانع الإرث الحديث - ١.



بيمينه، و تعلق الحق لو سلم لا- يسوغ ذلك، و لأنه لا- خلاف في أن الورثه أحق بأعيان التركة من غيرهم، بل الإجماع بقسميه عليه، و من هنا حكى عن بعضهم أن النزاع في القيمة لا في نفس الأعيان» و في كل من الدليلين نظر، أما الآيه فالمراد منها بعد الإجماع على ملك الوارث للثنتين مع الوصيه بالثلث و الإجماع المحكى الذى يشهد له التبع على ملكه الزائد على مقابل الدين بيان كون تقدير السهام بعد الوصيه و الدين دفعا لتخيل كون الثلث مثلا من أصل المال، فلا تعرض فيها حينئذ لمالك ما يقابل الوصيه و الدين أنه الميت أو الوارث، ضروره عدم منافاه المعنى المزبور لكل منهما، إذ مرجعه إلى نحو النصوص (١)الوارده في بيان الحال في تركه الميت، من إخراج الكفن أولا، و الدين ثانيا، و الوصيه ثالثا و السهام رابعا، و إن لم يكن فيها بيان تمام ذلك، فالتقدير حينئذ هذه السهام من بعد الوصيه و الدين، لا أن المراد منها تعليق الملك بعد الوصيه و الدين، لمنافاته حينئذ الإجماع المزبور، سواء أريد بعد إيصال الوصيه و الدين إلى أهلها، أو بعد عزلهما و تعيينهما.

و احتمال كون المراد منها تعليق جواز التصرف في الملك، أو استقراره مع بعده غير نافع للخصم، بل هو ضار له، كتقدير سعه المال بمعنى أن هذه السهام من أصل المال لأهلها مع سعه المال للوصيه و الدين، و إن وجب عليهم حينئذ التأديبه منها، فتبقى السهام حينئذ على ما هو المنساق منها، من كونها من أصل المال، خصوصا مع قوله تعالى (٢)«مِمَّا تَرَكَتُمْ» و يكون مورد الآيه حينئذ و المقصود منها بيان حكم التركة الزائده، و كذا تقدير العزل و الأداء.

و على كل حال ما ذكرناه أولى من الجميع، بل هو المقطوع به بعد التأمل الجيد، و ربما

يرجع إليه بعض ما سمعت، و منه يظهر لك ما فى الذى أطنب فيه الأردبيلى و تبعه عليه غيره، بل منه يظهر لك ما فى كلام كثير من الأصحاب فلاحظ و تأمل.

١-١ الوسائل الباب- ٢٨- من أبواب أحكام الوصايا.

٢-٢ سورة النساء الآيه- ١٢.

و أما احتمال كون المراد «من بعد» فيها الكنايه عن ملك الزائد على الوصيه و الدين، فهو - مع انه لا يساعد عليه اللفظ كمال المساعدة - غير مجد للخصم، ضروره كون أقصاه بيان حكم الزائد لا غيره، و اشعار التقييد حينئذ بعدم ملكه لغيره يدفعه احتمال كون ثمره التقييد حينئذ بيان أنه الملك المجدى للوارث النافع له، بخلاف غيره الذى يزول عنه بأدائه للوصيه و الدين، بل لعل ذلك أولى من الأول الذى لا قرينه على تعيينه.

و مما ذكرنا يظهر لك النظر فى الاستدلال بصحيح عباد(١) المعلوم عدم سوجه لبيان ذلك، و أنه لا معنى لإرادته نفي الملك منه بعد الإجماع المزبور، و تخصيصه بمقابل الوصيه و الدين مناف لظاهره، إذ لا يرجع لفظ حتى فيه إلى معنى محصل، ضروره أنه يكون معناه ليس لهم ذلك حتى يؤدوه و حمله على خصوص التأديه من غير التركه كما ترى فلا بد من حمله حينئذ على جواز التصرف أو استقرار الملك أو غير ذلك، و كذا صحيح سليمان(٢).

و أما السيره فقد يمنع تحققها على وجه يجدى، و لو سلم فهى أعم من الكون على حكم

ملك الميت، إذ يمكن كونه ملك الوارث، و مع ذلك يجب دفعه فى الدين لها كالأصل، كما هو واضح.

و أما أدله القول الثانى ففى أولها أنه لا مانع عقلا و لا شرعا فى بقاء المال على حكم ملك الميت، بل لا بد من التزامه فى مثل الوصيه بالثلث للعباده و نحوها، و التزامه فيمن لم يكن له وارث إلا - مملوك يشتري فيعتق حتى يرث، و التزام كونه للورثه فى الأول - و يجب عليهم تأديته فى تلك المصارف كما فى جامع المقاصد - لا - داعى له، و لا دليل عليه، مع أنه لا يتم فى مثل الثانى، و دعوى الإجماع على عدم بقاء المال بلا مالك بحيث لا يكفى هذا الحكم من الملك واضح المنع.

و ما أبعد ما بين ذلك و بين القول بأنه يملك جديدا حقيقه كما عن ثانى الشهيدين

١- ١ الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

٢- ٢ الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب موانع الإرث الحديث - ١.

و الفخر، ناسباً له إلى بعض، بل قيل: إنه ربما أراد به المصنف في باب القصاص، فيما إذ شهد به الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال، محتجاً بوفاء الدين من ديته الحاصله بعد موته، و مما يقع في شبكته.

و فيه أنه أعم من صفة الملك حقيقه، و لعله لا- يريد لها بل يريد ما يرجع إلى حكم الملك، ضروره معلوميه زوال الملك بالموت، و قد سمعت نفي الخلاف فيه، من الحلّي و الأمر سهل في ذلك حيث لا ثمره معتده بها فيه.

و شرکه ابن الابن عمه أعم من الدعوى، إذ لعله لإرثه الاستحقاق الذي كان لأبيه، فإنه لا إشكال في استحقاق الوارث المال المقابل للدين لو اتفق ارتفاعه بإبراء و نحوه، و إن قلنا بكونه على حكم مال الميت حاله، و لذا كانت الخصومه في أموال الميت له، بل قد عرفت أنه الذي يحلف مع الشاهد، و لعله لهذا الاستحقاق الذي كان الدين مانعاً عنه جاز يمينه عليه، و إن لم يكن ملكاً له بالفعل، ضروره كونه ليس كغيره من الحقوق التي لم تجز اليمين لإثبات المال معها، كحق الرهانه و غرماء المفلس و نحوهم، و المسلم من أحقيه الوارث عدم مزاحمه الغير له لو أراد العين بثمنها، و هذا أعم من الملكيه.

و منه يعلم أن دعوى النزاع في القيمه لا العين لذلك في غير محلها، بل كلمات الأصحاب صريحه في خلافه، كما لا يخفى على الملاحظ لها فتأمل جيداً. فإنه قد بان لك من ذلك كله النظر في الحجيتين.

لكن لا- ريب في ان الأقوى القول الثاني لا لما ذكره، بل لأنه بعد ما عرفت من عدم دلالة الآيه و الروايه على البقاء على حكم مال الميت، لم يكن معارضاً لما دل على أن جميع تركه الميت لوارثه بموته من العمومات و غيرها، ك

قوله (عليه السلام) (١) تركه الميت لورثته»

و غيره و وجوب الوفاء غير قادح.

نعم في الوصيه بالثلث بما يرجع إلى الميت لا يبعد البقاء على حكم ماله، للنصوص الداله

على أن له مع الوصيه من ماله ثلثه، و تعذر الملك حقيقه يعين إرادته بقاء حكم

الملك، فهي في الحقيقة مخصصة لتلك النصوص، إذ هو أقرب من احتمال الجمع بينها بإرادته حصول النفع للميت، فلا ينافي ملك الورثة لها كما هو مقتضى العموم الأول و إن وجب عليهم صرفها فيما أوصى به، كما لا يخفى على من لاحظها فإنها ظاهره كمال الظهور في عدم ملك الوارث لها.

و بذلك افتقرت الوصية عن الدين، فإنه ليس فيما عثرنا عليه من الأدلة ما يدل على نحو ذلك، إلا ما عرفت النظر فيه، مضافاً إلى اقتضاء القول ببقاء مقابل الدين على حكم مال الميت و ملك الوارث الزائد تجشماً و تكلفاً، إذ هو إن رجع إلى الإشاعه على معنى أنه لو فرض مقابله النصف وقت الوفاه كان المال بين الميت و الورثة نصفين، و اتجه التوزيع لو أنفق نقصان السعر أو التلف، لا- اختصاص الوارث و عود المال إلى ملك الميت كما هو المعروف بين الأصحاب، و إن لم يرجع إلى الإشاعه اقتضى ملكاً للكل في غير الذمه، و قد عرفت أن التحقيق احتياجه إلى الدليل في باب بيع الصاع من الصبره و لا دافع لذلك إلا التزامه للدليل، كما سمعته في خبر الأطنان (١) أو التزام الأول و التخلص مما سمعته بدعوى المراعاة في الملك لا العود من الوارث، و الكل تجشماً.

و لعله مثله لازم في الوصية لو كان قد أوصى بكلى من ثلثه كالف و نحوه، فإنه لا ينقص ما دام في الثلث سعه، و لا يرجع إلى حصه معينه منه بحيث لو نقص أصل المال بسعر أو تلف دخلها النقص على تلك النسبه. لكن الجميع كما ترى لا- يخلو من اشكال.

أما الدين فلا يرد فيه شىء من ذلك، بناء على المختار من كون الجميع ملك الورثة، و ربما نلتزم مثله في نحو هذه الوصية و إن اخترنا كونها على حكم مال الميت لو أوصى بالحصه المشاعه على الوجه الذى عرفت، فتأمل جيداً فإنه قل من تعرض للوصية و الذى تعرض لها جعل حكمها حكم الدين اغتراراً بظاهر الآيه، و قد عرفت تحقيق الحال في ذلك.

و كيف كان فقد ظهر لك مما ذكرنا حكم ما لو لم يكن الدين مستغرقا إذ على ما قلناه لا فرق بينهما فى الانتقال إلى الوارث، أما على القول الأول فقد صرح بعضهم بأن حكم المقابل حكم المستوعب فى البقاء على ملك الميت، و أما الفاضل فهو ملك الورثة و قد سمعت حكاية بعضهم الإجماع عليه، و من الغريب ما عن الفاضل فى إرث القواعد من أن التركة مع الاستيعاب للورثة، و أما إذا لم يكن مستوعبا فما قابل الدين على حكم مال الميت، و لم يحضرنا الآن ما يشهد له من آية أو روايه أو اعتبار.

و الأمر سهل بعد وضوح الحال لديك، كوضوح الثمرات المترتبة على هذا الخلاف التى منها: أنه لا إشكال فى تعلق الدين بالنماء بناء على بقائها على حكم مال الميت، أما على الانتقال إلى الوارث، فالمتجه عدمه، للأصل، و دعوى تبعية النماء للمال فى التعلق أيضا ممنوعه، و قد سمعت فى باب الرهن منعها، على أنك ستعرف أن التعلق هنا ليس كتعلق الرهن.

فنقول: إن تعلق الدين بالتركة هل هو تعلق رهن حتى لا يجوز للورثة التصرف كما هو المشهور نقلا إن لم يكن تحصيليا، أو أرش جنايه فيجوز كما عن السيد الرضى، بل هو ظاهر قواعد الفاضل فى باب الرهن، أو تعلقا مستقلا؟ كما هو خيره جامع المقاصد، و المحكى عن الفخر، و الظاهر أن هذا البحث يأتى على القولين، إلا- أن ثمرته فى المستوعب على الأول نادره، ضروره عدم جواز تصرف الوارث بعد أن لم يكن مالكا على كل حال.

نعم قد تظهر ثمرته فى الوصى باعتبار تصرفه فى التركة لقضاء الدين، فإنه لا يجوز على الأول من دون إذنهم كالرهن، و على الثانى يجوز كالثالث فى احتمال، و لو قيل:

بأن الكل متفقون على جواز التصرف للدين من دون إذن الغرماء، و إنما مراد القائل بتعلق الرهانه بالنسبه إلى نفوذ تصرف الوارث، سقطت الثمره من هذه الجهه.

و كيف كان فالتحقيق أنه تعلق مستقل لا يدخل فى أحد التعلقين، ضروره خروجه عن موضوعهما، فلا يشمله دليلهما، و الشبه بكل منهما من جهه يقتضى خروجه عنهما، و كثره وجه الشبه بأحدهما لا تقتضى لحوق أحكامه، و لعل مراد الأصحاب فى

هذا الخلاف أن الدليل و لو الأصل يقتضى كون التعلق تعلق الرهانه فى الاحكام و الأرش و إلا فمعلوم خروجه عن موضوعها، و ان الشبه فى الجملة لا يثبت جميع الاحكام.

و على كل حال فقد جزم المحقق الثانى، و الفخر، و الشهيد فى المحكى عنهما، بخروجه عنهما نعم قال الأول: يحتمل المنع من التصرف بالعتق بالبيع و نحوهما، لمنافاته حكمه التعلق لاقتضاء نفوذ التصرف ضياع الدين، و لصيروره العين به كالمال المشترك، و يحتمل العدم، للأصل، بل الأصول، و لا منافاه بعد ثبوت التسلط الذى الحق على الفسخ إن لم يدفع له، ففى الصحه حينئذ جمع بين الحقيين، و تحتم الأداء على الوارث حكمه التعلق. كما أن سلطنه الغريم على الفسخ تنفى الضياع، و من هنا قال: «التحقيق أن القول بالنفوذ أقوى» قلت: هو كذلك، لكن لا ثمره ظاهره غالبا حينئذ بينه و بين القول بتعلقه تعلق الأرش.

و على كل حال فهل يشترط فى تعلق الدين بمجموعه التركة استغراق الدين إياها أو أزيد فلو كان أنقص لم يتعلق إلا بقدره، لأن الحجر إنما وقع لأجل الدين فيختص بقدره أم لا يشترط لأنه لا أولويه لبعض على بعض فى اختصاص التعلق به - لأن الأداء لا- يقطع بكونه بذلك البعض، لجواز التلف، و لظاهر الآيه (١) بناء على أنها لتعلق الملك، أو جواز التصرف، و صحيح عباد المتقدم (٢) بل و صحيح سليمان (٣) و لأن الميت لما خرج بالموت عن صلاحيه استقرار الدين فى ذمته، و جب أن يتعلق بكل ما يمكن اداؤه من أمواله لأن حدوث تعلقه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم انتفاؤه - اشكال «أقربه الأول» فى القواعد و المحكى عن حواشى الشهيد و جامع الشرائع، المسالك، و الكفایه، «و الأصح الثانى» فى جامع المقاصد، و هو المحكى عن ميراث لقواعد و حجر الإيضاح و رهنه و إرث الدروس و إيضاح النافع، و ظاهر المبسوط و قد يؤيد الأول - مضافا إلى السيره و إلى استبعاد الحجر على مال كثير بدين يسير، بل لا يخلو من

١- ١ سورة النساء الآيه - ١٢.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب أحكام الوصايا الحديث - ١.

٣- ٣ الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب موانع الإرث الحديث - ١.

ضرر و حرج-

الحسن أو الصحيح (١) «أنه سئل عن رجل يموت و يترك عيالا و عليه دين أ ينفق عليهم من ماله؟ قال: إن استيقن أن الذى عليه يحيط بجميع المال، فلا ينفق عليهم، و إن لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال،

و نحوه خبر عبد الرحمن بن الحجاج (٢) عن أبى الحسن (عليه السلام) إذ هما و إن كانا فى التصرف الاتلافي الذى يمكن أن يمنعه أيضا القائل بتعلق الأرش أو التعلق المستقل، و إن

جوز غيره مما ليس فيه إتلاف للعين، لكن دال على غيره بطريق أولى، من إمكان المناقشه فى أدله الثانى بأنه لا أولويه بعد أن كان التعلق بالمقابل الكلى، و الآيه قد عرفت المراد منها، و الصحيح كما أنه محتمل لتعليق جواز التصرف، محتمل لاستقرار الملك، و أولى منه بذلك صحيح سليمان، و لا حدوث للتعلق بعد تلف المعزول له، بل هو انكشاف لكون التعلق بالذى تصرف فيه الوارث.

و منه يظهر الوجه فى تسلط الغريم على الفسخ لو فرض تصرف الوارث و لم يؤد الدين و ضمانه لو كان قد أتلفه، و احتمال عدم جواز الفسخ للإذن فى التصرف الذى وقع حال عدم تعلق الدين فى غايه الضعف، كتعليقه، فبان لك حينئذ من ذلك كله قوه القول بالتفصيل بين المستوعب و غيره، الذى تظهر ثمرته على تقدير كون التعلق تعلق رهانه، أو مستقلا يمنع من التصرف، أما إذا قلنا بعدم منعه حتى فى المقابل فلا ثمره له ظاهره غالبا، كما أنه بان لك مما ذكرناه عدم الفرق فى جواز التصرف عند القائل بأنه تعلق أرش أو مستقل بين الاستيعاب و غيره، كما هو مقتضى ما سمعته من الأدله.

لكن عن قضاء الإيضاح و المسالك، و ظاهر قضاء دين الميت من السرائر، الإجماع على عدم جواز التصرف مع الاستيعاب، و أن الاشكال فى غير المستوعب، قال فى الأول:

«أجمع الكل على أنه إذا مات من عليه دين يحيط بجميع التركة، لا- يجوز للوارث التصرف فيها إلا بعد قضاء الدين، أو إذن الغرماء» و نحوه عن الثانى أيضا، بل فى مفتاح الكرامه «أنه كذلك، يشهد له التبع».

١- ١ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٢.

قلت: بل التبع شاهد بخلافه كما لا يخفى على من لاحظ القواعد، و جامع المقاصد فى باب الحجر، مضافا إلى عدم اقتضاء الأدله الفرق بين المستوعب و المقابل للدين من غيره، نعم فى الزائد ما سمعته من البحث السابق فلاحظ و تأمل، و لو كان على الميت عهده كما لو كان قد حفر بئرا فى طريق المسلمين عدوانا فتردى فيه بعد موته، أو كان قد سرت جنايته كذلك، و لم نقل بالكشف بها عن شغل ذمته قبل الموت، أو رد مبيعه بالعيب بعد أن أتلّف هو الثمن مثلا، فإن لم يكن قد تصرف الوارث بالتركة و جب الأداء منها، بلا خلاف أجده فيه، كما أنه لا أجده أيضا فى انتقال التركة هنا إلى ملك الوارث قبل حدوث الضمان، و إن كان السبب متقدما، ضروره عدم اقتضاء تقدمه بقاء التركة على حكم ماله، لعدم تحقق الدين حينئذ.

اللهم إلا- أن يدعى الكشف و لا- دليل عليه، إذ وجوب الأداء منها أعم من ذلك بل ينبغى الجزم به بناء على المختار من انتقالها إلى الوارث مع الدين المحقق فعلا فضلا عما نحن فيه، و إن كان قد تصرف فيها الوارث ببيع و نحوه ففى القواعد «احتمل فساد التصرف لتقدم سبب الدين، فأشبهه الدين المقارن، و عدمه، فإن ادعى الوارث الدين و إلا فسخ التصرف»، و كأنه بنى الأول على كون التعلق تعلق رهانه و قد عرفت ما فيه سابقا.

مع أنه لو سلم فى الدين المقارن أمكن منعه هنا، للأصل، و تقدم السبب لا يقتضى تقدم المسبب، و أقصى العهده تعلق الدين الحادث بالتركة، لا منع الوارث من التصرف، و دعوى حدوث البطلان بحدوثه محتاجه إلى دليل، فلا ريب أن الأصح الاحتمال الثانى على هذا التقدير، فضلا عن المختار، بل إن لم يجم إجماع على تسلطه على الفسخ إن لم يؤد الدين الوارث أمكن منعه، للأصل و لكن يقوى حينئذ تعلق الدين بالعوض، لكونه بدل المال ذى العهده.

اللهم إلا- أن يقال: إنها كالدين فى التسلط على الخيار الذى منشؤه فيهما تضرر الغريم، و أن له حقا فى الجملة، و منه حينئذ يتوجه ضمان الوارث لو فرض أن تصرفه كان بإتلاف للمال من غير معاوضه، كأن يكون طعاما فأكله، أو ثوبا فلبسه، أو وهبه مجانا أو نحو ذلك فتأمل جيدا و الله أعلم.



## [الفصل الثاني فى أحكام الحجر و فيه مسائل ]

## إشاره

الفصل الثانى فى أحكام الحجر.

و فيه مسائل:

## [المسأله الأولى لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم ]

الأولى قد تقدم سابقا انه لا خلاف معتد به فى أنه لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم و إنما الخلاف فى توقف دفعه على حكم الحاكم على ما عرفت.

و هل يثبت الحجر فى السفه بظهور سفهه فيه تردد و خلاف و الوجه عند المصنف أنه لا يثبت، و كذا لا يزول إلا بحكمه وفاقا للفاضل و محكى المبسوط و شرح الإرشاد للفخر و ظاهر الغنيه، قيل: و كأنه مال إليه فى غايه المراد، بل عن تعليق الإرشاد للكركى المشهور توقف الحجر على حكم الحاكم، فيقوى حينئذ توقف إزالته عليه، و إن كان هو كما ترى، للأصل بمعانيه الثلاثه فى توقف الثبوت عليه، و بمعنى الاستصحاب فى الزوال مؤيده بأن موضوع السفه اجتهادى لوقوع الاختلاف فى بعض ما يعد فعله سفها، و بالعسر و الحرج، إذ أكثر الناس سفهاء سيما مع اعتبار العدالة و إصلاح المال و الاكتساب و تحصيل المعدوم فى الرشد.

لكن فيه أن الأصل يقطعه ظاهر قوله تعالى (١) «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَ ارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَ اكْسُوهُمْ وَ قُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا» بناء على أن المراد عدم تمكين السفهاء من أموالهم كما عن أكثر المفسرين بقريته «وَ ارْزُقُوهُمْ» إلى آخره للإجماع على عدم وجوب الإنفاق على السفه من غير ماله، و الحمل على من وجبت نفقته منهم و لا مال له كما ترى.

بل يشعر بذلك أيضا قوله «وَ قُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا» بناء على أن المراد الكلام الجميل و الوعد بما لهم إذا رشدوا، و تعليم حفظ المال و صيانتة و نحو ذلك، بل و ما بعد الآيه، بل قيل: و ما قبلها.

و لا ينافى ذلك الإضافه إلى ضمير المخاطب، باعتبار رجوعها إلى الأولياء

بالإيرث، أو باعتبار كونهم قوامين و متصرفين بها كالملاك أو باعتبار الإشارة إلى حفظها كحفظ أموالكم، أو باعتبار أنها من جنس أموالهم التي بها قوام الكل، كما في قوله تعالى (١) «وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ» (٢) و «فَمَنْ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمْ» فَإِنْ المراد عدم قتل البعض بعضاً و جنس ما ملكت و جنس الفتيات، لا نفس المخاطب و ما ملكت يمينه و فتياته، أو غير ذلك مما يكفى في الإضافة التي كثر استعمالها لأدنى ملابسه.

و ما

في الصافي و العياشي (٣) عن الصادق (عليه السلام) «هم اليتامى لا تعطوهم أموالهم حتى تعرفوا منهم الرشد، قيل: فكيف يكون أموالهم أموالنا فقال: إذا كنت أنت الوارث لهم»

يمكن عدم اراده الحصر منه، خصوصاً بعد استفادة حكم خصوص اليتامى من الآية التي بعدها، بل

روى عنه (عليه السلام) (٤) في هذه الآية أنه قال: «من لا تثق به»

و في روايه (٥) «كل من يشرب الخمر فهو سفیه».

و عن الباقر (عليه السلام) (٦) «أنه سئل عن هذه الآية فقال: لا تؤتوها شراب الخمر و لا النساء، ثم قال: و أى سفیه أسفه من شارب الخمر»،

و لفظ الإيتاء و ان كان ظاهراً في سبق الاستيلاء على المال الا أنه يمكن اراده عدم التمكين منه، على أنه بعد التسليم يمكن دلالتها على المطلوب، بناء على ما تسمعه في مفهوم آيه الابتلاء (٧) نعم

في الصافي أيضاً عن القمي عنه (عليه السلام) (٨) أيضاً أنه قال: «السفهاء النساء و الولد إذا علم الرجل أن امرأته سفیهه مفسده و ولده سفیهه مفسد لا- ينبغي له أن يسلط واحدا منهما على ماله الذي جعله الله له قياماً يقوم به، و معاشاً قال و ارزقوهم فيها و اكسوهم و قولوا لهم قولاً معروفاً».

١- ١ سورة النساء الآية- ٢٩-

٢- ٢ سورة النساء الآية- ٢٥-

٣- ٣ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ١٠.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٩.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث ٨.

٦- ٦ الوسائل الباب- ٥٣- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٢.

٧- ٧ سورة النساء- الآية- ٦.



و لكنك خبير أنه لا يجوز الخروج عن ظاهر الآيه بمثل هذا المرسل الذى يمكن عدم منافاته للمعنى المراد من الآيه أيضا، فلا ريب حينئذ فى استفاده المطلوب من ظاهر الآيه، ضروره إطلاق النهى فيها من دون تعرض للحاكم، بل قد يستفاد من مفهوم قوله تعالى (١)، أيضا «فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا

فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» كاستفاده عدم توقف زواله على حكم الحاكم.

و دعوى خروجها عن محل النزاع- للإجماع على عدم اعتبار الحاكم فى الإثبات و الإزالة بالنسبه إلى السفه المتصل بعد البلوغ، و خصوصا الزوال، إذ لو توقف عليه لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عليه من الحاكم، و لكان عندهم من أهم الأشياء فالسيره القطعيه شاهده على ذلك، و عن المبسوط «و أما حجر الصبى فإنه يزول ببلوغه و لا يحتاج إلى حكم حاكم، و فى الناس من قال: لا- بد فيه من حكم الحاكم، و هو خلاف الإجماع»- يدفعها أولا: ما عن نكاح التذكرة من ظهور عموم النزاع مؤيدا بإطلاق كثير منهم هنا، و ثانيا: القطع بعدم الفرق، ضروره عدم مدخلية الاتصال بالصغر المنقطع بالبلوغ، إذ هو سبب جديد غير الأول، فإن كان لا يمنع من التصرف بالمال إلا بحكم الحاكم، و جب اعتباره فى منع المالك منه، و كذا الزوال، و الاتصال غير مجد، بل و كذا استفاد المطلوب من قوله تعالى (٢) «فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا» الى آخره حيث أثبت الولايه بمجرد السفه.

إلى ما ذكرنا يرجع الاستدلال بأن العله السفه كما يشعر به تعليق الحكم عليه، فوجوده يستلزم وجود المعلوم، و عدمها يستلزم عدمه، و بأنه إن جاز التصرف مع عدم حكم الحاكم لم يكن الرشد شرطا، و هو باطل بالآيه و بأن اشتراط جواز التصرف بالرشد يقضى بأن زوال الشرط يستلزم زوال المشروط، كما أن منه يظهر الاستدلال أيضا بالإجماع السابق، بل و بإطلاق النصوص التى هى نحو آيه الابتلاء.

١- ١ سورة النساء- الآيه- ٦.

٢- ٢ سورة البقره- الآيه ٢٨١.

و التأييد الأول واضح الدفع، ضروره كون الكلام فى الحجر بعد ثبوت السفه لا فى موضوع السفه، و أما التأييد الثانى فيدفعه منع كون أكثر الناس سفها، على أنه مشترك الإلزام، ضروره وجوب التحجير حينئذ على الحاكم من باب الحسبه، و خصوصا إذا كان هو الولى و قد تقدم فى موضوع السفه ما يفيدك حقيقه الحال، فلاحظ و تأمل.

و من ذلك كله يظهر قوه القول بعدم توقفه ثبوتا و زوالا- على حكم الحاكم، وفاقا لجامع المقاصد، و الروضه، و المسالك، و الكفايه، و المفاتيح، و الرياض، على ما حكى عن بعضها، بل هو خيره اللمعه أيضا بالنسبه إلى الثبوت دون الزوال، فأوقفه على حكم الحاكم للأصل المقطوع بما عرفت، و لاحتياج معرفته إلى الاجتهاد الذى قد سمعت ما فيه، مضافا إلى انتقاضه فى الثبوت.

و منه يظهر ضعف القول الرابع الذى هو عكس ذلك، و قد اعترف جماعه بعدم معرفه قائله و ربما استظهر من غايه المراد للشهيد، نعم عن التحرير أنه جزم باحتياجه إلى حكم الحاكم فى الثبوت، و توقف فى الزوال عكس ما عن الإرشاد.

و على كل حال ففيه ما لا يخفى، مع أن ما قيل فى وجهه من أن حكم الحاكم كان مشروطا بوجوده فلما عدم السفه امتنع ثبوت الحجر، إذ يمتنع بقاؤه من دون الشرط، خصوصا على القول بأن البقاء يحتاج إلى عله، و أن عله البقاء عله الحدوث موافق للمختار، إنما الكلام فى توقف ثبوته على حكم الحاكم، و ليس إلا ما عرفت سابقا مما هو واضح الضعف و الله أعلم.

### [المسأله الثانيه إذا حجر عليه فبايعه انسان كان البيع باطلا]

المسأله الثانيه إذا حجر عليه الحاكم فبايعه انسان، كان البيع باطلا مع عدم اجازة الولى لا معها، لما عرفت سابقا سواء كان بعين ماله أو ما فى الذمه، رضى البائع بالانتظار إلى احتمال فكك الحجر أولا، بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل عن الأردبيلي أنه يمكن تحريم أصل المعامله معه، و مجرد إيقاع صوره البيع و الشراء معه، و إن كان فيه منع واضح، و حينئذ فإن كان المبيع موجودا استعادته البائع عالما كان أو جاهلا بالحكم أو الموضوع، أذن بالقبض أو لا، بلا خلاف أجده و لا إشكال، ضروره بقاء المال حينئذ على ملكه، فله انتزاعه، و احتمال

صيرورته هبه فى بعض أفراد المسأله كما ترى.

و إن تلف و قد قبضه بإذن صاحبه العالم بموضوعه و حكمه كان تالفا من مال مالكه و إن فك حجره بعد التلف لأصالة البراءه بعد أن كان هو المسلط له على ذلك، و هو المسقط لحرمة ماله، فلا يشمله شىء من أدله الضمان.

لكن الإنصاف أنه إن لم يثبت الإجماع عليه كما هو الظاهر من بعضهم حيث أرسلوه إرسال المسلمات، و ادعوا ظهوره و وضوحه بحيث لا يحتاج إلى بيان لا يخلو من اشكال، يظهر مما ذكره فى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده، مع العلم بالفساد من أنه لا- يقتضى سقوط الضمان بعد أن كان الاذن حاصلًا فمن ضمن البيع فهى فى الحقيقه مشروط بصحة البيع المفروض انتفاؤها، فتتنفى حينئذ الاذن، و يكون كفاقد الاذن فى شمول أدله الضمان له، و هو بعينه جار فى المقام و قياس السفیه على المجنون الذى لا يعقل معه الخطاب المشروط- واضح الفساد، ضروره كون السفیه مكلفًا قابلاً للخطاب، و إن حجر عليه فى التصرف فى المال.

و أغرب من ذلك ما عساه يظهر من إطلاق المصنف و غيره، من عدم الضمان مع الجهل أيضا، بل صريح القواعد و محكى المبسوط، و التحرير، و التذکره، و جامع المقاصد، و الكفايه، و لعله ظاهر المسالك أيضا قال: «و وجهه أن البائع قصر فى معاملته قبل اختبار حاله و علمه بأن العوض المبذول منه ثابت أم لا؟ فهو مضيع لماله».

و فيه منع كون ذلك مسقطا لحرمة المال، مع عموم أدله الضمان، و قد يفرض عدم التقصير المزبور أيضا، و لعله من هنا حكى فى التذکره عن بعض الشافعيه أن السفیه إذا أتلّف المال بنفسه ضمن بعد رفع الحجر، ثم قال: «و لا بأس به» بل خص فى اللعمه الضياع و عدم الضمان بالمعامل العالم، بل نص فى الروضه لو كان جاهلا بحاله كان له الرجوع مطلقا، لعدم تقصيره، بل عن الأردبيلی أنه تأمل فى صورته العلم أيضا لأنه صار سفیها أيضا، إلا أنه استظهر عدم الضمان، ثم قال: «الذى يختلج فى صدرى ضمانه مع علمه، أى السفیه بعدم صحة هذا العقد و عدم صحة التسلط إلا أن يكون المسلم إليه عالما و قبضه إياه» فتأمل هذا كله إذا قبضه بالإذن.

و أما إذا كان قد قبضه بغير إذن، فالمتجه فيه الضمان، لعموم أدلته، و عدم صدور غير العقد الفاسد من المالك، و هو لا يقتضى الإذن فهو حينئذ كما لو أتلّف ما لم يؤذن له فيه، و هو الظاهر من المصنف، بل هو صريح غيره، بل لا أجد فيه خلافاً بيننا و بين غيرنا، سوى ما عن الأردبيلي من أن الظاهر عدم الضمان، لأن المالك قد ضيعه على نفسه بإجراء العقد المسلط عرفاً على القبض، و فيه ما لا- يخفى، خصوصاً بعد أولويه السفية في الضمان من الصبي و المجنون اللذين قيل بلزوم الضمان عليهما لو فرضنا كذلك.

و مما ذكرنا يظهر لك الحال فيما لو اقترض السفية و أتلّف المال، و إن صرح في القواعد أيضاً بعدم الضمان فيه على كل حال، لكن فيه ما تقدم، مضافاً إلى ما ذكره في اقتراض المملوك و إتلافه له على نفسه من دون إذن سيده من ضمانه، و أنه يتبع به العتق، إذ السفية أما أولى منه أو مساو له، و لو لا تصريح البعض هنا بعدم الضمان و لو فك الحجر، لأمكن تنزيل كلامهم على عدم الضمان فعلاً، بحيث يؤدي من ماله.

و على كل حال فالذي ينبغي مراعاة الضوابط بعد فرض عدم الإجماع في المقام إذ دون ثبوته على الوجه المشرخر القتاد، فتأمل جيداً و الله أعلم.

و مما ذكرنا يعلم الحال فيما لو أودعه إنسان مثلاً- وديعه مع العلم بحجره فأتلّفها و لو مباشره لكن قال المصنف فيه أى في ضمانه تردد و خلاف و الوجه انه لا- يضمن كما عن إرشاد الفاضل، للأصل و لتفريطه بالإيداع بعد نهى الله تعالى عن إيتاء السفية المال، فهو حينئذ سبب أقوى من المباشر.

و لأن

«إسماعيل بن الصادق (عليه السلام) (١) أراد أن يستبضع رجلاً فنهاه أبو عبد الله (عليه السلام) عن ذلك، لأن ذلك الرجل كان يشرب الخمر، فخالف و استبضعه، فاستهلك ماله، فحج أبو عبد الله (عليه السلام)، و حج معه ابنه إسماعيل فجعل يطوف بالبيت و يقول «اللهم أجرني و اخلف علي» فلحقه أبو عبد الله (عليه السلام)، فهمزه بيده من خلفه، فقال له: مه يا بني فلا

و الله مالك على الله حجه، و لا لك أن يأجرك و لا يخلف عليك و قد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته (الى ان قال): فإن الله عز و جل فى كتابه يقول «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» فأى سفیه أسفه من شارب الخمر، إن شارب الخمر لا يزوج و لا يؤتمن على أمانه، فمن

ائتمنه على أمانه فاستهلكها لم يكن للذى ائتمنه على الله عز و جل أن يأجره».

و فيه أن الأصل مقطوع بأدله الضمان كعموم من أتلف و نحوه، و الإيداع من مكلف بعد أن لم يكن فيه إذنا بالإتلاف ليس تفريطا ليسقط معه حرمة المال، و يخرج به عن عمومات الضمان، و دعوى قوه السبب على المباشره واضح المنع، كوضوح عدم دلالة الخبر المزبور الذى لا جابر له.

مضافا إلى اشتماله على مخالفه إسماعيل لوالده، و المعلوم من ورعه خلافه، و إلى نهيه عن الدعاء الذى لا إشكال فى جوازه له، فظهر حينئذ قوه القول بالضمان وفاقا للتذكرة، و جامع المقاصد، و المسالك، و الروضه، و مجمع البرهان على ما حكى عن بعضها، إذ هو حينئذ كالغصب الذى لم أجد خلافا فى ضمانه، بل هو منه ضروره كون السفیه بالغا عاقلا، بل لعله أفحش منه.

نعم لو كانت الوديعه مثلا من مجنون أو طفل غير مميز اتجه حينئذ عدم الضمان بالإتلاف مباشره، فضلا عنه بالتفريط، كما عن التذكرة و التحرير، للأصل بعد الشك فى تناول عمومات الضمان له، باعتبار قوه السبب على المباشر الذى هو كالحيوان، فما عن بعضهم من الضمان مطلقا ضعيف.

بل و ما فى المسالك من الفرق بين المباشره و التفريط، لأن الضمان بالثانى فرع وجوب الحفظ المعلوم انتفاؤه عنها، بخلاف الأول المبنى على سببيه الإتلاف للضمان، و هى لا فرق فيها بين التكليف و عدمه، و لذا ضمنا لو أتلفه بلا إذن من المالك فى أصل الاستيلاء بلا خلاف و لا إشكال، لما قد عرفت من قوه السبب على مثل هذا المباشر، و أنه كما لو أهمل ماله حتى أتلفته دابه الغير.

أما إذا كان الصبى مميزا فقد يقوى ضمانه بالمباشرة، بل و بالتفريط بناء على أنه لا يقصر عنها، لمنع قوه السبب هنا على المباشره بعد استمرار السيره على الاعتماد



عليهم فى الحفظ، و عدم التكليف لا ينافى الضمان حتى بالإهمال، و دعوى- توقف صدق التفريط عليه- يمكن منعها، و لذا يضمن الساهى و الغافل و الناسى و نحوها فتأمل جيدا و الله العالم.

[المسأله الثالثه لو فكك حجره ثم عاد مبذرا حجر عليه ]

المسأله الثالثه لا خلاف فى أنه لو فكك حجره بحصول الرشد ثم عاد مبذرا و قلنا بتحقيق السفه به حجر عليه، و لو زال فكك حجره و لو عاد عاد الحجر عليه و هكذا دائما ضروره اقتضاء وجود العله وجود المعلول كنفيا من غير فرق بين القول بتوقف حجره على حكم الحاكم و عدمه.

### [المسأله الرابعه الولايه فى مال الطفل و المجنون للأب و الجد للأب ]

المسأله الرابعه قد أطلق الشيخ فيما حكى عنه هنا و كثير ممن تأخر عنه أن الولايه فى مال الطفل و المجنون للأب و الجد للأب بل هو معقد ما فى المسالك و محكى الكفايه من نفى الخلاف فيه، بل هو معقد إجماع التذكره و لا ريب فيه فى الجمله، بل عن مجمع البرهان كان عليه إجماع الأمه.

مضافا إلى النصوص المستفيضة، فى الأول بل ربما ادعى تواترها الوارده فى النكاح (١) المدعى دلالتها على ما هنا بالأولويه، و إلى خصوص النصوص (٢) الوارده فى بحث أموال اليتامى و الوصيه و غيرهما من المباحث الكثيره، كما عن الرياض.

نعم قد يتوقف فى خصوص من تجدد جنونه بعد بلوغه و رشده الذى هو أحد أفراد ذلك الإطلاق، لانقطاع ولايتهما حينئذ عنه، فيندرج تحت عموم ولايه الحاكم الذى هو نائب الأصل، بل جزم به فى المحكى من جامع المقاصد و مجمع البرهان بل عن ظاهر الأخير و نكاح المسالك أنه لا- خلاف فيه، بل ربما استظهر من بعض مواضع نكاح التذكره الإجماع عليه، و إن كان المحكى عنها فيه أيضا عكس ذلك، كما أن المحكى عن إيضاح النافع أن المشهور فى باب النكاح عدم الفرق، و عن غيره العكس أيضا.

و على كل حال فلا ريب فى قوه رجوع أمره إلى الحاكم إذا لم يكن فى النصوص إطلاق يعتمد عليه، فإنها لم تحضرننا جميعا الآن، و الأحوط توافقهما معا، و قد يتوقف

١-١ الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

٢-٢ الوسائل الباب ١٥- من أبواب عقد البيع و شروطه.

أيضا في ولايتهما مع فسقهما أيضا خصوصا إذا كان يظن معه أو يقطع بالإضرار، وإن كان مقتضى الإطلاق ذلك، بل عن نكاح التذكرة الإجماع على الولاية مع الفسق.

نعم عن الفاضل أنه تردد في ذلك في وصايا القواعد بل عن الوسيله اشتراط العدالة، والإيضاح «الأصح أنه لا ولاية للأب و الجد ما دام فاسقا، لأنها ولاية على من يدفع عن نفسه، ولا يعرب عن حاله، ويستحيل من حكمه الصانع أن يجعل الفاسق أمينا تقبل إقراراته و إخباراته على غيره مع نص القرآن على خلافه».

و لعل التحقيق عدم اشتراط العدالة، للأصل و الإطلاق، ولكن متى ظهر للحاكم و لو بقرائن الأحوال الضرر منهما عليهما عزلهما، و منعهما من التصرف حسبه، و إن علم عدمه أقرهما، و إن لم يعلم حالهما فربما قيل بالاجتهاد في حالهما، فيتبع سلوكهما و شواهد أحوالهما، و يمكن عدم اعتبار ذلك عملا بالإطلاق، بل لعله الأقوى.

و أما ما يظهر من المصنف و غيره من اشتراكهما في الولاية على معنى نفوذ تصرف السابق على كل حال فلا أجد فيه خلافا، بل عن ظاهر نكاح المسالك الإجماع عليه، لأنه مقتضى ثبوت الولاية لكل منهما، بل مقتضاه أيضا البطلان لو اقتربنا، لعدم الترجيح كما هو ثالث الأقوال في المسألة، و قد قيل: بترجيح الجد لثبوت ولايته على الأب في بعض الأحوال، و للنصوص المستفيضه في باب النكاح (١) و الإجماعات المحكيه، فيثبت في المقام بالأولويه و لعله لذا قال الكركي في المحكي

من تعليقه على الإرشاد بعد ان اعترف بعدم تصريح للأصحاب هنا بذلك: كلامهم في باب الأنكحه يقتضيه، مشيرا إلى الأولويه المزبوره و قيل بتقديم ولاية الأب لشده اتصاله، و كون ولاية الجد بواسطته، و الجميع كما ترى حتى الأولويه المزبوره، بناء على عدم حجيته كل ظن للمجتهد، و دعوى حصول القطع أو دليل معتبر عليها من إجماع و نحوه يمكن منعها، بل إطلاق كلامهم، في المقام يقتضى ما ذكرنا، فتأمل جيدا.

و كيف كان ففي تعدى الحكم إلى أب الجد و جد الجد و إن على مع الأب نظر و لعل إطلاق القائل يقتضيه نعم قد يتوقف في تقديمه على من هو أدنى منه، لعدم

انسياقه من الأب فتأمل جيدا.

و على كل حال فإن لم يكونا فللوصى فإن لم يكن فللحاكم أى الثقة المأمون الجامع للشرائط بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، بل ولا إشكال، فإن لم يكن الحاكم فظاهر جملة من العبارات المعدده للأولياء، عدم الولاية حينئذ لأحد، بل هو صريح المحكى عن ابن إدريس، وهو كذلك بالنسبة إلى الأم و غيرها من الاخوه و الأعمام و الأخوال و غيرها، بل خلاف أجده، بل عن التذكرة الإجماع عليه فى الأم، بل عن مجمع البرهان أنه إجماع الأمة.

نعم قد يقال: إن قاعده الإحسان و لايه المؤمنين بعضهم على بعض و لزوم التعطيل بل و الضرر فى كثير من الموارد قيل: بل و حكاية فعل الخضر يقتضى ثبوتها لعدول المؤمنين، بل ربما يرشد إلى ذلك.

صحيح ابن بزيع (١) قال: إن رجلا من أصحابنا مات و لم يوص فرفع أمره إلى قاضى الكوفة فصير عبد الحميد ابن سالم القيم بماله، و كان الرجل خلف ورثه صغارا و متاعا و جوارى فباع عبد الحميد المتاع فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه فى بيعهن إذ لم يكن الميت صير إليه، و كان قيامه بأمر القاضى، لأنه فروج، فذكرت ذلك لأبى جعفر (عليه السلام) فقلت جعلت فداك يموت الرجل من أصحابنا فلا- يوصى إلى أحد و خلف جوارى فيقيم القاضى رجلا منا لبيعهن أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج فما ترى فى ذلك؟ فقال: إذا كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد بن سالم فلا بأس.»

و خبر سماعه (٢) و رفاعه «سألته عن رجل مات و له بنون صغار و كبار من غير وصيه و عقار كيف يصنعون الورثة بقسمه ذلك الميراث؟ فقال: إن قام رجل ثقة فقاسمهم ذلك فلا بأس»

قيل: و مثله صحيح ابن رثاب (٣) و المناقشه فيه باحتمال كون ذلك إذنا

١- ١ الوسائل الباب- ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه الحديث- ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨٨- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٢- لكن فيه عن زرعه عن سماعه.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٨٨- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ١.

خاصا من إمام الوقت كما ترى، فالقول به حينئذ لا يخلو من قوه، وفاقا لصريح بعض

الأصحاب، بل نسب إلى مشهورهم، بل ربما نسب ذلك إليهم، والله أعلم.

و أما السفيه و المفلس فالولاية في مالهما للحاكم لا غير بلا خلاف أجده في الثاني، و قد تقدم الكلام فيه سابقا، بل و الأول إذا كان متجددا بعد البلوغ، عدا ما عن الكفاية، و الرياض من إرسال قول فيه بعود ولاية الأب و الجد عليه، و لم نتحققه لا حد، كما لم نعرف له دليلا- صالحا لقطع الأصل فمن الغريب ميل بعض متأخري المتأخرين إليه، التفاتا إلى كونه في الترويج كذلك، و إلى ما عن التذكرة من الإجماع، و فيه بعد تسليم الملازمة أو الأولوية منع كونه في الترويج كذلك.

و ما عن التذكرة من الإجماع في المقام بل المحكى عنها مع أنه إطلاقات و لم تتحقق، و في الترويج أيضا، بل و في المجنون مضطرب لا- يصلح للفقهاء التعويل على أمثاله، بل ربما حكى عنها معقد إجماع على خلاف ذلك، و كيف يسوغ لها أو لغيرها دعوى الإجماع في المقام، بحيث يشهد عليها، مع ظهور كلمات الأصحاب في خلافه، بل عكسه مظنه الإجماع، بل لا بأس على من يدعيه في المقام.

و بالجمله فلا ريب في أن الولاية في ماله للحاكم الذي هو ولي من لا ولي له، بعد أن لم يثبت بدليل شرعي ولايتهما عليه، بل الدليل و هو الأصل على خلافه، إنما الكلام فيمن اتصل سفهه ببلوغه، فإن ظاهر المصنف و غيره من أطلق كإطلاقه أن ولايته للحاكم أيضا، بل عن بعضهم التصريح بهذا الإطلاق، بل ربما نسب إلى الأشهر بل قيل: إن وجهه ظاهر، بناء على توقف الحجر عليه، و رفعه عنه عليه، إذ يكون الأمر حينئذ في ماله إليه، بل ربما جعل ذلك دليلا للمدعى.

إلا- أن ذلك كله كما ترى، ضروره اقتضاء الاستصحاب ثبوت ولايتهما التي هي المنساقه من آية الإيناس (١) المحكى تفسيرا عن الباقر (عليه السلام) (٢) بالعقل و إصلاح المال

١- ١ سورة النساء الآية- ٥.

٢- ٢ تفسير البرهان- ج ١ ص ٣٤٥.

عن الصادق (عليه السلام) (١) بحفظ المال،

و من

خبر هشام بن سالم عن الصادق (عليه السلام) (٢) «و إن احتلم و لم يونس منه رشدا و كان سفيها فليمسك عنه ماله و ليه»

إذ لا ريب في ظهورهما في إرادته الولي قبل البلوغ، سواء كان الأب أو الجد أو الحاكم أو غيره، فإنه المخاطب بإمسك المال و حفظه حتى يرشد، و التكاليف لا تنافي المناسق، و توقف الحجر على السفیه و رفعه على الحاكم مع أنه يمكن منعه في المتصل سفهه، بل عن التذكرة التصريح بعدم توقف رفعه عليه، لا يقتضى ثبوت الولاية للحاكم في المال، و لعله لذلك و غيره صرح جماعه من المحققين بثبوت الولاية لهما في الفرض، و عن التذكرة أنه نفى عنه البأس في آخر كلامه، و عن الشهيد أنه حكاه عن ابن المتوج، بل عن مجمع

البرهان أنه مما لا خلاف فيه و لا نزاع، و عن نكاح المفاتيح لا خلاف في ثبوت الولاية لهما على السفیه و المجنون مع اتصال السفه و الجنون بالصغر، و الظاهر عدم إرادته خصوص النكاح، مع ما عن بعضهم من أنه لا فرق في هذا النزاع بين النكاح و المال، بل قد عرفت دعوى أولويه المال منه.

لكن الانصاف تحقق الخلاف في المال كما عرفت، و منه يظهر ما عن نكاح الرياض و ثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله بسفه و جنون إجماعا، حتى لو أراد خصوص النكاح، إذ الظاهر تحقق الخلاف فيه أيضا.

و على كل حال فالتحقيق ما عرفت، و إن كان كلمات الأصحاب في المقام و النكاح لا تخلو من اضطراب، و حينئذ فوصيهما أولى من الحاكم، كما أن الجد أولى من وصي الأب بلا خلاف و لا اشكال، و الله أعلم بحقيقته الحال.

### [المسألة الخامسة فإذا أحرم بحجه واجبه لم يمنع مما يحتاج إليه في الإتيان بالفرض ]

المسألة الخامسة لا خلاف في أن السفیه كالرشيده بالنسبة إلى العبادات ف إذا أحرم بحجه و عمره واجبه و لو بالندر قبل الحجر أو سببه لم يمنع مما يحتاج إليه في الإتيان بالفرض و إن زاد على نفقه الحضر، لكن لا يمكن هو من الإنفاق، بل ينفق عليه و ليه أو و كيله و إن أحرم تطوعا فان استوت نفقته

١- ١ الوسائل الباب- ٤٥- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٦- و- ١٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤٤- من أبواب أحكام الوصايا الحديث- ٩.

سفرا و حضرا لم يمنع منه أيضا، بلا خلاف أجده فيه، لعدم الضرر، و إلا منع خلافا للمحكي عن الأردبيلي فلم يمنع و إن زاد، و هو مع أنه لم نجد له موافقا- منافع لحكمه الحجر، و لذا يمنع من النذر بالصدقة بعين ماله، و بناء المساجد و القناطر و نحو ذلك، و احتمال اختصاص منع السفية بالتصرف المنافي خاصة لا- الأعم منه و الموافق لتصرفات العقلاء منافع لكلمات الأصحاب، و عموم أحكام الشرع بل و لحكمه الحجر فلا ينبغي التوقف فيما نحن فيه.

نعم إذا لم يتفاوت بين السفر و الحضر لم يمنع لعدم الضرر قيل و كذا إن أمكنه تكسب ما يحتاج اليه بل نفى الخلاف عنه بعض مشايخنا، لكن قد يشكل بأن ما يكتسبه مال فيتعلق الحجر به أيضا. و أجيب بأنه قبل الاكتساب لم يكن مالا و بعده صار محتاجا إلى زياده النفقه على أن الاكتساب غير واجب على السفية، و ليس للولي قهره عليه، فلا يلزم من صرف ما يحصل به إتلاف لشيء من المال الذي تعلق الحجر به.

و فيه إنما يتم لو لم يمكنه العود أو أمكنه بنفقه مساويه لنفقه الإكمال، و إلا لم ينفعه احتياجه إلى النفقه و الاكتساب، و إن كان غير واجب عليه، و لا- يقهر عليه إلا- أنه إذا اكتسب باختياره تحقق المال، و لزم الحجر فيه فعاد المحذور نعم لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر و كان بعد التلبس بالحج مثلا أو قبله، و لم يمكن العود إلا بصرفه زال الاشكال، و يمكن حمل عبارات الأصحاب على ذلك أو نحوه.

و كيف كان ف لو لم يكن كذلك بل احتاج في السفر إلى ما يزيد على نفقته في الحضر من ماله المحجور عليه حلله الولي من الإحرام محافظه على ماله، بل في القواعد و محكي المبسوط، و التحرير، أحله بالصوم، و ظاهرهما تعيينه به، دون الهدى، مراعاة لحفظ المال، لكن عن الشهيد أنى لم أقف على كون التحليل بالصوم إلا من طرق العامه.

نعم،

روى معاوية بن عمار عن أبي عبد الله (عليه السلام) (١)، «فى الحصر، ان لم يجد هديا قال: يصوم»

وفى كتاب المشيخه لابن محبوب روى صالح بن عامر عن أبى عبد الله (عليه السلام) «فى رجل خرج معتمرا و اعتل فى بعض الطريق و هو محرم قال: ينحر بدنه و يحلق رأسه، و يرجع إلى أهله فلا يقرب النساء، فإن لم يقدر صام ثمانية عشر يوما».

قلت: الظاهر إرادته من أطلق التحليل بالصوم ما صرح به بعضهم من كونه عشره أيام من دون اعتبار التوالى و الزمان، و أنه فى الحج، كما أن الظاهر بناء ذلك على ان لدم الإحصار بدلا، و عن بعضهم أنه استقرب عدمه، و استشكل الفاضل فيه فى القواعد و حينئذ فينبغى بقاءه محرما إلى زمان الفك كما صرح به بعضهم، و قد يقال:

إنه يتعين حينئذ على الولى تحليله بالهدى إذا فرض نقصانه عن زياده النفقه، لأنه صار و لو بالعارض مثلها، بل لو لا ظهور اتفاق من تعرض للحكم هنا على ذلك أمكن المناقشه فى أصل تحليل الولى له، لأنه بالإحرام صار الزائد كالنفقه، و ربما يؤيده فى الجملة ما تسمعه من المصنف من تردده فى كفاره اليمين مثلا بالمال، فتأمل جيدا.

و على كل حال فظاهر من تعرض للحكم هنا صحه إحرامه و إلا لم يحتج إلى تحليل الولى، و هو كذلك، إذ النهى عن أمر خارج عن ذات العباده، بل و عن شرطها، لأن المندوب لا يشترط فيه المال فينقده، و إن كان للولى التحليل تداركا للزائد. و الله أعلم.

### [المسأله السادسة إذا حلف انعقدت يمينه ]

المسأله السادسة لا خلاف بل و لا إشكال فى أن السفيه إذا حلف مثلا على فعل شىء أو تركه مما لا يتعلق بماله المحجور عليه انعقدت يمينه لأنه بالغ عاقل مكلف و انما هو ممنوع فى خصوص التصرف المالى و هذا ليس منه.

نعم لو حث كفر بالصوم كما صرح به الفاضل و ثانى الشهيدين، و الشيخ فيما حكى عن مبسوطه من غير تردد و لا نقل خلاف، لأنه بمنعه من التصرف المالى كان كالعبد و الفقير و نحوهما و لكن قال المصنف فيه تردد و لعله لوجوب الكفاره عليه حينئذ و الفرض أنه مالك، فتخرج من ماله كغيرها من الواجبات من

الزكاة و الخمس و مؤنه الحج و الكفاره السابق سببها.

و فيه أن هذه الواجبات تثبت عليه بغير اختياره، فلا تصرف له في المال، و إنما الحاكم به الله تعالى، بخلاف ما نحن فيه مما كان سببه مستندا إلى اختياره، بل لو أخرج ذلك من ماله أمكن أن يجعله وسيله إلى إذهابه، لأن مقتضى السفه توجه صرفه على ما لا ينبغي، و من ذلك تعرف الحال في كفاره نذره و عهده و عوده في ظهاره، و إفطاره في شهر رمضان، بل قيل: و قتل الخطأ، بل في المسالك أنه يقرب من هذا البحث الكلام في الإنفاق على من استلحقه من الأنساب بإقراره و الله أعلم.

### [المسألة السابعة لو وجب له القصاص جاز أن يعفو و لو وجب له ديه لم يجز]

المسألة السابعة لا- خلاف أيضا و لا- إشكال في أنه لو وجب له القصاص جاز أن يعفو على غير مال فضلا عنه، بناء على انه الواجب في العمد لا- أحد الأمرين كما هو المعروف عندنا، بل ظاهر المسالك الإجماع عليه، لأنه ليس تصرفا ماليا، و في المسالك «أنه نبه بذلك على خلاف بعض العامه حيث جعل الواجب في العمد أحد الأمرين، القصاص أو المال، فلا يصح عفو عنه» قلت: يمكن القول بجواز عفو عليه أيضا، بعد فرض التخيير و عدم عد ذلك تصرفا ماليا، و قد تقدم نظير ذلك في المفلس هذا.

و قد ظهر لك من ذلك كله أنه لو وجب له ديه أو أرش لم يجز له العفو، بلا- خلاف و لا- إشكال، لأنه من التصرف المالي الممنوع عنه.

### [المسألة الثامنة يختبر الصبي لمعرفة رشده قبل بلوغه ]

المسألة الثامنة: يختبر الصبي لمعرفة رشده قبل بلوغه كما صرح به جماعه، بل لا أجد فيه خلافا. بل في المسالك هذا مما لا خلاف فيه عندنا، إنما خالف فيه بعض العامه، و نحوه المحكى عن المفاتيح، بل عن ظاهر التذكرة و غايه المراد الإجماع عليه، و لعله ظاهر كل من قصر الخلاف على بعض العامه، فتأمل الأردبيلي فيما حكى عنه في غير محله.

نعم قد يقع الاختبار بعد البلوغ إذا اتفق عدمه قبله لعارض، أو أن الواقع منه قبله لم يفد الرشد، أو نحو ذلك، فما عن كثر الفوائد- لعميد الدين- و الفخر في الإيضاح، و الشهيد، و ابن المتوج من حمل ما في القواعد من الإشكال في صحه البيع



الاختبارى و عدمه على ما بعد البلوغ لو اتفق ظهور السفه، أو لم يظهر الرشد- ليس خلافا في المسأله عند التأمل.

نعم قيل: قد ينافيه

المرسل عن أبى جعفر (عليه السلام) (١) «قال فى قوله تعالى «وَ ابْتَلُوا» من كان فى يده مال

بعض اليتامى فلا- يجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح، و يحتلم، فإذا احتلم و وجب عليه الحدود، و إقامة الفرائض، و لا يكون مضيعا، و لا شارب خمر، و لا زانيا، فإذا آنس منه الرشد دفع إليه المال، و أشهد عليه، فإذا كانوا لا يعلمون أنه قد بلغ، فليمتحن بريح إبطنه أو نبت عانته. و إذا كان ذلك فقد بلغ، فيدفع إليه ماله إذا كان رشيدا»

الحديث.

و فيه أنه يمكن منع ظهوره فى مخالفه الأصحاب، لاحتمال إرادته أنه إذا كان قد آنس منه الرشد بالاختبار السابق دفع إليه المال، و الامتحان بريح الإبطن لا يقضى بإرادته ذلك من الابتلاء فى الآيه، و بعد التسليم فليس جامعا لشرائط الحجيه، و قد أعرض عنه الأصحاب، فهو حينئذ من الشواذ خصوصا مع مخالفته لظاهر الآيه، ضروره ظهورها فى كون غايه الاختبار البلوغ، قيل: لان حتى ابتدائه، إذ ما بعدها جمله شرطيه، و الجزاء جمله أخرى شرطيه، و هى «فَإِنْ آنَسْتُمْ»، فالفاء الاولى جواب الشرط الأول، و الثانيه جواب الثاني.

فما عن الأردبيلى - من أن ظاهر قوله «فَإِنْ آنَسْتُمْ» إلى آخرها يدل على دفع المال بعد إيناس الرشد بلا فصل، فلو كان الابتلاء قبل البلوغ لزم وجوب الإعطاء بعد الرشد و قبل البلوغ، و هو منفي بالإجماع، على أن المعلوم عدم انتهاء الابتلاء بالبلوغ فكأنه مقيد بعدم الرشد، و عدم صدق اليتيم على البالغ، يدفعه أنه لا يبعد صدق اليتيم على قريب العهد باليتيم.

لا يخفى عليك ما فيه، و ظهور الآيه فى تسليم المال بعد إيناس الرشد مسلم، لو لا الشرط الآخر و هو قوله «إِذَا بَلَغُوا النَّكَاحَ» فإن المراد اختبروهم قبل البلوغ إليه، فإن

كان قد بلغوا و قد آنسيتُم منهُم رُشداً بالاختبار السابق فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ، و معلوميه عدم انتهاء الابتلاء بالبلوغ لا يقضى بكونه بعده، بل المراد أن هذا محله الذى يتعقبه تسليم المال بعد البلوغ بلا فصل إذا فرض حصول الرشد منه، و صدق اليتيم على قريب العهد مجاز لا داعى إليه، بل قد عرفت وجود الداعى إلى خلافه، من اتفاق الأصحاب ظاهرا كما أنك عرفت تمام الكلام فى الآيه فى البحث عن علامات البلوغ فلاحظ.

مضافا إلى ما فى تأخير الاختبار بعد البلوغ إلى حصول الضرر بالحجر على مال البالغ، خصوصا إذا طال الزمان، و لا ملازمه بين ابتلائه قبل بلوغه، و بين صحه معاملاته المعلوم اشتراطها بالبلوغ، إذ الاختبار أعم من ذلك قطعا لاحتمال حصوله بالمساومه و المماكسه خاصه، و بالتواطى من الولى و البائع فيما هو مال الطفل، و نحو ذلك بل يحصل الابتلاء بغير العقود، و القول بشرعيه أفعال الصبى لا مدخلية له فى الصحه، إذ ذاك فى العبادات، و إذن الولى - مع أنه غير محقق لما عرفت من أعميه الاختبار من العقد- لا تجدى فى غير البالغ، سواء كانت سابقه أو لاحقه كما هو واضح.

و على كل حال فمما سمعت يعلم أن ما عن المبسوط و الجماعه من ذكر كيفيه الابتلاء لا يريدون به الخصوصيه قطعا، قال فى الأول: الأيتام على قسمين ذكور و إناث، فالذكور على ضربين ضرب يبذلون فى الأسواق و يخالطون الناس بالبيع و الشراء و ضرب يصانون عن الأسواق فالذين يخالطون الناس فإنه يعرف اختبارهم بأن يأمره الولى أن يذهب إلى السوق و يساوم فى السلع و يقاوم فيها و لا يعقد العقد، فإن رآه يحسن ذلك و لا يغبن فيه علم أنه رشيد، و إلا لم يفك عنه الحجر، و قيل:

انه يشتري له بغير أمره و يواطئ البائع على بيعها من اليتيم و ينقذه الولى ليشتريها منه، و قيل: إنه يدفع إليه شىء من المال يشتري به سلعه، و يصح شراؤه للضرورة، فيجيز.

و إن كان اليتيم ممن يصان عن الأسواق مثل أولاد الرؤساء فإن اختبارهم أصعب، فيدفع الولى إليهم نفقه شهر يختبرهم فينظر، فإن دفعوا إلى أكرتهم و غلمانهم و عمالهم و معاملهم حقوقهم من غير تمييز، و أقسطوا فى النفقه على أنفسهم فى مطاعمهم

و مكاسبهم سلم إليهم المال.

و أما الإناث فإنه يصعب اختبارهن فيدفع إليهن شيئاً من المال و يجعل عليهن نساء ثقات يشرفن عليهن، فإن غزلن و استغزلن و نسجن و استنسجن و لم يبذرن سلم المال إليهن، فإن كن بخلاف ذلك لم يسلم إليهن» و زاد بعضهم أنه لا بد من تكرار ذلك مرارا يحصل بها غلبه الظن، ليعلم الاتصاف بالملكه، و لعله مراد المبسوط أيضا، إذ من المعلوم عدم إرادته الخصوصيه، بل لعل غير الفقيه أعرف منه في طرق الاختبار المفيد ذلك، و من هنا لا- ينبغى مناقشه في ذلك، و لا- في ذكر الغزل و الاستغزال للإناث، مع أن ذلك غير واجب في الرشد، و بنات الرؤساء ليس ذلك طريق اختبارهن.

و بالجملة البحث في ذلك ليس وظيفه الفقيه، و لذا خلت عنه النصوص و بعض الأصحاب إنما ذكره على طريق التنبيه كما هو واضح، قال في القواعد: «و يعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات، فإن عرف منه جوده المعامله و عدم المغابنه إن كان تاجرا أو المحافظه على ما يتكسب به، و الملازمه إن كان صانعا و أشباه ذلك في الذكر و الاستغزال و الاستنساج في الأنثى إن كانت و أشباهه حكم بالرشد،» إلى غير ذلك من عباراتهم التي ربما يوهم بعض ما فيها ذلك، لكن التأمل الصادق قاض بإرادته ما ذكرنا، و قد سمعت فيها تقدم عبارته المصنف فتأمل جيدا، و أما ما حكاه من القول بصحة بيعه للضرورة و الأمر بالابتلاء، فمع أنك قد عرفت ما فيه و لم نتحققه لأحد من أصحابنا عدا ما يحكى عن التحرير من الحكم بها.

نعم قد يظهر من قول المصنف و هل يصح بيعه؟ الأشبه أنه لا يصح بيعه نوع تأمل فيه. بل قيل: إن الحكم بها هنا أولى منها في مطلق بيع المميز الذي أفتى به بعضهم، و تردد فيه الفاضل في القواعد، و من هنا حمل ما فيها في المقام من قوله بعد العبارة السابقه التي حكيناها عنه «و في صحه العقد حيثئذ إشكال» على ذلك، فيكون وجه الإشكال حيثئذ معلوميه اشتراط البلوغ في الصحه، و الضروره مع الأمر بالابتلاء، و كونه أولى من المميز، لكن جماعه قد استبعدوا الإشكال في ذلك، على وجه لم يرجح، فحملوا العبارة على ما بعد البلوغ، فظن بعض الناس أن

ذلك حينئذ خلاف من علامته، و منهم فى محل الاختبار، و أنه عندهم بعد البلوغ، و قد عرفت عدم ذلك عندنا، و إنما هو لبعض العامه.

و التحقيق ما ذكرناه سابقا من أنه لو حملت على ما بعد البلوغ يمكن أن لا يكون خلافا، بل يكون وجهه حينئذ فيما لو اتفق وقوع الاختبار بعد البلوغ لعارض من العوارض التى قدمناها سابقا، و يكون الإشكال حينئذ فيما لو صادف التصرف ظهور سفهه أو عدم ظهور رشده، فقد يقال بالصحة حينئذ لأصالتها، و إطلاق الأدله، و الأمر بالابتلاء، و الاضطرار إلى الاختبار، و لأن الفرض وقوع الاختبار بإذن الولى، فتكون عقوده حينئذ مصاحبه للإذن، و لغير ذلك، و قد يقال: بالفساد، لمعوميه اشتراط الرشد فى البيع و العلم بانتفائه بل الشك فيه كاشف عن تزلزل العقد السابق، و إن كان قد وقع مع الجهل بالحال.

نعم لو صادف الرشد واقعا اتجه الصحة، و لإطلاق ما دل على بطلان معامله السفه المنصرف إلى الواقع، بل عن الشهيد أن الأقوال فى الفرض ثلاثه: الصحة مطلقا لأمر الشارع بذلك، و البطلان مطلقا، لاعتبار الرشد، و الثالث إن ظهر الرشد ظهرت الصحة، و إن ظهر السفه ظهر البطلان.

قلت: قد عرفت وجه الثالث بل و الأول الذى هو قوى بناء على حصول الإذن من الولى فى ذلك، و إن كان للاختبار، أما الثانى فهو واضح الفساد، و كيف كان فحمل العبارة على ذلك ممكن و إن كان بعيدا، بل ربما نوقش فيما سمعته من وجوه الاشكال، و أنه يتعين الصحة حينئذ للإذن من الولى، و الأمر سهل بعد ان اتضح لك تحقيق الحال، و الله هو العالم.

## [كتاب الضمان]

### إشاره

كتاب الضمان

## [تعريف الضمان]

الضمان الذى هو عندنا على ما اعترف به غير واحد منا مشتق من الضمن لأنه ينقل ما كان فى ذمته من المال، و يجعله فى ضمن ذمه أخرى، أو لأن ذمه الضامن تتضمن الحق، فالنون فيه أصلية.

خلافًا لما عن أكثر العامه من أنه غير ناقل، و إنما يفيد اشتراك الذمتين، فاشتقاقه من الضم، و النون فيه زائده، لأنه حينئذ ضم ذمه إلى ذمه، فيتخير المضمون له فى المطالبه.

و فيه ما لا يخفى من منافاه وجود النون فى جميع تصاريفه، الا بدعوى اشتقاق ما فيه النون من الخالى عنها، و هو كما ترى.

و من صعوبه تحققه فى نحو ضمان النفس، و ظهور

قوله (عليه السلام) [\(١\)](#) «الزعيم غارم»

فى اختصاص الغرم به، و لغير ذلك مما هو فى مذهب الخصم، بعد الغض عن عدم تصور شغل ذمتين فصاعداً بمال واحد، و قد بينا أن المشغول به فى تعاقب الأيدى على المغصوب ذمه واحده، و هو من تلف فى يده المال مثلاً، و إن جاز له الرجوع على كل واحد، و إلا فهو مناف للمقطوع به من مذهبنا.

و أما الثمرات على القولين فهى واضحه: منها صحه الدور فيه على مذهبنا- كأن يضمن الأصيل ضامنه أو ضامن ضامنه، دون مذهبهم- و التسلسل كأن يضمن أجنبى الضامن و هكذا لتحقق الشرائط عندنا، فيرجع حينئذ كل ضامن مع الإذن بما أداه على الذى ضمن عنه، لا على الأصيل، و فى الأول يسقط الضمان، و يرجع الحق كما كان.

نعم يترتب عليه أحكامه كظهور إعسار الأصيل الذى صار ضامنا الموجب لخيار المضمون له فى فسخه، و الرجوع إلى المضمون عنه الذى صار ضامنا، و لا خلاف فى شىء من ذلك بيننا، إلا ما يحكى عن المبسوط من منع الأول لاستلزامه صيروره الفرع

أصلاً، و بالعكس، و لعدم الفائدة، و رد بأن الأول غير صالح للمانع، و الثانى بذلك و بما سمعته من الفائدة.

و على كل حال ف هو بالمعنى الأعم الشامل له بالمعنى الأخص و الحوالة و الكفالة و لو على جهة المجاز عقد شرع للتعهد بمال أو نفس أو أثر العقد أو غيرهما على حسب ما عرفت البحث فيه فى كتاب البيع و التعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال، و قد لا يكون: فهنا ثلاثة أقسام.

التعهد بالنفس، و هو الكفالة، و التعهد بالمال ممن ليس عليه، و هو الضمان بالمعنى الأخص الذى يدخل فيه ضمان الأعيان بناء عليه، و ممن عليه له مال، و هو الحوالة، و لكن سيأتى صحه الحوالة على البرىء، إلا أن هذا التقسيم جار على محل الوفاق، أو باعتبار هذا القسم من الحوالة، و كون القسم المشترك ذا جهتين بحيث يصح تسميته ضمانا خاصا و حوالة، يسهل معه الخطب.

و على كل حال ف

### [القسم الأول فى ضمان المال]

#### إشاره

القسم الأول: فى ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال، و هو المسمى بالضمان بقول مطلق الذى هو المعنى الحقيقى المتبادر عند الإطلاق، و ما تقدم سابقا من تقسيم الضمان إلى الثلاثة لا ينافى ذلك، إذ يمكن أن يكون بحسب المعنى المجازى بالعارض، و إن كان هو فى الأصل المعنى الحقيقى، إلا- أنه قد يهجر أو أنه على جهة الاشتراك اللفظى بين المعنى العام و الخاص، و الاشتهار أحد قرائن تعيين الثانى عند الإطلاق، أو أنه باق على الاشتراك المعنوى، إلا أن الاشتهار قرينه على إرادته تعيين الأخص عند الإطلاق.

لكن فى المسالك «أن الحوالة و الكفالة فردان حقيقه بالنسبه إلى مطلق الضمان و إن كانا مجازين بالنسبه إليه بالمعنى الأخص، نحو ما قيل فى تقسيم مطلق الماء إلى المضاف و المطلق، و إن كان الأول مجازا بالنسبه إلى الماء المطلق».

و فيه ما لا- يخفى إن لم يرجع إلى ما ذكرنا من منافاته للاصطلاح، و كونه فردا حقيقيا للمعنى المجازى لا يقتضى إطلاقه عليه حقيقه كما هو واضح، و مطلق الضمان إنما هو مفهوم لا لفظ خاص، إذ الكلام فى لفظ الضمان عند الإطلاق، و لعله لذا قال

بعد ذكر ما سمعت «و فيه بحث».

و على كل حال فيه بحوث ثلاثه إذ البحث في الصيغه و في اعتبار لفظ خاص فيها و عدمه قد تقدم في الكتب السابقه، و يأتي إنشاء الله تعالى بعض الكلام فيه.

### [البحث الأول في الضامن]

الأول: في الضامن و لا- بد أن يكون: مكلفا لما مر غير مره من سلب عباره غيره في أمثال المقام، بل لا بد أن يكون مع ذلك جائز التصرف الشامل للمقام و حينئذ ف لا إشكال في أنه لا يصح ضمان الصبي و لا المجنون و لو مع إذن الولي.

و لو ضمن المملوك لم يصح إلا بإذن مولاه وفاقا لجماعه. منهم الشيخ، و الفاضل في بعض كتبه، و الشهيد، و الكركي على ما حكى عن بعضهم لا- لما ذكر في جملة من الكتب مما لا حاصل له بل لما في الآية(١) من «عدم قدرته على شىء» المستدل بها على ما قيل في كثير من النصوص على منعه من تصرف غير المال، فضلا عنه، فيعلم منها- مضافا إلى ظهور اللفظ في نفسه- عدم اختصاص النفي بالمال، بل يكون ذلك هو الأصل فيه إلا ما خرج. و ما ثبت في ذمته قهرا من عوض الإلتلاف و نحوه لا ينافي ذلك، ضروره عدم كون ذلك من قدرته، و إنما هو من جعل الشارع، و لا أقل من الشك لذلك في تناول العمومات لمثله، فيبقى أصل بقاء الحق على حاله.

خلافًا للمحكي عن التذكرة، و المختلف، فيصح للعمومات السالمة عن معارضه المملكه المقتضيه للمنع من التصرف المنافي لحق المولى، ضروره أنه على الصحه يتبع به بعد العتق، و هو غير مناف لشىء من حقوق السيد.

و فيه: أن نفي القدره على شىء أعم من ذلك نعم إذا أذن له مولاه صح عندنا في محكى المبسوط، بل قولًا واحدا في محكى التذكرة، للعمومات بعد معلوميه وجود الذمه له القابله لذلك، بدليل ثبوت عوض ما أتلفه من المال فيها، إنما الكلام

فى تعلق ذلك مع الإطلاق بكسبه، كما عن أحد قولى الشافعيه، بل أرسل القول به فى جملة

من كتب أصحابنا، و إن كنا لم نتحققه، أو فى ذمته و يتبع به بعد العتق كما هو مقتضى قول المصنف.

و يثبت ما ضمنه فى ذمته، لا فى كسبه إلا أن يشترطه فى الضمان بأذن مولاه بل هو خير الفاضل فى جملة من كتبه، و الشهيد فى اللمعه، أو يكون على المولى كما لو أذن له فى استدانه لمصالح نفسه، إذ الضمان قسم منها، كما عن أبى على، بل مال إليه فى جامع المقاصد و المسالك، بل زاد الأول منهم أنه إذا كان السيد معلنا، بيع العبد و أدى ثمنه فى كفالتة عن المعسر، مع أن العبد لا- يباع فى الدين، أو يتعلق برقبته ذمته كأرش الجنايه كما عن بعض الشافعيه، بل فى المحكى عن نسختين من التحرير ذلك إلا ان الظاهر إرادته ذمته منها، لعدم الدليل على ذلك، بعد حرمة القياس عندنا، و معلوميه كون الضمان نقل الدين من ذمه إلى ذمه كما أنه لا يخفى عليك ما فى سابقه، ضروره كون البحث فى الإذن من السيد بالضمان، على أن يكون الدين فى ذمه العبد، لا- أنه و كيل عنه فى ذلك أو كالوكيل، على أنه فرق واضح بين إطلاق الإذن فى المقام، و بينه فى الاستدانه المقتضيه ملك العين المستدانه، على أن يملك صاحبها مثلها أو قيمتها فى ذمه المستدين، و العبد لا قابليه له لذلك، لما حررناه من عدم ملكه لشيء، فلا- وجه لإطلاق الاستدانه، إلا- على السيد بخلاف المقام الذى لا ملك فيه، فما فى المختلف و غيره- من بناء الحكم هنا على الحكم هناك الذى لم يخالف فى كونه على المولى إلا النادر- فى غير محله قطعا، فليس الشك حينئذ إلا فى القولين الأولين، و الأول منهما و إن كان لم نعرف القائل به من الأصحاب إلا أنه لا يخلو من قوه، إن كان المراد به عدم جواز منع السيد له إذا أراد وفاء ذلك من كسبه، باعتبار حصول الإذن منه فى إثبات ذلك فى ذمته، فيتعلق به حينئذ خطاب وفاء الدين، كما أنه يتعلق به خطاب مطالبه الديان.

إما لاستفاده الإذن عرفا فى ذلك من الإذن فى الضمان، أو لترجيح أدله وفاء الدين و المطالبه به على ما دل على تسلط السيد على عبده باعتبار حصول الإذن منه



المقتضيه زوال الحجر عنه، و صيرورته بها كالحجر المعسر مثلا الذى يجب عليه التكسب فى وفاء دينه، أو لا يمنع من ذلك لو أراد.

و من ذلك يظهر لك ما فى جملة من الكلمات المذكوره فى المسالك و غيرها، حتى ما ذكر دليلا للمصنف من أن الإذن فى الضمان أعم من الإذن فى الوفاء من كسبه الذى هو أحد أموال السيد، بل أقصاها صيروره ذمه العبد قابله لثبوت ذلك فيها، إذ هو جيد مع تصريح المولى بذلك، أما مع الإطلاق فالمفهوم عرفا تبعيه خطاب الوفاء و المطالبه لها على الوجه الذى سمعته، بل قد يستأنس له فى الجملة بثبوت الكفاره عليه بالإذن له فى الإحرام، و حرمة قطع الصلاه عليه بالإذن له بالدخول فيها، و نحو ذلك مما يتبعه الحكم الشرعى بعد الاذن من السيد فى موضوعه و عنوانه، هذا كله مع الإطلاق، أما مع الاشتراط فلا إشكال بين من تعرض لذلك فى صحته حينئذ و تعلقه و يكون كما لو شرط الضمان من مال بعينه الذى أشار إليه المصنف بقوله.

و كذا لو شرط أن يكون الضمان من مال معين و إن كان لا يخفى عليك الفرق بين الموضوعين، ضروره كون الثانى اشتراط كون الضمان فى مال معين من أموال الضامن، و ستسمع تحقيق الحال، بخلاف المقام، فان الكسب ليس من أموال العبد، و الفرض أن الضمان فى ذمته فهو حينئذ نحو الضمان فى مال الغير باذن الغير و قد يستشكل فى صحته، اللهم الا أن يجعل كإرهان مال الغير باذنه، على أن الكسب ليس مالا موجودا فى الخارج، و انما هو متجدد آنا فآنا، و يمكن عدم حصوله أصلا، فالأوجه حينئذ جعل هذا الشرط على إرادته الاذن من السيد فى وفاء ما ضمنه من كسبه، و رفع الحجر عنه فى ذلك، و حينئذ فلو أعتق العبد قبل إمكان تجدد شىء من الكسب لم يكن إشكال فى بقاء الحق عليه، فيجب عليه أدائه من كسبه، أو من غيره من المال الذى يحصل له، لكن فى المسالك «هل يبقى التعلق به بعد العتق أم يبطل الضمان لفوات المحل المعين لأداء المال، لانصراف الإطلاق إلى الكسب الذى هو ملك المولى، و قد فات، الظاهر من كلامهم الأول، فإن ذلك هو معنى: فإذا أعتق صار كسبه و ما فى يده سواء، و مع ذلك لا يسمى فى اصطلاح الشرع كسبا، و إن أطلق

عليه لغه، لكن يشكل على هذا صحه اشتراطه فى كسبه حال عبوديته، لأن السيد لا حق له فيه، فلا مدخل لإذنه فيه، و العبد لم يكن حين الضمان يقدر على شىء، اللهم إلا أن يقال: بصحه ضمانه بغير اذن سيده كما مر، فهنا أولى».

قلت: ما استظهره من كلامهم كذلك، و هو دليل على إرادته ما ذكرناه من الشرط المزبور، لا أنه من قبيل الضمان فى مال بعينه و إلا لاتجه فيه ما تسمعه من الكلام فى ذلك.

ثم قال: «و يتفرع على ذلك ما لو مات العبد قبل إمكان الأداء، فهل يلزم المولى الأداء لما بقى يحتمله، لأن إذنه له فى الضمان فى كسبه كإذنه فى الضمان فى مال بعينه من أمواله، فإذا تلف المال يعود الضمان إلى ذمه صاحب المال على الخلاف، و لو قلنا بعدم عوده إليه فلا اشكال، و يحتمل عدم لزومه للمولى، و إن قلنا به ثمه، لأن الكسب ليس كمحض مال السيد، بل حق له، و لهذا قيل: لو أعتق بقى متعلقا بكسب المعتق فدل على أنه لم يتعلق بالمولى محضاً، و ليس فى كلام الأصحاب هنا ما يدل على شىء و إن كان الأوجه ابتناؤه على مسأله تعيين الأداء من مال بعينه».

و هو من غرائب الكلام، إذ المفروض أن العبد هو الضامن، لا المولى، فأى وجه لاحتمال عود الضمان إلى المولى بموت العبد، نعم يتوجه ضياع المال على صاحبه إلا إذا أراد به استيفاء من الحقوق نحو الضامن المعسر كما هو واضح، و لو فرض المقام على وجه يكون كاشتراط الضمان من مال بعينه، لم يكن بد من اجراء ما تسمعه فيه، و لا معنى حينئذ لدعوى ظهور كلامهم فى بقاء التعلق مع العتق.

و أما الكلام فى اشتراط الضمان فى مال بعينه فلا أجد خلافاً فى صحته، لعموم (١)

«المؤمنون»

و غيره و يتعلق حق الدين المضمون به.

لكن فى المسالك و غيرها: هل هو تعلق الدين بالرهن؟ أو تعلق الأرش بالجاني؟

وجهان مأخذهما أن الضمان ناقل للدين إلى ذمه الضامن، لأن موضعه إنما هو الذمه و تخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبه الآن فيه، لأن مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها، و أن الضامن لم يشغل ذمته على الإطلاق، و إنما حصر الاستحقاق فى المال المعين،

و جعله متعلق حق المضمون له، فينحصر حقه فيه ابتداء، من غير تعلق بالذمه.

و يظهر الفائدة في أمور منها: التلف بغير تفريط، فعلى الأول: ينتقل إلى ذمه الضامن، لأن تلف الرهن لا يسقط الحق، و على الثاني: إلى ذمه المضمون عنه، لأن فوات العبد الجاني إنما يسقط الحق عن مالكة، و مالك المال هنا هو الضامن، فيسقط عنه.

و اما المضمون عنه فانتقال المال عن ذمته ليس انتقالا تاما، لأنه لم يتعلق بذمته، و إنما تعلق بمال تعلقا ضعيفا، فإذا مات عاد إلى ما كان، مع احتمال السقوط عنهما في الموضعين على التقديرين، أما عن الضامن فلأنه لم يقدم على الضمان إلا في ذلك المال، و لم يلتزم الأداء من غيره، عملا- بالشرط و قد فات فيبطل الضمان و يعود إلى ذمه المضمون عنه، و أما احتمال سقوطه عن المضمون عنه على تقدير تعلقه كالجاني، فلأن الضمان لما كان ناقلا برئت ذمه المضمون عنه بالضمان كيف كان، فلم يبق للمضمون له عليه حق، و لا الضامن إلا بما أدى، و لم يحصل.

لكن لا- يخفى عليك ما في أصل الاحتمال الثاني، ضروره عدم صلاحية الضمان لإثبات مثل هذا التعلق بعد أن كان هو نقل الدين من ذمه إلى أخرى، و كذلك الشرط الذي هو بمعنى الإلزام، و على تقديره فلا وجه لاحتمال عوده إلى ذمه المضمون عنه، بعد انتقاله عنها إلى المال المخصوص، و إنما المتجه أن يقال: إن هذا الشرط إما أن يكون من المضمون له، أو الضامن، أو منهما، فان كان الأول تخير مع تلفه في فسخ الضمان، و العود إلى المضمون عنه و عدمه، و إلزام الضامن الأداء من غيره، و إن كان الثاني تخير الضامن، و إن كان الثالث تخير كل منهما على قاعده فوات الشرط في غير هذا العقد من العقود اللازمة، إذ هو بناء على ما ذكرناه من عدم مشروعيته بالمعنى المزبور لا معنى له لاشتراط الأداء من المال المخصوص، و يمكن رجوع ما عن التذكرة من الرجوع على الضامن مع التلف مطلقا إلى ما قلناه بناء على عدم اختياره الفسخ، كما أن ما عن الشهيد في بعض فتاواه من اختيار بطلان الضمان كذلك، على معنى اختياره الفسخ، بل هو أولى مما في المسالك- من أنه «يمكن دفع المنافاه بين

تعلق الذمه و المال المعين مع الحكم بالطلاق على تقدير تلفه. بأن يجعل التعلق بالذمه مشروطا بالأداء من المال عملا بمقتضى الشرط أو يجعل هذا تعلقا برأسه خارجا عن التعلقين، إذ لا دليل على الانحصار فيهما، وإنما هو من مناسبات الشافعية و حينئذ فيجعل التعلق مخصوصا بالعين وفاء بالشرط، فإن التزام المال من غير المعين لم يتعلق به قصد الضامن، و لا دل عليه لفظ» إذ هو كما ترى، بعد ما ذكرنا، مضافا إلى معلوميه أن تعذر الشرط في العقود اللازمه إنما يقتضى انتفاء اللزوم لا الصحة، و إلا كان تعليقا كما هو محرر في محله، فالتحقيق ما ذكرناه، و لا- ينافيه دعوى عدم قابليه عقد الضمان للخيار كالنكاح و الوقف، و نحوهما، إذ هي مجرد دعوى لا سند لها، بل مقتضى العمومات خلافها.

و بذلك كله ظهر لك وجه النظر فيما ذكرناه من كلامه و من تبعه، بل و فيما لم نذكره فلاحظ و تأمل و حينئذ فلا ريب في إكمال الضامن مع نقصان المال الذى تعلق الضمان به، كما أنه لا ريب في كونه المطالب بتحويله إلى جنس الحق، لما عرفت من كون المال في ذمته، و هو المخاطب بأدائه من هذا المال.

و من الغريب احتمال عدم ضمانه النقصان، كاحتمال براه ذمه الضامن و المضمون عنه بتعذر المال المشترط فيه الضمان المتقدم سابقا، إذ هما منافيان للأصول و الضوابط ثم لا يخفى عليك أن اقتصار المصنف على المملوك في التفريع على ما ذكره من جواز التصرف مشعر بجواز الضمان من المفلس بل و السفية، و أنهما ليسا ممنوعين منه، بل هما جائز التصرف بالنسبة إليه، و هو كذلك فى المفلس، و إن كان لا يشارك المضمون له الغرماء.

أما السفية فقد أطلق غير واحد عدم جواز ضمانه، لانه تصرف مالى كالاقتراض و الهبة، و هو كذلك لكن ربما احتمل الجواز برضى المضمون له على ان يتبعه به بعد فك الحجر، لكنه كما ترى، ضروره أنه مع الحجر عليه لا تقبل ذمته ذلك على وجه يكون من ديونه، بحيث يتعلق بتركته بعد موته مثلا، و إلا لجاز بيعه كذلك كما هو واضح.

و كيف كان ف لا يشترط علمه أى الضامن ب اسم المضمون له و نسبه و لا المضمون عنه كذلك كما فى الخلاف و الغنيه، و التحرير، و الإرشاد، و المختلف، و جامع المقاصد، و المسالك، و الروضه، و الكفايه، و المفاتيح، و الرياض على ما حكى عن بعضها، بل نسبه بعضهم إلى الأكثر، بل فى محكى التذکره لو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ضمانه عند علمائنا.

و قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و تبعه المقداد فى المحكى عن تنقيحه يشترط علمه بذلك، لحصول المعامله بين الضامن و بينه، فافتقر الى معرفته للحاجه، و للغرر و الضرر بدون ذلك، و لينظر هل يستحق ذلك عليه أو لا، و لأنه إحسان و لا بد من معرفه محله، و إلا لجاز وضعه فى غير أهله فلا يستفيد إلا محمده اللثام.

و لا ريب فى أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده التى منها العمومات السالمه عن معارضه ما يقتضى ذلك، ضروره عدم اقتضاء المعامله بينهما المعرفه المزبوره، كالبيع، و الإجاره، و غيرهما، و لا نهى عن الغرر المزبور الذى قد أقدم عليه الضامن، و النظر فى استحقاق ذلك لو سلمنا اعتباره، لا يقتضى اعتبار المعرفه المزبوره على أنه يمكن معلوميته بدونها، و الأخير لا يستأهل جوابا، كل ذلك مضافا إلى

المنقول من «ضمان أمير المؤمنين (عليه السلام)» (١) الدرهمين عن ميت امتنع رسول الله (صلى الله عليه و آله) عن الصلاه عليه،

و ضمان قتاده (٢) الدينارين عن آخر كذلك.

لكن لا بد أن يمتاز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد إلى الضمان عنه بلا خلاف و لا إشكال، ضروره عدم العبره بالقصد إلى ضمان المبهم المتردد فى الواقع، لعدم الدليل عليه، بل ظاهر الأدله خلافه، بل لعله من المقطوع به إلا أنه أشكله فى المسالك بمنع توقف القصد على ذلك، فإن المعتبر القصد الى

الضمان و هو التزام المال الذى يذكره المضمون له مثلا فى الذمه، و ذلك غير متوقف على معرفه من عليه الدين، فالدليل إنما دل على اعتبار القصد فى العقد، لا فيمن كان عليه

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب أحكام الضمان الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من أبواب أحكام الضمان الحديث ٣.

الدين، فلو قال لشخص مثلاً إنى أستحق فى ذمه شخص مأه درهم فقال له آخر:

ضمنتها لك كان قاصداً إلى عقد الضمان، عن أى من كان عليه الدين، ولا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك.

وفيه: أنك قد عرفت بكون المراد الامتياز عند الضامن على وجه لا يكون مبهماً بحيث لا يصح معه القصد إلى الضمان، كما لو قال: ضمنت لك أحد دينيك مثلاً، فلا يرد المثال الذى ذكره، لأنه من الممتاز على وجه يصح للضامن قصده، وإن لم يكن معلوماً له بعينه.

نعم لو أراد الضامن الضمان عن هو متشخص عنده لم يكتف بذلك قطعاً، وإلى ما ذكرنا يرجع ما عن التذكرة حيث قال: «و هل يشترط معرفه ما يميزه عن غيره، الأقرب العدم، بل لو قال: ضمنت لك الدين الذى لك على من كان من الناس جاز، نعم لا بد من معرفه المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن معه القصد إلى الضمان عنه، لو لم يقصد الضمان عن أى من كان».

فمن الغريب ما فى المسالك من دعوى موافقه هذا الكلام من التذكرة لما اختاره لا لما ذكره المصنف وهو عند التأمل الصادق عين ما فى المتن.

وأغرب من ذلك ما وقع من بعضهم من أنه بناء على اعتبار القبول لفظاً - كما عليه الأكثر و إن لم يصرحوا به، لمكان تصريحهم بأنه عقد لازم - اقتضى ذلك تميزه لا أزيد من ذلك، و إن لم نعتبره كما يدل عليه واقعه الميت المديون (١) الذى امتنع النبى (صلى الله عليه وآله) من الصلاه عليه حتى ضمنه على (عليه السلام) لم يعتبر علمه بوجه، وهذا هو الظاهر من عبارته المصنف حيث اعتبر رضاه و لم يعتبر فيه عقداً ولا قبولاً مخصوصاً، ولا امتيازاً هنا مع اعتباره امتياز المضمون عنه، إذ لا يخفى عليك أنه لا إشكال فى اعتبار القبول فيه، لأنه لا إشكال فى كونه من العقود، و لكن ذلك لا يقتضى المعرفه المزبوره فيصح حينئذ ضمانه له و إن لم يشخصه، و إن حصل القبول منه.

نعم لا- بد من الامتياز الذى ذكرناه المقابل للإبهام، و لعل اقتصار المصنف على ذكره فى المضمون عنه للاكتفاء عنه فى المضمون له بذكره سابقا أنه من العقود، و لا ريب فى اقتضائها ذلك قطعا فى أركانها التى منها المضمون له، و بما يذكره الآن من اعتبار رضاه المحتمل، أو المظنون، أو المقطوع إرادته القبول منه المتوقف على التمييز المزبور قطعا.

بل لا بد فيه من نظم العقد حيثئذ بالاتصال و العربيه بل و الماضويه و الصراحه الوضعيه، بناء على اعتبارهما و غير ذلك مما يعتبر فى العقد اللازم، و إن كان الذى قدمناه سابقا التوسعه عندنا لفظا إيجابه و قبوله، و أنه يكفى كل ما دل على ذلك على حسب غيره من الخطابات، من غير فرق بين الحقيقه و المجاز و الماضويه و غيرها و قد أشبعنا الكلام فيه و المقام أحد أفراده و بذلك كله بان الكلام فى جميع أطراف المسأله و إن ذكر فى الرياض أن فيها أقوالا أربعه:

و فى اعتبار العلم بالمضمون عنه و المضمون له بالوصف و النسب، كما عن المبسوط أو بما يتميزان به عن الغير خاصه كما فى اللغه أو العدم مطلقا كما عن الخلاف، و فى الغنيه و هو ظاهر العبارة، و صريح الشرائع و الفاضل فيما عدا المختلف و المسالك و الروضه، أو يعتبر معرفه الأول بما يتميز خاصه دون الثانى كما فى المختلف- أقوال أربعه أجودها ثالثها.

لكن لا- يخفى عليك ما فيه، بل و ما فى مختاره بعد الإحاطه بما ذكرناه، كما أنه لا يخفى ما فى حكايته عن المختلف بعد ملاحظه آخر كلامه، بل و لا ما فى تحريره الخلاف المزبور على الوجه المذكور، بل لو لا شهره حكاية الخلاف عن المبسوط لأمكن حمله بقرينه تعليله على إرادته معلوميه الحق، و هو غير ما نحن فيه.

و كيف كان فلا إشكال بناء على ما عرفت فى أنه يشترط رضا المضمون له فى صحه الضمان، بل لا خلاف معتد به أجده فيه، بل فى محكى التحرير و الغنيه الإجماع عليه، و هو الحجه بعد الأصول المقتصر فى الخروج عنهما على الضمان

برضا المضمون له، و

صحيح ابن سنان (١) عن الصادق (عليه السلام) «فى الرجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء؟ فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمه الميت»

و فى الفقه المنسوب الى مولانا الرضا (عليه السلام) (٢) «و إن كان لك على رجل مال و ضمنه رجل عند موته، و قبلت ضمانه فالميت قد برأ، و قد لزم الضامن رده»

مضافا إلى ما فى انتقال الدين من ذمه المديون إلى أخرى بدون رضى الديان من الفساد، و ضياع حقوق الناس المعلوم ضروره من الشريعة خلافه، و إلى ما يشعر به ما تسمعه من خبر عبد الله بن الحسن (٣) و غير ذلك، فما عساه يظهر مما عن الخلاف - من أن اعتبار رضاه أولى من الخلاف فى ذلك - واضح الفساد.

و أغرب من ذلك الاحتجاج له بضمان أمير المؤمنين (عليه السلام) (٤) و أبى قتاده (٥) الدين عن الميت، و لم يسأل النبى (صلى الله عليه و آله) عن رضى المضمون له - الذى هو بعد الغض عن سند روايته - لا دلالة فيه على ذلك، بل لعله دال على خلافه، ضروره اشتماله

على وقوع الضمان الذى هو عباره عن الإيجاب و القبول من المضمون له، و الإيجاب وحده ليس بضمان، فلا حازه حينئذ إلى الجواب بأنها واقعه لا عموم فيها، و بأن ذلك إنما يدل على عدم البطلان قبل علمه و رده، و نحن نقول بموجبه، لأنه صحيح، و لكن لا يلزم إلا برضى المضمون له، و بأن النبى (صلى الله عليه و آله) قد قبل، لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم، و بحصول إذن الفحوى من المضمون له، و بغير ذلك مما لا يخفى عليك ما فيه بعد معلوميه امتناع النبى (صلى الله عليه و آله) عن الصلاه عليه من جهه شغل ذمته، و أنها برئت بالضمان، فصلى و الضمان الفضولى لا يفيد براءه فعلية، و أن ولايه النبى (صلى الله عليه و آله) فى غير قبول العقود، و الفحوى لا تكفى فى تحقق البراءه فعلا فالتحقيق حينئذ فى الجواب ما عرفت.

١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب الدين و القرض الحديث- ١.

٢-٢ المستدرک ج-٢- ص ٤٩١.

٣-٣ الوسائل الباب-٥- من أبواب أحكام الضمان الحديث- ١.

٤-٤ الوسائل الباب-٣- من أبواب أحكام الضمان الحديث ٢.

٥-٥ الوسائل الباب-٣- من أبواب أحكام الضمان الحديث ٣.



و أغرب من ذلك الاستدلال له ب

موثق «إسحاق بن عمار(١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه: على دينك؟ قال: يبرؤه ذلك و إن لم يوفه وليه من بعده، و قال: أرجو أن لا يَأْثِمَ و إنما إثمه على الذي يحبسه»

الذي هو مطلق محمول على المقيد، و ب

موثق الحسن بن الجهم (٢) «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل مات و له على دين و

خلف ولدا رجلا و نساء و صبيانا فجاء رجل منهم فقال:

أنت في حل مما لإخوتي و أخواتي و أنا ضامن لرضاهم عنك، قال تكون في سعة من ذلك و حل، قلت: و إن لم يعطهم قال: ذلك كان في عنقه، قلت: فإن رجع الورثة على فقالوا: أعطنا حقنا فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأما بينك و بين الله فأنت في حل منها إذا كان الرجل أحلك يضمن رضاهم، قلت: فما تقول في الصبي، لأمه أن تحلل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه و تعطيه، قلت: فإن لم يكن لها مال قال:

فلا، قلت: فقد سمعتك تقول أنه يجوز تحليلها، فقال: إنما أعنى بذلك إذا كان لها مال».

و صحيح حبيب الخثعمي (٣) عن أبي عبد الله (عليه السلام) «قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعه يأخذ منه بغير إذن صاحبه؟ قال: لا يأخذ إلا أن يكون له وفاء قال:

قلت: أ رأيت إن وجد من يضمنه و لم يكن له وفاء و أشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه؟ قال: نعم».

الذي لا يخفى عليك مخالفه ظاهر الأول للإجماع، باعتبار اشتماله على الإبراء من دون إذنهم، و إنما ضمن رضاهم، و هو ليس من الضمان المصطلح، و تأويله بالضمان من دون رضاهم ليس بأولى من ضمانه برضاهم، و لكن لا بينه له على ذلك، فكان في الحكم الظاهر لهم مطالبته مع إنكارهم لذلك.

١-١ الوسائل الباب-١٤- من أبواب أحكام الدين و القرض الحديث-٢.

٢-٢ الوسائل الباب-٤- من أبواب أحكام الضمان الحديث-١- باختلاف يسير.

٣-٣ الوسائل الباب-٨- من أبواب أحكام الوديعة- الحديث ١.

و أما الثانى فليس دالا إلا على جواز الأخذ من الوديعه إذا لم يكن له مال، و كان قد تعهد له شخص بوفاء ذلك عنه، و لا ريب أنه خارج عما نحن فيه، و محمول على إذن المودع بذلك.

فمن الغريب وسوسه بعض متأخرى المتأخرين فى الحكم المزبور لذلك، مما هو غير صالح لمعارضه بعض ما عرفت، خصوصا بعد كون المسأله من قطعيات الفقه و ضرورياته، بل لعل الوسوسه فيها جهل بمذاق الفن و مذاق الشرع، بل قد عرفت أنه لا بد من رضى المضمون له بعنوان القبول الذى يتم به العقد، لما عرفت من المفروغيه عن كون الضمان عقدا محتاجا إلى الإيجاب و القبول، بل لا بد فيهما من جميع ما هو معتبر فى العقود اللازمه من الاتصال و العرييه و غيرهما.

نعم يقوى عندنا فيه و فى غيره من العقود اللازمه عدم اعتبار لفظ مخصوص و لا هيئه مخصوصه، بل كلما أفاد إنشاء ذلك و لو بالجملة الاسميه، أو بالمجاز أو نحو ذلك، كما أوضحناه فى البيع و غيره.

و منه يعلم حينئذ تحقق عقد الضمان بنحو «على دين زيد» أو عندى أو نحوهما مما يقصد به إنشاء التعهد بذلك، و قرنه القبول من المضمون له، فما عن الإيضاح و المقدس الأردبيلى - من اعتبار الرضا دون القبول العقدى، لأنه التزام أو إعانه للمضمون عنه، و توثيق للمضمون له، و ليس هو على قواعد المعاملات - واضح الضعف كقول العلامة فى القواعد «و فى اشتراط قبوله احتمال» إذ الجميع كما ترى، ضروره عدم منافاه التوثيق و نحوه للعقدية، إذ هو حينئذ كالرهن، بل أولى لما فيه من انتقال المال من ذمه إلى ذمه أخرى، على أن الأصل عدم ترتب شىء عليه، إذا لم يكن بصورة العقد.

نعم لا عبره برضا المضمون عنه بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه لأن الضمان كالقضاء للدين المعلوم عدم اعتبار الرضا فيه، و لإطلاق الأدله و عمومها، و لما سمعته من واقعه ضمان أمير المؤمنين (عليه السلام) و غيره عن الميت، بل لو أنكر و أبى بعد الضمان لم يبطل، على الأصح للأصل و غيره من الأدله

التي سمعتها، خلافا لما في النهايه قال: «و متى تبرع الضامن من غير مسأله المضمون عنه، و قبل المضمون له فقد برأ المضمون عنه، إلا أن ينكر ذلك و ياباه، فيبطل ضمان المتبرع، و يكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان».

و ربما تبعه عليه غيره، لكن لم نجد له دليلا، بل ظاهر الأدله خلافه، و أنه لا عبره برضاه، و لا رده و إباؤه مانع، سواء كان ذلك قبل الضمان أو بعده، و مما سمعته من النهايه يعلم إرادته ما فسرناه من الإنكار في عبارته المتن، لا جحود ضمان الضامن الذي قد يفرض اعترافه بالضمان، على أنه لا وجه لاحتمال بطلان الضمان بذلك.

و كيف كان ف مع تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحه ينتقل المال إلى ذمه الضامن و يبرأ المضمون عنه و حينئذ تسقط المطالبه من المضمون له عنه لعدم الحق له في ذمته، بلا خلاف في شىء من ذلك عندنا و لا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعله من ضروريات الفقه.

نعم قد عرفت مخالفه الجمهور - في ذلك، باعتبار أن الضمان عندهم ضم ذمه إلى ذمه أخرى و بطلانه، و حينئذ ف لو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن من هذه الحثيه على قول مشهور لنا بل مجمع عليه بيننا، ضروره عدم المحل للبراءه المزبوره بعد ما عرفت من براءه ذمته بالضمان عندنا، وإنما محلها حينئذ ذمه الضامن، فإذا أبرأه براءه معاً، و إن كان الضمان بالإذن، لعدم استحقاق الرجوع عليه إلا بالأداء الذي قد انتفى محله بالإبراء، فينتفى الحق عنه للضامن الذي قد فرضنا براءه ذمته من المضمون له.

نعم قد يقال باستفاده براءه ذمه الضامن من براءه ذمه المضمون عنه، و إن لم يكن لها محل، باعتبار ظهور ذلك في إرادته رفع اليد عن هو عليه، و إن كان متعلقها المضمون عنه، إلا - أن ذلك لو سلم فهو خروج عما نحن فيه، ضروره كون المراد من الحثيه المزبوره، لا - من حيث دعوى دلالة العرف على إرادته البراءه للضامن أيضا، مع أنها واضحه المنع على مدعيها مع عدم القرائن، و كل ذلك تفريع على مذهبنا.

أما على مذهب الجمهور فلا إشكال في صحه البراءه المزبوره، لأن الحق باق

عندهم. بل المحكى عنهم ان براءه ذمه الضامن لا يقتضى براءه ذمه المضمون عنه، بخلاف العكس، لأنها من قبيل الوثيقه عند الديان، فتلغها لا يقتضى سقوط الحق بخلاف براءه ذمه المضمون عنه فإنها تقتضى براءه ذمه الضامن التي هي وثيقه على ذمه المضمون عنه، المفروض براءتها، فتفك حينئذ الوثيقه، و هي كما ترى قياس و استحسان و تحدىس لا يوافق أصول الشريعة و قواعدها، و لعل قول المصنف على قول مشهور لنا إشاره إلى ما ذكرناه من الاحتمال، لا لوجود خلاف فى المسأله، إذ قد عرفت أنها من قطعيات فقه الشيعه أو ضرورياته.

و كيف كان فلا خلاف عندنا فى أنه يشترط فيه أى فى لزوم الضمان الملاءه أو العلم من المضمون له بالإعسار و الرضا به، بل عن ظاهر الغنيه الإجماع، و السرائر نسبتته إلى أصحابنا و جامع المقاصد ظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق، و لعل ذلك- مضافا إلى قاعده الضرر، و بناء الضمان على الارتفاق، و إرادته الأداء و ما عساه يشعر به ذيل خبر ابن الجهم (١) المتقدم، و ما تسمعه من النصوص (٢) فى الحواله الداله على ذلك، و هي أخت الضمان- دليل الحكم المزبور، و حينئذ فإذا كان الضامن مليا أو معلوم الإعسار عند المضمون له لزم بالضمان بلا خلاف و لا إشكال.

أما لو ضمن ثم بان إعساره، كان للمضمون له فسخ الضمان، و العود على المضمون عنه قيل: و ليس هو كالبيع إلى أجل مثلا فبان إعساره، للفرق الواضح بينهما بالنسبه إلى الأداء، لكن ذلك إذا كان معسرا حال الضمان، أما إذ تجدد فلا خيار لأصالة اللزوم، بل قد يقوى عدم الخيار أيضا لو كان معسرا حال الضمان و لم يعلم به حتى تجدد يساره، للأصل أيضا، و لا ينافى الخيار المزبور سبق رضى المضمون له لضمانه حال عدم العلم بإعساره، كما أنه لا فرق فى ثبوته بين إعسار المضمون عنه، و عدمه، لإطلاق الفتوى المقتضى أيضا عدم الخيار مع الملاءه و إن لم يكن وفيها بل ظاهرهم عدم ثبوته بغير ذلك من وجوه الضرر، أو تعسر الاستيفاء، و لكنه لا يخلو من

١- ١ الوسائل الباب- ٤- من أبواب أحكام الضمان الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤- من أبواب أحكام الضمان.

نظر، بل ظاهرهم أن الإعسار كاف في ثبوت الخيار المزبور و إن كان الضمان مؤجلا و أن اليسار حين الضمان كاف في لزومه و إن أعسر عند الأجل.

كل ذلك مع عدم العلم به كما عرفت، و إلا فمع العلم به أو الرضا به على كل حال فلا إشكال،(١)

«و قد احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه و طالبوه بدين لهم، فقال لهم: لا مال عندي فأعطيكم، و لكن ارضوا بمن شئتم من ابني عمي، على بن الحسين عليهما السلام أو عبد الله بن جعفر، فقال الغرماء: عبد الله بن

جعفر ملى مطول، و على بن الحسين عليهما السلام رجل لا- مال له صدوق و هو أحبهما إلينا، فأرسل إليه فأخبره الخبر، فقال أضمن لكم المال إلى غله و لم تكن له غله فقال القوم: قد رضينا و ضمنه فلما أتت الغله أتاح الله له المال فأداه»

ثم إن هذا الخيار على الفور أو التراخي؟

وجهان ذكرناهما في نظائره، و قلنا: إن الأصل يقتضى الثانى منهما كما اعترف به غير واحد.

و كيف كان ف الضمان المؤجل للدين الحال جائز بلا خلاف أجده كما اعترف به بعضهم بل إجماعا كما في المسالك و محكى التنقيح و إيضاح النافع، و غيرها، للعمومات السالمة عن المعارض، إذ هو تأجيل للدين، لا تعليق للضمان إلى الأجل، و احتمال كون الضمان نقل الدين على ما هو عليه بحيث لا يختلف في حلول و تأجيل لا قائل به، و لا شاهد عليه، بل مقتضى العمومات خلافه.

نعم هل يكون هذا الأجل للدين، أو هو أجل للضمان؟ و تظهر الثمره فيما لو أدى الضامن من قبل الأجل، فإنه لا يستحق الرجوع على الأول، بخلاف الثانى الذى لا يخلو من قوه، بل هو صريح المسالك و غيرها فى المسائل الآتية، و أما ضمانه للدين المؤجل بأزيد من أجله أو مساويه أو أنقص فلا- أجد فيه خلافا محققا كذلك، بل ظاهر المتن أنه من معقد الإجماع عليه، بل يمكن دعوى الإجماع عليه، بل عن فخر الإسلام أن ضمان المؤجل بمثل أجله يصح إجماعا و عن الشيخ و إيضاح النافع أن ضمان المؤجل بأزيد من أجله يصح إجماعا مضافا إلى انه مقتضى العمومات أيضا.

نعم ربما ظهر من تعليل المنع فى المسأله الآتیه المنع فى المساوى، باعتبار عدم الإرفاق فيه، كما أنه يستفاد المنع فيما لو كان الأجل أنقص مما تسمعه من تعليل فخر الإسلام و الكركى المنع فى بعض الصور الآتیه، بأنه ضمان ما لم يجب، إلا أن الجميع ستعرف ضعفه، على أنه لا معنى لإثبات الخلاف من أمثال هذه التعليلات بالتى نذكر دليلاً للمخالف من غيره، و منه يعلم الجواز حينئذ فى جميع صور المقام من غير فرق بين الضمان بالإذن و التبرع.

و فى الضمان الحال، تردد و خلاف، ففى محكى المقنعه و النهايه لا يصح ضمان نفس أو مال إلا بأجل، و فى محكى الوسيله إنما يصح الضمان بتعيين أجل المال و عد فى محكى الغنيه من شروط صحته أن يكون إلى أجل معلوم، ثم عد شرطين آخرين، و ادعى الإجماع.

و ظاهر هذه العبارات اعتبار الأجل فى الضمان على نحو اعتباره فى السلم، و هو الذى أشار إليه فى المتن بقوله تردد، و لكن أظهره الجواز وفاقاً لغير من عرفت من الأصحاب، حتى من الشيخ فى المحكى عن المبسوط، للعمومات السالمة عن معارضه ما يقتضى اعتبار الأجل فيه كالسلم، و إجماع الغنيه - بناء على شموله للفرض مع عدم الشاهد له، و مصير من عرفت من الأصحاب إلى خلافه - يضعف الظن به.

بل فى محكى السرائر «و قد يوجد فى بعض الكتب لأصحابنا، و لا يصح ضمان مال و لا نفس إلا بأجل، و المراد بذلك إذا اتفقا على التأخير و الأجل فلا بد من ذلك و لا يصح إلا بأجل محروس فأما إذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون أجل، و كذا إذا أطلقا العقد، و إلى هذا القول ذهب شيخنا فى مبسوطه، و هو حق اليقين، لأنه لا يمنع منه مانع، و من ادعى خلافه يحتاج إلى دليل و لم نجده.

و مقتضى ذلك خروج المسأله عن الخلاف، إذ هو منحصر فيما سمعت من العبارات المحتمل فيها ذلك، مؤيداً بعدم العثور على دليل يدل على اعتبار الأجل فيه، نحو اعتباره فى التسليم، و حينئذ يكون وجه الخلاف فى المسأله اعتبار الأجل فى الضمان و عدمه، و هذا هو الظاهر من العبارة من غير مدخلية لحلولى الدين و أجله،

فالمؤجل حينئذ جائز إجماعاً- من هذه الجهة، سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً، و سواء اتفقا في الأجل أو اختلفا، و الحال فيه خلاف، سواء كان الدين، حالاً أو مؤجلاً.

فمن الغريب ما في المسالك حيث أنه بعد أن ذكر الصور الاثنا عشر المتصوره في المقام التي هي الضمان حالاً و مؤجلاً، عن حال و مؤجل متساويين في الأجل أو متفاوتين، فهذه ستة، و هي إما أن تكون عن تبرع أو سؤال المضمون عنه، فيكون اثنا عشر، قال: و كلها جائز على الأقوى، إلا أن موضع الخلاف فيها غير محرر، إذ قد عرفت تحريره على الوجه المزبور، و أن التعليل للمنع بالإرفاق في المختلف و غيره لا ينبغي أن يتصيد منه خلاف في المسألة.

نعم في ضمان المؤجل حالاً- أو أنقص من أجله خلاف من بعض المتأخرين كالفخر، و الكركي، بل تستمع التردد فيه من المصنف في المسألة الثامنة، لأنه ضمان ما لم يجب، و لأن الفرع لا يرجع على الأصل، و لأن مشروعيه الضمان على نقل الدين على ما هو عليه.

و فيه أن المضمون المال و الأجل إنما هو من التوابع و الحقوق، فمع الرضا بإسقاطه من الطرفين يسقط، و يلزم سقوطه إذا كان بعقد لازم، و هو واجب، غايته أنه موسع و ذلك لا يخرج عن أصل الوجوب، خصوصاً بعد التراضي بإسقاط حق الأجل الذي هو كما يثبت للحال بعقد يسقط أيضاً عن المؤجل به، و قاعده عدم رجحان الفرع على أصله لا دليل عليها على وجه تجدى في المقام، كدعوى أن مشروعيه الضمان على نقل الحق بوضعه إلى ذمه الضامن، و الحلول صفه مغيره له، فلا يشرع فيه الضمان، و فرق بين ضمان الحال مؤجلاً و بالعكس، لعدم تشخيص المال بالحلول الذي هو عدم الأجل بخلاف العكس، إذ هي كما ترى لا حاصل لها، و مرجعها معاً إلى شرط في عقد الضمان مندرج تحت

«المؤمنون»(١)

و «أوفوا»(٢) و غيرهما من غير

١- ١ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث- ٤-

٢- ٢ سورة المائدة الآية- ١-

فرق بين اقتضائه تأجيل الحال و بالعكس، و بذلك كله ظهر لك التحقيق فى المسأله و تحرير موضع الخلاف فيها.

و أما احتمال المنع فى ضمان الحال حالا و المؤجل بمثل أجله أو أنقص الناشى من تعليل المنع للضمان الحال فى المختلف بالإرفاق، فليس خلافا فى المسأله، و على تقديره فهو واضح الضعف، ضروره عدم ثبوت اعتبار الإرفاق فيه على وجه يقتضى ذلك، خصوصا بعد عدم انحصار الفائده فيه بذلك، كما هو واضح.

بقى الكلام فى أنه لو ضمن المؤجل حالا أو أنقص بإذن المضمون عنه كذلك، أو مطلقا فهل يكون الدين على المضمون عنه كذلك أو فرق بين الإطلاق و التصريح فيحل ما عليه بالثانى، لا الأول، أو لا رجوع للضامن عليه و إن أدى إلا بعد انقضاء الأجل الأصلى للدين و جوه بل أقوال فثانى الشهيدين و الفاضل فى المحكى عن مختلفه، و ظاهر تحريره بل قيل إنه الذى استقر عليه رأيه فى التذكرة على الأخير منها، لعدم المقتضى لسقوطه، إذ الإذن للضامن بالضمان حالا فضلا عن الإطلاق أعم من ذلك، بل أقصاه الحلول بالنسبه إلى ذمه الضامن، دون ما فى ذمته للضامن.

و فى محكى التنقيح الأول، لأن الضامن فى حكم الأداء و متى أذن المديون لغيره فى قضاء دينه معجلا ففضاه استحق مطالبته، و لأن الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الإذن، و أما مع الإطلاق فلتناوله التعجيل الذى قد عرفت اقتضاه ذلك.

و عن ظاهر بعض المتأخرين الثانى، و لعله الأقوى، ضروره عدم اقتضاء الاذن فى الإطلاق التعجيل، فلا دلالة فيه عليه، فيكون كالتبرع به حينئذ و لعله لذا جزم بعضهم بعدم الرجوع فى الإطلاق، و جعل الإشكال فى التصريح، بل هو المحكى عن التذكرة.

نعم لو فرض إرادته ذلك منه و لو بالقرائن اتجه حينئذ الرجوع به عليه، لأنه كالتصريح بالنسبه إلى ذلك، و لعله لذا جزم به فى محكى الإيضاح بالرجوع مع التصريح، و جعل الإشكال فى الإطلاق، من احتمال اقتضائه الاذن فى التعجيل، و عدمه



و قد عرفت عدم اقتضائه ذلك، كما أنك قد عرفت عدم الإشكال فى الرجوع مع التصريح خصوصا إذا ضم إليه مع ذلك الرجوع عليه فعلا.

و كيف كان فقد ظهر لك مما ذكرنا مكررا أنه لو كان المال حالا، فضمنه مؤجلا، جاز و سقطت مطالبه المضمون عنه، و لم يطالب الضامن إلا بعد الأجل بلا خلاف فيه عندنا و لا إشكال.

نعم قد عرفت أن هذا الأجل للضمان، لا للدين ف لو مات الضامن، حل و أخذ من تركته و رجع الورثة على المضمون عنه، و كذا لو دفع الضامن معجلا باختياره، لإسقاط حقه، بخلاف ما لو كان الدين مؤجلا عن المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك، فإنه بحلوله بموته مثلا لا يحل على المضمون عنه لأن الحلول عليه لا يستدعى الحلول على الآخر.

و لو كان الدين مؤجلا إلى أجل، فضمنه إلى أزيد من ذلك الأجل، جاز بلا خلاف و لا إشكال، لكن إن أدى قبل حلول أجل الأصل، لم يكن له مطالبه المضمون عنه إلا بعده، و إن أدى بعد حلوله عليه و قبل حلول أجل نفسه، فله المطالبه، لأنه قد صار الأصل حالا و الفرض أداء الضامن و إسقاط حق نفسه من الأجل الزائد، و كذا القول لو مات و أدى وارثه، نعم لو قلنا بأن الأجل للضمان أجل للدين، اتجه حينئذ مراعاته للمضمون عنه و إن حل على الضامن، أو أسقطه كما هو واضح.

و يرجع الضامن على المضمون عنه، بما أداه إن ضمن باذنه، و لو أدى بغير اذنه بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، و

فى الخبر (١) «سألته عن قول الناس الزعيم غارم؟ فقال: ليس على الضامن غرم، الغرم على من أكل المال»

و فى آخر (٢) «عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح عليه؟ قال: ليس له إلا الذى صالح

١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب أحكام الضمان الحديث- ١- المستدرک ج ٢ ص ٤٩٧ و فيه قول الناس الضامن غارم.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٤- من أبواب أحكام الضمان الحديث- ١-.

«عليه»

كل ذلك مضافا إلى أصالة احترام مال المسلم، و ضمانه إلا إذا بذله على جهة التبرع به، و التأديبه، و إن كانت بغير إذنه، إلا أن الضمان الذى هو سبب فى وجوبها قد كان بإذنه، بل فى الحقيقه الإذن فيه إذن فيها.

و لا يرجع إذا ضمن بغير اذنه و لو أدى بإذنه بلا خلاف فيه أيضا بل الإجماع بقسميه كذلك عليه، و الخبران منزلان على ما إذا أذن نعم قد يقال بالرجوع لو أدى بإذنه المصرح فيها بالرجوع عليه، لقاعده الاحترام المزبوره، و لا ينافيها وقوع الضمان بغير إذنه، فإنه لا ينافى تبرع المضمون عنه بالوفاء، فقوله حينئذ أد عنى و ارجع به على كقوله لأجنبى أد عن الضامن المتبرع و ارجع به على، فمع فرض تأديبه الضامن بعنوان امتثال أمر المضمون عنه، و بقصد الرجوع عليه، يتجه حينئذ رجوعه، و إن كان أداء عن نفسه، لكن من المتبرع به عنه، فما عن بعض الناس من الإشكال- فى الرجوع أيضا فى الصوره المزبوره التى مرجعها إلى الوعد، لعدم دليل على الرجوع عليه بالقول المزبور- لا يخلو من نظر أو منع، بعد ما عرفت و الله العالم.

و على كل حال فلا- خلاف أجده فى أنه ينعقد الضمان بكتابه الضامن أو المضمون عنه مع عجزهما عن النطق منضمه إلى القرينه الداله على قصد إنشاء ذلك لا- مجردة عن ذلك لاحتمالها حينئذ العبثيه و غيرها بل ظاهرهم ذلك و إن تمكن من التوكيل، بل الظاهر عدم الفرق بينها و بين غيرها من الإشارات المفهمه، لعدم ما يدل على اختصاصها بذلك، بل العمده فى الاكتفاء بها- بعد عدم الخلاف فيه- فحوى الاكتفاء بإشاره الأخرس التى لا فرق فيها بين الكتابه و غيرها، و قد تقدم فى البيع ما يستفاد منه الاكتفاء بالكتابه مثلا مع الإكراه على السكوت ظلما و غير ذلك فلاحظ و تأمل.

**[البحث الثانى فى الحق المضمون ]**

البحث الثانى فى الحق المضمون و هو كل مال ثابت فى الذمه و مرجعه الى ما فى القواعد من أن شرطه المالى و الثبوت فى الذمه و إن كان متزلزلا كالثمن فى مده الخيار، و المهر قبل الدخول، بل قيل: ان على الأول الإجماع، معلوم و محكى فى ظاهر الغنيه و غيرها، بل فيها و غيرها أيضا الإجماع صريحا على الثانى و فى محكى التذكرة لو قال لغيره: مهما أعطيت فلانا فهو على لم يصح إجماعا، هذا و لكن لم أجد تصريحاً فى اندراج العمل فى الذمه فى المال و عدمه.

نعم فى اللمعه أن ضابطه ما جاز عقد الرهن عليه، و ربما يستظهر منه اندراجه فيه، لكن عن التذكرة أن يكون مما يصح تملكه و بيعه، و هو كالصريح فى عدمه، و لا ريب أن العمومات تشهد للأول، بل هو من المال قطعاً لو كان منفعه دابه، كليه مثلاً أو عبد كذلك، بل لعل جميعه من المال، بدليل جواز جعله عوضاً فى البيع و النكاح و الخلع و غيرها مما يعتبر فيها المال، كما أنى لم أجد من تعرض للجمع بين ذكر الشرط المزبور و التصريح بضمان الأعيان و العهد و الصنجه و غير ذلك مما تسمعه إنشاء الله، بل فى المتن و غيره هنا ما ينافى ذلك، فإنه قال بعد ما سمعت:

سواء كان أى المال فى الذمه مستقراً كالبيع بعد القبض و انقضاء الخيار أو معرضاً للبطلان كالثمن فى مده الخيار بعد قبض الثمن و لو كان قبله، لم يصح ضمانه عن البائع عينا و لا عهده، لعدم دخوله تحت يده، أما بعده فيصح ضمانه عن البائع عهده لو ظهر المبيع مستحقاً مثلاً.

و هو كما ترى لا يجامع الضابط المزبور، ضروره عدم كون المضمون فى هذا الحال مالا فى الذمه، بل هو من ضمان الأعيان.

نعم لو ضمن الثمن عن المشتري للبائع، كان ضماناً لمال فى الذمه، بل و كذا لو ضمن عنه عهده لو خرج مستحقاً للغير إذا كان الثمن غير معين، و إلا بطل البيع فلا ضمان حينئذ،

بخلاف ما إذا لم يكن معينا، فإن الضمان حينئذ صحيح، لأنه في الحقيقة لمال في الذمه، و هو الثمن الكلى، و كذا لو كان معينا مثلا و كان المضمون عن المشتري أرشه الذى هو أيضا مال كلى في الذمه، و بذلك يظهر لك أن ضمان العهده هو من ضمان العين أو من ضمان المال في الذمه و ليس هو شىء مستقل لكن في المسالك «ان الفرق بين ضمان العهده و المال نفسه يظهر في اللفظ و المعنى، أما اللفظ فالعباره عن ضمان الثمن «ضمنت لك الثمن الذى فى ذمه زيد» مثلا و نحوه، و ضمان العهده «ضمنت لك عهده أو دركه» أو نحو ذلك، و اما المعنى فظاهر، إذ ضمانه نفسه يفيد انتقاله إلى ذمه الضامن، و براءة المضمون عنه منه، و ضمان العهده ليس كذلك، بل إنما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات، و لا يخفى عليك ما فيه بعد عدم دليل مخصوص على اعتبار اللفظ المزبور، بل ظاهر الأدله، خلافه.

و على كل حال ضمانه يقتضى انتقال الثمن لو كان فى ذمه المشتري إلى ذمه الضامن، إلا أنه لما كان فى الظاهر فراغها بالدفع المزبور لم يحكم به، فإذا تبين فساد الدفع بكونه مستحقا للغير مثلا حكم بمصادفه الضمان المزبور لمحلّه، فيترتب عليه حكمه من الانتقال إلى ذمه الضامن، و فراغ ذمه المضمون عنه، و هذا معنى ضمان دركه، و إلا فلا دليل على مشروعيته مستقلا على وجه يكون غير الضمان بالمعنى المزبور كما هو واضح.

و بذلك كله يظهر لك ما فى المتن و المسالك، و لعل عبارته الفاضل فى القواعد السابقه أحسن من عبارته المتن، لاقتصارها على بيان صحه الضمان للمال الثابت فى الذمه مستقرا أو مترلزلا، كالثمن فى مده الخيار، و المهر قبل الدخول.

و لا ريب فى ظهور إرادته ضمانه عن المشتري للبائع، و هو الذى ذكره الشيخ فى المحكى عن مبسوطه حيث نفى الخلاف فيه، و ظاهره بين المسلمين عن صحه ضمان الثمن فى البيع بعد تسليم المبيع، و المهر بعد الدخول، و الأجره بعد دخول المده، و عن صحه ضمان الثمن قبل التسليم، و الأجره قبل انقضاء الإجاره، و المهر قبل الدخول، قال: فهذه الحقوق لازمه غير مستقره، فيصح ضمانها أيضا بلا خلاف، و أما ضمان

العهد ففى مسأله مستقله، سيدكرها المصنف فى اللواحق، لا مدخل لها فيما نحن فيه فلاحظ و تدبر.

و كذا يصح ضمان ما ليس بلازم و لكن يؤول إلى اللزوم، كمال الجعالة قبل فعل ما شرط عليه من العمل و كمال السبق و الرمايه وفاقا للمحكى عن المبسوط، و التحرير، و المختلف، و مجمع البرهان، و التذكرة، إلا أنه قال: إذا شرع فى العمل، بل لعله المراد مما عن الخلاف و الغنيه «يصح ضمان مال الجعالة إذا فعل ما شرط الجعالة به» بناء على إرادته الكشف من الشرط المزبور، بقريته استدلالهم عليه بقوله تعالى (١) «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» و

قوله (عليه السلام) (٢) «الزعيم غارم»

و مرجع الثانى إلى العمومات التى هى العمده، مضافا إلى ما عن المختلف من الاستدلال عليه بمسيس الحاجه إليه، فجاز ضمانه و كقوله الق متاعك و على ضمانه، و الى ما عن التذكرة من وجود سبب الوجود و انتهاء الأمر فيه إلى اللزوم كالثمن فى مده الخيار.

و لكن مع ذلك كله قال المصنف على تردد ينشأ من احتمال عدم سببيه عقد الجعالة لثبوت المال فى الذمه، و انما هو جزء السبب الذى هو مع العمل، فتكون الضمان حينئذ قبل تمامه ضمان ما لم يجب، و الآيه الشريفه محموله على اراده التعهد العرفى لا-العقدى، ضروره عدم قبول مضمون له يثبت له حق فى ذمه الجاعل، أو على اراده بيان كون الجعل منه على ذلك، لا على الملك أو على غير ذلك.

و العمومات بعد فرض ما عرفت من كون الضمان نقل ما فى ذمه إلى أخرى عندنا لا يشمل المفروض الذى لم يثبت بعد فى الذمه، و لا حاجه ماسه إلى ذلك على وجه يستدل بها على مشروعيتها، كما لا سبب للوجوب قبل إتمام العمل، و انتهاء الأمر إلى اللزوم بعد عدم الثبوت فعلا لا يجدى.

نعم قلنا ان عقد الجعالة سبب تام فى الثبوت فى الذمه، و إن عرض له البطلان

١- ١ سورة يوسف الآيه- ٧٢.

٢- ٢ المستدرک ج ٢ ص ٤٨٩.

بعدم إتمام العمل، أو بالفسخ أو نحو ذلك، اتجه حينئذ ضمانه للثبوت في الذمه حينئذ فعلا و إن كان معرضا للبطلان، لأنه لا ينافي صحة الضمان.

و كذا يصح لو قلنا بأن العمل من الشرائط الكاشفة، لكن بتمام العمل ينكشف صحة الضمان، و بعدمه ينكشف بطلانه، و لعل ذلك لا- يخلو من قوه، و قد سمعت إمكان إرادته من الشيخ و ابن زهره، و مما ذكرنا ظهر لك أن التردد في الحكم من المصنف للتردد في أصل ثبوت مال الجعالة في الذمه لا للتردد في صحة الضمان، و ان لم نقل بثبوته فيها كما عساه يوهمه ما سمعته من المختلف و التذكرة، و التحقيق ما عرفت في مال الجعالة، و مثله يجري في مال السبق و الرمايه، و يأتي إنشاء الله في بابهما تمام الكلام في ذلك، هذا كله قبل العمل.

أما بعده فلا إشكال و لا خلاف في صحة الضمان و هل يصح ضمان مال الكتابه قيل و القائل الشيخ في المحكى من مبسوطه لا يصح لأنه ليس بلازم، و لا يؤول إلى اللزوم أما الأول فلأنه لا يلزم العبد في الحال، لأن للمكاتب إسقاطه بفسخ الكتابه، للعجز فلا- يلزم العبد في الحال، و أما الثاني فلأنه إذا أداه عتق، و إذا عتق خرج عن ان يكون مكاتبا، فلا يتصور أن يلزم في ذمته مال الكتابه بحيث لا يكون له الامتناع من أدائه ثم قال: فهذا المال لا يصح ضمانه، لأن الضمان إثبات مال في الذمه، و التزام لأدائه، و هو فرع للمضمون عنه، فلا- يجوز أن يكون ذلك المال في الأصل غير لازم، و يكون في الفرع لازما، فلهذا منعنا عن صحة ضمانه، و هذا لا خلاف فيه.

و لكن لا- يخفى عليك أنه لو قيل بالجواز كان حسنا وفاقا للفاضل و ثاني الشهيدين و الكركي و غيرهم، لتحققه في ذمه العبد بعقد الكتابه و لو المشروطه، فيصح حينئذ ضمانه كما لو ضمن عنه مالا غير مال الكتابه و جواز تعجيز نفسه فيعود رقا، لا ينافي الثبوت في الذمه، بل أقصاه عدم الاستقرار كالثمن في مده الخيار بل أولى منه، ضروره أنه هنا مع الضمان عنه لينعتق، لأنه بحكم الأداء بخلاف الثمن في مده الخيار، فإن ضمانه لا يرفع أصل الخيار.

و من هنا أشكل جواز الضمان فى الفرض على تقدير الجواز، لأنه يؤدى إلى اللزوم قهرا على المكاتب، لعدم اشتراط رضى المضمون عنه فى صحة الضمان، فىنا فى الفرض، من بناء الكتابه على الجواز من طرف المكاتب، و إن كان هو كما ترى إشكال هين، و إلا لم يجر التبرع بالأداء عنه لذلك أيضا، هذا.

و لا يخفى عليك أن ظاهر المتن و ما سمعته من عباره المبسوط بل قيل و التحرير، و التذكرة، و المختلف أن محل النزاع الأعم من المشروطه و المطلقه، لكن فى المسالك أن محله الأولى، إذ لا خلاف فى لزوم المطلقه و الأمر سهل بعد ما عرفت و تعرف إنشاء الله فى باب الكتابه على ذلك.

و يصح ضمان النفقه الماضيه للزوجه بلا خلاف و لا إشكال، لأنها من الديون فى ذمه الزوج كما حررناه فى محله، بل صريح الشيخ أيضا و الفاضلين و الكركى و ثانى الشهيدين و الحللى على ما حكى عن بعضهم صحة ضمان الحاضره لها أيضا أى الزوجه لاستقرارها و ثبوتها فى ذمه الزوج بصيحه ذلك اليوم الذى أظهرت التمكين فيه دون المستقبله التى لم يحصل سبب وجوبها الذى منه التمكين الفعلى، و هو غير معقول فى الزمان المتأخر بخلاف الحاضره التى يظهر من أدله النفقه الاكتفاء فى وجوبها بالتمكين فعلا فى صبيحه ذلك اليوم، و إن قلنا بسقوطها بالنشوز فى أثنائه، إلا أنه لا ينافى أصل الثبوت فى الذمه و هو كاف فى صحة الضمان، خصوصا بعد عدم استرداد نفقه النهار بالموت و الطلاق، و إنما الخلاف فى نفقه الليل كما حررنا ذلك كله فى كتاب النكاح هذا.

و فى محكى المبسوط: إنما يصح ضمان نفقه المعسر، لأنها ثابتة على كل حال، و أما الزيادة عليها إلى تمام نفقه المؤسر فهى غير ثابتة، لأنها تسقط بإعساره، و تبعه على ذلك القاضى فيما حكى عنه، و فيه أن الاعتبار حينئذ بالزوج المضمون عنه فان كان مؤسرا ضمن عنه نفقه المؤسر، و إلا فنفته المعسر، و لا يسقط الزائد على نفقه المعسر بإعسار المؤسر بعد وجوبه.

و ربما كان ذلك من الشيخ و القاضى تفرىعا على قول أهل الخلاف من صحه

ضمان المستقبل، لأن المحكى عنه اشتراط تقدير المده، و أن يكون المضمون نفقه المعسرين، و إن كان المضمون عنه موسرا أو متوسطا، لانه ربما يعسر، فالزائد على نفقه المعسرين غير ثابت، لأنه يسقط بالعسر، ثم إن تقييد المصنف بالزوجه ظاهر فى عدم صحه ضمانها للقريب، و هو كذلك فى الماضيه، لعدم ثبوتها فى ذمته و إن قصر فى دفعها، لأنها من خطاب المواساه الذى لا يقتضى إثباتا فى الذمه.

اما الحاضر ففى القواعد و المسالك و محكى التذكرة و غيرها صحه ضمانها، بل لا أجد خلافا فيه بين من تعرض لذلك، معللين له بوجوبها بطلوع الفجر، و لكن فيه ان هذا الوجوب لا يقتضى ثبوتها فى الذمه، و إلا لوجب أيضا بعد فوات الوقت، لعدم الدليل حينئذ على سقوطه منها بعد ثبوته فيها، و إنما هو خطاب مواساه و بر وصله، و لا شىء منها يقتضى الثبوت فى الذمه من غير فرق بين الماضيه و الحاضر، و لعل تقييد المصنف بالزوجه لإخراج أصل الضمان لنفقه القريب، من غير فرق بين الماضيه و الحاضر و المستقبل، و قد حررنا فى كتاب النكاح تحقيق الحال فى ذلك فلاحظ و تأمل.

و كيف كان ف فى صحه ضمان الأعيان المضمونه بمعنى وجوب ردها أو قيمتها أو مثلها عليه مع من فى يده كالغصب و المقبوض بالبيع الفاسد و نحوهما تردد و خلاف و الأشبه عند المصنف و الفاضل فى المحكى عن تحريره، و إرشاده، و محكى المبسوط الجواز للعمومات، و لأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه، و فيه أنه لا عموم يقتضى شرعيه الضمان على الوجه المزبور، حتى

قوله (١) «الزعيم غارم»

الذى هو ليس من أخبارنا بل هو من قول الناس الذين هم مخالفونا كما سمعته فى الخبر السابق الظاهر فى الإنكار عليهم.

و عموم (٢) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» إنما يقتضى وجوب الوفاء بكل عقد على حسب مقتضاه، و قد عرفت أن الضمان عندنا من النواقل، و ان شرطه ثبوت المال فى الذمه، و الأعيان المضمونه إنما يجب ردها، و هو ليس بمال فى الذمه، و الغاصب مثلا مخاطب

١-١ المستدرک ج-٢- ص ٤٩٧.

٢-٢ سورة المائدة الآيه- ١.



به إجماعاً، فيكون الضمان هنا ضم ذمه إلى ذمه أخرى، و هو ليس من أصولنا.

و من الغريب ما عن التذكرة من أن ضمان المال ناقل عندنا، و في ضمان الأعيان و العهده اشكال، أقربه عندي جواز مطالبه كل من الضامن و المضمون عنه، إذ هو كما ترى كالمتناقض، هذا كله في ضمانها بالنسبه إلى ردها.

و أما ضمان قيمتها أو مثلها فهو بعد تلفها ف ضمانها قيل حصول السبب ضمان ما لم يجب و من هنا كان خيره ثانى الشهيدين و المحققين و فخر الإسلام على ما حكى عنهما عدم الجواز، و دعوى صدق كونها ما لا قد اشتغلت ذمه من فى يده بها، واضحه الفساد، ضروره معلوميه إراداه شغل الذمه بالرد ما دامت موجوده، و القيمه و المثل مع التلف من هذا الإطلاق، و مثله غير كاف فى الضمان الذى هو نقل المال من ذمه إلى أخرى، كما عرفت من تعريفه، و من دعوى الإجماع على اشتراط أن يكون مالا فى الذمه فى الحق المضمون، لا أقل من الشك، و الأصل عدم ترتب الأثر فى مثل هذا الضمان.

و على كل حال فلا اشكال و لا خلاف فى أنه لو ضمن ما هو أمانه، كالمضاربه و الوديعة، لم يصح، لأنها ليست مضمونه فى الأصل أى وقت الضمان لا ردا و لا عوضاً على تقدير تلفها. نعم لو طرأ لها الضمان بتعد أو تفريط مثلاً فى صحه ضمانها حينئذ و عدمها البحث السابق، و هو واضح.

كما أنه لا خلاف و لا إشكال فى جواز التسلسل فى الضمان بناء على مذهبناف لو ضمن ضامن ثم ضمن عنه آخر و هكذا إلى عده ضمناً، كان جائزاً لتحقق شرط الضمان الذى هو ثبوت المال فى الذمه، و يرجع كل واحد منهم على من ضمن عنه، إذا كان يادنه، على الأصل الذى يرجع اليه الضامن الأول إذا كان باذنه، بل و لا إشكال فى جواز الدور أيضاً.

خلافاً للمحكى عن الشيخ فى المبسوط، فمنعه لصيروره الفرع فيه أصلاً و بالعكس، و لعدم الفائدة فيه، إذ به يرجع الحق على ما كان، و فيه: أن ذلك لا يصلح للمانع، على أن الفائدة بالإعسار، و باختلاف الضمان بالحلول و التأجيل متحققه كما تقدم

ذلك سابقا و لا يشترط العلم بكميه المال حال الضمان (فلو ضمن ما فى ذمته صح على الأشبه) بأصول المذهب من العمومات و غيرها، و الأشهر بل المشهور بل عن الغنيه الإجماع عليه، بل عن كشف الرموز أنه روى الأصحاب جواز ذلك، فلو عملنا بهذا نكون عملنا ب

قول الصادق (عليه السلام) (١) «خذ ما اشتهر بين أصحابك»

و لعله أراد الروايات المطلقة فى الضمان، خصوصا ضمان على بن الحسين عليهما السلام (٢) لدين عبد الله بن الحسن، و ضمانه (٣) لدين محمد بن أسامه، بل قيل إنهما ظاهران بل صريحان فى عدم معلوميه الدين، و قدره وقت الضمان.

بل ربما استفيد أيضا من

خبر عطا (٤) عن الصادق (عليه السلام) «قلت له: جعلت فداك إن على دينا إذا ذكرته فسد على ما أنا فيه، فقال: سبحان الله أو ما بلغك أن رسول الله (صلى الله عليه و آله) كان يقول فى خطبته: من ترك ضياعا فعلى ضياعه، و من ترك دينا فعلى دينه، و من ترك مالا- فهو لوارثه، و كفاله رسول الله (صلى الله عليه و آله) ميتا ككفاله حيا و كفاله حيا ككفاله ميتا، فقال الرجل نفست عنى جعلنى الله فداك»

بل و لقوله تعالى (٥) «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ» مضافا إلى

قوله (٦) «الزعيم غارم».

و لكن قد يناقش بعدم ثبوت الأخير من طرفنا، بل لعل الثابت منها تكذيبه، و بأن الآيه ليست مما نحن فيه، كما أن الخبر ليس من الضمان المصطلح، إلا أنه فيما قدمنا كفايه لإثبات المطلوب، خصوصا مع عدم المعارض إلا دعوى (٧).

«نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عن الغرر»

و الثابت منه البيع أو مطلق المعاوضه و (٨) «الضرر» لاحتمال كون المضمون

١- ١ المستدرک ج ٣ ص ١٨٥ عن الباقر عليه السلام.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥- من أبواب أحكام الضمان الحديث- ١.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣- من أبواب أحكام الضمان الحديث- ١.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٩- من أبواب الدين الحديث- ٥.

٥- ٥ سورة يوسف الآيه- ٧٢.

٦- ٦ المستدرک ج ٢ ص ٤٨٩.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٤٠ من أبواب آداب التجاره الحديث ٣.

٨-٨ الوسائل الباب-١٧- من أبواب الخيار الحديث ٣ و ٤.

مما لا يحتمله، و هو قد أدخله على نفسه، على أنه يمكن فرضه خاليا عن ذلك، و حينئذ فما

عن الشيخ في مبسوطه و خلافه و القاضى في مهذبته، و ابن إدريس في سرائره من عدم الجواز واضح الضعف، هذا.

و لكن فى المسالك و محكى التذكرة و غيرها «أن الصحة فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك، كقوله أنا ضامن للدين الذى لك عليه، أما ما لا يمكن فيه العلم كضمنت لك شيئاً مما فى ذمته فلا يصح قولاً واحداً، لصدق الشئ على القليل و الكثير، و احتمال لزوم أقل ما يتناوله الشئ كالإقرار يندفع بأنه ليس هو المضمون و إن كان بعض أفراده» و هو جيد إن كان المراد عدم إمكان العلم فى الواقع، للإيهام و نحوه كما عساه يومى اليه قوله «يندفع» إلى آخره؟ و إلا كان محلاً للنظر، ضروره أن مقتضى الأدله التى ذكرناها عدم الفرق بين الجميع، فيصح ضمان ما فى الذمه عن ميت أوحى و ان كان لا يمكن العلم به فى الظاهر، إلا أنه فى الواقع متشخص كما هو واضح.

و على كل حال ف يلزمه مع وقوع الضمان على الوجه المزبور ما تقوم به البيئه، أنه كان ثابتاً فى ذمته وقت الضمان لا ما يتجدد و لا ما يوجد فى كتاب مما هو ليس طريقاً مثبتاً لما فى الذمه و لا ما يقر به المضمون عنه بعد الضمان الذى يكون إقراراً فى حق الغير، خلافاً للمحكى عن أبى الصلاح و أبى المكارم و لعلهما يريدان ما أقر به سابقاً قبل الضمان و لا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين الذى هو كالإقرار، أو كاليينه فى حق المتخاصمين لا- مطلقاً، أو أصل برأسه كذلك أيضاً، خلافاً للمحكى عن المقنعه، فالزمه به، و يمكن أن يريد ما عن النهايه و القاضى من أنه إذا كان الرد برضى الضامن، «قال: فإن حلف أى المضمون له على ما يدعيه و اختار هو ذلك و جب عليه الخروج منه، لصيروره الخصومه حينئذ معه أيضاً، فيكون اليمين حجه فى حقه».

و فى المسالك «بناء على كون اليمين المردوده كاليينه، يتجه وجوب الأداء عليه، لعدم الفرق فيها بين كون الخصم الضامن، أو المضمون عنه، لأن الحق يثبت بها مطلقاً، بخلاف الإقرار» و فيه: أن حكم البيئه كذلك، إلا أن الكلام فى كونه

مثلها فى ذلك كما هو واضح، هذا كله إذا ضمن ما فى ذمته.

أما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح، لأنه لا يعلم ثبوته فى الذمه كما فى القواعد و محكى التحرير و الإرشاد و المختلف حكما و تعليلا، و كذا المبسوط و السرائر، بل هو المحكى عن المفيد و التقى، و فسر فى المسالك تبعا لجامع المقاصد بأنه لما علم اشتراط صحه الضمان بثبوت الدين فى الذمه حاله، فضمنه حينئذ بالصيغه المزبوره شامل لما إذا كان كذلك، و لما يتجدد فلا يصح، إذ لا يدل على ضمان المتقدم، لان العالم لا يدل على الخاص.

قال: «فعلى هذا لو صرح بقوله ما يشهد عليه أنه كان ثابتا فى ذمته وقت الضمان فلا مانع من الصحه، كما لو ضمن ما فى ذمته و لزمه ما تقوم به اليينه أنه كان ثابتا، و حينئذ فتعليل المصنف لا يخلو من قصور، لاقتضائه أنه لو ضمن بهذه الصوره و ثبت كون المشهود به كان فى الذمه وقت الضمان صح، و الحال أن مثل ذلك لا يصح، لعدم وقوع حقيقه الضمان موقعها كما قد عرفت، فلا بد من تنزيل التعليل على عدم العلم بإرادته الثابت من الصيغه».

و فيه: أن المتجه - مع فرض إرادته العموم من الصيغه لاقتضاء لفظ «ما» ذلك - الصحه فى الثابت بها وقت الضمان و البطلان فى المتجدد لا - الفساد فى الجميع، مضافا إلى إباء ظاهر جميع العبارات المشتمله على التعليل المزبور ما ذكره من التفسير المزبور الذى قد اعترفاهما أيضا بذلك، و ان ما ذكره فيه تنزيل و تخريج.

و لعل الأولى تفسير ذلك بإرادته بيان عدم صحه ضمان ما يثبت باليينه من حيث كونه كذلك، لأنه حينئذ من ضمان ما لم يجب، ضروره عدم جعل عنوان الضمان، ما فى ذمته و اليينه طريق لمعرفته، بل كان العنوان ما يثبت بها، و الفرض وقوعه قبل ثبوته بها.

و من هنا أردف التعليل المزبور فى المختلف بقوله: فلا يصح، لأنه ضمان ما لم يجب، و لا ريب فى أن مراده أن الثبوت بها قبل حصوله ليس ثبوتا حال الضمان، و إن كان مضمون الشهاده الاشتغال حال الضمان، لكن ثبوت ذلك الذى هو عنوان

الضمان إنما هو حال الشهادة المفروض سبق الضمان لها.

و كذا لو جعل عنوان الضمان ما يقر به المضمون عنه، أو ما يحكم به الحاكم أو نحو ذلك مما هو بعد لم يحصل، و حينئذ يتجه هذه العبارات و لا يحتاج إلى التخريج المزبور الذى قد عرفت فسادة فى نفسه.

و كان السبب الداعى للمصنف و غيره فى ذكر الحكم المزبور أولاً: هو الفرق بين جعل العنوان للضمان ما فى الذمه ثم يتعرف بالبينه، و بين جعله ما يثبت بها، و ثانياً:

التعريض بخلاف الشيخ فى المحكى من نهايته حيث قال: «و لو قال: أنا أضمن ما يثبت لك عليه إن لم آت به فى وقت كذا، ثم لم يحضره و جب عليه ما قامت به البينه للمضمون عنه، و هو الذى حكاه فى محكى المبسوط عن قوم من أصحابنا، و قال: إني لم أعرف به نصاً.

و اعترضه فى السرائر بأنه إذا لم يعرف به نصاً كيف أورده فى نهايته، ثم إنه أساء الأدب، و لكن انتصر الله تعالى له على لسان الفاضل فى المختلف، فرد ذلك عليه ثم قال: لا شك فى عدم تحصيل هذا الرجل.

و على كل حال فمراد المصنف و غيره، التعريض بما سمعته من النهايه، و لكن المحكى عنها أن ذلك موجود فى بعض نسخها، و الا فالأصل «ما ثبت لك عليه» بالفعل و لا شك حينئذ فى صحته، ضروره كونه ضمناً للثابت بها، لا بما يثبت بها، بل يمكن أن يريد الشيخ من نسخه يثبت ضمان ما فى الذمه الذى طريق معرفته الثبوت بها، و ان كان خلاف ظاهر العبارة، و قد ظهر لك مما ذكرنا الكلام فى جميع أطراف المسأله و الحمد لله رب العالمين.

**[البحث الثالث فى اللواحق و فيه مسائل ]****اشاره**

البحث الثالث فى اللواحق و فيه مسائل

**[المسأله الأولى إذا ضمن عهده الثمن لزمه دركه ]**

الأولى: إذا ضمن ضامن للمشتري بالمعنى الأخص عهده الثمن التى هى ضمان بالمعنى الأعم، أى الثمن الذى هو فى عهده البائع له لزمه دركه فى كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من رأس بظهور استحقاق المبيع مع عدم إجازة البيع، أو قبض الثمن أى مع عدم إجازة قبض الثمن و إن أجاز البيع فيه، أو فقد شرط من شروط الصحة أو نحو ذلك، بلا خلاف أجده فيه فى الأول، بل فى محكى التذكرة و كذا مجمع البرهان نسبتة إلى إطباق الناس عليه فى جميع الأعصار، و فى المسالك «ظاهرهم الإطباق عليه».

كما أن صريح غير واحد عدم الفرق بين الأول و الثانى، بل هو من معقد ما سمعته من المسالك، و عن جامع المقاصد إطباق الناس على ضمان العهده، و حينئذ إن تم ذلك يكون هذا الفرد بقسميه خارجا عن بحث ضمان الأعيان، و إن كان هو منها.

أما لو تجدد الفسخ بالتقاييل أو الخيار أو تلف المبيع قبل القبض، لم يلزم الضامن و رجع المشتري على البائع لما عرفت من اعتبار ثبوت الحق وقت الضمان فى صحته، من غير فرق بين ضمان العهده و غيره، و لا ريب فى حصوله مع قبض البائع له فى الأول، بخلاف الثانى الذى هو فسخ متجدد، فضمانه به حينئذ من ضمان ما لم يجب، بل ظاهر المسالك ذلك حتى لو قلنا أن التلف قبل القبض موجب للفسخ من الأصل لا- من حينه، فإنه بعد أن حكى عن العلامة بناء ما نحن فيه على كون التلف فاسخا من الحين أو الأصل، فيندرج فى ضمان العهده على الثانى دون الأول.

قال: «و فيه نظر، لانه حكم لاحق للضمان، فإن المبيع حالته كان ملكا للمشتري ظاهرا، و فى نفس الأمر، فلا يتناول الضمان الثمن، لانه لم يكن لازما للبائع مطلقا، و إنما التلف الطارى كان سببا فى حكم الله بعود الملك الى صاحبه من أصله» و إن كان

هو كما ترى مرجعه إلى التناقض، ضروره اقتضائه كون المال فى آن واحد ملكا لشخص و ليس ملكا له، بل ملك لآخر، و نظير هذا و إن احتملناه فى إجازة الفضولى، إلا أنه قلنا بكونه ملكا لشخص، و بحكم الملك لآخر، فإنه لا يمتنع الوضع من الشارع و التسبب كذلك، و يمكن تنزيل كلام الشهيد على هذا.

و لكن يبقى المطالبه بدليله أولا، و مناف لفرضه ثانيا، إذ من أحكام الملك ضمانه على من فى يده، فيتجه كلام العلامة حينئذ، و من ذلك يعلم إرادته المصنف و غيره من ترك التقييد بالقبض ما صرح به الأكثر من التقييد به، ضروره عدم دخوله فى عهده البائع الذى هو المضمون عنه إلا بقبضه.

اللهم إلا أن يقال بكفايه السبب الذى هو العقد حينه و إن تعقب القبض الضمان نحو ما تسمعه من احتمال الضمان بالفسخ بعيب سابق، و ضمان درك ما يحدث من بناء و غرس لكن ضعف الاحتمال المزبور يبعد حمل الإطلاق المذكور على ذلك، خصوصا من المصنف المصرح بخلاف الاحتمال المزبور فى المسألتين و الله العالم.

و كذا لا يدخل فى ضمان العهده لو فسخ المشتري بعيب لا حق للضمان كما لو وقع قبل القبض، أو فى الثلاثه قولاً واحدا كما فى المسالك و غيرها، بل و سابق وفاقا للمشهور، لأن الفسخ به إنما أبطل العقد من حينه لا من أصله، فلم يكن حاله الضمان مضمونا، بل لو صرح بضمانه كان فاسدا، لأنه ضمان ما لم يجب، فما فى القواعد و محكى التذكرة من الاشكال فيه - مما عرفت، و من وجود سبب الفسخ حال البيع، بل عن فخر المحققين الجزم بالدخول فيه للحاجه - واضح الضعف، و لعله لذا استقر عدم اندراجه بعد أسطر من الاشكال، بل جزم به بعد ذلك.

أما لو طالب بالأرش رجوع على الضامن كما فى القواعد و غيرها لان استحقاقه ثابت عند العقد فيتحقق شرط الضمان، بل هو أولى من غيره، لان الأرش جزء من الثمن باق فى ذمه المشتري و لكن مع ذلك فيه تردد بل عن التحرير الجزم بالعدم لان الاستحقال له إنما حصل له بعد العلم بالعيب، و اختيار أخذ الأرش و العيب



الموجود حاله العقد لم يقتض تعيين الأرش، بل التخيير بينه وبين الرد، فلم يتعين الأرش إلا باختياره.

و لو قيل - إنه أحد الفردين الثابتين على وجه التخيير، فيكون كأفراد الواجب المخير، حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره، فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره - ففي المسالك «لزم مثله في الثمن، لأنه قسيمه في ذلك» وفيه: أن الرد غير الثمن، وإن ترتب عليه استحقاق الثمن الذي لم يجب الا- بالفسخ، بخلاف الأرش الثابت بالأصل، لكونه عوض جزء فائت، وإن كان للمشتري ارتفاق آخر، وهو الفسخ و الرجوع الى الثمن، و دعوى - عدم ثبوته إلا مع العلم و المطالبة به حتى أنه لو لم يعلم أو لم يطالب لم تشتغل ذمه البائع بشيء - مخالفه لظاهر الأدله، و قد تقدم الكلام في ذلك في محله فلاحظ و تأمل.

### [المسألة الثانية إذا خرج المبيع مستحقا رجع المشتري على الضامن ]

المسألة الثانية قد عرفت انه إذا خرج المبيع جميعه مستحقا رجع المشتري على الضامن، أما لو خرج بعضه مستحقا رجع على الضامن بما قابل المستحق بلا خلاف و لا إشكال و كان في الباقي بالخيار لتبعض الصفقه فإن فسخ رجع بما قابله على البائع خاصه وفاقا للمشهور لعدم اندراجه في ضمان الضامن بل لا يصح ضمانه له لو صرح به، لانه من ضمان ما لم يجب، خلافا للمحكي عن الشيخ فجوز الرجوع على الضامن بالجميع، لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب، و فيه: أن ذلك لا يقتضى دخوله في عهده البائع له حتى يصح ضمانه عنه كما عرفت الحال في المشبه به فضلا عن المشبه و هو واضح.

### [المسألة الثالثة إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدثه من بناء أو غرس لم يصح ]

المسألة الثالثة: إذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدثه من بناء أو غرس مثلا في الأرض المشتراه لو خرجت مستحقه و قلع المالك بناءه و غرسه، أى تفاوت ما بين قيمته ثابتا و مقلوعا لم يصح لانه ضمان ما لم يجب حال الضمان ضروره عدم استحقاقه ذلك على البائع قبل البناء و الغرس، بل و لا بعده، و إنما يستحقه عليه بعد القلع، نعم سبب ذلك و هو استحقاق الأرض موجود حال الضمان لكن قد عرفت

أن الأصح عدم الاكتفاء بذلك، خلافاً للشهيد في اللمعة فجوزه لذلك وللحاجه إليه و كأنه مال اليه أو قال به في الروضه.

بل قيل و القائل الشيخ في محكى المبسوط و الفاضل و ولده و ثانى المحققين و الشهيدين و كذا لا يجوز لو ضمنه البائع له فضلا عن الأجنبي لأن ثبوت ذلك عليه بحكم الشرع لو وقع، لا يقتضى صحه عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان، لكن في القواعد إشكال، و عن التذكرة أنه قرب الصحه، و قال: «نمنع كون المضمون عنه غير واجب».

و فى المتن الوجه الجواز لانه لازم بنفس العقد إلا- أنه نظر فيه فى المسالك بأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بائعا مسلطا له على الانتفاع مجانا، ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التى من جملتها كونه ثابتا حال الضمان، فعدم الصحه أقوى، و قد تبع بذلك المحقق الثانى، حيث أنه أنكر على اشكال الفاضل فى القواعد، بأنه إن كان فى ثبوت ذلك على البائع، فلا وجه له، لان ذلك واجب، و إن كان فى اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضا ليكون مؤكدا فلا وجه له، أيضا لأنه ضمان ما لم يجب بعد.

و إلى هذا أشار فى المسالك بقوله «فالاخلاف ليس فى ثبوت ذلك على البائع أم لا، فإنه ثابت بغير اشكال، بل فى ثبوته بسبب الضمان، و تظهر الفائدة فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع، يبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان لو قلنا بصحته، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما، فإنه يفسخ بالخيار الآخر إن شاء، و فيما لو كان قد شرط على البائع ضمانا بوجه صحيح، فإن صححنا هذا كفى فى الوفاء بالشرط، و ان لم يحصل للمشتري نفع جديد، فقد ظهر ان هذا الضمان قد يفيد فائدة أخرى غير التأكيد لو قلنا بصحته، و به يظهر ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتا، ضمن أم لم يضمن، لان هذه الفوائد الأخر لم تكن ثابتة لو لم يضمن».

قلت: يمكن اراده المصنف بما ذكره من أن الوجه الجواز، اشتراط ضمان

ذلك على البائع فى عقد البيع، تعريفيا بما وقع فى محكى المبسوط الذى أشار إليه المصنف بلفظ القليل، من أنه إن شرطاً ذلك فى نفس البيع بطل البيع، بل قد عثرنا على نسختين من الشرائع «وقيل و كذا لو ضمنه البائع، و لو شرطه فى نفس العقد» و الوجه حيثئذ فيما ذكره المصنف واضح، لان المشروط لازم للبائع بنفس العقد، فلا مانع من اشتراطه ليرتب عليه ما ذكره فى المسالك من الفائده الاولى، و لا تقدر جهالته بعد ان كان لازماً له، نحو ما قيل فى اشتراط خيار المجلس، و إن كان لا يخلو من بحث عندنا.

و على كل حال فالمراد ذلك، لا الضمان المصطلح، إذ هو غير معقول، ضروره أنه لا وجه لان يضمن الإنسان عن نفسه، فمن الغريب اشتباه هؤلاء الأفاضل فى ذلك، و كيف كان فهذا كله فى ضمان عهده الثمن للمشتري عن البائع.

و أما العكس و هو ضمان عهده الثمن للبائع عن المشتري فلا إشكال فيه، إذا كان ديناً، بمعنى نقل ما فى ذمه المشتري اليه، و كذا ضمانه لو خرج مستحقاً، فيما إذا كان الثمن كلياً فى ذمه المشتري الذى مرجعه إلى الأول أيضاً أو إلى أرشه إن كان معيباً كما إذا كان شخصياً فإن ضمان عهده عن المشتري حيثئذ ذلك، و ليس هو من ضمان الأعيان كما أشرنا إليه سابقاً، بل هو ضمان ما فى الذمه فتأمل جيداً و كذا ضمان نقصان الصنجه التى يزن بها الثمن أو المثلث للبائع أو المشتري كما صرح به غير واحد، لكنه لا يندرج فى إطلاق ضمان العهده، و مثله ضمان رداء الجنس فىهما أيضاً.

### **[المسألة الرابعه إذا كان له على رجلين مثلاً مال فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه ]**

المسألة الرابعه إذا كان له على رجلين مثلاً مال فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه باذنه دفعه واحده، و رضى المضمون له بذلك، و تساوى المالاين من جميع الوجوه تحول ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه بلا خلاف و لا إشكال، لاجتماع شرائط صحه الضمان فى كل منهما، و كان فائده هذا الضمان صيروره كل واحد منهما بضمانه فرعاً، و بمضمونيته أصلاً، فيتعاكسان، و افتكاك الرهن إن كان عليهما، أو على أحدهما لأن الضمان أداء، و غير ذلك، كما أن فائده مع اختلاف

الذين قله و كثره، و حلولاً و تأجيلاً، و الضمان كذلك واضح، بل فى الفرض لو شرط أحدهما الضمان فى مال بعينه، و قلنا بصحته و حجر عليه لفلس قبل الأداء أخذ المضمون له حقه من المال مقدماً على الغرماء، لسبق تعلق حقه، إلا أن المفلس قد استحق على المضمون عنه، مع فرض كون الضمان باذنه، و يتعلق به حينئذ حق الغرماء، فإذا كان قد أدى الآخر عنه قبل الحجر عليه، ضرب مع الغرماء و لا يتساقط معه، لتعلق حق الغير بما عليه، بل يكون له حصته و يبقى الباقي فى ذمه المفلس كما هو واضح.

و لو قبل المضمون له ضمان أحدهما دون الآخر كان الجميع عليه، فإن دفع النصف مثلاً انصرف إلى ما قصد، و يقبل قوله مع اليمين، فإن أطلق قسط فى وجه قوى، تقدم نظيره فى الرهن، و يحتمل صرفه إلى من شاء بعد ذلك، أو القرعه.

نعم لو أبرء تعين ما قصده، فإن أطلق فالتقسيم مع احتمال القرعه أيضاً بناء على أنها للأعم من المشتبه موضوعاً فى الواقع، و لو ادعى الأصيل قصده فى الإبراء ففى القواعد فى توجه اليمين عليه أى المضمون له أو على الضامن أشكال، من عدم توجه اليمين لحق الغير، و خفاء القصد.

و عن المحقق الثانى أنه استوجه القرعه، و لعل الظاهر أن الدعوى بين الضامن و المضمون عنه، دون المضمون له، و حينئذ فإن صدقه المضمون له، كان القول قوله، كما أن القول قول الضامن إن صدقه، و إن لم يمكن الرجوع إليه لموت و نحوه فقد يقوى القرعه حينئذ، بعد اتفاقهما على أنه قد قصد مخصوصاً، و قلنا بعدم شغل ذمه المضمون عنه إلا بالأداء، لعدم أصل يرجع إليه حينئذ، أما مع عدم العلم بالحمل على الإطلاق متجه، و لو ادعى أحدهما على الآخر العلم كان له اليمين على نفيه و الله العالم.

و لو قضى أحدهما ما ضمنه عن صاحبه برء من ضمانه و بقى على الآخر ما ضمنه عنه و كذا لو أبرأ الغريم أحدهما برء هو مما ضمنه

دون ما ضمنه شريكه بل قد يقال: بعدم الرجوع له عليه، وإن أدى سابقا، بل وإن لم يؤد الآخر، بأن أبرأه الغريم مما عليه مثلا، لحصول التهاثر بينهما قهرا بمجرد ضمان كل منهما باذن الآخر، لكنه كما ترى بعيد عن مذاق الفقه، ويمكن أن يقال: انه وإن قلنا باشتغال ذمه المضمون عنه للضامن إذا كان قد أذن له في ضمان وإن لم يجر له الرجوع عليه حتى يؤدي، إلا أن الظاهر كون ذلك على وجه المراعاة فإن لم يؤد لإبراء ونحوه ينكشف عدم اشتغالها، وإن أدى تبين اشتغالها، فلا تهاثر حينئذ في الفرض، وكذا لو قلنا بكون السبب لاشتغالها العقد المأذون فيه مع الأداء فتأمل جيدا. فإن المسألة غير محرره في كلامهم، وسيأتي عن قريب بعض الكلام فيها إنشاء الله، هذا كله في ضمان كل منهما على الآخر.

أما لو ضمن اثنان عن واحد، فإن كان على التعاقب فالضامن من رضى المضمون له بضمانه بل لو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السابق، وإن كان ضمانهما دفعه، فالضامن من رضى به منهما، وإن رضى بهما كذلك، ففي الصحة - مع التقسيط بالنصف في الفرض و الثلث إن كانوا ثلاثة وهكذا، أو الصحة مع التخيير و مطالبه من شاء منهما، و مطالبتهما معا كما عن ابن حمزه في الوسيله و سماه بضمان الانفراد، و عكسه و هو ضمان الواحد عن جماعه ضمان الاشتراك، بل قيل: إنهم جزموا به في باب الديات فيما إذا قال: الق متاعك، و على كل واحد منا ضمانه، بل عن الفاضل في درسه توجيهه بوقوع مثله في العبادات كالواجب على الكفايه، و في الأموال كالأيدى المتعاقبه على المغصوب، أو بطلان الضمان من أصله كما عن المختلف و جامع المقاصد - أقوال.

و من هنا قال في القواعد: إشكال، و لكن لا - يخفى على من أحاط خيرا بنظائر المسألة قوه الأخير منها، و ما ذكره الفاضل من وجود النظير لو سلم أنه مثله لا - يصلح دليلا - للمسألة، مع أنه قد تقدم منا في المباحث السابقه ما يستفاد منه وضح الفرق بين ذلك و بين الأيدى المتعاقبه و الله العالم.

### [المسألة الخامسة إذا رضى المضمون له من الضامن ببعض المال أو أبرأه من بعضه لم يرجع على المضمون عنه]

المسألة الخامسة: إذا رضى المضمون له من الضامن ببعض المال، أو أبرأه من بعضه

لم يرجع على المضمون عنه المفروض إذنه بالضمان إلا- بما أداه لما عرفت سابقا من أنه ليس له إلا ذلك نصا و فتوى، بل هو مشروط بما إذا لم يزد عن الحق، و إلا- رجع بالحق خاصة، فالضابط حينئذ الرجوع بأقل الأمرين مما أداه و من الحق فى كل موضع له الرجوع، و كأن المصنف أشار بما ذكره إلى خلاف بعض العامة الذى جوز الرجوع مع الإبراء عن الكل أو البعض، لأنه هبه له خاصة من رب الدين، و هو باطل عندنا، لما عرفت نعم لو قبض منه الجميع ثم وهبه بعضه أو جميعه جاز له الرجوع لصدق الأداء، بل لعله كذلك إذا احتسبه من حق زكاه عليه مثلا و لو دفع عوضا عن مال الضمان رجح بأقل الأمرين من القيمة و الدين، من غير فرق بين أن يكون قد رضى المضمون له به عنه بغير عقد، و بين ما لو صالحه عنه بالدين.

نعم لو صالحه عليه بما يتساوى الدين فى ذمته و قاصه به اتجه رجوعه به، لثبوتها له فى ذمته و أدائها عن الدين مع احتمال الرجوع بالقيمة خاصة، لأن وضع الضمان على الارتفاق، و لعله لذا توقف فيه الفاضل فى المحكى من التذكرة و الله العالم.

### [المسألة السادسة إذا ضمن عنه دينارا باذنه فدفعه إلى الضامن فقد قضى ما عليه ]

المسألة السادسة: إذا ضمن عنه دينارا مثلا باذنه فدفعه المضمون عنه إلى الضامن فقد قضى ما عليه بناء على اشتغال ذمته له بضمانه عنه المأذون حصوله باذنه، فيقتضى شغل ذمه المضمون عنه فيصح حينئذ الدفع له، و فاء كما يصح للضامن إبراء ذمه المضمون عنه، قبل الأداء و هذا كله لا ينافى عدم استحقاق المطالبة له إلا بالأداء، للدليل.

نعم قد يقال: إن الدفع و فاء مثلا و كذا الإبراء مراعى بحصول الأداء منه، فإن حصل استقر ذلك و إلا انفسخ، و رجح المال إلى المضمون عنه، أو يقال إن ذلك على الكشف بمعنى أنه بحصول الأداء ينكشف وقوعه فى محله، و إلا انكشف عدم شغل ذمته من الأصل.

لكن ذلك و نحوه لا- نرى أحدا مصرحا به من الأصحاب، بل فى المسالك و المحكى من غيرها ما يقتضى خلافه، و أنه لا تشتغل ذمه المضمون عنه، إلا حين أداء الضامن و لعله للأصل مع عدم ثبوت كون الضمان أداء بالنسبه إلى ذلك، و إن كان هو كالأداء بالنسبه إلى براءة ذمه المضمون عنه، فلا سبب حينئذ لشغل ذمه المضمون عنه إلا الأداء المأذون فيه بالاذن بالضمان، لقاعده احترام مال المسلم، و حينئذ فالنصوص (١) الداله على عدم الرجوع الابه، و إلا بمقدار ما أدى كاشفه عن ذلك، لا أنها مخصصه لقاعده تسلط من له الدين على من عليه، و لا أنها مفيده لاحكام آخر يصعب التزامها، و لعل هذا هو الأقوى، و حينئذ لا يكون ما يدفعه المضمون عنه قضاء بل هو مدفوع ليكون وفاء له إذا أدى.

بل فى المسالك «لا يبعد كونه مضمونا عليه، لقاعده على اليد، و كونه كالمقبوض بالسوم»، و استشكل فيه فى التذكرة بعد أن حكم به. نعم لو قال المضمون عنه للضامن:

اقض به ما ضمنت عنى، فهو و كيل و المال فى يده أمانه، و الفرق بينه و بين ما سبق واضح، لأنه دفعه- فى السابق- إليه إما مطلقا، أو أنه الحق المضمون، و على التقديرين ليس مستحقا عليه للضامن، بخلاف

قوله اقض به ما ضمنت، فإنه و كاله فى قبضه و دفعه.

قلت: قد يقال: إن مرجع الأول إلى الأمانه أيضا، ضروره عدم كونه وفاء فعلا قبل الاشتغال، فليس هو إلا على ملك المضمون عنه، بل لا بد من التزام التوكيل للضامن فى قبضه وفاء بعد الأداء، فلا ضمان حينئذ، و القياس على المقبوض بالسوم ليس من مذهبننا، و قاعده على اليد مخصصه بالأمانه، و لعله استشكل فيه فى التذكرة، و هو فى محله، نعم لو دفعه له بعنوان القرض له مقدمه لحصول التهاثر بعد الأداء أمكن، لكنه غير المفروض.

و كيف كان ف لو قال أى الضامن على ما فى المسالك للمضمون عنه ادفعه أنت إلى المضمون له، فدفعه فقد برئا أما الضامن فلوفاء دينه، و أما المضمون عنه فلأن الضامن لم يغرم، فلا يرجع عليه، و يمكن اعتبار التقاص القهرى

لثبوت ما دفعه المديون في ذمه الضامن، لانه المديون و قد أذن في وفائه، و ثبوت مثله في ذمه المضمون عنه لأدائه، فيتقاصان.

و فيه: أن أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه باذن الضامن لا يقتضى اشتغال ذمه الضامن بمثله، إذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده، و عدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون كما أنه لا يستحق رجوعاً على المضمون عنه، لعدم حصول الأداء منه فلا تقاص حينئذ، لعدم ثبوت المالىن في ذمه كل منهما فتأمل، و لو فسرت العبارة بإرجاع ضمير قال إلى المضمون عنه، أى قال للضامن ادفعه إلى المضمون له، فقد برئاً معاً كان ممكناً، و الوجه فيه حينئذ واضح لما عرفت.

و يكون هذا كما لو دفع المضمون عنه إلى المضمون له بغير اذن الضامن فإنه لا إشكال و لا خلاف في أنه إذا كان كذلك براء الضامن و المضمون عنه بلا رجوع من الضامن على المضمون عنه لعدم الأداء منه عنه، كما هو واضح، و لو تبرع متبرع بالضمان، ثم سأل آخر الضمان عنه فضمن و أدى رجوع عليه دون الأصل، و لو أنكر المضمون عنه الإذن في الضمان، أو أنكر الدين كان القول قوله، و لو أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينه، لم يرجع على المضمون عنه، إذا كان قد أنكر أصل الدين، أو أصل الإذن بالأداء عنه في ضمن الضمان و غيره، ضروره علمه بفراغ ذمه المضمون عنه، و عدم استحقاق الرجوع عليه، و أنه قد أخذ منه ظلماً بالبينه لمخطئه.

نعم لو لم ينكر أصل الدين و لا أصل الإذن بالأداء عنه، و لا المضمون عنه أصل لإذن له أو ثبت ذلك بحجه شرعيه كان له الرجوع على المضمون عنه مقاصه ظاهراً عدم منافاه إنكار الضمان لذلك، ضروره كونه أخص من استحقاق الرجوع الذى يمكن أن يكون بالإذن بالأداء من دون ضمان، فله المطالبه حينئذ، بأن يقول إنى أديت عنك دينك على وجه أستحق به الرجوع عليك، و يقيم البينه على الإذن إن كانت، و إن كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالإذن، لأن التوصل إلى الحق بطريق



لا يكون مشتملا على محذور جائز.

و الظاهر أنه يسوغ للبينه الشهاده بالإذن من دون تعيين الضمان الذى أنكره حتى لو طلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم، و على كل حال فله الرجوع ظاهرا، نعم له المقاصه باطنا إذا كان كاذبا فى إنكاره الضمان بالإذن، إلا- أن يعترف له المضمون عنه بذلك، و لو أذن له بأداء دينه من دون ضمان فادعاه المأذون، و أنكره الأذن كان القول قول المأذون، لأنه و كيله و أمينه، من غير فرق بين تصديق المستحق و عدمه.

نعم لو قيد الاذن إذنه بالإشهاد فتركه المأذون لم يكن له الرجوع عليه، و لو أن صدقه المستحق، إذ يمكن أن يكون تصديقه معاطاه، و ليس الغرض سقوط المطالبه الحاصل بذلك، بل براءه الذمه فى الواقع، و لم يحصل ما يدل عليها، اللهم إلا أن يجعل إقراره بذلك طريقا لها أيضا، على أن الفرض التقييد بالإشهاد و لم يحصل.

نعم لو لم يقيد بذلك و أطلق الإذن أمكن الاكتفاء بإقراره، و إن قلنا بتقصيره بترك الاشهاد على وجه لا يستحق الرجوع معه، إلا أن من المعلوم كون ذلك لإرادته سقوط المطالبه و البراءه، و الفرض حصولهما بالإقرار، و كذا لو كان الدفع بحضور الأصيل.

و من التأمل فيما ذكرنا يظهر لك مواقع النظر فيما ذكره الفاضل فى القواعد، بل قد يظهر من بعض كلماته فرض المسأله فى الضمان، و من المعلوم عدم جريان جمله من الفروع فيه، و لذا فرضناها فى المأذون بالأداء بدونه، و قد عرفت الكلام سابقا فى الضمان فلاحظ و تأمل، و قد تقدم لنا سابقا و يأتى فى باب الوكاله و غيرها ما يستفاد منه أيضا وجه النظر فى جمله من ذلك فلاحظ و تأمل جيدا و الله العالم.

### [المسأله السابعه إذا ضمن باذن المضمون عنه ثم دفع ما ضمن و أنكر المضمون له القبض كان القول قوله مع يمينه ]

المسأله السابعه: إذا ضمن باذن المضمون عنه، ثم دفع ما ضمن، و أنكر المضمون له القبض، كان القول قوله مع يمينه لأصالة عدم القبض، و فى المسالك «و حينئذ فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشىء، لعدم تحقق غرمه المشروط

به استحقاق الرجوع» قلت: و هو كذلك و ان توجهت المخاصمه بينهما و يتوجه له اليمين عليه، و لو رد المضمون له اليمين على الضامن فى الأول، فحلف فى استحقاق الرجوع على المضمون عنه بذلك و عدمه وجهان، أفواهما العدم، بل و كذا فى استحقاقه بتصادق الضامن و المضمون له.

و على كل حال ف فى مفروض المتن ان شهد المضمون عنه للضامن، قبلت شهادته و إن كان الضمان بالإذن، لأنه حينئذ شهادته على نفسه باستحقاق الرجوع، و شهادته على غيره. نعم هى مقبولة كغيرها من الشهادات مع انتفاء التهمه، و اليه يرجع ما عن الفخر من أن شهادته المضمون عنه للضمان ترد إجماعا، و نوقش بالاكتفاء فى ذلك باعتراف الضامن بالأداء إن أثرت فى البراءه، فكالضمان على التأمل عندهم، و فرضت التهمه فيما إذا كان أداء الضامن بالصلح أو بأقل من الحق بالضمان، و بإعسار الضامن مع عدم علم المضمون له، و بتجدد الحجر عليه لفسس، و كان للمضمون عنه عليه دين و بغير ذلك، مما يمكن فرضه، إذ الفرض أنها شهادته مقبولة فى نفسها، إلا إذا اقترنت بما يمنعها من جر نفع، أو خصومه أو غير ذلك، لا أنها مردوده فى نفسها لكونها مما يجز نفعاً باعتبار كون الدين دينه، لأنه بالضمان قد برء عندنا، و صار كالأجنبي بالنسبه إلى ذلك، هذا كله على مذهبنا من القول ب اقتضاء الضمان انتقال المال.

اما على مذهب مخالفينا من كونه ضم ذمه إلى أخرى فلا إشكال فى عدم قبول شهادته كما هو واضح و لو لم يكن المضمون مقبولا لجر نفع أو فسق أو خصومه أو غير ذلك فحلف المضمون له كان له مطالبه الضامن مره ثانيه على زعم الضامن.

و لكن يرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه أولا (١١) على الوجه الذى عرفته سابقا لا الأخير الذى هو ظالم بزعمهما فيه و لو لم يشهد المضمون عنه (١٢) أى لم يصدق الضامن بدعواه رجع الضامن (١٣) عليه بما أداه أخيرا (١٤) لعدم

نعم الظاهر توجه الخصومه بينهما كما أشرنا إليه سابقا، كما أن الظاهر تقييد ذلك بما إذا لم يزد المدفوع أخيرا على الأول و لا على الحق، و إلا رجع بالأقل من الثلاثه، لأنه إن كان هو ما غرمه أولا فلاعترافه بعدم استحقاق ما سواه، و إن كان ما دفعه أخيرا فلما عرفت من عدم ثبوت غيره، و ان كان هو الحق فلما عرفت من ان الرجوع انما هو فى الأقل منه و المدفوع، و لذا قال فى بعض نسخ المتن و لو قيل يرجع بأقل الأمرين مما أداه أولا و أخيرا كان حسنا و الله العالم.

### [المسألة الثامنة إذا ضمن المريض تبرعا فى مرضه و مات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الأصح ]

المسألة الثامنة: إذا ضمن المريض تبرعا فى مرضه و مات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الأصح من كون المنجزات منه لا من الأصل، إذ لا إشكال فى كون الفرض منها. نعم لو ضمن بسؤال فى المسالك «هو كما لو باع بضمن المثل نسيئه، فالوجه حينئذ أنه متى أمكن الرجوع على المضمون عنه فهو من الأصل و إن لم يمكن لإعساره و نحوه فهو من الثلث، و لو أمكن الرجوع بالبعض فهو كبيع المحاباه يتوقف ما يفوت منه على الثلث» و لكن لا يخلو من نظر ضروره كونه كالقرض و نحوه لعدم التبرع فيه بشىء.

### [المسألة التاسعة إذا كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصح ]

المسألة التاسعة: إذا كان الدين مؤجلا فضمنه حالا باذن المضمون عنه فى ذلك و عدمه فى المحكى عن المبسوط لم يصح، و كذا لو كان إلى شهرين فضمنه إلى شهر لان الفرع لا يرجح على الأصل و وافقه على ذلك فخر الإسلام و الكركى، بل عن المختلف أنه استحسنته، بل قد عرفت أن الاولى مقتضى ظاهر من اعتبر الأجل فى الضمان، و إن كان ذلك حثيه أخرى غير ما نحن فيها، و لذا منع منها هنا من لم يعتبر الأجل فيه.

و لكن مع ذلك كله فيه تردد بل منع لما سمعته سابقا من عدم الدليل على اشتراط الأجل فيه، بل ظاهر الأدله خلافه، كما أنه لم يثبت مانعيه زياده الفرع على الأصل، و دعوى اعتبار مشروعيه الضمان على المساواه ممنوعه، كدعوى

أن ذلك من ضمان ما لم يجب، باعتبار أن الحلول زياده فى الحق، و كذا نقصان الأجل و لذا تختلف الأثمان باختلافه، ضروره أن المضمون المال، و الأجل إنما هو من التوابع و من الحقوق للمديون التى يجوز له التبرع بإسقاطها، و فى وجه إن كان مع اذنه فى الضمان دون الحلول، لم يستحق الرجوع عليه، إلا- للأجل، كما عرفته سابقا و كذا دعوى اعتبار الإرفاق فى الضمان، إذ لا دليل عليها، بل ظاهر الأدله خلافها، على أنه مع التبرع لا ينافى الإرفاق، كما أنه لا يختص الإرفاق بهذه الجهه، و قد أشرنا إلى ذلك سابقا و الله العالم.

**[القسم الثانى فى الحواله]****اشاره**

القسم الثانى فى الحواله بفتح الحاء كسحابه، وهى مشروعه بالنص و إجماع الأمه، كما عن المبسوط و ليست بيعا، و لا محموله عليه عند علمائنا أجمع فى محكى التذكره.

و الكلام فيها يكون فى العقد، و فى شروطه و أحكامه

**[أما الأول فى العقد]**

أما الأول: فالحواله المتفق على صحتها عقد شرع لتحويل المال من ذمه إلى ذمه مشغوله بمثله و لو باعتبار انتقال مثله إلى المحال عليه، كما ستعرف تحقيق الحال فى ذلك، فلا ينتقض بالحواله على البرى ء، و إن كان الأصح عند المصنف على ما ستسمع صحتها إلا أن فيها خلافا، و قد حاول الفاضل إدخالها بحذف قيد الشغل، لكنه ينتقض بالضمنان.

و الأمر فى ذلك كله سهل بعد أن ذكرنا غير مره أن المراد بها التمييز فى الجمله، فهى أشبه شى ء بالتعاريف اللغويه كسهوله الأمر فى أنها عقد، أو الأثر الحاصل منه، بعد ما عرفت تحقيق الحال فى ذلك فى البيع، و فى أن ألفاظ العقد مخصوصه، أو يحصل بكل ما دل عليه منها، إذا كان على طريق العرف و اللغه بعد أن تقدم منا تمام الكلام أيضا فى ذلك، بل و فى حكم المعاطاه التى قد تقدم أيضا منا تمام الكلام فيها.

**[أما الثانى فى شروطه]**

و كيف كان ف يشترط فيها رضى المحيل و المحال عليه و المحتال بلا خلاف أجده فى الأول و الأخير، بل الإجماع بقسميه عليها، بل المحكى منهما مستفيض، أو متواتر، و هو الحجه، مضافا إلى أصول المذهب و قواعده، لكن فى المسالك و محكى التذكره و غيرها أنه يستثنى من اعتبار رضى المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فإنه لا يعتبر رضى المحيل قطعا، لأنه كوفاء دينه و ضمانه بغير اذنه، و العبارة عنه حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسى، فيقبل.

و زاد فى المسالك «فيشترط هنا رضى المحتال و المحال عليه، و يقومان بركن العقد، بخلاف رضى المحال عليه فيما تقدم لقيام العقد بغيره» و فيه: إمكان منع صحه

هذه الحوالة، لعدم إطلاق في نصوص المقام يتناولها، و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ(١)» انما يراد منه العقود المتعارفه، أى البيع و الصلح و الحوالة و نحوها، فلا شمول فيه للمشكوك فيه من أفرادها بعد فرض عدم إطلاق فيها يتناولها، بل محكى الإجماع مستفيضا على اعتبار رضى المحيل يشهد بخلاف ذلك، كما أن

اتفاقهم- على أن المحيل و المحتال من أركان عقد الحوالة، و أن بالإيجاب من الأول، و القبول من الثانى يتم العقد- يشهد بخلافه أيضا، ضروره عدم اختلاف أركانها، و دعوى قيام المحال عليه مقام ذلك مصادرته محضه، مخالفه لما عرفت، فالأولى عدم الاستثناء المزبور، هذا كله فى الأول و الأخير.

و أما اعتبار الرضا فى الثانى فهو المشهور بل عن الأردبيلى أنه لم يظهر فيه خلاف، بل فى محكى التذكرة نسبتة إلى أصحابنا، و المختلف إلى علمائنا، بل عن الشيخ دعوى الإجماع، و ان كنا لم نتحققه، و إنما المحكى عن المبسوط و الخلاف ما عن الغنيه و السرائر من الإجماع على صحه الحوالة مع رضاه، بخلاف حال عدمه، و هو كما ترى ليس إجماعا فى المقام، بل مشعر بوجود الخلاف، إلا أن الظاهر ارادته، و لو من العامه.

نعم هو محكى عن التقي، بل لعله ظاهر المحكى عن المقنعه و النهايه، بل عن الفاضل فى المختلف الميل اليه، بل هو خيره المقنصر و التنقيح، و إيضاح النافع، و المسالك و الروضه على ما حكى عن بعضها، بل فى الثانى إن اعتبرنا شغل الذمه و الحوالة بمثل ما عليه، فلا- يشترط رضاه قطعا، و إن لم يشترط الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلا بد من رضاه قطعا، و إن كان قد يمنع القطع فيما ذكره أخيرا نعم هو كذلك فى سابقه أى الحوالة على البرى ء بناء على صحتها كما اعترف به غير واحد من الأفاضل فالبحث حينئذ فى مشغول الذمه و لو بغير المثل كما ستعرف.

و على كل حال فليس للمشهور بعد الإجماع المحكى الذى لم نتحققه، بل المضمون توهمه مما عرفت، سوى أصاله بقاء الحق فى ذمه المحيل المقطوعه بعموم «أَوْفُوا» و بإطلاقات الحوالة، إذ لا ريب فى عدم اعتبار رضاه فى مفهومه المتحقق بالإيجاب من

المحيل، و القبول من المحتال.

و من هنا قيل مع فرض اعتباره لا- فرق بين مقارنته، و لحوقه، بل و سبقه، إذ ليس هو من أركان العقد المعتبر فيه اتصال قبوله بإيجابه، و كونه باللفظ العربى و نحو ذلك، بل لا يبعد كونه كاشفا مع فرض تأخره على نحو الرضا فى عقد الفضولى، إلا أنه لم أجد مصرحا به، كما أنى لم أجد القول باحتمال اعتباره على وجه القبول، بان يكون هذا العقد مركبا من إيجاب، و قبولين، و إن كان هو مقتضى ما تسمعه من دليلهم أيضا، و سوى اختلاف الناس فى سهوله القضاء و الاقتضاء المعلوم عدم رجوعه الى حاصل، ضروره «تسلط الناس على أموالها» و لذا جازت الوكالة على استيفائه، و نقله إلى الغير بيع و صلح و نحوهما، و سوى دعوى اقتضاء الحوالة النقل، كما هو مقتضى ما سمعت من تعريفها بل فى محكى التذكرة الحوالة تقتضى نقل الحق من ذمه المحيل إلى المحال عليه عند علمائنا أجمع، و كذا عن الخلاف و المبسوط و الغنيه و السرائر، و أنه لذلك سميت حوالة، و لا ريب فى توقف الانتقال إلى ذمه الغير على رضاه التى يمكن منعها بالمعنى المزبور، و أنها إنما تقتضى الوفاء بما له فى ذمه الغير عما فى ذمته، خصوصا بعد كون المتعارف فى القصد بالتحويل ذلك، لا انتقال ما فى ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه عوضا عما له فى ذمته، و لا وجه لاقتضاءها ذلك، مع فرض عدم قصده.

نعم هو كذلك فى الحوالة على البرى ء التى هى كالضمان بخلاف الفرض الذى هو كالوفاء، بل يمكن اراده كونها ناقله بمعنى اقتضاءها نقل ما فى ذمه المحال عليه إلى ملك المحتال عوضا عما له فى ذمه المحيل.

و من هنا تخيل بعض العامه أنها بيع أو معاوضه، بل يمكن إرادتهم فى التعريف المزبور و غيره ذلك أيضا، على معنى اقتضاءها انتقال مساوى حق المحتال فى ذمه شخص آخر غير المحيل اليه، بل قد يقال توسعا: اقتضت نقل المال من ذمه إلى ذمه أخرى بالاعتبار المزبور.

و بالجمله فالمسلم و المتعارف فى قصد المتعاقدين ذلك، و هو لا يتوقف على الرضا، إذ هو حينئذ كنقله بغير التحويل من البيع و نحوه، و أما غيره فلا دليل عليه بعد ان لم

يكن من مقصود المتعاقدين، بل لا يبعد البطلان مع فرض قصده، و حينئذ فالقول بعدم اعتبار رضاه لا يخلو من قوه، و إن كان الأحوط خلافه، خصوصا بعد ما عرفت من الشهره العظيمة.

و كيف كان ف مع تحققها جامعه للشرايط يتحول المال إلى ذمه المحال عليه و لو باعتبار انتقال عوضه الذى هو فى ذمه المحال عليه اليه، بل لعل المراد أنه يتحول المال اى يتبدل بما فى ذمه المحال عليه خصوصا بعد العلم بأن استفاضه هذه العبارة حتى حكى عليها الإجماع غير واحد، بل صدرت ممن قد صرح بعدم اقتضاء الحواله النقل بالمعنى السابق، كالمحقق الثانى و الشهيد الثانى انما هو فى مقابله المحكى عن زفر من العامه، حيث قال بعدم تحول الحق عن ذمه المحيل، و جعلها كالضمان عندهم.

و على كل حال يبرء المحيل و ان لم يبرأه المحتال على الأظهر الأشهر بل المشهور، لظهور عدم الرجوع

فى خبر أبى أيوب (١) «سأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحيل الرجل بالمال، أ يرجع عليه قال: لا يرجع عليه أبدا إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»

- فى البراءه المزبوره ك

خبر منصور بن حازم (٢) «سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم أ يرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبدا إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»

و خبر عقبه (٣) عن أبى الحسن (عليه السلام) «سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفى، ثم يتغير حال الصيرفى، أ يرجع على صاحبه إذا احتال و رضى؟ قال: لا»

بل ذلك مقتضى الحواله التى هى بمعنى النقل و لو بالوجه الذى ذكرناه الذى هو نقل المال

الذى فى ذمه المحال عليه إلى المحتال، لكن من المعلوم كون ذلك بدلا و عوضا عما للمحتال فى ذمه المحيل. لأنها من قبيل الوفاء فيقتضى حينئذ براءه ذمه المحيل.

خلافاً للمحكى عن أبى على و الشيخ فى النهايه و أبى الصلاح و القاضى، و ظاهر

١- ١ الوسائل الباب- ١١- من أبواب أحكام الضمان الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١١- من أبواب أحكام الضمان الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١١- من أبواب أحكام الضمان الحديث ٤.



المقنعه، بل عن المقداد فى التنقيح اختياره، فاعتبروا براءه المحتال، و إلا لم يبرء.

ل

خبر زراره(١)«عن أحدهما عليهما السلام فى الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر فيقول له الذى احتال برأت مما لى عليك؟ فقال: إذا ابرءه فليس له أن يرجع عليه، و إن لم يبرأه فله أن يرجع على الذى أحاله»

لكنه خبر واحد موافق للمحكى عن الحسن البصرى، و محتمل لإرادته الرجوع عليه و لو فى حال الإعسار مع الجهل به، و للكنايه عن القبول و الرضا بالحواله، فلا يصلح معارضا لتلك الأخبار، و لو على جهه التقييد، و لا لما دل على اللزوم فى عقد الحواله المستفاد من الآيه و الإجماع و غيرهما، بل رد هذا القول- مضافا إلى ما ذكرنا- بالإجماع بقسميه، على اقتضاء الحواله نقل المال من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، و لكن قد يناقش بمنع الإجماع المزبور، إذ لا يتصور معه

الخلافاً المذكور الذى قد سمعته من غير واحد، بل المخالف إنما عبر بلفظ الأظهر و نحوه، و لو أن هذا الإجماع محقق لم يتصور محل للإبراء معها، كما لا تصح هى إذا وقع قبلها.

و من الغريب ما فى المسالك فى المقام حيث قال: «حكمان أحدهما: أن الحواله تفيد نقل المال و تحوله من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، و هو موضع وفاق منا و من العامه إلا من شذ منهم، فإنه جعلها كالضمان بمعنى الضم، و فساده ظاهر- الى أن قال:- و ثانيهما: أن المحيل يبرأ من حق المحتال» إلى آخر ما ذكره مع أنه فى السابق عند البحث على اعتبار رضى المحال عليه، بعد أن ذكر دليل الخصم أنها تقتضى الانتقال قال: «انا نمنع من اقتضاء الحواله النقل، بل هى إيفاء لما فى ذمه الغير، فلا يقصر عن بيعه و لا يشترط فيه رضاه» إذ مع فرض تحقق الإجماع المزبور لا يتصور النزاع المذكور.

نعم ما يمكن تسليمه من الإجماع اقتضاء الحواله النقل بمعنى انتقال ما فى ذمه المحال عليه الى المحتال، و أما اقتضاؤها مع ذلك براءه ذمه المحيل على وجه ليس له الرجوع عليه و ان لم يقبض من المحال عليه، فلا، عند من عرفت، جمعا بين النصوص

المزبوره بالإطلاق و التقييد، مضافا إلى أصاله بقاء ذمه المحيل، و إن كان الأقوى خلافه لقصور الخبر المزبور عن ذلك، و لأن الحواله و ان كان الأصح انها قسم برأسه، لكنها بحكم الاستيفاء أو الاعتياض.

و على كل حال تقتضى براءه ذمه المحيل، و لأن المراد و المقصود من المتعاقدين بها ذلك، فيعلم أن شرعيتها على الوجه المزبور بحيث لو قصد خلافه مصرحين لم تشرع الحواله كما هو واضح و الله العالم.

و يصح أن يحيل على من ليس له عليه دين وفاقا للمشهور بل عن السرائر الإجماع عليه و هو الحجه بعد إطلاق النصوص السابقه، و عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و السيره على فعلها بحيث يعلم شرعيتها، خلافا للمحكى عن الشيخ فى آخر الباب، و ربما حكى عن القاضى و ابن حمزه، و إن كنا لم نتحققه، فانحصر الخلاف فيه، بل المحكى عنه فى أول الباب الموافقه.

و بنى الخلاف بعضهم على ان الحواله اعتياض أو استيفاء، فعلى الأول لا- تجوز، و على الثانى تجوز، و فيه: أن الأصح كونها أصلا برأسه، و إن لحقها حكم الوفاء فى بعض الأحوال، و الاعتياض فى بعض آخر، و إلا فمن المعلوم أنها ليست وفاء حقيقه و لذا لا يجب قبولها، و إن كانت على ملى، و لا يباعا كذلك، و لذا لم يثبت لها حكم التقابض فى المجلس لو كانت فى النقد.

و على كل حال فلا- دليل للخصم سوى الأصل المقطوع بما عرفت، و دعوى استبعاد اختلاف مقتضاها، و المراد منها، إذ هى على مشغول الذمه انتقال، و على البرىء معنى الضمان.

و من هنا قال المصنف لكن ذلك بالضمان أشبه بل عن الكاشانى الأظهر أنها ضمان، و إن كان فيه ما لا يخفى، ضروره عدم حصول إنشاء ذلك من المحال عليه حتى تكون ضمانا، بل أقصاه الرضا بما أنشأ المحيل من معنى الحواله التى هى

حينئذ بمعنى الوفاء بإثبات مثل ذلك في ذمه البرىء، أو الاعتياض عنه بذلك، و هو معنى غير معنى الضمان، بل هو قريب من الحوالة على المشغول، و مثل ذلك لا يقدر في العقد، فإن أفراد البيع مثلا أشد من ذلك تفاوتاً، فما عن الكركى من التأمل في الجواز في غير محله و الله العالم.

و إذا أحاله على الملى الوفى لم يجب القبول بلا- خلافاً أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل قد عرفت المحكى منه على رضى المحتال مستفيضاً، مضافاً إلى الأصل السالم عن معارضة ما دل على وجوب قبول الوفاء من باذله، بعد معلوميه عدم كونها وفاء حقيقه، على وجه تدرج في إطلاق تلك الأدله، بل هي ناقله كما عرفت.

فما عن داود الظاهرى من الوجوب لذلك-

و للنبوى (صلى الله عليه و آله) المرسل «إذا أحيل أحدكم على الملى فليحتل»

الذى لم نجده في طرقنا و لا جابر له و لا شاهد و ينبغى حمله على الندب- واضح البطلان.

لكن لو قبل الحوالة عليه لزم و ليس له الرجوع و لو افتقر كما لو كان فقيراً من أول و قد علم به و رضى، بلا خلاف و لا اشكال، بعد معلوميه كون الحوالة من العقود اللازمه، مضافاً إلى النصوص السابقه خصوصاً خبر عقبه منها بل عن الخلاف أنه المروى عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، فما عن أبى حنيفه- من أن له الرجوع إذا جحد المحال عليه، أو مات مفلساً، و عن عمرو أبى يوسف و محمد بن الحسن إذا أفلس و حجر عليه الحاكم- واضح الفساد من غير فرق في ذلك بين أخذ المحتال شيئاً من المال و عدمه، لإطلاق النص و معقد الإجماع و غيرهما من أصاله اللزوم و نحوها، بل عن المختلف الإجماع على ذلك صريحاً، خلافاً للمحكى عن سلال فيجوز الرجوع مع عدم الأخذ لعدم تتمه القبول بدونه، و هو شاذ نادر واضح الضعف نعم هذا كله في المحال عليه الملى ثم افتقر.

أما لو قبل الحوالة جاهلاً بحاله، ثم بان فقره وقت الحوالة كان له الفسخ

و العود على المحيل بلا خلاف أجده فيه كما عن الغنيه الاعتراف به، بل فى محكى التذكرة نسبتة إلى علمائنا، و السرائر إلى أصحابنا، بل عن الخلاف الإجماع عليه، و هو الحجة بعد النصوص السابقة، و قاعده الضرر و غيرها، بل ظاهر إطلاق النص و الفتوى ما صرح به جماعه من ثبوت الخيار أيضا، حتى لو تجدد اليسار و العلم بسبق الفقر، لتحقق المقتضى له فيستصحب، و ليس العله الإعسار ما دام، ليزول بزواله، و دعوى كون المنشأ فى ذلك الضرر بحيث يزول بزواله لا شاهد لها، بل الشاهد على خلافها متحقق، و يمكن أن يكون ذلك حكمه لا عله.

و عن الفخر أنه بنى ذلك على كون علة الشرع معرفات، أو علة حقيقيه، و على الثانى هل الباقى مستغن عن المؤثر أو محتاج، فعلى الأولين يثبت الخيار، و على الثانى من الثانى يزول، و لا بأس به بعد معرفه كون علة الشرع معرفات، و عدم احتياج الباقى فى بقائه إلى غير الأول كما هو محرر فى محله، و هل هو على الفور أو التراخى؟ وجهان: أقواهما الثانى، للإطلاق و غيره، كما ذكرنا فى نظائره، ثم إن الظاهر إرادته الإعسار من الفقر فى كلام المصنف اقتصارا على المتيقن فيما خالف قاعده اللزوم، كما أنه المراد من الإفلاس فى النص، لا تحجير الحاكم بالإفلاس.

نعم الظاهر ثبوت الخيار له و إن بذل المال بقرض و نحوه، بل و لو تبرع متبرع عنه، للإطلاق، و منه يعلم أن ليس المدار على قاعده الضرر، على وجه يدور الحكم معه، و قد تقدم فى الضمان ما لا يخفى عليك جريانه فى المقام، كغيره من أحكام الأجل و اشتراط الخيار و غير ذلك مما لا فرق فيه بين الضمان و الحواله، خصوصا إذا كانت على البرى .

و إذا أحال بما عليه على مشغول له بذلك، أو برى ء بناء على الصحه ثم أحال المحال عليه المحال بذلك الدين كذلك صح بلا خلاف و لا إشكال لاجتماع شرائط صحتها فتندرج فى إطلاقها المندرج فى آيه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ(١)» و كذا لو

ترامت الحواله بتعدد المحال عليهم، و اتحاد المحال، كما لو أحال

المديون زيدا على عمرو، ثم أحال عمرو، زيدا على بكر، ثم أحال بكر، زيدا على عمرو و هكذا، لوجود المقتضى و ارتفاع المانع، و بتعدد المحتال أو المحيل و اتحال المحال عليه، كما لو أحال المحتال من له عليه دين على المحال عليه، و هكذا بل كما يصح تراميها يصح دورها، كالضمان بأن يعود إلى المحيل الأول إذا فرض شغل ذمته للمحال عليه، أو قلنا بصحتها على البرىء، بل لم نجد خلافا هنا و إن سمعته فى الضمان كما هو واضح.

و إذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة ف هو كما لو قضاه أجنبى المعلوم حكمه بأنه إن كان بمسأله المحال عليه، رجع عليه، و إن تبرع، لم يرجع و يبرأ المحال عليه ضروره كونه بالحواله قد برئت ذمته فيكون حينئذ اداؤه كأداء الأجنبى الذى قد علمت حكمه.

و يشترط فى المال المحال به أن يكون معلوما فى المشهور على ما اعترف به غير واحد، بل عن مجمع البرهان لعله لا خلاف فيه، بل فى المحكى عن التحرير يجب ان يكون معلوما، فلا يصح بالمجهول إجماعا بل فى مفتاح الكرامه «لم نجد المخالف» و إنما ذكرت الصحه مع الجهل احتمالا فى التذكرة و المسالك و مجمع البرهان، نعم لم يذكر هذا الشرط فى عداد الشرائط فى الوسيله و الغنيه و غيرهما، و لعله و إن أمكن أن يكون ذلك لمعلوماته، إلا- أن الإنصاف عدم خلوه عن الإشكال إن لم يتم الإجماع المزبور، خصوصا على ما يظهر من قواعد الفاضل، من اعتبار علم الثالثه، ضروره عدم الدليل عليه إلا دعوى الغرر الذى لم يثبت مانعته على الإطلاق، حتى لو قلنا بأن الحوالة اعتياض، فإنه أيضا لم يثبت مانعته فى مطلق المعاوضه.

و أما على القول بأنها استيفاء فقد قيل: إنه لا يمكن استيفاء المجهول، و منعه واضح، خصوصا بعد ما عرفت من صحه ضمان المجهول، و يلزم مما تقوم به البيئه، و الأولى إحاله ذلك على ما سمعته فى الضمان، خصوصا فى الحوالة على البرىء التى هى شبيهه به، و خصوصا مع فرض إمكان اندفاع الجهاله بعد ذلك بالرجوع إلى دفتر و نحوه، أو كانت الجهاله فى خصوص المقدار مع العلم بعدم زيادته عن مأه مثلا، و عدم

نقصانه عن عشره، على أن الحوالة به على جهالته تقتضى ثبوته فى ذمه المحال عليه، نحو ما كان فى ذمه المحيل، فيرجع معه إلى الصلح و نحوه نعم يتم ذلك فى الجهالة بسبب الإبهام كالحوالة بأحد الدينين على حسب ما عرفته فى الضمان فلاحظ و تأمل و الله العالم.

و كذا يعتبر فيه أن يكون ثابتا فى الذمه أى ذمه المحيل، و لو مترزلا فلا حوالة فى غير الثابت فيها، و إن وجد سببه كمال الجعالة مثلا قبل العمل، بناء على عدم ثبوته فى الذمه قبله، فضلا عما لم يوجد سببه كالحوالة بما سيستقرضه، نحو ما سمعته فى الضمان، بل فى بطلان الحوالة فى المترزل حينها بالفسخ بعد ذلك نظر، و إن وجب عليه دفع الثمن مثلا من غير ذلك.

نعم تصح الحوالة بالثابت فى الذمه سواء كان له مثل كالطعام، أو لا مثل له كالعبد و الثوب لإطلاق الأدله و عمومها، من غير فرق بين الحوالة به على مشغول الذمه بمثله و صفا و جنسا أو على برى ء خلافا للمحكى عن الشيخ فى أحد قولييه و ابن حمزه فمنعا من الحوالة بالقيمي، للجهالة، و ضعفه واضح، بعد معلوميه صحة السلم و غيره فيه، باعتبار انضباطه بالوصف فمع فرض اشتغال ذمته بعبد موصوف مثلا- بماله فى ذمه آخر، أو كان بريئا و أراد إثباته فى ذمته على نحو ما كان عليه بطريق الحوالة أو الضمان لم يكن وجه للإشكال فى صحته.

كما لا وجه للإشكال فى صحة ذلك لو فرض كون الثابت فى الذمه قيمه القيمي بإتلاف و نحوه، ضروره كون الحوالة حينئذ بالقيمه التى هى مثليه، فليس حينئذ للجهالة التى ذكرها محل حتى مع فرض تعذره الموجب للرجوع إلى القيمه كالمثلى، بل لا يبعد إن لم يكن إجماعا جواز الحوالة بالاعمال على البرى ء أو على مشغول الذمه للمحيل بمثلها، بناء على أنها بحكم المال، بدليل صحة وقوعها ثمنا للمبيع و عوضا للخلع و مهرا فى النكاح من غير فرق بين كون المراد منها الثواب أو غيره، و حينئذ فيصح إحاله مشغول الذمه بقراءه القرآن و زياره، أو صلاه، أو حج أو غير ذلك على برى ء أو على مشغول الذمه له بمثل ذلك، و كذا يصح ضمانه، لكن لم أجد مصرحا به، كما أنه لم أجد فى نصوص الحوالة ما هو صريح فيه أو ظاهر، بل هو غير متعارف.

و كيف كان فعن الشيخ في أول الباب من المبسوط، و ابني زهره و حمزه و القاضي أنه يشترط في صحة الحوالة تساوى المالكين أى المحال به و المحال عليه جنسا و نوعا و وصفا بل لعله ظاهر النافع و غيره مما عرف فيه الحوالة بتحويل المال من ذمه إلى ذمه مشغوله بمثله، بل عن التذكرة من مشاهير الفقهاء و جوب التساوى فى الدينين، للأصل بعد عدم إطلاق فى نصوص الباب يوثق به فى تناول المفروض، و لا سيره كاشفه و لا غيرهما مما يطمئن به.

و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» قد ذكرنا غير مره أن المراد منه بيان لزوم العقود المتعارفه المذكوره فى كتب الفقهاء، فلا دلالة فيها على صحة المشكوك فيه من أفراد نوع منها، بعد ان لم يكن فى أدلته بالخصوص إطلاق صالح لشموله، على أن فى الحكم بالبطلان تفصيا من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه و جواز دفع شخص من جنس غيره بالتراضى معاوضه مستقلة أو وفاء للأدله الخاصه التى لا تشتمل الحوالة قطعا، و إن كان لها حكم الوفاء فى بعض الأحوال دون بعض، كما عرفته سابقا و لعله إلى ذلك يرجع الاستدلال على المطلوب من بعضهم، بأن حقيقه الحوالة تحويل ما فى ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم، و له على المحال عليه دنانير، كيف يصير حق المحتال عليه دراهم، و لم يقع عقد يوجب ذلك، فإن الحوالة إن كانت استيفاء كان بمنزله من استوفى دينه، و أقرضه المحال عليه، فحقه الدراهم، لا الدنانير، و إن كانت معاوضه فليست على حقيقه المعاوضات التى يقصدها تحصيل ما ليس بحاصل، من جنس مال، أو زياده قدر أو وصف، و إنما هى معاوضه إرفاق و مسامحه للحاجه، فاشترط فيها التجانس و التساوى لئلا يتسلط على المحال عليه بما ليس فى ذمته، بتقريب كون المراد أن الثابت من مشروعيه الحوالة النقل المزبور و التبديل المذكور، لا غيره، و حينئذ لا تقتضى غيره و إن تراضيا، لان تراضيهما على ما لم يجعله الشارع مقتضى عقد، لا يكون مقتضيا لترتب ذلك عليه و إن قصداه و تراضيا به.

و لكن مع ذلك كله قال المصنف فيه تردد بل عن المبسوط فى

موضع منه و التذكرة، و التحرير، و الحواشى، و اللمعه، و التنقيح، و إيضاح النافع، و جامع المقاصد، و المسالك، و الروضه، و مجمع البرهان، و المفاتيح، اختيار الجواز.

بل فى المسالك «أنه إن اشترطنا رضى المحال عليه و جوزنا الحواله على البرى ء فلا وجه للمنع أصلا، لأنه لو لم يكن على المحال عليه ذلك الجنس لتصح، فإذا كان و رضى تعين الجواز، بل يتعين القول به متى اعتبرنا رضاه خاصه، لأن الحواله إن كانت استيفاء كما هو الظاهر، فلاستيفاء جائز بالجنس و غيره مع التراضى، و إن كانت اعتياضا فكذلك، لجواز المعاوضه على المختلفين، و ليست معاوضه بيع حتى يعتبر فيها التقابض حيث يعتبر فيه. نعم قد نقول هنا مع جواز الحواله على البرى ء أن الحق لم يتحول إلى الدنانير، و إنما لزم المحال عليه للمحتال دنانير، و بقيت الدراهم فى ذمته للمحيل، فيعتبر فى التقاص تراض جديد، و هذا أحسن، إلا أن الأول أجود، لحصول التراضى سابقا على تحول الحق إلى ما فى ذمه المحيل، و حينئذ فالتسلط الذى هربوا منه انتهى منعه بالتراضى ثم قال : و قد تحرر من ذلك أن القائل بعدم صحه ذلك لا يتم له مطلقا، إلا أن يقول بعدم جواز الحواله على البرى ء و إلا- صحت الحواله هنا، إلا- انها تكون كالحواله على من لا- دين له عليه، لا- أنها تقع باطله مطلقا، إذ لا تقصر عن تلك، و أن القائل بعدم اعتبار رضى المحال عليه، لا يتجه له القول هنا بالحصه، سواء تحول الحق إلى جنس المحال به، أم بقى كل واحد بحاله، لتوقف كل واحد من القسمين على التراضى، فإن الأول استيفاء من غير الجنس له، أو معاوضه عليه، و الثانى حواله على البرى ء، و كلاهما مشروط بالرضا، نعم لو قصد بالحواله تحول حق المحتال إلى ما فى ذمه المحال عليه اتجه القول بالجواز، من دون رضى المحال عليه، و سقط معه محذور التسلط الذى جعلوه مانعا» انتهى كلامه و نقلناه بطوله. لأنه أقصى ما قيل فى المسأله.

و لكن لا- يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه من عدم إفاده التراضى بعد فرض عدم اقتضاء مشروعيه الحواله ذلك، لعدم الدليل، و ما ذكرناه أيضا



من أنها عقد مستقل برأسه، و إن ثبت له بعض أحكام الأداء، و بعض أحكام المعاوضه، إلا أن ذلك لا يقتضى ترتب جميع أحكامها كما هو واضح.

و أما ما ذكره من بناء المسأله على جواز الحواله على البرى ء، فهو خارج عن المقام قطعاً، ضروره كون المراد الحواله على نفس الحق المخالف، لا الحواله على من عليه الحق، مع قطع النظر عن ذلك، و دعوى صيرورتها حواله على برى ء مع فرض قصد الجميع الحواله على نفس الحق كما ترى.

و بذلك يظهر أن هذه المتعبه التى ذكرها لا طائل تحتها، و إنما وجه المسأله هو إثبات صلاحية الحواله لهذا التغيير و التبديل، و عدمه، فبين جازم فى الأول، و جازم فى الثانى، و متردد، و لا ريب فى أن مقتضى الأصول العدم، و لو للشك فى ذلك لعدم الإطلاق الذى يوثق به، فضلاً عن غيره كما عرفته مفصلاً، و الاحتياط فى ذلك غير خفى، و لو بأن يقرب حق المحتال إلى جنس ما عليه الحق بعقد من العقود القابله لذلك، ثم يحيله عليه أو بغير ذلك.

و لو أحال على محال عليه فقبل و أدى ثم طالب بما آداه، فادعى المحيل أنه كان له عليه مال، و أنكر المحال عليه، فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل البراءه و حينئذ يرجع على المحيل بما آداه، و رضاه بعقد الحواله، أعم من اشتغال ذمته، لما عرفت من صحتها على البرى ء بل فى المسالك، و محكى جامع المقاصد و مجمع البرهان أنه كذلك حتى لو اشترطنا فى الحواله اشتغال ذمه المحال عليه.

قال فى الأول منها: «تساقط أصلى البراءه و صحه العقد بالتعارض، فيبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل باذنه، فيرجع عليه، و لا يمنع وقوع الإذن فى ضمن الحواله الباطله المقتضى بطلانها لبطلان تابعها، لاتفاقهما على الأذن، و انما اختلفا فى أمر آخر، فإذا لم يثبت ما اختلفا فيه، يبقى ما اتفقا عليه من الأذن فى الوفاء المقتضى للرجوع، على أن فى زوال الإذن الضمنى بزوال ما يثبت فى ضمنه هنا يأتى تحقيقها إنشاء الله فى الوكاله المعلقه على شرط».

و فيه: أن المتجه تقديم قول المحيل، مع فرض اعتراف المحال عليه بالحواله

المحمولة على الصحيح، القاطع لأصل البراءة، و لاقتضاء الرجوع بالإذن، ضروره كون الاعتراف بها اعترافا بشغل الذمه أما مع عدم اعترافه بكون الواقع الحوالة و لكن أحال عليه باذنه لاحقا أو سابقا فعن التذكرة ذلك أيضا، لو ورد أصل الصحة على أصل البراءة، و انقطاعه به.

لكن قد يناقش بعدم اقتضاء أصل الصحة شغل ذمه الغير الذى رضاه ليس من أركانها، فهى حينئذ صحيحة فى حق المحيل و المحال، فلو ادعى أحدهما بطلانها كان القول قول مدعى الصحة منهما، أما المحال عليه فهو خارج عن أركان عقدها، إذ القبول الذى قام به العقد من المحتمل لا منه، فلا يقتضى صحتها فيما بينهما اشتغال ذمه الخارج و إن قلنا باعتبار رضاه، و حينئذ فأصل البراءة سالم عن معارضه أصل الصحة الذى هو فى حق المتعاقدين، فيبقى قاعده احترام مال المسلم الذى لم يتبرع بأدائه بحالها، و لو للإذن فى ضمن الحوالة التى هى صحيحة فى حق المحيل، باطله فى حق المحال عليه، و ليس ذلك من بقاء الإذن الضمنى بعد زوال ما ثبت فى ضمنه المفروغ من بطلانه حتى فى الوكاله المعلقه على شرط، كما أوضحناه فيها.

و مما ذكرنا يظهر لك وجه النظر فيما ذكره دليلا للمسألة، و الأولى تقريره بما قلناه، و لعله إليه أو ما فى جامع المقاصد- فى الرد على دعوى تعارض أصلى البراءة و الصحة،- بقوله «سيأتى عن قريب بيان عدم الاعتداد بهذا الأصل». و على كل حال فقد يشعر قول المصنف و غيره «فقبل و أدى» كون الحوالة على البرىء كالضمان فى عدم استحقاق الرجوع إلا بالأداء، لما عرفته فى الضمان الذى يشبهه المفروض فلاحظ و الله العالم.

و تصح الحوالة بمال الكتابه و لو المشروطه بعد حلول النجم لثبوته فى ذمه المكاتب و هل تصح قبله؟ قيل: و القائل الشيخ على ما فى المسالك لا يصح لجواز تعجيز نفسه، فتنسخ الكتابه، و قد منعوا ذلك عليه كما تسمعه فى باب الكتابه، إنشاء الله، و مع تسليمه فأقصاه كون المال فى ذمه العبد مترلزلا كالثمن فى مده الخيار، و ذلك لا يمنع الحوالة، كما لا يمنع ضمانه.

نعم لو قلنا بعدم اقتضاء الكتابه ثبوت مال فى ذمه العبد- لعدم ذمه اختياريه له، و إن وجب عليه أداء مال الكتابه إلا أنه من التكليف لا الدين - اتجه حينئذ عدم صحه الحواله به، من غير فرق بين حلول النجم و سابقه، بل المحكى عن الشيخ عدم الفرق بينهما أيضا نحو ما سمعته فى الضمان.

ثم إنه فى المسالك بعد أن اختار جواز الحواله به مطلقا قال: «فعلى هذا فلا يعتق العبد بالحواله لأنها ليست فى حكم الأداء بل فى حكم التوكيل عليه بقبضها، و ان افترقا بكون الحواله لازمه، و حينئذ فلو أعتق السيد المكاتب بطلت الكتابه، و لم يسقط عن المكاتب مال الحواله، لأن المال صار لازما للمحتال، و البطلان طار، و لا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحواله».

و لا- يخفى عليك ما فيه من التفريع أولا- و إنكار كون التحويل بحكم الأداء ثانيا، مع أنه اعترف به فيما يأتى بأنها تفيد ملك المال للمحتال، مضافا إلى اعترافه سابقا باقتضاءها براءه ذمه المحيل مما عليه، و براءه ذمه المحال عليه مما كان للمحيل عليه، لأنها استيفاء أو اعتياض.

و على كل حال فهى بحكم الأداء هنا و فى غيره، بل لعلها كالضمان الذى اعترف بكونه أداء سابقا أو أولى، بل اعترف أيضا بكونها كالأداء فيما لو أحال العبد سيده، كما ستسمع، و عدم بطلان الحواله على مال الكتابه بعد فرض بطلان الكتابه ثالثا، و حينئذ فالمتجه تحريره بذلك، و بطلان عتق السيد.

و لو باعه السيد سلعه فأحاله بثمانها جاز لأن حكم المكاتب بالنسبه الى ذلك حكم الأحرار، من غير فرق بين سيده و بين غيره، خلافا للمحكى عن الشيخ فمنع جواز شرائه من سيده، لجواز فسخ الكتابه الموجب على فرض صحه البيع استحقاق السيد على عبده شيئا، بخلاف الأجنبى، بل فى المسالك نسبته الى الشيخ و جماعه و إن كنا لم نتحققه، بل فى قواعد الفاضل أنه الأقرب و هو كما ترى.

و لو كان له أى المكاتب على أجنبى دين فأحال سيده عليه ب جميع ماله من مال الكتابه الذى فى ذمته صح لوجود المقتضى

و ارتفاع المانع و لانه يجب عليه أى المديون تسليم ما على ه من الدين لصاحبه، أو لمن يحيله عليه به، و كان ذلك أداء منه موجبا لتحريره كما اعترف به فى المسالك و غيرها، سواء أدى المحتال عليه المال للسيد أو لا، بل لو أفلس لم يتغير الحكم. نعم لو كان ما أحاله به دين مترزل، ففى نفوذ التحرير أو مراعاته بعدم الفسخ إشكال.

### [ و أما الثالث فى أحكامها و هى مسائل ]

#### إشاره

و أما أحكامها: فمسائل

### [المسأله الأولى إذا قال لمن له عليه دين أحلتك عليه فقبض فقال المحيل قصدت الوكاله و قال المحتال إنما أحلتنى بما عليك فالقول قول المحيل ]

الأولى: إذا قال لمن له عليه دين: أحلتك بالدين الذى لك على على مالى عليه من دين و نحو ذلك مما هو صريح فى الحواله فلا إشكال فى تقديم قول مدعيها، اما لو قال أحلتك عليه و نحوه مما هو ليس صريحا فيها فقبض فقال المحيل: قصدت الوكاله، و قال المحتال: إنما أحلتنى بما عليك ف عن المبسوط ان القول قول المحيل.

بل فى المسالك نسبه الى الشيخ و جماعه، و ان كنا لم نتحققه نعم فى قواعد الفاضل انه أقرب لأنه أعرف بما قصد بلفظه إذ لا يعلم إلا- من قبله، مضافا إلى أصاله بقاء المال ملكا للمحيل، و بقاء حق المحتال فى ذمته، و تعارف عقد الوكاله بنحو ذلك، كتعارف اسم التحويل على الوكيل الذى لا دين له، خصوصا إذا كان المراد الاذن فى القبض له لا للموكل.

و (١١) لكن مع ذلك فيه تردد (١٢) من ذلك، و من أن الأصل إرادته الحقيقه التى هى الحواله بالمعنى المتعارف، بخلاف الوكاله، و إن صح عقدها بلفظ التحويل بالقرينه، بل فى جامع المقاصد و محكى التحرير ترجيح قول المحتال، لأنه الموافق للأصل المزبور الذى يجب حمل اللفظ عليه حال التجرد عن القرينه، و الا لزم الإغراء بالجهل، بل لو قدح احتمال التجوز لقدح فى جميع الأبواب من بيع، أو صلح و إقرار و نكاح و غيرها، فيكون حينئذ قول المحيل مخالفا للأصل يكلف بالبينه و أما الأصلان

المزبوران فيقطعهما ظاهر لفظ الحوالة المحمول على ذلك، بل لو سلم تعارض الأصول كان مقتضى اليد كافيا في ذلك، لأن الفرض أنه قبض.

و في المسالك «هذا التوجيه حسن لو سلمنا كون الحوالة مجازا في الوكاله، لكنه محل نظر، لأن الوكاله لما كانت تتحقق في ضمن كل لفظ يدل على الأذن بطريق الحقيقه، و كان معنى الحوالة مؤديا لذلك، لأن معنى أحلتك كما يحتمل اراده تحويل المال من ذمه إلى ذمه، يحتمل اراده تحويل المطالبه من المحيل إلى المحتال، ففائدتها تسليطه على المحال عليه، أو نقول إن دلالتها على الإذن للمحتال حاصله على التقديرين، و انما الكلام في معنى الزائد على الأذن، و هو تحويل الحق ثم قال : و كون المراد منها الحوالة بالمعنى المتعارف أظهر، لا شبهه فيه لكنه لا يدل على مجازيه الأخر، لجواز كونه من باب المشترك الذى يراد به أحد معانيه بقرينه، و إلا- فمرجع الأمر إلى أنه هل هو من باب الحقيقه، أو المجاز، أو من باب المشترك الذى دلت القرائن على إرادته أحد معنييه، و تظهر الفائده في كون الآخر حقيقه، أو مجازا و بواسطه ذلك يختلف الحكم».

ثم استشعر بأن التبادر علامه الحقيقه، و عدمه علامه المجاز، و لا- ريب في تبادر المعنى المتعارف من لفظ الحوالة، بخلاف الوكاله المحتاجه إلى القرائن، و أجاب بأن هذه العلامه لا تتم في المشترك الذى يتبادر إلى الذهن أحد معنييه مع القرينه، مع أنه حقيقه في الفرد الآخر أيضا.

ثم استشعر بأن الحوالة في الفرد المتعارف حقيقه شرعيه، و فى الوكاله حقيقه لغويه، و عند التعارض تقدم الاولى، خصوصا مع اعتضاها بالعرف المقدم على اللغه أيضا، ثم أجاب بأنها فى الوكاله أيضا حقيقه شرعيه، و إن وافقتها اللغه، و ترجيح الشرع و العرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضى ترجيح أحد معنيى المشترك، و هو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقه.

ثم استشعر بأن من المعلوم أولويه المجاز من الاشتراك عند التعارض، و أجاب بمنع ذلك أو لا، بل قد قال جمع من المحققين بأولويه الاشتراك و بتسليمه ثانيا و

و لكن إذا لم يثبت، و قد أثبتناه، ثم قال ما حاصله: أنه و إن كان الظاهر من معنى المشترك فى المقام المعنى المتعارف، إلا أنه يرجع الأمر إلى تعارض الأصل - الذى هو بقاء حق المحيل و المحتال - و الظاهر، فإن قدمنا الأول كما هو الراجح فى استعمالهم، فالقول قول المحيل، كما اختاره المصنف و جماعه، و إن قدمنا الظاهر، فالقول قول المحتال إلى غير ذلك مما أطنب فيه.

و هو كما ترى، بل ما كنا لنؤثر وقوع ذلك منه، ضروره أنه لم يذكر دليلاً صالحاً للاشتراك، فإن وقوع الوكاله بكل لفظ يدل على الإذن حقيقه و منه الحواله لا يقتضى ذلك، كما أن دلالتها على الإذن للمحتال بطريق الحواله كذلك أيضاً، للقطع بكونها اسماً للعقد المخصوص، و من هنا لا يحتاج إنشاؤه بها إلى قرينه تدل على ذلك.

و أغرب من ذلك إنكار كون التبادر علامه للحقيقه، محتجاً عليه بما عرفت، مع أن من المعلوم اراده التبادر من حيث إطلاق اللفظ، لا مع القرائن، و لا ريب فى أن المشترك مع عدم القرينه يتبادر جميع معانيه، و هو علامه كونه حقيقه فيها، و تبادر بعضها خاصه بالقرينه لا ينافى ذلك.

و أغرب منه جميع ما ذكره من الحقيقه الشرعيه و اللغويه و العرفيه، و أغرب منه قوله تعارض الأصل، و الظاهر، مع أن المقام ظاهر لفظ لا يعارضه الأصل، و بالجمله هو رحمه الله و إن أطنب فى ذلك لكن بما لا ينبغى صدوره منه، و التحقيق ما عرفت هذا كله مع القبض.

أما لو لم يقبض و اختلفا فقال: و كنتك فقال: بل أحلتنى ف فى المتن أن القول قول المحيل قطعاً كما فى القواعد لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا، ضروره أن عقد الحواله من العقود اللازمه المقتضيه تملك المحتال المال المحال به، و انزعال المحيل عنه على وجه لو أراد إبداله لم يكن له، لصيرورته ملك المحتال على وجه اللزوم، و حينئذ فلا يتفاوت الحال بين القبض و عدمه، لانه استيفاء يترتب عليه الملك و إن لم يحصل القبض، إلا أنه لا ينكر ظهور قطع المصنف هنا، و تردده

فى الصورة السابقة فى ان منشأ ذلك القبض و عدمه، و كان الوجه فىه ما أو مانا إله من تحقق ضابط المنكر فى صورة القبض، و هو ما لو ترك، لترك، و كونه صاحب يد، فمن ذلك مع موافقه قول المحيل للأصول السابقة حصل التردد، بخلاف صوره عدم القبض، فإنه لا يد له، و لا الضابط المزبور، فانحصر ضابط الإنكار حينئذ فى المحيل، و هو جيد إن لم يكن ثم ظهور فىما جرى بينهما من لفظ أحلتك فى الحوالة، و لو لتعارف إطلاق نحو ذلك فى إنشاء عقد الوكالة، كما أن من المتعارف إطلاق التحويل على و كاله من لم يكن له دين على من عليه، و خصوصا إذا كان المراد تحصيل ذلك له لا للموكل.

و من هنا قد يتوقف فى الحكم على المحيل بشغل الذمه للمحتال لو فرض كون النزاع بينهما فى ذلك مع اتفاقهما على صدور اللفظ المزبور بينهما، و إن كان الأرجح مع فرض عدم ظهور اللفظ تقديم قول المحيل الموافق للأصول و اليد، و ضابط المنكر إنما تجدى مع عدم استناده إلى التحويل المخالف للأصل، كما هو المفروض.

نعم لو كان إبراز الدعوى بأن يقول المحيل و كلتك، و الآخر يقول فى جوابه لا حق لك عندى، اتجه حينئذ تقديم قوله عليه كما هو واضح.

و من هنا يظهر لك أن القول قول المحيل على كل حال، بعد فرض كون جواب المحتال أنك أحلتنى، و فرض عدم ظهور ما اتفقا عليه من جريان لفظ أحلتك بينهما فى الحوالة، و إلا كان القول قول المحتال، تقديمًا لظاهر اللفظ القاطع للأصول بذلك.

و لو انعكس الفرض بأن قال المحتال: و كلتنى و قال المحيل: حولتك، بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة بينهما فالقول قول المحتال عند المصنف، سواء كان قابضًا أو لا، لموافقته للأصول، لكن قد عرفت أن الأرجح كون القول قول المحيل، ترجيحًا للموافق لظاهر اللفظ، القاطع للأصول الذى هو أصل مقدم على ذلك.

نعم لو لم يكن ثم لفظ قد جرى بينهما، و ادعى أحدهما الوكالة، و الآخر الحوالة كان القول قول من نفى الحوالة، ثم لا يخفى عليك أنه إن قدمنا قول المحتال

فى المسأله الأولى، فإن كان قد قبض برأت ذمه المحيل منه مقدار ذلك، لأخذه بزعمه منه قهرا فيقاصه قهرا، و كذا برأت ذمه المحال عليه إن كانت مشغوله، لثبوت الحواله ظاهرا، و إن كان لم يقبض فله المطالبه.

و لكن هذا كله إذا حلف، و إن نكل حلف المديون، و بطلت الحواله، و إن قدمنا قول المحيل و لم يكن قد قبض المحتال، بطلت و كالتة بإنكاره، بناء على اقتضاء ذلك بطلانها و حوالته بحلف المديون. و هل له أن يطالب المديون حينئذ بحقه؟

لبقائه بزعم المديون حينئذ فى ذمته، أو لا لزعمه أن لا حق له على المديون بالحواله و أن حقه على المحال عليه و جهان، و إن كان قد قبض و كان المقبوض باقيا فعليه تسليمه للمحيل، و لكن الظاهر أن له مطالبه المحيل هنا، لأنه إن كان و كيلا فحقه باق على المديون، و إن كان محتالا فقد استرجع المحيل ماله منه ظلما، فله الرجوع عليه، و بذلك افتقرت هذه الصوره عن صوره ما لم يقبض.

و لو كان المقبوض تالفا، فإن كان تلفه بتفريط أو تعد ضمنه للمحيل، و لكن يرجع عليه لما عرفت، و إن كان بغير تفريط ففى ضمانه له و جهان، ينشئان من أنه و إن كان و كيلا ظاهرا إلا أنه قبض المال لنفسه باعترافه، و هو جنايه يضمن بها و من أنه إما و كيل بزعم المحيل، فلا يضمن المال إذا لم يفرط، أو محتال فهو ماله، و حينئذ فليس له مطالبه المحيل بحقه ظاهرا، و ان كان بزعمه بقاؤه لاعترافه باستيفاء حقه كما هو واضح.

و أما إن قدمنا قول المحتال فى المسأله الثانيه، و حلف، فإن لم يكن قد قبض المال فليس له قبضه، بناء على انعزاله عن الوكاله بذلك، و له مطالبه المحيل بحقه، و هل للمحيل الرجوع على المحال عليه بعد أدائه للمحتال؟ و جهان، من اعترافه بتحول ما كان عليه إلى المحتال، و من أن المحتال إن كان و كيلا- فإذا لم يقبض بقى حق المحيل، و إن كان محتالا فقد ظلم المحيل بأخذ المال منه، و ما على المحال عليه حقه فللمحيل أن يأخذه عوضا عما ظلم به، و إن كان قد قبض المال فقد برأت ذمه المحال عليه إن كانت مشغوله على كل حال.



ثم إن كان المقبوض باقيا رده عليه، و طالب بحقه، و كان للمحيل أخذه مقاصه و فى المسالك «فى جواز تملكه له أو وجوب رده على المحيل وجهان، مأخذهما أنه حبس حقه و صاحبه يزعم أنه ملكه، و اعترافه بأنه ملك المحيل، و أنه المخير فى جهه الأداء، و الأول أجود، و فيه: أن المتجه له بالحكم الظاهر ما ذكرناه كما هو واضح.

و إن كان تالفا بتفريط، أو تعد فله المطالبه أيضا بحقه، و إن ضمنه للمحيل باعترافه، بل له أخذه منه مقاصه بعد دفع حقه اليه، و إن لم يكن بتفريط لم يضمنه له، و كان له المطالبه بحقه، لكن فى المسالك «فى ضمانه وجهان، مأخذهما ثبوت كونه و كيلا ظاهرا، فيده يد أمانه، و أنه لا يلزم من تصديقه فى نفى الحوالة تصديقه فى إثبات الوكالة، ليسقط عنه الضمان، لان يمينه على نفى ما يدعيه المحيل، لا على إثبات ما يدعيه» و فيه: أن عدم ضمانه لاتفاقهما على عدم كون يده يد عدوان، و الأصل البراءة، و إن قدمنا قول مدعى الحوالة حلف و برى ء من دين المحتال، و فى المسالك «و كان للمحتال مطالبه المحال عليه، إما بالحوالة أو بالوكالة، و يملك ما يأخذه إما قصاصا على زعمه، أو لأنه عين حقه كما اقتضاه الظاهر» و فيه:

أنه لا يجديه الظاهر بعد اعترافه بكونه غير حقه. نعم بناء على استحقاقه له باعتبار أخذ المحيل ما فى ذمته عوضا عن ذلك توجه له المطالبه به، كما تقدم نظيره فى المسألة السابقة، بل يأتى أيضا الكلام فى المباحث الآتية و إلا فلا و الفرض انعزاله عن الوكالة بانكارها.

### [المسألة الثانية إذا كان له دين على اثنين و كل منهما كفيل لصاحبه و عليه لآخر مثل ذلك فأحاله عليهما صح ]

المسألة الثانية قال الشيخ فى المبسوط: «إذا كان له على اثنين ألف درهم، و كل منهما كفيل ضامن عن صاحبه، فطالب أحدهما بالألف فأحاله بها على آخر برى ء المحيل و صاحبه من الألف، لأن الحوالة بمنزلة البيع المقبوض، و إذا قضى دينه برى ء ضامنه، و إذا قضى ما ضمنه برى ء من عليه الدين، و هو المضمون عنه، فيجب أن يبرأ صاحبه من خمسمائه التى عليه، لأنه قضاها، و من خمسمائه الضمان، لأنه قضاها عن المضمون عنه و يرجع عليه بخمسماه الضمان ان ضمن بإذنه، و إلا فلا، و لو كان له

على رجلين ألف و لرجل عليه ألف، فأحاله بها على الرجلين و قبل الحواله كان جائزاً، فإن كان كل واحد منهما ضامناً عن صاحبه فأحاله عليهما لم تصح الحواله، لأنه يستفيد بها مطالبه الاثنين كل واحد منهما بالألف، و هذا زياده في حق المطالبه بالحواله، و ذلك لا يجوز ثم قال- و قيل: يجوز له أن يطالب كل واحد منهما بالألف، فإذا أخذه برىء الآخر و هذا قريب» و أورد عليه في المختلف بأن الضمان عندنا ناقل، فإذا ضمن كل واحد منهما نصف الألف عن صاحبه فلا يخلو المضمون له، إما إن يرضى بضمانهما معا أو بضمان أحدهما خاصه، أو لا يرضى بشئىء منهما، فإن رضى بهما معا أو لم يرض بشئىء منهما، لم يكن له مطالبه كل واحد منهما بأكثر من النصف، أما على تقدير عدم الرضا فظاهر، و أما على تقديره فلانتقال ما فى ذمه كل منهما إلى الآخر، فيبقى كما لو لم يكن ضمان، و ليس له على تقدير الرضا مطالبه كل واحد منهما بالألف، لأن الضمان عندنا ناقل، و إنما يتأتى المطالبه على قول المخالفين، لأن الضمان عندهم غير ناقل، و أما إذا رضى بضمان أحدهما خاصه، فإنه يطالبه بالألف خاصه، و ليس له على الآخر سبيل».

قلت: يمكن حمل كلام الشيخ على إرادته الكفاله من الضمان و لعله إلى ذلك أشار المصنف بقوله إذا كان له دين على اثنين، و كل منهما كفيل لصاحبه، و عليه لآخر مثل ذلك، فأحاله عليهما صح، و إن حصل الرفق فى المطالبه على معنى انتقال حق الكفاله بالحواله، و لا يقدر اقتضاؤها حينئذ حقا لم يكن فى الدين الذى على المحيل، لإطلاق أدلتها، و حينئذ للمحتال المطالبه بحق الكفاله الذى قد يؤول بتعذر المكفول مثلا إلى المطالبه بالدين، كما ستعرف إنشاء الله.

و من الغريب ما فى المسالك، فإنه بعد أن ذكر نحو ما سمعته من المختلف مقدمه للمسأله: قال «الشيخ ذكر هذه المسأله فى المبسوط، و حكم فيها بعدم الصحه، معللا بزياده الارتفاق، و هذا لا يتم إلا على القول إن الضمان بمعنى الضم، كما قد بيناه، إذ على تقدير النقل لم يستفد زياده ارتفاق، بل يبقى الحكم كما كان، و مع ذلك فهو موضع نظر، لأن هذا الارتفاق لا يصلح للمانع، و المعروف من مذهبنا هو

النقل، فالبحث كله ساقط، و المصنف وافق الشيخ على تصوير المسأله التي لا- تتم إلا- على القول بالضم، و هو لا يقول به، و خالفه فى الحكم، و حكم بالصحه فيها منبها على أن الرفق المذكور غير مانع، بقوله و إن حصل الرفق فى المطالبه».

و الظاهر أن المصنف لم يذكر المسأله إلا- على وجه التفريع، و التنبيه على أن ما حكم به الشيخ لا- يتم و إن بنى على ذلك الأصل، نظرا إلى أن زياده الرفق لا تمنع كما لو أحال على من هو أكثر ملاءه، و أما ما ذكر الشيخ لها، فيشعر بذهابه إلى كونه الضم، إذ لا يتم إلا عليه، و المصنف قد لوح فى المسأله الخلاف فى موضعين، أحدهما قوله «على قول مشهور لنا» و الآخر «على القول بانتقال المال» كما نبهنا عليه فى الموضوعين إذ هو كما ترى لا ينبغى صدوره منه، فإن حمل كلام المصنف على ما ذكر مع عدم إشعار فى شىء من كلامه بذلك، أشبه شىء بالمعمى بل أعظم، كما أن حمل كلام الشيخ على كون ذلك مذهبا له- و أن المصنف أشار الى ذلك بما سمعت- من الذى ينبغى الاستغفار منه، على أن المذكور فى كلام المصنف لفظ الكفاله التى لا داعى إلى إرادته الضمان.

منها، خصوصا بعد ما أوما إلى وجه المنع، بأن الحواله لم يثبت من الشرع مقتضى لها إلا نقل المال إلى المحتال لا غير، فترتب تعدد المطالبه لانتقال حق الكفاله بها مع أنه لم تنقل إلا- الدين الخالى عن ذلك- مما يمكن الشك فيه، بل منعه، ضروره مساواته للمنع من تغيير جنس الدين و وصفه بها، كما سمعته سابقا فى اشتراط المساواه بل لعل المقام أولى باعتبار أن الكفاله قد كانت من حيث كون الأول صاحب الدين، و الغرض حصول الوفاء بالحواله، فترتفع الكفاله لا أنها تنتقل إلى آخر و كذا لو كان عليه رهن.

و لعله لذا جزم فى القواعد و محكى التذكره و الحواشى و جامع المقاصد بعدم انتقال حق الكفاله لو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحاله و غيرها، بخلاف الإرث و إن كان هو لا يخلو من نظر، خصوصا مع التصريح بذلك، و فرض رضى الكفيل و لعل ذلك كاف فى تصوير مسأله المتن، و إن كان الأصح خلافه، لأن ذلك من موانع الدين الذى نقل بالحواله، لا من آثارها و مقتضياتها، بل لعل الرهانه أيضا

كذلك للأصل و غيره و الله العالم.

### [المسألة الثالثة إذا أحال المشتري البائع مثلاً بالثمن ثم رد المبيع بالعيب السابق بطلت الحوالة]

المسألة الثالثة: إذا أحال المشتري البائع مثلاً بالثمن كله أو ببعضه ثم رد المبيع بالعيب السابق أو اللاحق في الثلاثة مثلاً أو بالإقاله أو غير ذلك مما يقتضى الفسخ من حينه بطلت الحوالة عند الشيخ في المحكى عن المبسوط قيل: و إليه يرجع ما فى الإيضاح، و جامع المقاصد، و عن مجمع البرهان أنه أقوى لأنها تتبع البيع فى ذلك.

و فى القواعد بطلت إن قلنا أنها استيفاء، فإذا بطل الأصل بطلت هيئه الإرفاق كما لو اشترى بدراهم مكسره فأعطاه صحاحاً ثم فسخ - فإنه يرجع بالصحاح، و إن قلنا أنها اعتياض لم تبطل، كما لو استبدل عن الثمن ثوباً ثم رد بالعيب، فإنه يرجع بالثمن لا الثوب.

و لعله للتردد فى ذلك قال المصنف و فيه تردد كما عن الإرشاد، بل قيل:

و كذا التحرير و التذكرة و غايه المراد و غيرها، حيث لا ترجيح فيها لكن قد يقال:

إن أصله اللزوم و عقدها و استصحابه يقتضى عدم البطلان، و هى من توابع البيع، بمعنى أنها اقتضت الحوالة بالثمن الذى هو أحد أركانه، لا - من توابعه فى البطلان، إذ هى عقد مستقل برأسه، و إن قلنا أنها استيفاء لكنه بعقد لازم، فلا يفسخ بانفساخ العقد، بخلاف ما لو كان بدفع و نحوه، من حيث إنه ليس عقداً مبنياً على اللزوم، بل هو من توابع التملك بالبيع المفروض انفساخه، فيتبعه، بخلاف المفروض الذى قد حصل الملك به للدين بسبب آخر غير البيع، و هو الحوالة فلا وجه لانفساخها بانفساخه بل دعوى كونها من التوابع بالمعنى المزبور من المصادره حينئذ، بل لا فرق فى ذلك بين قبض المحتال ما أحيل به و عدمه، و إن جعل النظر و الاشكال فى محكى التحرير فيما إذا رد قبل القبض، و حينئذ للمشتري الرجوع على البائع خاصة، بل لو كان قابضاً لا - يتعين له المقبوض، بل الظاهر أن للمشتري الرجوع على البائع، و إن لم يقبض، لأنها بحكم الوفاء بالنسبه إلى ذلك.

و إن استشكل فيه الفاضل فى القواعد من أن الحوالة كالقبض، و لهذا لا يجبس

البائع بعدها السلعه، و من أن التغيريم للمقبوض، و لم تحصل حقيقه، بل قال فيها أيضا: فإن منعنا الرجوع فجععل له مطالبته بتحصيل الحواله؟ إشكال من توقف مطالبته بحقه على ذلك، و من أن المال مال غيره، و الناس مسلطون على أموالهم، و هذا حاصل ما أطنبوا فى وجهه.

و لكن مقتضى أحد طرفى الإشكال الأول و الثانى تعطيل حق المشتري إذا فرض توقف رجوعه على القبض الذى للبائع تأخيريه و عدم المطالبه به لتسلط الناس على حقوقها و من ذلك يعلم ان المتجه ثبوت الرجوع له و إن لم يقبض، لأنها أى الحواله بحكم الأداء بالنسبه إلى ذلك، و ليس له مطالبه المحال عليه، لعدم الحق له، هذا كله على تقدير الصحه.

و أما على تقدير البطلان فان لم يكن أى البائع قبض المال فهو باق فى ذمته أى المحال عليه للمشتري لأن الفرض انفساخ البيع و انفساخها، و ليس للبائع بعد ذلك قبضه، فلو فعل لم يقع عن المشتري، لبطلان الاذن له فى ذلك، لبطلان الحواله، و إن احتمل بقاء الإذن الضمنى و ان بطلت كالوكاله و الشركه، و لكن مع كون الحكم فى المقيس عليه ممنوعا كما تعرف فى محله - قياس مع الفارق.

و إن كان البائع قد قبضه فقد براء المحال عليه للدفع بالاذن، و يستعيده المشتري حينئذ من البائع فليس له رده على المحال عليه، بلا خلاف أجده بين من تعرض له، لكن قد يناقش بأن مقتضى بطلان الحواله عود المال إلى صاحبه، فلا يتوجه للمشتري حينئذ المطالبه به للبائع، هذا كله فى احاله المشتري للبائع بالثمن.

أما لو أحال البائع أجنبيا له عليه دين بالثمن، على المشتري، ثم فسخ المشتري بالعيب السابق أو بأمر حادث يقتضى الفسخ من حينه، لم تبطل الحواله (١١) بلا خلاف بل عن شرح الإرشاد للفخر، الإجماع عليه لأنها تعلقت بغير المتبايعين (١٢) و الأصل فيها اللزوم فهو حينئذ كما لو اشترى بالثمن ثوبا فان فسخ البيع لا يقتضى استحقاق الثوب و لا فسخ عقد شرائه، بل له مثل ثمنه أو قيمته.

و لو ثبت بطلان البيع من أصله لا- من حينه بطلت الحوالة فى الموضوعين لظهور عدم اشتغال ذمه المحال عليه و إن قلنا بجواز الحوالة على البرى ء، فإن الفرض اراده الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن فى ذمته فهى حوالة على ما فى ذمته لا- عليه، كما هو واضح، فالمال المقبوض حينئذ، باق على ملك المشتري و له الرجوع به مع تلفه على المحتال و على البائع، و الله العالم.

### [القسم الثالث فى الكفاله]

#### إشاره

القسم الثالث فى الكفاله بالفتح، و لا- ريب فى أنها من العقود الصحيحه، بل فى محكى التذكرة أنها كذلك عند عامه أهل العلم، و لكنها مكروهه، بها هلكت القرون الأولى و هى خساره، و غرامه و ندامه، و المعروف فى تعريفها أنها عقد شرع للتعهد بالنفس، و البحث فى أنها نفس العقد، أو أثره، و فى خصوص الألفاظ و المعاطاه فيها على نحو ما تقدم فى البيع و غيره، و كذا اعتبار المقارنه بين إيجابها و قبولها، و العربيه و نحوها مما يعتبر فى العقود اللازمه.

لكن فى محكى التحرير زياده غالباً، و لعله لصحه كفاله الأعيان المضمونه عنده، أو الأعيان التى يراد الشهاده على عينها كذلك، كما صرح به بعضهم، فجوز كفاله الدابه و الكتاب و غيرهما، للشهاده على أعيانها، بل ربما احتمل ذلك فى عباره القواعد الآتيه، و لكن لا- يخلو من نظر أو منع، ضروره الشك فى تناول الأدله لمثله، و الأصل عدم ترتب الآثار بل الظاهر اختصاص النفس بالآدمى لا- الدابه و نحوها و فى محكى التذكرة الضابط فى ذلك أن نقول حاصل كفاله البدن التزام إحضار المكفول ببدنه، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداد يستحق إحضاره بحق الكفاله ببدنه، و نحوه عن المبسوط، و ظاهرهما اختصاص موردها بما ذكرناه.

و لكن فى القواعد «تصح حاله و مؤجله على كل من يجب عليه الحضور، مجلس الحكم من زوجه يدعى الغريم زوجيتها، أو كفيل يدعى عليه الكفاله، أو صبى أو مجنون، إذ قد يجب إحضارهما للشهاده عليهما بالإتلاف، و بدن المحبوس لا مكان

تسلمه بأمر من حبسه، ثم يعيده إلى الحبس، أو عبد آبق أو من عليه حق الأدمى من مال أو عقوبه قصاص - الى أن قال - ولا يصح على حد الله تعالى، و الأقرب صحه كفاله المكاتب و من فى يده مال مضمون، كالغصب و المستام و ضمان الأعيان المغصوبه فإن رد براء، و إن تلف ففى إزمائه بالقيمه و جهان، الأقرب العدم، كموت المكفول، دون الوديعه، و الأمانه، و تصح كفاله من ادعى عليه، و إن لم يقم البيئه بالدين، و إن جحد، لاستحقاق الحضور، و الكفاله ببدن الميت، إذ قد يستحق إحضاره للشهاده على صورته» و لكن لا يخفى عليك النظر فى جملة من ذلك.

و عن فخر الإسلام «الكفاله من مذهبا إنما تصح بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حق شرعى، و الحق أعم من أن يكون ديناً أو عيناً، و قيل: كل من يستحق إحضاره إلى مجلس الشرع فإنه تصح كفاله».

قلت: فعلى الأخير و هو الصحيح تصح الكفاله بمجرد الدعوى، دون الأول.

و على كل حال فالمتيقن من مورد الكفاله التعهد بإحضار النفس المستحق عليها بذلك بسبب حق و لو دعوى المكفول له عليها نعم لا تصح فى الحدود للإجماع المحكى عن التذكرة على ذلك، و ل

قوله (صلى الله عليه و آله) فى المروى من طرق الخاصه و العامه (١) «لا كفاله فى حد»

و ربما تسمع لبعض المسائل المزبوره فى المباحث الآتية تتمه إنشاء الله.

و يتم عقدها بالإيجاب من الكفيل و القبول من المكفول له، و من هنا لم يكن اشكال بل و لا خلاف فى أنه يعتبر رضا هما أى الكفيل و المكفول له بل الإجماع بقسميه مضافاً إلى معلوميه عدم الالتزام بحق من دون رضى الطرفين دون المكفول الذى هو بمنزله المضمون عنه بالنسبه إلى ذلك عند المشهور.

بل عن التذكرة نسبتة إلى علمائنا، لعموم «أوفوا» بعد تناول إطلاق الكفاله لذلك، و لأن غايه الكفاله هى إحضار المكفول حيث يطلب، و من المعلوم أنه يجب الحضور عليه متى طلبه المكفول له بنفسه، أو وكيله، و الكفيل بمنزله الوكيل الذى لا يشترط فى وكالته رضى الموكل عليه.

و قد يناقش بمنع تناول إطلاق الكفالة المحتمل اعتبار رضى المكفول عنه فى تحقق مسماها، كرضى المكفول له، و ما فى المسالك و غيرها- من أنه على تقدير اعتبار رضاه ليس على حد رضى الآخرين، بل يكفى كيف اتفق نحو ما سمعته فى المحال عليه- مجرد دعوى لا- دليل عليها و لا- استبعاد فى دعوى تركيب عقدها من قبول الاثنين مع الإيجاب من الكفيل، لا أقل من الشك فى تناول الإطلاق، فلا تدرج فى «أوفوا» و الأصل عدم ترتب أثر الكفالة، و لعله لذا كان المحكى عن الشيخ و القاضى و ابنى حمزه و إدريس اعتبار رضاه.

بل عن الفاضل فى التحرير أنه قواه، لا- ما قيل - من الاستدلال له بأنه إذا لم يرض بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل، فلم يتمكن من إحضاره فلا- تصح كفالته لأنها كفاله بغير المقدور، و هذا بخلاف الضمان، لإمكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه و لا يمكن أن ينوب عنه فى الحضور- إذ هو كما ترى مصادرته محضه، مع أنه رده فى المسالك و غيرها بأن مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه، و هو ممنوع لأن المستحق متى طلبه و جب عليه الحضور، و إن لم يكن مكفولا- إجماعا، و فائده الكفاله راجعه إلى التزام الكفيل بالإحضار حيث يطلبه المكفول له، فإن طلبه منه لا- يقصر عن توكيله، و إن لم يطلبه لا يجب عليه الحضور معه و إن كان برضاه.

و إن كان قد يناقش بمعلومية زياده حق فى الكفاله على الوكاله التى هى غير لازمه للكفاله، إذ الظاهر أنه متى تعلق حق الكفاله كان له إحضاره، لإيراده البراءه من عهده من دون طلب المكفول له، كما عن التذكرة، و التحرير، و جامع المقاصد، و ابن المتوج الجزم به، بل عن الكركى أنه قطعى، و كأن الذى أوقعه فى ذلك ما فى القواعد «يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه، و إلا- فلا- إن كان متبرعا و إلا- فكالأول، مع أن المراد منها على الظاهر وجوب الحضور مع الكفيل و إن لم يطلبه المكفول له منه إذا كانت الكفاله بالإذن، نعم لو كانت تبرعا لم يجب عليه الحضور، إلا مع طلبه منه» فهو موافق لما قلناه فى القسم الأول.

و أما الثانى، فقد يناقش بأنه متى صحت الكفاله تبرعا لحقه حكمها و هو



وجوب الحضور مع الكفيل لو طلبه، ولعله لان تكفيله يقتضى تسليطه عليه بالإحضار، أو أن ذلك من أحكامها شرعا، و لو لأن التكليف بالإحضار يقتضى تكليف الآخر، بالحضور، بل ربما يدعى ظهور أدله الكفاله فى ذلك فلاحظ و تأمل.

إذا تقرر هذا انحصر وجه المسأله حينئذ فى أن رضى المكفول شرط ينفى مع الشك فيه بالإطلاق، أو أنه من أركان العقد على وجه لا يتحقق الكفاله بدونها، و لا أقل من الشك، و الأصل عدم ترتب الأثر، و لعل الثانى لا يخلو من قوه.

و لا- ينافيه عدم اعتبار رضى المحال عليه لو قلنا به، و لا عدم اعتبار رضى المضمون عنه، لإمكان الفرق بتعارف الحواله على مشغول الذمه بدون رضاه، على وجه لا شك فى صدق اسم الحواله عليها عرفا، و بمعلوميه جواز التبرع بالوفاء عن المديون، و ليس المقام من الثانى قطعا كما لا تعارف فى كفاله الغائب على وجه تندرج فى الكفاله بحيث تدخل فى إطلاقها فتأمل جيدا.

و كيف كان ف تصح حاله و مؤجله على الأظهر بل لا خلاف فى الثانى، بل فى الروضه أنه موضع وفاق على معنى الكفاله إلى شهر، فيلزمه إحضاره بعد الشهر نحو الأجل فى الدين و غيره أما لو قال: كفلته شهرا بمعنى التعهد به فى ضمن الشهر، فعن التحرير صحتها، و سماها الموقته، و لعله لإطلاق الأدله، و على المشهور فى الأول بل عن السرائر أنه حق اليقين خلافا للمحكى عن ظاهر الشيخين فى المقنعه و النهايه و ابن حمزه و سلار و عن القاضى فى أحد قوليه، بل عن الآبى فى كشف الرموز الجزم به.

لكن لم نعرف لهم دليلا نخرج به عن إطلاق الأدله المقتضى عدم الاشتراط، كما قدمنا نظيره فى الضمان، بل قد تقدم عن ابن إدريس رحمه الله تأويل كلامهم على وجه يرتفع الخلاف به، و ما ذلك إلا لضعف القول به، و دعوى- أن الكفاله لا بد لها من فائده، فلو شرعت حاله لكانت خاليه عن فائده، إذ للمكفول له أن يطلب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفاله من غير تربص، و ذلك يكون عبثا لا حاصل لها.

و حينئذ مع الإطلاق تكون صحيحه معجله و إذا اشترط الأجل فلا- بد أن يكون معلوما على وجه لا يختلف زياده و نقصا، بلا خلاف نجده فيه

بيننا، بل لعل الإجماع بقسميه عليه في المقام، و في غيره من العقود اللازمه حتى القائل فيها للغرر كالصلح و نحوه، و هو الحججه مضافا إلى قاعده الغرر، بناء على عمومها، لمثل المقام، و إلا كان الأول هو الحججه، فما عن بعض العامه من جواز الجهاله في الأجل هنا قياسا على العاريه واضح الفساد، بعد بطلان القياس، على أنه مع الفارق بالجواز فيها و اللزوم هنا.

و كيف كان فلا اشكال و لا خلاف في أن للمكفول له، مطالبه الكفيل بالمكفول عنه عاجلا إن كانت الكفاله مطلقه أو معجله، و بعد الأجل إن كانت مؤجله، فإن سلمه تسليمًا تامًا بحيث، يتمكن المستحق منه فقد برء مما عليه من حق الكفاله، و إن لم يتسلمه منه سواء تمكن من الحاكم أو لا على الأصح بل الظاهر عدم اعتبار الاشهاد في ذلك، إلا لإرادته الإثبات لو أنكر، و إن كان قد يتوهم ذلك من المسالك و غيرها، لكن لا دليل عليه.

و إن امتنع الكفيل عن ذلك كان له حبسه عن الحكم بل و عقوبته عليه حتى يحضره أو يؤدي ما عليه كما عن النهايه، و السرائر، و النافع، و التحرير، و الإرشاد، و المصنف و الروضه،

قال الصادق (عليه السلام) في خبر عمار(١) «أتى أمير المؤمنين (عليه السلام) برجل قد تكفل بنفس رجل و قال اطلب صاحبك»

و في خبر الأصمغ ابن نباته(٢) «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس، و قال له: أطلب صاحبك».

و في خبر إسحاق بن عمار(٣) عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «أن عليا (عليه السلام) أتى برجل كفّل برجل بعينه فأخذ بالمكفول فقال احبسوه حتى يأتي بصاحبه».

و في خبر عامر بن مروان(٤) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام «أنه أتى برجل قد كفّل بنفس رجل فحبسه، فقال: أطلب صاحبك»

إلا أنها كما ترى ليس في شيء منها التخيير بين الإحضار و الأداء كما هو ظاهر الجماعه المقتضى وجوب القبول على

١- ١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أحكام الضمان الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أحكام الضمان الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أحكام الضمان الحديث ٣.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أحكام الضمان الحديث ٤.

المستحق مع بذله، بل الأول خاصه، و من هنا كان المحكى عن التذكرة و غيرها عدم وجوب القبول على المكفول له إذا بذل الكفيل له الحق، لعدم انحصار الغرض فيه، إذ قد يكون له غرض لا يتعلق بالأداء، أو بالأداء من الغريم لا من غيره، فله حينئذ إزماء بالإحضار، خصوصا مما لا بدل له، كحق الدعوى، أو فى ذى البدل الاضطرارى كالدیه عوض القتل،

و مهر المثل عوض الزوجه، و اختاره فى المسالك و الرياض.

و لكن قد يناقش أولا بأن مبنى الكفاله عرفا على ذلك، بل هو المقصود بين المتعاقدين بها.

و ثانيا: بظهور

قول الصادق (عليه السلام) فى مرسل الصدوق (١) «الكفاله، خساره غرامه ندامه»

كقوله

فى خبر داود البرقى (٢) مكتوب فى التوراه «كفاله غرامه ندامه»

فى اقتضاؤها ذلك، بل قد يشعر بذلك فى الجملة حكم من أطلق غريما، أو القاتل عمدا لكن ينافى ذلك كله ما تسمعه من تفسير خبرى البقباق الآتين.

و ثالثا: بأن الظاهر اندراج التبرع بمساوى الحق فى الوفاء الذى يجب قبوله على المستحق، و إن كان من غير من عليه الحق، و دعوى اعتبار تشخيص المديون ذلك وفاء تقتضى عدم احتسابه وفاء حتى مع الرضا من المديون، و هو مخالف للمقطع به كدعوى اختصاص ذلك فى حال التراضى، التى لا مدرك لها بالخصوص، بل ليست إلا لصدق وفاء الحق، و وجوب قبول ذلك من بازله من غير فرق بين المديون و غيره و حينئذ فله التبرع بالوفاء المقتضى سقوط الحق الذى تسقط الكفاله بسقوطه، و إن لم نقل إن ذلك من مقتضياتها.

نعم إنما يتم ذلك فى الدين و نحوه أما فيما لا بدل له، أو له بدل اضطرارى فلا يجب عليه القبول، اللهم إلا أن يقال فى مقام حصول الضرر بالتخليد بالحبس و نحوه، ينقله الحاكم إليه أو الى ما يقتضى ارتفاع مثل هذا الضرر به، كما عساه يرمى إليه فحوى ما تسمعه فى إطلاق القاتل.

و على كل حال فما ذكره المصنف و الجماعه، لا يخلو من قوه، ثم إن الكفيل

١-١ الوسائل الباب ٧ من أبواب أحكام الضمان الحديث ٢.

٢-٢ الوسائل الباب ٧ من أبواب أحكام الضمان الحديث ٥.

يرجع على المكفول بما أداه إن كان الأداء عنه باذنه و إن كانت الكفاله بغير إذنه بناء على مشروعيتها، و الفرق بينها و بين الضمان بغير إذنه مع كون الأداء بإذنه أن الكفاله لم يتعلق بالمال بالذات، فيكون حكم الكفيل بالنسبه إليه حكم الأجنبي فإذا أداه بإذن من عليه فله الرجوع، بخلاف الضمان المقتضى انتقال المال إلى ذمه الضامن فلا ينفعه بعد ذلك الإذن في الأداء، لأنه كإذن الأجنبي للمديون في أداء دينه، إلا أن يراد منها الوكالة في الأداء عنه، و إن كان الدين على المؤدى المأذون و لا يرجع عليه مع عدم الإذن في الأداء، و إن كان كفل بإذنه، إذا أمكن مراجعته و إحضاره للمكفول له، ضروره كونه متبرعا بالوفاء حينئذ، لعدم اقتضاء الكفاله الإذن في ذلك على الحال المفروض.

نعم إذا أدى مع فرض تعذر الإحضار، ففي المسالك «له الرجوع و إن لم يأذن له في الأداء، لأن ذلك من لوازم الكفاله، فالإذن فيها إذن في لوازمها» و فيه:

أنه مناف لما سمعته منه و غيره سابقا من انها لا تقتضى إلا الإحضار، و لذا لا يجب على المكفول له القبول إذا بذل الكفيل، و مع فرض أن ذلك من لوازمها يجب عليه القبول، ضروره كونه حينئذ كالوكيل عن المديون في ذلك.

نعم قد يكون له الرجوع مما ذكرناه من قاعده لا- ضرر و لا ضرار من حيث لزوم التخليد في الحبس و نحوه المفروض كون المكفول سببا له بالإذن في الكفاله بل لعل قاعده احترام مال المسلم تقتضى به أيضا لعدم صدق التبرع عليه بذلك، أو بغير ذلك مما لا يقتضى كونه من لوازم الكفاله، إن لم نقل أن من مقتضياتها دفع المال عن المكفول و لو في حال تعذر الإحضار، و إلا اتجه له الرجوع حينئذ كما ذكره، فتأمل جيدا و الله العالم.

و لو قال: إن لم أحضره كان على كذا لم يلزمه إلا إحضاره دون المال و لو قال على كذا إلى كذا إن لم أحضره و جب عليه ما شرط من المال كما في القواعد و محكى الإرشاد لكن يمكن أن يكون المراد إن لم يحضره كما في النافع، و محكى النهايه و السرائر، و التحرير، و التذكرة، و حواشى القواعد، و اللمعه، و المهذب البارع،

و كشف الرموز، و التنقيح، بل هو المحكى عن القاضي و ابن حمزه بل فى الأخيرين و المحكى عن إيضاح النافع نسبة ذلك إلى الأصحاب، بل فى المذهب فى شرح عباره النافع أن المسأله إجماعيه، و فى جامع المقاصد فى شرح عباره القواعد هذا مروى من طرق الأصحاب، و قد أطبقوا على العمل به، و فيه أيضا و محكى الحواشى و غايه المرام أن الفارق بين المسألتين الإجماع و النص.

و لكن مع ذلك كله نظر فيه فى المسالك بعد ان حكاه عن ابن فهد، و الكركى قال: لمنع الإجماع فى موضع النزاع فإن أحدا من الأصحاب لم يدعه، و الموجود كلامهم فى المسأله، جماعه يسيره، و الباقون لا يعرف حكمهم فيها، و مع ذلك فقد ذكر العلامة فى المختلف كلام الشيخ و من تبعه، ثم قال: و عندى فى هذه المسأله نظر ثم نقل فيها عن ابن الجنيد حكما مخالفا لما ذكره الشيخ و الجماعه، و قال: إن كلام ابن الجنيد أنسب، و قد عرفت أن للمصنف و حده فيها قولين هنا و فى النافع، و للعلامه و حده فيها أربعة مذاهب فدعوى الإجماع بمثل ذلك عجيب».

و فيه ما لا- يخفى عليك من عدم منافاه ذلك لحكايه الإجماع، و إن كان هو كما ذكر محلا للنظر، لكن ليس لذلك، بل لما ستعرفه إنشاء الله على أن ترك القيد من المصنف و الفاضل فى بعض كتبهما مع احتمال إرادتهما له بقريته ذكرهما له فى البعض الآخر، لا- ينافى الإجماع على أصل المسأله، و قول الفاضل أن قول ابن الجنيد أنسب ليس قولاً- فى المسأله، و كذا الاحتمال المذكور عنه فى الجمع، بجعل المال فى أحد الشقين على المال المكفول، و فى الآخر على مال غير ذلك التزم به الكفيل ان لم يحضره.

و كذا مناقشته فى سند الخبرين اللذين هما الأصل فى هذه المسأله.

أحدهما:

خبر البقباق (١) عن أبى عبد الله (عليه السلام) «سألته عن الرجل تكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا و كذا درهما، قال: إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال، و هو كفيل بنفسه أبدا إلا أن يبدأ بالدرهم فإن بدأ بالدرهم

فهو له ضامن، إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجله»

و هو إما صحيح أو موثق.

و الثانى:

خبره الآخر (١) أيضا «قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) رجل تكفل لرجل بنفس رجل و قال: إن جئت به و إلا فعلى خمسمائه درهم (كما فى التهذيب) و فى الكافى (إن جئت به و إلا فعليك خمسمائه درهم)، و فيهما معا قال: عليه نفسه، و لا شىء عليه من الدراهم، فإن

قال: على خمسمائه درهم إن لم أدفعه اليه قال: يلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه»

و هو موثق أيضا بل فى سنده أبان الذى هو من أصحاب الإجماع و بذلك اكتفى جماعه من الأصحاب على الفرق بين المسألتين قائلين أن كثيرا من المسائل حكم فيها بما يخالف القواعد بأقل من ذلك.

إلا أن الانصاف استبعاد التعبد فى أمثال هذه المسائل، خصوصا لما فى المقام الذى ليس فيه إلا تأخير الشرط و تقديمه، مع أنه إن أخر لفظا فهو مقدم معنى، بعد الإغضاء عن اقتضاء التعليق البطلان، و عن عدم صلاحية مثل اللفظ المزبور فى المتن و غيره، لحصول عقد الكفاله أو الضمان به.

و لو لا ما سمعته من الإجماع المزبور لأمكن القول بأن المراد من الرويتين بيان الفرق فى عقد الكفاله من الاقتصار عليه فقط، و بين اشتراط أداء المال فيه، مع عدم الإحضار، ففى الأول لا يكلف إلا النفس أبدا و فى الثانى يغرم المال إن لم يحضر فيراد من قوله «إلا أن يبدأ» إظهار اشتراط الدراهم من، بدأ الأمر بدوا، أى ظهر كما فى الصحاح أو من، بادى فلان بالعداوه، أى جاهر بها كما فيه أيضا، أى الكفيل إنما يكلف بإحضار النفس أبدا إلا أن يظهر أو يجهر باشتراط الدراهم إن لم يأت به فحينئذ يكلف بها إن لم يحضره.

و التصرف فى كتابه يبدأ بما يقتضى الأوليه إنما هو من النسخ مع أنه يمكن عليها أيضا إرادته هذا المعنى لا التقدم و التأخر، و قوله فإن لم يأت به فى الخبر الأول على جهه الاستفهام من السائل فأجابه بذلك، و الخبر الثانى على ما فى الكافى، و بعض نسخ التهذيب منطبق أيضا على ذلك ضروره أن اشتراط الخمسمائه فيه الأول إنما كان

من المكفول له لا من الكفيل، و من المعلوم عدم التزامه بذلك إذا لم يكن ذلك من الكفيل نفسه في عقد الكفاله، و لذا قال في جوابه إنه إن قال هو على خمسمائه درهم إن لم آت به لزم ذلك.

نعم إنما جاء الاشتباه في روايه بعض نسخ التهذيب، و الظاهر أنه اشتباه من النسخ، فإن ما في الكافي. أضببط، خصوصا مع اعتضاده ببعض نسخ التهذيب، و شهاده الروايه الأولى له، و هذا معنى جيد في الخبرين، و يشهد له ما تقدم من النصوص، الظاهره في عدم تكليف الكفيل إلا بالإحضار، و أنه يحبس على ذلك، و هو معنى قوله هنا «و هو كفيل بنفسه أبدا».

كما أن الخبرين ظاهران أو صريحان في وجود عقد الكفاله بغير هذا اللفظ، و إنما ذكره على سبيل الاشتراط الذي يشمله عموم

«المؤمنون عند شروطهم»<sup>(١)</sup>

و ليس هو بمعنى التعليق المقتضى لبطلان العقد، و بذلك يصح بالشرط المزبور الالتزام بالمال المذكور، و إن لم يكن هو على المكفول، و إن كان المنساق إلى الذهن اراده اشتراط ما على المكفول.

و لعل هذا أولى من المحكى عن الكركى من بيان الفرق بين المسألتين بأنه إذا قدم براءه الذمه المضمون عنه. بقوله على كذا امتنعت الكفاله حينئذ، لعدم حق له حينئذ عليه، فلا يلزم إلا بالمال، بخلاف ما إذا قدم الكفاله، فإنه يكون الضمان - المتعقب لها لكونه معلقا على شرط - باطلا، و لمنافاه الضمان صحه الكفاله.

إذ هو كما ترى مناف لما عرفته، من النص و الإجماع المحكى و غيره من تقييد لزوم المال في صورته تقديم الضمان بعدم الإحضار، و أنه مراد المصنف هنا و ان ترك ذكره، و مناف أيضا للتعليق المقتضى لبطلان الضمان، بل و لعدم براءه المضمون عنه التي ذكرها، و بنى عليها بطلان الكفاله.

بل و مناف لما هو ظاهر الخبرين أو صريحهما من حصول عقد الكفاله أولا - بغير اللفظ المزبور، بل لا يتم أيضا بناء على أن المسأله أعم من كون المكفول على مال،

و غيره من قتل و زوجه و غيرهما مما لا يقبل الضمان، و على تقديره فما جعله الضامن عليه من كذا فى الأولى. و خمسمائه فى الثانية و مطلقا فى كلام الجماعة أعم من كونه مساويا للحق الذى على المكفول و زائدا و ناقصا و مماثلا- له فى الحبس و مخالف، و الضمان المدعى لا يتم إلا فى قليل من هذه المسائل، بل فيه أيضا أنه ليس فى العبارة المذكورة فى المتن و غيره من كتب الجماعة لفظ يدل على كفاله صحيحه شرعا، و إنما الموجود فيها ضمان معلق على شرط تقدم أو تأخر، و أما الكفاله فهى مجعوله شرطا و مجرد ذلك لا- يكفى فى عقد الكفاله، و لو قيل أنه أتى قبل ذلك بلفظ يدل عليها، فتقدير مثل ذلك مبطل، للفرق الذى ادعاه بين المسألتين إلى غير ذلك مما لا يخفى.

و أولى أيضا مما حكاه فخر الدين عن والده من حمل الروايه على أنه التزم فى الصورة الأولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال: إن لم أحضره فعلى عشره دنانير، فإنه لا يلزمه المال إجماعا، لأنه التزم بما ليس عليه، أما الثانية، فإنه التزم بما عليه و هو الدينار مثلا، فكأنه قال: على الدينار الذى عليه إن لم أحضره.

إذ لا- يخفى عليك ما فيه من المنافاه لإطلاق المال فى الصورتين المتقاربتين، بل مقتضى تعريف الدراهم فى قوله «إلا أن» إلى آخره كون المراد الدراهم الأولى، لانسباق العهد منه كما فى نظائره، على أن الروايه الثانية قد اتحد فيها لفظ الخمسمائه فى الصورتين.

و أولى أيضا مما ذكره المقداد مستحسنا له قائلا- أنه لم يذكره أحد من الأصحاب و هو أن المراد من الأولى الإتيان بصيغته الكفاله و تعقيبها بالتزامه بالمال ان لم يأت به، و ذلك يقتضى صحه الكفاله لتصريحه بها، و ما بعدها من المال أمر لازم للكفاله، لما تقدم من أن مقتضاها لزوم المال للكفيل إن لم يأت به و أما الثانية فإنها تشتمل على ضمان معلق على شرط و الشرط متأخر. فهى إما مبنيه على جواز الضمان المعلق على شرط، أو أن الضمان تم بقوله على كذا، و الشرط بعد مناف له. فلا يلتفت إليه.

لأنه كتعقيب الإقرار بالمنافى.

إذ لا يخفى عليك ما فيه أيضا، فإنه مع ابتناؤه على إرادته خصوص ما على المكفول



من المال، لا وجه للحكم بصحة الضمان المعلق عندنا، كما أنه لا وجه لقياس ذلك على تعقيب الإقرار بالمنافى.

و أولى أيضا مما فى المسالك فإنه بعد أن أطنب فى ذكر وجوه الفرق و إفسادها.

قال: «إذا تقرر ذلك فنقول: الذى يقتضيه ظاهر الروايه أن الكفاله وقعت بصيغه تامه فى الموضوعين، و تعقبها ما ذكر فى اشتراط، بدليل قوله «رجل تكفل بنفس رجل» ثم قسمها إلى القسمين، فإن التكفل إذا أطلق يحمل على معناه الشرعى، و إنما يتم بذكر لفظ يوجهه، و قوله بعد «فإن لم» إلى آخره إما أن يحمل على كون المكنى عنه هو الحق المكفول لأجله، عملا بقرينه مقتضيات الكفاله و حينئذ فلا إشكال فى الأولى، لأنه يصير كفيلا، و ما ذكر بعد الكفاله غير مناف، ثم إن عملنا بمفهوم الشرط فهو ضامن للمال أيضا إن لم يأت به إلى الأجل، و حينئذ فلا فرق بين الصيغتين، لاتحاد الحكم فيهما، و يكون الاستثناء منقطعا إذ لم يحصل به إخراج، فكأنه بين أن الحكم كذا، إن قدم الدراهم أو أخرها، و بقى قوله فى الروايه الثانيه «عليه نفسه و لا شىء عليه من الدراهم» ناظرا إلى نفس حكم الكفاله، لا إلى ما يترتب عليها عند الإخلال بالإحضار، و إن لم نعمل بمفهوم الشرط أشكل الفرق بين المقامين بما تقدم و إما أن يحمل المال الملتزم على ما هو أعم من الحق، فيكون على سبيل الجعالة فيلزمه ما التزمه إن لم يأت به فى الموضوعين، بإعمال مفهوم الشرط فى الأولى، و للتصريح فى الثانيه، و يناسب هذا الحمل كون الكفاله قد لا يكون غايتها المال كالقصاص و الزوجيه ثم على تقدير كون المال مجانسا، للمكفول لأجله، ينبغى الحكم باحتسابه، نظرا إلى اقتضاء الكفاله ذلك، و لو كان مخالفا احتمل رده إليه بالقيمه أيضا، و إن لم تكن الكفاله لأجل مال، فهو التزام و تبرع محض، و إطلاق الروايه يقتضى صحته و على ما قررناه فمخالفه الروايه للأصول ليست كثيره عند إطلاقها، و لو خصصناها بالمال المقصود حصل المقصود، و إن بقى فى عبارته الروايه قصور فى البلاغه حيث اتحد الحكم فى المسألتين مع كونه قد ردد بينهما، إلا أنه أسهل من مخالفه الأصول بغير موجب، و مع هذا فإثبات الاحكام الخارجيه على تقدير العمل بإطلاقها لا يخلو من بعد، لقصور الروايه

عن إثبات مثل هذه الاحكام، و لقد كنا فى سعه من هذا الاختلاف لو أطر حنا أمثال هذه الروايات التى من شواذ الأحاد» انتهى.

إلا أنه كما ترى من غرائب الكلام، بل لا يستأهل ردا و لعل الذى أوقعه فى ذلك إسائه الأدب فى هذه المسأله مع الشيخ الذى به حفظ الحلال و الحرام، و ما كنا لنؤثر أن يقع هذا منه أو ذلك من مثله، و الله الموفق و المؤيد و المسدد.

و قد ظهر لك فى جميع ما ذكرنا أن نظر الجميع فى هذا الحكم إلى الخبرين المزبورين اللذين يغلب الظن بإرادته ما ذكرناه منهما، و يتبعه حينئذ الظن بضعف الفتوى بخلافه المعلوم كون منشؤها الفهم من البدأه المذكوره فى الخبر، بيان الفرق بالتقدم و التأخر و الاختلال فى الخبر المروى فى التهذيب، و من ذلك يضعف الظن بصواب الإجماع المحكى المحتمل، لإرادته اتفاق المتعرضين لهذا الحكم من الأصحاب الذين يجوز الوهم عليهم فى الخبرين المزبورين، فصار منشأ الحكم المزبور المستبعد بناؤه على التعبد المحض فلاحظ و تأمل هذا.

و فى المختلف بعد أن حكى عن الشيخ و الجماعه ما سمعت قال: «و عندى فى هذه المسأله نظر» ثم حكى عن ابن الجنيد أنه إذا قال الكفيل لطالب الحق: مالك على فلان فهو على دونه إلى يوم كذا و أنا كفيل لك بنفسه، صح الضمان على الكفيل بالنفس و المال إن لم يؤده المطلوب إلى الطالب إلى ذلك الأجل، و سواء قال له عند الضمان: إن لم يأتك به، أو لم يقل له ذلك، فإن قدم الكفاله بالنفس، و قال: أنا كفيل لك بنفس فلان إلى يوم كذا، فإن جائك بما لك عليه، و هو ألف درهم و إلا فانا ضامن للألف صحت الكفاله بالنفس، و بطل الضمان للمال. لأن ذلك كالقمار و المخاطره، و هو كقول القائل إن طلعت الشمس فمالك على فلان غريمك و هو ألف درهم على الذى قد أجمع على أن الضمان لذلك باطل، ثم قال: و قول ابن الجنيد انسب، و لكن لا يخفى عليك انه قريب أيضا من قول الجماعه عند التأمل.

و من أطلق غريما من يد صاحب الحق أو وكيله قهرا، ضمن إحضاره أو أداء ما عليه كما صرح به غير واحد بل فى الرياض نفى الخلاف فيه على الظاهر،

بل عن الصيمرى الإجماع عليه، لقاعده

«لا ضرر ولا ضرار»

و فحوى ما تسمعه فى القاتل و لما فى المسالك و محكى التذكرة و غيرها من أنه غضب اليد المستولية المستحقه من صاحبها فكان عليه إعادتها أو أداء الحق الذى بسببه ثبتت اليد عليه و إن كان هو كما ترى، إن لم يرجع إلى ما ذكرنا أو إلى وجهه أو إلى دعوى شمول

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى»<sup>(١)</sup>

لمثل ذلك.

و لكن لا- يخفى عليك أن مدرك الحكم إن كان ذلك و نحوه، ينبغى عدم الفرق فيه بين الصبى و المجنون و غيرهما، و لعل ذلك هو مقتضى ما فى المتن و غيره من التعبير بمن أطلق الشامل لذلك نحو غيره من خطاب الأسباب.

إلا أن الانصاف عدم تنقيح فى كلامهم لمثل ذلك، كعدمه بالنسبه إلى غير ذلك من تفويت

استيفاء الحق بتخويف و نحوه، و ينبغى الاقتصار على محل اليقين، أو ما كان فى حكمه و لو بظاهر الدليل المعبر فيما خالف أصل البراءة و غيرها.

ثم لا- يخفى عليك أن الحكم المزبور لما كان ذلك لازم الكفاله أطلق عليه اسمها و إلا فهو ليس من الكفاله المصطلحه قطعاً، ضروره عدم العقد فيه، و الظاهر كون التخيير المزبور على نحو ما سمعته فى الكفاله، بمعنى أن له التبرع بالأداء فداء عن الإلزام بالإحضار، و يلزم المستحق بالقبول، و ليس له اقتراح الإحضار، فإن الضرر ينجر بذلك، أو مع التراضى.

لكن فى المسالك «ينبغى أن يكون الحكم هنا كما سلف فى الكفيل الممتنع من تسليم المكفول، يطالب بالتسليم مع الإمكان لا أن يفوض التخيير اليه».

وفيه: أنه لا- دليل على ذلك، بل أصل البراءة يقتضى خلافه، و خبر القاتل إنما هو فى العمدة الذى كان الحق فيه القصاص، و قاعده الضرر لا تقتضى أزيد من التخيير المزبور، و من هنا لم أجد غيره ممن تقدم عليه ذكر ذلك هنا، حتى ممن عين الإحضار فى الكفاله نعم ليس له الرجوع عليه بما أدى إذا لم يكن الأداء بإذنه، كما صرح به غير واحد، للأصل و غيره.

لكن قد يقال بالرجوع إذا كان الإطلاق بالإذن، لقاعده لا ضرر، واحترام مال المسلم والإحسان، وكون الإذن في الملزوم إذنا في اللازم، ونحو ذلك، بل في محكى التذكرة و لو تعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال و أخذ المال من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذى خلصه قصاصا، و يمكن ارادته ما ذكرنا، و لو أطلقه من يد الكفيل الذى كان له الرجوع عليه بأدائه عنه ضمن أيضا إحضاره أو أداء ما عليه على الوجه المزبور، بل لو أطلقه منه قبل أدائه عنه فكذلك أيضا.

و لو كان المطلق بالفتح قهرا قاتلا- عمدا لزمه إحضاره أو دفع الديه مع التعذر و لو بموت بلا خلاف أجده فيه أيضا، بل عن الصيمرى الإجماع عليه

للصحيح أو الحسن (١) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن رجل قتل رجلا عمدا فرفع إلى الوالى فدفعه الوالى إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء فقال: أرى أن يحبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل، قيل: فإن مات القاتل و هم فى السجن قال: فإن مات فعليهم الديه يؤدونها جميعا إلى أولياء المقتول»

و منه يعلم إرادته ذلك من التخيير المزبور فى المتن و غيره نعم لو كان القتل موجبا للديه على المطلق، اتجه التخيير المزبور على الوجه الذى تقدم.

لو هرب القاتل عمدا و استمر فأخذت الديه من المطلق، ثم تمكن الولي منه ردها إلى صاحبها و إن لم تقتص منه، لأن وجوبها قد كان للحيلولة المفروض زوالها، و عدم القتل مستند إلى اختيار المستحق، لكن فى محكى التحرير «إذا حضر القاتل هل يقتل و يستعيد الدافع من الأولياء فيه إشكال، و هل له إلزامه بما أدى على تقدير انتفاء جواز قتله فيه نظر».

و فيه ما لا يخفى بعد فرض كون الدفع الأول للحيلولة، لا لإسقاط الحق، و إلا لم يكن لهم قتله. بل و لا رجوع عليه بما أدى إلا مع الاذن فى الإطلاق، فإن فيه حينئذ ما عرفت، و إلى ذلك يرجع ما فى القواعد «و لو كان قاتلا لزمه الإحضار أو الديه فإن

دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوبا وإن لم يقتل» ولا يتسلط الكفيل - لو رضى هو و الوارث بالمدفوع - على المكفول بديه و لا قصاص و الله العالم.

و لا بد من كون المكفول معينا كما صرح به الفاضل و غيره فلو قال:

كفلت أحد هذين لم يصح و كذا لو قال: كفلت بزيد أو عمرو لم يصح أيضا و كذا لو قال: كفلت بزيد فإن لم آت به فبعمر و بل في الثالث التعليق و هو مانع من صحه الكفاله لما عرفته غير مره من منافاته للتسبب الظاهر من الأدله، فإشكال الفاضل فيه في القواعد في غير محله، و فيه أيضا اشتراط ما يعود على الكفاله بالنقض فلا- إشكال في بطلانه كما لا إشكال في البطلان في السابقين مع إرادته الإبهام المانع من تعلق العقد لعدم المورد له أما الإبهام التخيري فظاهر المصنف و غيره منعه أيضا.

لكن قد يناقش بأن مقتضى الإطلاقات جوازه، بعد عدم ما يقتضى عدم قابليه حق الكفاله لذلك فيصح حينئذ و يبرأ بتسليم أحدهما. و يحبس إلى أن يحضر أحدهما أو يؤدي عنه، و لعله في هذا القسم توقف الأردبيلي في المحكى عنه، و هو في محله إلا ان يثبت ما يقتضى عدم قابليه حق الكفاله لذلك، و أنه كالمالك الذى لا يقبل مثل هذا.

**[ و يلحق بهذا الباب مسائل ]**

**إشاره**

و يلحق بهذا الباب مسائل

**[المسأله الأولى إذا حضر الغريم قبل الأجل وجب تسلمه إذا كان لا ضرر عليه ]**

الأولى: قال في محكى المبسوط إذا حضر الغريم قبل الأجل وجب على المكفول له تسلمه إذا كان لا ضرر عليه و كذا غير المكان المشترط، و نحوه عن القاضى و لكن لو قيل: لا يجب كان أشبه بأصول المذهب و قواعده المقتضيه عدم وجوب غير الحق، بل لعل مصلحه الأجل و المكان مشتركه بينهما، و اختاره الفاضل و غيره، و هو جيد حيث يكون اشتراط الأجل و المكان حقا لهما، أما إذا كان حقا للكفيل و أراد إسقاطه كان الأجود الأول، كما تقدم نظيره في الدين المؤجل، و لعله إلى ذلك نظر الشيخ و لو سلمه و كان ممنوعا من تسلمه بيد قاهره مثلا لم يبرأ الكفيل لعدم التسليم التام الواجب عليه، بانصراف

إطلاق الأدلة إليه و لو كان المكفول مجبوسا في حبس الحاكم العادل وجب تسلمه لأنه متمكن من استيفاء حقه منه ضروره أنه برفع أمره إليه يخرج من الحبس أو يطالبه و هو فيه و ينهى أمره معه و لو بان يحبس على الحقين معا.

و ليس كذلك لو كان في حبس ظالم لقلبه عدم التمكّن من استيفاء الحق معه، و لو فرض إمكانه، وجب تسلمه، كما أنه لو فرض عدم إمكانه في الأول لم يجب تسلمه و إن كان في حبس عادل كما هو واضح.

### [المسألة الثانية إذا كان المكفول عنه غائبا و كانت الكفاله حاله انظر بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه و العود به ]

المسألة الثانية: إذا كان المكفول عنه غائبا في مكان معلوم و متجاوز مسافه القصر و كانت الكفاله حاله و طلبه منه المكفول له انظر بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه و العود به، و كذا لو كانت مؤجله و طلبه منه آخر بعد حلولها و طلبه منه بمقدار ذلك بلا خلاف أجده في شىء من ذلك، بل عن التذكرة عليه عامه أهل العلم، ضروره اقتضاء وجوب الإحضار الذى هو مقتضى الكفاله ذلك، و إلا كان تكليفا بغير المقدور.

نعم في المسالك و محكى التذكرة و مجمع البرهان إنما يجب عليه الإحضار عند إمكانه، أما إذا لم يمكن كما إذا غاب غيبه منقطعه لا- يعرف له موضع و لا- خبر، لم يكلف إحضاره لعدم الإمكان و لا شىء عليه، لأنه لم يكلف المال، بل قيل: إنه ظاهر الباقي أيضا لكن في القواعد لو هرب المكفول أو غاب غيبه منقطعه فالأقرب التزام الكفيل بالمال أو إحضاره، مع احتمال براءته، و يحتمل الصبر.

و عن جامع المقاصد أن الأول أصح، لأن مقتضى الكفاله إحضار الغريم أو أداء ما عليه من المال، و الأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبرئ، و هو المسقط للحق أو موت المكفول، و أن الكفيل وثيقه على الحق كالرهن، فإذا تعذر استيفاء الحق من جهه من عليه، استوفى من الوثيقه، و هذا و إن كان مبنيا على اقتضاها التخيير مطلقا الذى قد عرفت البحث فيه أو أداء المال عند تعذر الإحضار الذى قد ذكره في رجوع الكفيل على المكفول إذا أدى. لكن قد يقال: على القول بانحصار مقتضاها في الإحضار، بعدم اعتبار إمكانه له، بعد أن كان في حد ذاته من الممكنات، لأنه هو

الذى أوقع نفسه فى ذلك فيكلف به و يحبس عليه، و لو لأن يفدى نفسه بأداء ما عليه، ليتخلص من ذلك كما هو مقتضى النصوص فى حبسه، و من ذلك يظهر الحال فيما لو فرط الكفيل فى إحضاره بعد مطالبه المكفول له، و كان متمكنا منه فهرب أو غاب غيبه منقطعه على وجه تعذر إحضاره، أو هربه هو، ضروره أولويه لزومه المال.

و إن حكى عن التذكرة وجوب المال إن أوجبناه بها، و إلا- فإشكال، و نحوه فى جامع المقاصد، و لو كان غائبا حين كفل، فالحكم فى إحضاره كما لو غاب بعد الكفاله.

و عن جامع المقاصد لو وقع فى بلاد الكفر بحيث لا- يقدر عليه، أو فى حبس ظالم لا- يمكن تخليصه، و جب الصبر إلى زمان إمكان إحضاره، و لو رجي تخليصه بوجه و جب عليه السعى فيه، و لو احتاج إلى بذلك مال فإشكال، و كأنه مناف لما سمعته منه سابقا، و التحقيق فى ذلك كله ما عرفت.

### [المسألة الثالثة إذا تكفل بتسليمه مطلقا انصرف إلى بلد العقد]

المسألة الثالثة: ذكر غير واحد من الأصحاب بل لا أجد فيه خلافا انه إذا تكفل بتسليمه مطلقا، انصرف إلى بلد العقد و هو إن سلم، ففيما إذا كان العقد فى بلد المكفول له أو بلد قراره، أما إذا كان فى برية أو بلد غربه قصدهما مفارقتة سريعا بحيث تدل القرائن على عدم إرادته، ففى المسالك أشكال انصراف الإطلاع إليه، و قد تقدم الكلام على نظيره فى السلم، إلا أنهم لم يذكروا هنا خلافا، و فيه: أن ذلك ليس محل شك، و لا يحتمل إرادتهم، إذ الفرض حضور القرائن الداله على عدم إرادته.

نعم قد يشك فيما إذا لم تكن قرينه، حتى إذا كان بلد العاقد و قد تقدم الكلام سابقا على نحو ذلك فى كتاب السلم و غيره و على كل حال فلا إشكال و لا خلاف فى أنه إن عين موضعا لزمه لقاعده المؤمنون و غيرها و حينئذ ف- لو دفعه فى غيره لم يبرء إذا لم يتسلمه المكفول له برضى منه، لعدم كونه تسليما تاما و قيل و القائل الشيخ و القاضى كما عرفت إذا لم يكن فى نقله كلفه و لا- فى تسلمه ضرر، و جب تسلمه و فيه تردد بل منع إلا- على ما سمعته فى الأجل فيما إذا فرض كون مصلحه الشرط للكفيل، و قد أسقطها.

### [المسألة الرابعة لو اتفقا على الكفالة و قال الكفيل لا حق لك عليه كان القول قول المكفول له ]

المسألة الرابعة: لو اتفقا أى الكفيل و المكفول له على وقوع الكفالة و لكن قال الكفيل: لا حق لك الآن عليه لأداء أو إبراء أو غيرهما، كان القول قول المكفول له يمينه، لأصالة بقاء الحق، و كذا لو قال له:

لا حق لك حال الكفالة كان القول أيضا قول المكفول له بلا خلاف أجده فيه لأن الاعتراف من الكفيل بوقوع الكفالة تستدعى ثبوت حق فيكون هو مدعى الفساد، و المكفول له مدعى الصحة، و لا ريب فى أن القول قول مدعى الصحة لأصالتها بل عن مجمع البرهان أن القول قوله بلا يمين، و إن كان هو خلاف ما صرح به غيره من دون خلاف، بل خلاف

قوله (١) «البينه على المدعى، و اليمين على من أنكر»

و على هذا فإذا حلف المكفول له و تعذر على الكفيل إحضار الغريم فهل يجب عليه أداء المال من غير بينه؟ احتمله فى المسالك و محكى التذكرة، و لكنه واضح الفساد، ضروره أعميه ثبوت صحه الكفاله من ثبوت الحق على المكفول.

نعم لو أقام المدعى البينه بالحق كان له إغرام الكفيل على الوجه الذى تقدم سابقا، لكن لا يرجع به هنا على المكفول، لاعترافه بعدم كونه كفيلا- شرعا عنه، و أنه مظلوم، و لكن إذا لم يعلم فساد دعوى المكفول له أمكن الرجوع بما أغرمه على ما فى ذمه المكفول مقاصه، لأنه قد صار عوضا عما أداه، أما لو علم فسادها فلا رجوع له عليه قطعا، كما هو واضح.

### [المسألة الخامسة إذا تكفل رجلان برجل فسلمه أحدهما لم يبرء الآخر]

المسألة الخامسة: إذا تكفل رجلان مثلا- دفعه أو مرتبا برجل فسلمه أحدهما لم يبرء الآخر (١١) عند الشيخ، و ابن حمزه، و القاضى فيما حكى عنهم، فإذا هرب منه حينئذ كان له الرجوع على الثانى، للأصل، و كون الكفيلين كالرهنين اللذين إذا فك أحدهما لم يفك الآخر و (١٢) لكن لو قيل: بالبراءه لكان حسنا (١٣) بل فى القواعد و غيرها من كتب الجماعه أنه الأقرب، لأن المقصود تسلمه و قد حصل، حتى

لو سلم نفسه أو سلمه أجنبى برأ، لحصول الغرض، و الظاهر أن محل البحث



فى التسليم عن نفسه، أما لو قصد التسليم عن صاحبه فلا إشكال فى براهه صاحبه، و إن بقى هو عند الشيخ.

و على كل حال فما ذكره المصنف و الجماعه جيد، إن كان المراد من كفالتهما الإحضار الواحد و لو على وجه يكونان معا كفيلا، فإنه لا- إشكال فى براهه كل منهما بأدائهما معا دفعه، و بأداء كل واحد منهما، أما إذا كان المراد من كفاله كل واحد منهما الاستقلال على وجه لو أسقط المكفول له حق الكفاله من أحدهما بإقاله و نحوها لم يسقط عن الآخر. فلا يخلو كلام الشيخ من قوه حينئذ، إلا إذا قصد تسليمه عن صاحبه، فإنه يبرأ صاحبه، و لكن هو لا يبرأ كما عرفته سابقا، و الظاهر تعدد الحق بتعدد الكفيل إذا لم تكن قرينه على إرادته الأول، و دعوى اتحاد حق الإحضار لا يقتضى عدم تعدد استحقاقه من وجوه عديده و لو تكفل لرجلين برجل ثم سلمه إلى أحدها لم يبرأ من الآخر بلا خلاف و لا إشكال، بل قيل: إنه كذلك عند العامه فضلا عن الخاصه.

### [المسأله السادسة إذا مات المكفول برأ الكفيل]

#### اشاره

المسأله السادسة: إذا مات المكفول برأ الكفيل على المشهور كما عن التنقيح بل فى الرياض نفى الخلاف فيه، بل فى محكى التذكره بطلت الكفاله، و لم يلزم الكفيل شىء عند علمائنا، بل عن الغنيه الإجماع عليه، قيل: لأنه تكفل ببدنه على أن يحضره، و قد فات بالموت، و لأنه قد سقط الحضور عن المكفول فيبرأ الكفيل و فيهما ما لا يخفى.

نعم قد يقال: ان المتبادر إنما هو الإحضار حال الحياه و إن ذلك هو المتعارف بين الناس، فيحمل الإطلاق عليه، أو لمعالميه كون المراد من الكفاله الإحضار مقدمه لتحصيل الحق المعلوم انتفاؤه بالموت، بل قد يدعى بناء شرعيتها فى مثل ذلك على ذلك، بحيث لو صرح بخلافه لم تصح، و من ذلك يحتمل إلحاق غير الموت به، إذا كان بحيث يخرج عن قابليه تحصيل الحق منه بجنون و نحوه هذا.

و لكن فى المسالك «يمكن الفرق بين أن يكون قد قال: فى عقد الكفاله كفلت لكن حضور بدنه، أو حضور نفسه أو حضوره فيجب فى الأول إحضاره ميتا إن طلبه

منه، وإلا- فلا و بينى الثانى على أن الإنسان ما هو فإن كان الهيكل المحسوس فكذلك، وإلا فلا» و فيه ما لا يخفى بعد ما عرفت من بناء شرعيه الكفاله فى تحصيل الحق على ذلك، فلا مدخله للعباره حينئذ.

نعم لو كان المراد منها الشهاده على عينه و صورته، اتجه حينئذ صحتها و الإلزام بإحضاره ميتا، بناء على صحة الكفاله فى ذلك كما سمعته سابقا من الفاضل فى القواعد، و لعله لذا قيد الحكم المزبور هنا فى القواعد بغير الشهاده على عينه، بل فى المسالك تبعا للمحقق الثانى عدم الفرق فى ذلك بين كونه قد دفن أو لا- لأن ذلك مستثنى من حرمة نبشه، سواء قلنا بجوازه للمال و عدمه، و لو فرض تغييره على وجه لا يمكن الشهاده عنه لم يجز إحضاره لانتفاء الغرض حينئذ.

و بذلك يظهر لك النظر فيما فى القواعد من خروج الكفيل على إحضاره للشهاده على عينه عن العهد، بالدفن إن حرما النبش لأخذ المال، ضروره عدم تفریع ذلك عليه، فان الشهاده على عينه من مستثنيات النبش، سواء قلنا بجوازه لأخذ المال و عدمه، و قد تقدم فى كتاب الجنائز البحث عن هذه المسائل، و لو أنه بناه على جواز نبشه للشهاده على عينه كان أولى، كما أنه لا يخفى عليك النظر فى أصل صحة الكفاله فى ذلك، للشك فى تناول أدلتها لمثله، و لو كان موته بعد مباطله الكفيل بإحضاره، فقد يظهر من إطلاقهم اتحاده فى الحكم، لكن لا- يخلو من نظر، بل لولا- الإجماع المزبور لم يخل أصل الحكم من نظر، بناء على اقتضاء الكفاله التخيير بين الإحضار و المال، فإنه إذا تعذر الأول يبقى الآخر فتأمل جيدا، هذا كله فى موت المكفول.

أما موت الكفيل فلا إشكال فى بطلان الكفاله حينئذ بخلاف موت المكفول له.

فإن الحق ينتقل إلى وارثه، لعموم أدله الإرث، بعد أصاله بقاء الحق، بل قد ذكرنا سابقا فى الحواله احتمال انتقال حق الكفاله بانتقال الدين ببيع أو حواله و نحوهما، و إن صرح الفاضل فى القواعد و بعض شراح كلامه بعدم انتقاله كما ذكرنا ذلك سابقا.

و كذا يبرء الكفيل لو جاء المكفول و سلم نفسه للمكفول له عن

الكفيل تسليمًا تامًا أو سلمه أجنبي عنه كذلك، وقبل المكفول له لذلك، لحصول الغرض، وعدم الدليل على اعتبار كون ذلك من الكفيل، إذ ليس هذا الحق أعظم من الدين، بل لا يبعد وجوب القبول لنحو ما سمعته منا في دفع الدين مع المتبرع كما عن الأردبيلي التصريح به هنا.

بل لعله ظاهر المتن وغيره عدا الفاضل في محكى التذكرة، وبعض من تبعه فإنه صرح بعدم وجوب القبول عليه، إلا أن يكون عن إذن الكفيل، لعدم وجوب قبض الحق إلا- ممن عليه، وفيه نظر و لو سلم نفسه أو الأجنبي لا- عن الكفيل ففي موضع من محكى التذكرة عدم البراءة، و عن موضع آخر منها إطلاق البراءة، واستجوده في المسالك و لكن لا- يخلو من إشكال كما عرفته سابقا في كفاله الاثنتين.

### [ فرع لو قال الكفيل أبرأت المكفول فأنكر المكفول له كان القول قوله ]

فرع: لو قال الكفيل: أبرأت المكفول، فأنكر المكفول له كان القول قوله مع يمينه لأصاله بقاء الحق بعد اعترافه بثبوت سابقا، كما هو مقتضى دعوى الإبراء فلو رد اليمين على الكفيل، فحلف براء من حق الكفاله لكن لم يبرأ المكفول من المال يمين غيره، فالدعوى بينه وبين المكفول مستقلة، فله اليمين على المكفول له لو ادعى عليه الإبراء، و لا يكتفى باليمين التي حلفها للكفيل، كما أن له رد اليمين على المكفول، فإذا حلف براء حينئذ.

نعم لو فرض سبق دعوى الإبراء من المكفول فحلف اليمين المردوده براء هو و كفيله، و إن كان قد حلف المستحق أولا للكفيل على عدم الإبراء لسقوط الحق بيمين المكفول فتسقط الكفاله، كما لو أدى الحق و عدم بناء أحد منهم الحكم فى شىء من ذلك هنا، على كون اليمين المردوده كاليينه أو الإقرار يقتضى كونها أصلا برأسه.

### [ المسألة السابعة لو كفل الكفيل آخر و ترامت الكفلاء جاز الكفالات و صح ]

المسألة السابعة: لو كفل الكفيل آخر و ترامت الكفلاء، جاز الكفالات و صح بلا خلاف و لا إشكال، لوجود مقتضى الكفاله، و لو أقال المستحق الكفيل الأول برؤا أجمع، و كذا لو أحضر الأول منهم المكفول لأنهم فروعهم، و لو أقال أحدهم براء هو و من بعده دون من قبله، كما أنه لو مات يبرء من كان فرعا له، و لو مات الأول برؤا أجمع، و ليس للمكفول له مطالبه ورثه الكفيل الأول، و إن احتمل، لكنه فى غير

محلّه، و لو مات المكفول برؤا أجمع أيضا و لا- يتوهم من صحه تراميها صحه دورها كما فى الضمان و الحواله، لأن حضور المكفول الأول يوجب براءه من كفه، و إن تعذر فلا معنى لمطالبته بإحضار من كفه كما هو واضح.

### [المسأله الثامنه لا تصح كفاله المكاتب ]

المسأله الثامنه: لا- تصح كفاله المكاتب المشروط عند الشيخ بناء على أصله المتكرر من عدم لزوم مال الكتابه عليه، لجواز تعجيزه نفسه، و فيه ما عرفت من منع ذلك أولا. و من عدم اقتضائه الفساد ثانيا، و لذا قال المصنف على تردد بل فى المسالك «و نزيد هنا أنه إما عبد أو مديون و كلاهما مجوز للكفاله، و موجب للإحضار» و هو مبنى على ما سمعته سابقا من الفاضل من جواز كفاله العبد. إلا أنك قد عرفت تقييده له بالآبق، بل ظاهر المحكى عن غيره اعتبار اعتياد الإباق و قد عرفت النظر فى أصل صحه الكفاله فى ذلك، و إن كان لا- يخلو من وجه باعتبار كونه مكلفا مستحقا عليه الحضور، بخلاف الدابه و نحوها من الأموال.

### [المسأله التاسعه لو كفل برأسه أو بدنه أو بوجهه صح ]

المسأله التاسعه: لو كفل برأسه أو بدنه أو بوجهه أو نحو ذلك صح لأنه قد يعبر بذلك عن الجمله عرفا بلا خلاف أجده إلا من ثانى الشهيدين تبعا لمحتمل المحقق الثانى، قال: «لأن العضوين المذكورين و إن كانا قد يطلقان على الجمله، إلا أن إطلاقهما على أنفسهما خاصه شائع متعارف إن لم يكن أشهر، و حمل اللفظ المحتمل لمعنيين على الوجه المصحح مع الشك فى حصول الشرط، و أصاله البراءه من لوازم العقد غير واضح، نعم لو صرح بإرادته الجمله من الجزئين اتجهت الصحه كما أنه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجمله قطعا، بل كالجزء الذى لا يمكن الحياه بدونه، و بالجمله فالكلام عند الإطلاق و عدم قرينه تدل على أحدهما فعند ذلك لا يصح التعليل بأنه قد يعبر بذلك عن الجمله».

و فيه أن المراد من التعليل المزبور بيان صحه الإطلاق المزبور المراد منه ذلك قطعا فى عقد الكفاله، و لو باعتبار تعارف التعبير به مريدا به الجمله فيها، أو بيان الاكتفاء فى الحمل على الوجه الصحيح، لأصاله الصحه و غيرها بقابليه اللفظ لذلك بخلاف ما إذا لم يكن قابلا، و على هذا أو الأول يحمل كلام الأصحاب.

نعم الحق بهما الفاضل فى محكى التحرير و التذكرة الكبد و القلب و نحوهما من الأعضاء التى لا يمكن الحياه بدونها و الجزء المشاع كالثلث و الربع و غيرهما، و نظره فى القواعد من عدم السريران كالبيع، و من عدم إمكان إحضار الجزء إلا بالجمله فيسرى، و فى جامع المقاصد «لقائل أن يقول: إن إحضاره و إن كان غير ممكن بدون إحضار الجميع لا يقتضى الصحه، لأن الإحضار فرع الكفاله، و المطلوب إنما هو صحه الكفاله، و إحضار ذلك العضو، و حيث أن صحتها إنما تكون بكفاله المجموع لم تصح هنا، إذا المتكفل به ليس هو المجموع، و لا ما يستلزمه، و إن كان حكم الكفاله و هو إحضار ذلك العضو غير ممكن إلا- بإحضار المجموع، و العقود أسباب متلقاه من الشارع فلا- بد فى صحتها من النص، مع أن التعبير بذلك عن الجمله غير متعارف» و تبعه على ذلك فى المسالك، بل قال: «و حينئذ فعدم الصحه أوضح».

و فيه أن المراد بالاكْتفاء فى موضوع الكفاله الذى هو المجموع ملاحظته و لو بعنوان المقدمه لما هو المذكور فى عقدها، و لا يبعد الاكْتفاء به، لإطلاق الأدله بل لو كان المقصود من ذلك إرادته الجمله صح، و إن لم يتعارف التعبير به عنها، لعدم اشتراط نحو ذلك فى متعلق العقد، بل يكفى فيه إرادته من اللفظ بالعرييه، و إن لم يجر على قانون اللغه، و لكن مقتضى ذلك أنه لا يتم قول المصنف و لو تكفل بيده أو رجله و اقتصر، لم يصح، إذ لا يمكن إحضار ما شرط مجردا و لا يسرى إلى الجمله بل هو المحكى عن المبسوط و من تأخر عن المصنف.

نعم فى القواعد وجهان و فى المسالك لا يبعد القول بالصحه ممن يقول بها فيما سبق، اللهم إلا أن يقال: إن الوجه فى ذلك عدم معلوميه ملاحظه الجمله، و لو بعنوان المقدمه ضروره إمكان انفصالهما مع بقاء الحياه، فلا يتيقن إرادته موضوع الكفاله، لعدم القرينه بخلاف الأول الذى لا- يمكن التعيش بدونيه، إذ احتمال الإتيان بهما بعد موته مناف لأصل موضوع الكفاله المفروض ملاحظتهما إياه، فلو فرض حصول قرينه فى محل البحث على ملاحظه الإتيان بالجمله مقدمه لذلك، أمكن الإكْتفاء فيها بذلك لنحو ما عرفت، أو يقال: إن الوجه فى فرق الأصحاب بينه و بين الأول هو صحه التعبير

بالأول عن الجملة، فيكفى أصل الصحة حينئذ في الحكم بإرادتها منه، بعد فرض عدم صحة التعبير لها عن الجملة بل لا بد من التصريح بذلك، أو بقرينه أخرى، فيكفى حينئذ، وإن كان غلطا لما عرفت والله العالم والمؤيد والموفق والمسدد. وقد تم و الحمد لله رب العالمين أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

كتاب الصلح الذى قد دل على شرعيته بالخصوص، الكتاب و السنه و الإجماع من المسلمين قال الله تعالى (١) «وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ» و قوله (٢) «فَاتَّقُوا اللَّهَ وَ أَصْلِحُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ» و قوله (٣) «إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا» و قوله (٤) «إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ» و قوله (٥) «فَإِنْ فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ» و قوله (٦) «أَوْ إِصْلَاحِ بَيْنِ النَّاسِ» و إن كان فى دلاله ما عدا الأول على الصلح العقدى الذى عند الأصحاب تأمل، بل قيل:

و الأول، و

فى النبوى المروى فى طرق العامه و مرسلا فى الفقيه (٧) «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا».

و فى خبر حفص بن البختري (٨) عن أبى عبد الله عليه السلام «الصلح جائز بين المسلمين».

و فى آخر عنه (٩) عليه السلام أيضا «فى الرجل يكون عليه الشىء فى صلح فقال: إذا كان بطييه نفس من صاحبه فلا بأس».

١- ١ سورة النساء الآيه- ١٢٨.

٢- ٢ سورة الأنفال الآيه- ٨.

٣- ٣ سورة النساء الآيه- ٣٥.

٤- ٤ سورة الحجرات الآيه- ٤٩.

٥- ٥ سورة الحجرات الآيه- ٤٩.

٦- ٦ سورة النساء الآيه- ١٤.

٧- ٧ الوسائل الباب ٣- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ٢.

٨- ٨ الوسائل الباب ٣- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ١.

٩- ٩ الوسائل الباب ٥- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ٣.

و في ثالث(١)

عنه عليه السلام أيضا «سألناه عن الرجل يكون عنده مال لأيتام فلا يعطيهم حتى يهلكوا، فيأتيه وارثهم و وكيلهم فيصلحه على أن يأخذ بعضا و يدع بعضا و يبرأه مما كان عليه أ يبرأ منه؟ قال: نعم»

إلى غير ذلك من النصوص الداله على كونه عقدا مستقلا بنفسه، لا يتوقف على سبق خصومه، مثل البيع و غيره من العقود.

و إن كان هو في الأصل عقد شرع لقطع التجاذب و التنازع بين المتخاصمين إلا أن ذلك فيه من الحكم التي لا يجب اطرادها مثل المشقه في حكمه القصر، و نقصان قيمه في الرد بالعيب، و استبراء الرحم للعد، و غيرها من الحكم التي لا تقتضى تخصيصا أو تقييدا لعموم الدليل أو إطلاقه المقتضى ثبوت الحكم في غير

محلها، فضلا عن خصوص الأدله من السنه المستفيضة أو المتواتره و الإجماع بقسميه، كما هو واضح.

و إن أظن فيه في المسالك و غيرها، حتى أن بعضهم التجأ إلى دعوى أنه و إن كان شرع في قطع الخصومه، إلا أنه لا دليل على اشتراطها فيه، بل الأصل عدم ذلك. و آخر إلى غير ذلك مما لا حاجة إليه بعد ما عرفت و لا إلى ما قيل:- من أنه ربما يشعر لفظ الصلح بتحقق منازعه، لكن لا يتعين كونها سابقه، بل يصح إطلاقه بالإضافه إلى دفع منازعه متوقعه محتمله، و إن لم تكن سابقه، كما يفصح عنه آيه النشوز(٢)فاشترط السبق في مفهومه غفله واضح.

نعم لا- تساعد الأخبار المتقدمه على الدلاله على المشروعيه حيث لا منازعه سابقه و لا متوقعه و لكن يمكن الذب عنه بعدم القائل بالفرق بين الأمه فكل من قال:

بالمشروعيه لدفع منازعه و إن لم تكن سابقه كما دل عليها إطلاق الاخبار المذكوره قال بها في الصوره المزبوره التي لم تكن فيها منازعه سابقه و لا متوقعه،- إذ فيه أن المراد بلفظ الصلح الواقع في إيجاب العقد إنشاء الرضا بما توافقا و اصطلاحا و تسالما عليه فيما بينهما، لا أن المراد به خصوص الصلح المتعقب للخصومه مثلا كما هو واضح.

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ١.

٢- ٢ سورة النساء الآية ١٢٨.



و على كل حال ف ليس هو عندنا فرعا على غيره من العقود و ان أفاد فائدته بل فى التذكرة و عن السرائر الإجماع عليه، و هو الحجة، مضافا إلى ظهور الأدلة السابقة أو صريحها فى عدم فرعيته بل بعض موارد المصرح بها فى بعض النصوص لا يصلح لأن يكون موضوعا لغيره، على أن إفاده عقد مفاد آخر لا يقتضى الاتحاد معه على وجه تلحقه أحكامه، و إلا لاقتضى اتحاد الهبة مثلا- بعوض معلوم مع البيع، و هو واضح البطلان، فإن الأحكام الشرعية تتبع عناوينها، فكل حكم ثبت لموضوع خاص منها لا يثبت لغيره من تلك الحثية.

نعم لا- بأس بثبوته من دليل آخر، فما عن الشيخ- تاره أنه بيع مطلق، و أخرى ما عن الشافعى، من أنه فرع له إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم، و للإجاره إذا وقع على منفعه معلومه بعوض معلوم، و للعاريه إذا تضمن التسلط على منفعه بغير عوض، و للهبة إذا تضمن ملك العين بغير عوض، و للإبراء إذا تضمن إسقاط دين- لا وجه له ضروره فرض عدم القصد به شيئا منها، و إلا كان باطلا- لعدم وقوع البيع و الهبة مثلا- بلفظ الصلح، و لا- دليل على ثبوت أحكامها له إذا أفاد فائدتهما، على أنه لا يتم فيما ثبت بالنصوص من موضوع الصلح الذى لا يندرج فى شىء من المذكورات كما لا يخفى على من لاحظها، بل الاتفاق فتوى و روايه هنا على عدم اشتراط المعلوميه فى المصالح عليه فى الجملة، بخلاف البيع.

و كيف كان فلا- خلاف بيننا فى أنه يصح مع الإقرار و الإنكار بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى العمومات. نعم المراد من الصحه- مع الإنكار- الظاهريه بمعنى أنه يجرى عليه حكم الصحه ظاهرا لا فى نفس الأمر، فإن المدعى- دينا أو عينا أو منفعه مثلا- و أنكره المدعى عليه- إن كان محقا لم يصح للمنكر ما بقى له من مال المدعى،- سواء كان من الجنس أو لا، و سواء عرف المالك قدر الحق أولا، و سواء ابتداء هو بطلب الصلح عن حقه أم لا، لأنه ربما كان توصلا إلى أخذ بعض حقه، بل لو فرض أنه صالحه عن العين مثلا بمال فهى بأجمعها حرام، و لا يستثنى له منها مقدار ما دفع إليه من العوض، لفساد المعاوضه فى نفس الأمر، إلا أن يفرض

رضا المدعى باطنا بالصلح عن جميع ماله فى الواقع بذلك- و إن كان مبطلا لم يحل له ما دفعه إليه المنكر، رفعا لدعواه الكاذبه و للضرر عن نفسه و نحو ذلك مما لا- يتحقق معه التراضى المبيح لأكل مال الغير إلا مع فرض الرضا المزبور، و إنما الحكم بالصحة بحسب ظاهر الشرع، لاشتباه المحق من المبطل،

قال على بن أبى حمزه(١)«قلت لأبى الحسن عليه السلام: رجل يهودى أو نصرانى كان له عندى أربعة آلاف درهم، فهلك، أ يجوز لى أن أصالح ورثته و لا أعلمهم كم كان؟ فقال: لا يجوز حتى تخبرهم»

و فى صحيح عمر بن يزيد(٢)عن أبى عبد الله عليه السلام «إذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات، ثم صالح ورثته على شىء، فالذى أخذه الورثة لهم، و ما بقى فهو للميت يستوفيه منه فى الآخرة، فإن لم يصالحهم على شىء حتى مات و لم يقض عنه فهو كله للميت يأخذه به».

نعم فى المسالك «لو كانت الدعوى مستنده إلى قرينه تجوزها، كما لو وجد المدعى بخط مورثه أن له حقا على أحد أو يشهد له من لا- يثبت بشهادته الحق، و لم يكن المدعى عالما بالحال، و توجهت له اليمين على المنكر فصالحه على إسقاطها بمال أو على قطع المنازعه فالمتجه صحة الصلح فى نفس الأمر، لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطها، و مثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة، حيث يتوجه اليمين على المنكر و لا يمكن ردها».

لكن فى جامع المقاصد فى مفروض المسألة «ليس بعيدا من الصواب صحته ظاهرا و ما فى نفس الأمر تابع لصحة الدعوى و عدمها، و يحتمل الصحة مطلقا، لأن اليمين حق فيصح الصلح لاسقاطها».

قلت: قد يناقش فى الصحة ظاهرا فى الأول بأنها غير متصوره بعد القطع بكون أحدهما مبطلا سواء كان المدعى أو المنكر، و الفرض كفايته فى الفساد فى نفس الأمر فكيف يجامع الحكم بالصحة فى ظاهر الشرع، اللهم الا أن يدعى أن مبنى شرعيه

١-١ الوسائل الباب-٥- من أبواب أحكام الصلح الحديث ٢-٤ مع اختلاف يسير.

٢-٢ الوسائل الباب-٥- من أبواب أحكام الصلح الحديث-٢-٤- مع اختلاف يسير.

الصلح على ذلك، فيحكم حينئذ بالصحة عليه ظاهرا ما دام الواقع مشتبهها، و لم يعلم المبطل منهما بعينه، فيجب على المصالح دفع ما وقع عليه الصلح من العوض، كما أنه لا يجوز للمصالح بالكسر الدعوى بما وقع الصلح عنه، و إن كان هذا الصلح لا يبيح للمبطل منهما الشيء في نفس الأمر، و لذا لو انكشف الحال بعد الصلح بإقرار عمل عليه، حكم بفساد الصلح في الظاهر أيضا، و هل البينه كالإقرار في ذلك وجهان هذا و قد تقدم في التحالف في كتاب البيع ما يستفاد منه ان القطع بالواقع في الجملة لا ينافي إجراء الحكم في الظاهر تبعا لمؤثرته، و كذا قد يناقش في الصحة في نفس الأمر في الثاني بأن المتجه عليه حليه ذلك له، حتى لو انكشف الحال بعد ذلك، و لا أظن القائل يلتزمه، و لعله لذا جعل الصحة في الواقع في جامع المقاصد تابعه لصحة الدعوى في نفس الأمر و عدمها، و كون اليمين حقا يصح الصلح على إسقاطه، لا ينافي اعتبار المراعاة فيه بما إذا لم ينكشف الواقع، و إلا جرى الحكم على ما في الواقع.

نعم ما دام الواقع مشتبهها في نفسه يحكم بملكيتها العوض مثلا- و يحل التصرف فيه و نحو ذلك، و يمكن تنزيل مراد القائل بالصحة في نفس الأمر على ذلك، لا أن المراد الصحة فيه مطلقا حتى لو بان الأمر بعد ذلك.

اللهم إلا أن يدعى ان ظهور الأمر بعد ذلك لا ينافي ثبوت الحق وقت الصلح الذي قد وقع على إسقاطه، و هو كاف في الصحة في نفس الأمر و ان انكشف الحال بعد ذلك.

و لكنه كما ترى، على أنه لا يتم فيما لو فرض انكشف الحال بصحة دعوى المدعى، فإن المال حينئذ في يد المنكر باق على ملك المدعى الذي قد صولح على إسقاط ماله من حق اليمين، و لم يحصل منه ما يقتضى انتقال المال إلى المنكر، لأن الفرض عدم حصول الرضا منه بالمعاوضة عليه، و بالجملة يمكن أن يقال: إن الصلح في قطع الدعوى كاليمين من المنكر الذي قد يدعى أنها من أقسام المعاوضة شرعا أيضا و قد ذكروا أيضا فيه أنه ليس له المقاصه باطنا، و إن كان هو لا يبيح المال في الواقع.

نعم لو أقر بعد ذلك أخذ بإقراره خاصة، و في البينه خلاف، لصحة عدم

الالتفات إليها، فيمكن جعل الصلح القاطع للنزاع مثله في ذلك كله، ضروره كون المنشأ في ذلك كله إسقاط الدعوى و استيفاء المدعى عوضها اليمين، و نحو ذلك مما يأتى مثله في الصلح فتأمل جيدا فإنه لا يخلو من نظر، كما أنه لا يخلو عليه المال بمجرد كتابه المورث مثلا منه أيضا.

نعم قد يقال: بحليه ما دفع المتخلص من يمين التهمه باعتبار إيماء مشروعيه اليمين لها بذلك، و لو قلنا بمثله في كتابه المورث أمكن حليته لذلك.

و كيف كان فقد ظهر لك أن الصلح بين المسلمين جائز مع الإقرار و الإنكار إلا ما أى صلحا أحل حراما كاسترقاق الحر و استباحه بضع المحرمات و شرب الخمر، و اللواط أو حرم حراما بأن لا يظأ حليته، أو لا ينتفع بماله، أو نحو ذلك مما علم عدم جواز الصلح على اجتنابه، و حينئذ فالاستثناء متصل، ضروره كون الصلح على مثل ذلك باطلا ظاهرا و باطنا، و ربما فسر أيضا بصلح المنكر على بعض المدعى به أو منفعتة أو بدله مع كون أحدهما عالما ببطلان الدعوى كما سبق تحريره، لكن الاستثناء حينئذ منقطع، لما عرفت من الحكم بصحته ظاهرا، و إنما هو فاسد في نفس الأمر، و الحكم بالصحه و البطلان إنما يطلق على ما هو الظاهر.

نعم بناء على ما عن الشافعى من عدم الصحه مع الإنكار يكون الاستثناء متصلا و ربما كان ذلك هو الدليل له، فإنه حينئذ محلل للحرام بالنسبه إلى الكاذب، و محرم للحلال بالنسبه إلى المحق، الا أن فيه ما عرفت، مضافا إلى عدم ظهور الخبر المزبور فيه، بل يمكن أن يكون مراد الشافعى البطلان في نفس الأمر أيضا خاصه لا مطلقا و حينئذ يرتفع النزاع بيننا و بينه كما أنه يمكن دعوى الاتصال على ذلك أيضا، بناء على اراده البطلان في نفس الأمر من عدم الجواز في الخبر المزبور، كما أنه يمكن إرادته جعل الصلح شارعا من الاستثناء، بمعنى أن الصلح الباطل هو الذى يكون مضمونه تحليل ما حرم الله و بالعكس، على وجه يكون به الحل و الحرام، إلى غير ذلك من الوجوه المحتمله فيه، و الله العالم.

و كذا يصح الصلح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعه فيه، و مع

جهالتها به بلا خلاف فيه في الجملة، بل في المسالك وغيرها الإجماع عليه، لإطلاق الأدلة وخصوص

الصحيح (١) عن الباقر و الصادق عليهما السلام «أنهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه، لا يدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك، و لي ما عندي، فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت به أنفسهما»

، و نحوهما الموثق (٢) و المناقشه - باحتمال كون مضمونها الإبراء، لا الصلح - يدفعها فهم الأصحاب ذلك منها، و ظهور إرادته المعاوضه فيها، و ليست حينئذ إلا الصلح، فلا إشكال حينئذ في الدلاله على المطلوب، على أن الحاجه ماسه إلى تحصيل البراءه مع الجهل، و لا وجه إلا الصلح.

نعم لو كان أحدهما عالما به دون الآخر لم يصح الصلح في نفس الأمر بل لا بد من الإعلام بالقدر إن كان الجاهل المستحق، كما سمعته في خبر أبي حمزه، (٣) أو كان المصالح به قدر

حقه مع فرض عدم تعيينه، و مع ذلك فالعبره بوصول الحق لا بالصلح.

نعم لو فرض الرضا الباطنى على كل حال صح كما عرفته فيما تقدم، و إن كان العالم، المستحق، لم يصح الصلح بزياده عن الحق بل بقدره فما دون عكس الأول إلا مع فرض الرضا المزبور الذى يمكن استفادته حكمه - مضافا إلى (٤)

عموم «تسلط الناس على أموالهم»

من

الصحيح (٥) عن الصادق عليه السلام «في الرجل يكون عليه الشئ فيصالح؟ فقال: إذا كان بطيبه نفس من صاحبه فلا بأس»

و غيره بناء على إرادته الصلح بالأنقص كما هو الغالب، مع عدم اعلامه بالحال، و الحكم في ذلك كله واضح، بل الظاهر عدم اعتبار المنازعه في ذلك، إذ الحكم المزبور يأتى في مطلق التصالح و إن لم تكن منازعه مع علمهما و جهلها كوارث تعذر علمه بمقدار حصته، و شريك امتزج ماله بمال الآخر بحيث لا- يتميز و لا- يعلمان قدر ما لكل منهما و نحو ذلك، بل في المسالك

١- ١ الوسائل الباب- ٥- من أبواب أحكام الصلح الحديث ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥- من أبواب أحكام الصلح الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥- من أبواب أحكام الصلح الحديث ٢.

٤- ٤ البحار ج ٢ ص ٢٧٢ من الطبعة الحديثه.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٥- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ٣.

«و لو كان جهلهما بالقدر لتعذر المكيال و الميزان و مست الحاجة إلى نقل الملك فالأقرب الجواز و هو خيره الدروس».

قلت: بل فى التذكرة: لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرا و لا جنسا بل يصح الصلح سواء علما قدر ما تنازعا عليه و جنسه أو جهلاه دينا كان أو عينا و سواء كان إرثا أو غيره عند علمائنا أجمع» إطلاقه- كما فى المتن و غيره، بل و النصوص كما اعترف به فى الرياض- يقتضى عدم الفرق فى الصحة بين كون المصالح عنه مما يتعذر معرفتهما له مطلقا أو لا، أمكن معرفته فى الحال أم لا- لعدم مكيال أو ميزان و نحوهما من أسباب المعرفة بل لا خلاف فى الأولى على ما قيل، لاتفاق الأدلة نصا و فتوى عليها، مضافا إلى أن إبراء الذمه أمر مطلوب، و الحاجة إليه ماسه، و لا طريق إليه إلا الصلح، فلا إشكال فيها، و كذا فى الثالثة عند جماعه كالشهيدين و الفاضل المقداد لتعذر العلم به فى الحال مع اقتضاء الضرورة و مساس الحاجة لوقوعه، و الضرر بتأخيره و انحصار الطريق فى نقله فيه مع تناول الأدلة السابقة له، و من هذا القبيل أيضا الصلح على نصيب من ميراث أو عين يتعذر العلم بقدره فى الحال، مع إمكان الرجوع فى وقت آخر إلى عالم به، مع مسيس الحاجة إلى نقله فى الحال.

نعم و الرياض يشكل فى الثانية من عموم الأدلة بالجواز المعتضده بإطلاقات عبارات كثير من الأصحاب، و من حصول الجهل و الغرر فيها الموجبين للضرر بالزيادة و النقيصه مع إمكان التحرز عنهما، و لذا قيد فى المسالك و غيرها الصلح بما إذا تعذر تحصيل العلم بالحق و المعرفة بالكليه، ثم قال: و هو حسن، إما لترجيح عموم أدله النهى عن الغرر أو لتعارضهما مع عموم جواز أدله الصلح مع عدم مرجح للثانية، فلا بد من المصير حينئذ إلى حكم الأصل، و هو الفساد و عدم الصلح، مضافا إلى إمكان ترجيح أدله النهى عن الغرر باعتضادها بالاعتبار، و رجحانها عند الأصحاب على أدله الصلح فى كثير من المعاملات المختلفه كالبيع و الإجاره و نحوهما من المعاملات المختلفه.

و فيه أولا: منع العموم فى المعتبر من أدله النهى عن الغرر، فضلا عن ترجيحه أو معارضته لعموم الصلح و الرجوع إلى أصاله الفساد إذ لم نعثر فى المعتبر منها إلا

على النهى عن الغرر(١) في البيع الملحق به الإجاره بالإجماع.

على أن إطلاق النصوص السابقة- و معقد إجماع التذكرة المعتضد بإطلاق المتن و غيره من عبارات الأصحاب كما اعترف هو بذلك كله- كاف في تخصيص أدله الغرر، بل

قوله (٢) في الصحيحين «إذا تراضيا بذلك و طابت أنفسهما»

ظاهر إن لم يكن صريحا في أن المدار في الصحة على ذلك، و لو مع الجهل الذى يمكن زواله، كظهور الحكم بالصحة في صورتين الأوليين في ذلك أيضا عند التأمل، خصوصا الثانية منهما، ضروره عدم صلاحية التعذر في الحال مع مسيس الحاجه إلى النقل الممكن بالهبة المعوضه و نحوها لارتفاع حكم الشرطيه أو المانعيه بعد فرض عدم الدليل بالخصوص، و

الا لاقتضى ذلك في البيع، و هو واضح الفساد، على أن ترجيح أدله الغرر بما سمعت يقتضى كون مدخليته هنا نحو ما في البيع و الإجاره الذى لا فرق في مانعيته فيهما بين التعذر مطلقا و فى الحال و عدمه، و مسيس الحاجه مع عدم رجوعه إلى نفي الحرج فى الدين لا يؤثر أثرا، و دعوى إرادته ذلك منه ممنوعه، و لو سلمت لم تقتض اختصاص الصلح بذلك، بعد الإغضاء عن أصل جريان نفي الحرج فى المقام، فالأقوى حينئذ الصحة مطلقا، إلا الجهاله التى لا تؤل إلى علم، للإيهام، بل الظاهر عدم الفرق فى ذلك بين المصالح به، و المصالح عنه، كما هو مقتضى الصحيحين السابقين و غيرهما من الأدله السابقه، فما عن الشافعى- من عدم جواز الصلح على المجهول مطلقا بل ظاهره المفروغيه من اعتبار العلم بالمصالح به، و لذا احتج به على اعتباره فى المصالح عنه أيضا بالقياس عليه- واضح الفساد، و كذا ما فى الدروس «من أن الأصح اشتراط العلم فى العوضين إذا أمكن، إلى أن قال: و لو تعذر العلم بما صولح عليه جاز كما فى وارث يتعذر علمه بحصته، و كما إذا امتزج مالاهاما بحيث لا يتميز و لا تضر الجهاله، و روايه منصور بن حازم (٣) تدل عليه، و لو كان تعذر العلم لعدم المكيال

١- ١ الوسائل الباب- ٤٠- من أبواب آداب التجاره الحديث- ٣.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٥- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ١- و ذيله.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥- من أبواب أحكام الصلح فى ذيل الحديث- ١.

و الميزان فى الحال و مساس الحاجه إلى الانتقال فالأقرب الجواز» فإنه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، كما أنه لا يخفى عليك اقتضاء ما ذكرناه عدم الفرق فى

الصحة بين العلم فى الجملة بالوصف أو المشاهده و عدمه أصلا، فما عن الأردبيلى من الموافقه على عدم اعتبار ما يعتبر فى البيع من المعلوميه، و لكن يعتبر فيه العلم فى الجملة، إما بالوصف أو المشاهده- محل للنظر أيضا بل المنع، نعم قد يقال:

بالمعنى مع الجهل الذى لا يؤول إلى علم، لإبهامه كما ستعرف إنشاء الله، لعدم صلاحيته للنقل و الانتقال.

و كيف كان ف هو أى عقد الصلح بناء على ما قلناه من كونه أصلا برأسه لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه بلا خلاف، لعموم «أَوْفُوا» (١) و غيره من أدله اللزوم التى سمعتها فى غيره من العقود نعم يجىء ملحوق به على قول الشيخ الجواز فى بعض موارد، كما إذا كان فرع العاربه أو الهبه على بعض الوجوه، بناء على أن مراده لحوقه حكم ما أفاد فائدته، أما على المختار فليس إلا على اللزوم، إلا أن يتفقا على فسحه بالإقاله الشامل دليلها له و لغيره، كما عرفته هناك و الله العالم.

و إذا اصطلح الشريكان عند انتهاء الشركه، و إرادته فسحها أو مطلقا، على ما ستعرف على أن يكون الربح و الخسران على أحدهما، و للآخر رأس ماله صح بلا خلاف فى الجملة فيه، للمعلومات، و خصوص المعتمره منها

الصحيح (٢) عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجلين اشتركا فى مال فربحا فيه ربحا و كان من المال دين و عليهما دين فقال أحدهما

لصاحبه أعطنى رأس المال و لك الربح و عليك التوى، فقال: لا بأس إذا اشترطا، فإذا كان شرطا يخالف كتاب الله عز و جل فهو رد إلى كتاب الله عز و جل»

و نحوه

الآخر (٣) عنه أيضا إلا أنه قال: «كان من المال دين و عين»

و لم يقل و عليهما دين.

و كذا

الثالث (٤) إلا أنه قال: «و كان المال دينا»

و لم يذكر العين و لا «عليهما دين» و

الرابع (٥) إلا أنه قال: «كان المال دينا و عينا».



١-١ سورة المائدة الآيه- ١.

٢-٢ الوسائل الباب-٤- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ١- و ذيله.

٣-٣ الوسائل الباب-٤- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ١- و ذيله.

٤-٤ الوسائل الباب-٤- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ١- و ذيله.

٥-٥ الوسائل الباب-٤- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ١- و ذيله.

قيل: و ليس فى شىء منها كالعباره و ما ضاهاها من عبائر الجماعه عموم الحكم بالصحه لصوره اشتراط ذلك فى عقد الشركه أو بعده، و إن لم يرد القسمه لظهور سياق الروايه فيما قيدنا به العباره من تعقب القول بأن الربح و الخسران لأحدهما و رأس المال للآخر للشركه و حصوله بعدها، و بعد إرادته القسمه ل

قوله «فربحا فيه ربحا»

و «أعطنى رأس المال»

و ليس

فى قوله «إذا اشترطا»

منافاه لذلك، لاحتمال أن يكون المراد منه إذا تراضيا رضا يتعقب اللزوم بوقوعه فى عقد لازم، كعقد صلح و نحوه، و ليس المراد إذا اشترطا فى عقد الشركه كما توهم، لاختصاصه حينئذ بنفى البأس فى صورته و وقوع الشرط فيه، بل دلالتة بمفهوم الشرط على ثبوته مع وقوعه فى غيره ظاهره، و لا قائل بهما فتعين كون المراد ما ذكرنا، و وجه اشتراطه «عليه السلام» ذلك خلو السؤال عن بيان رضا الآخر، و إنما غايته الدلاله على صدور القول من أحدهما، و نحوها العباره فى عدم العموم للصوره المذكوره، لأن اشتراط ذلك فيها لا يسمى صلحا، بل اشتراطا.

قلت: أول من تنبه لذلك الشهيد فى الدروس فقال: «لو اصطلىح الشريكان عند إرادته الفسخ على أن يأخذ أحدهما رأس ماله، و الآخر الباقي، ربح أو توى جاز، للروايه الصحيحه، و لو جعل ذلك فى ابتداء الشركه فالأقرب المنع، لمنافاته موضوعها و الروايه لم تدل عليه» ثم تبعه ثانى المحققين و ثانى الشهيدين، إلا- أن الأخير منهما صرح بأن إطلاق العباره يقتضى التعميم، كما أن المحدث البحرانى صرح بظهور النصوص فى وقوع ذلك فى أثناء الشركه و إن بقيت مستمره، بل جعل ذلك ظاهر إطلاق العبارات.

و التحقيق فى المسأله أن يقال: إنه إن كان المراد مما فى النص و الفتوى كون هذا الصلح جاريا على مقتضى عموم ما دل على مشروعيته، و غير محتاج إلى دليل بالخصوص، و إنما النصوص المخصوصه مؤكده لذلك- كما يومى اليه استدلال الفاضل فى التذكره عليه أولا بالعموم، ضروره صحه الصلح من أحد الشريكين عما يستحقه فى الأعيان المشتركه بالمقدار المساوى لرأس ماله فى ذمه الشريك الآخر، و حينئذ

يخرج المال عن الشركة و يختص بالمصالح، و إنما يكون العوض في ذمته - فلا ريب في صحه ذلك في ابتداء الشركة، أى بعد مزج المالين قبل العمل بهما، و في الأثناء و عند إرادته الفسخ، بل لا فرق في صحته بهذا المعنى بين الشركة و المضاربه.

و ان كان المراد منهما صحه الصلح على أن يكون استحقاق أحدهما في المال رأس ماله تاما و للآخر الباقي، ربح أو خسر و المال باق على الشركة من غير أن يكون ذلك في ذمه المصالح بالفتح، فلو لم يحصل من المال حينئذ إلا دون رأس ماله، لم يكن له رجوع عليه، فإن قلنا إن ذلك أيضا مقتضى العمومات، كان المتجه أيضا الصحه في الصور الثلاثة و إن قلنا إن جواز مثل هذا الصلح محتاج إلى الدليل الخاص و لا تكفى فيه العمومات بل لولاه لكان من الصلح المحلل للحرام، و بالعكس، فالمتجه المنع في غير مورد النصوص المزبوره، إلا- أنه يمكن منع ظهورها في خصوص صورته انتهاء الشركة، و إرادته الفسخ، بل لا بأس بإيقاع الصلح المزبور المفروض إفادته الاستحقاق المزبور مع بقاء المال على الشركة يعمل به، بل لعل عموم (١)

«تسلط الناس على أموالهم»

يقتضيه، و منه ينقذ الجواز في ابتداء الشركة أى بعد مزج المالين، ثم إيقاع صيغته الصلح على النحو المزبور، فيعمل بالمال على هذا الوجه الذى مرجعه إلى الكلى المضمون في المال، و أنه لا يستحق سواه، سواء بقى المال و زادت قيم أعيانه أو لا، و سواء عمل به باذن من الآخر أو لا.

و دعوى- أن الثابت صحته من النصوص الصلح عما سبق من الربح و الخسران لا ما يتجدد- يدفعها منع ذلك أو لا و وضوح عدم الفرق ثانيا، ضروره أنه بالصلح صارت شركة على هذا الوجه، سواء بقى المال على هذا الحال أو لا، ضروره أنه لو أراد دفع رأس المال له فنقد أعيان مال الشركة و اتفق حصول الربح بذلك لم يكن له إلا رأس المال الذى وقع عليه الصلح قطعا، و ليس ذلك تعد من محل النص الذى هو عند التأمل مطلق، فإن المراد من قوله «أعطني» الكنايه عن استحقاق رأس المال نعم لا يجوز التعدى إلى غير الشركة كالمضاربه و لا إلى غير هذه الصوره في الشركة كالصلح

على اختصاص الربح بأحدهما دون الخسران و نحوه.

و من ذلك كله ظهر لك أن المتجه على كل حال الجواز مطلقا، كما هو مقتضى إطلاق المتن و غيره من عبارات الأصحاب، بل و النص. نعم الأقوى عدم جواز ذلك بطريق الشرطيه، لا فى الابتداء و لا فى الأثناء و لا عند الانتهاء، ضروره عدم المقتضى للزوم و إنما هو وعد، بل قيل: إنه مناف لمقتضى العقد الذى هو تبعيه الربح و الخساره للمال فهو مخالف للكتاب و السنه، بل عائد عليه بالنقص، و ليس هو كاشتراط الخيار فى عقد البيع و نحوه المنافى للزوم الذى هو مقتضى الإطلاق لا العقد نفسه الذى لا يقتضى إلا الانتقال خاصه، و للزوم من صفاته و كفياته الخارجيه، بخلاف عقد الشركه الذى ليس مقتضاه إلا ما عرفت، فمع اشتراطه لم يبق للشركه معنى بالكلية، و يكون بمنزله العقد للشيء بشرط عدمه، و البيع المشترط فيه عدم الانتقال، و إن كان قد يناقش فيه بأن ذلك لو كان منافيا لمقتضاها لم يجز حتى بالصلح الذى قد عرفت جوازه للأدله المزبوره المراد بالشرط فيها ما فهمه الأصحاب من وقوع ذلك بعقد الصلح، فإنه ربما يطلق اسم الشروط على العقود.

و من الغريب جعل بعضهم محل النزاع هنا الاشتراط حتى قال: «إنه ليس فى عبائر الجماعه إطلاق يشمل صورته الاشتراط فى ابتداء الشركه الذى يسمى اشتراطا و لا يسمى صلحا» و قد عبروا به إذ قد عرفت أن محل البحث الصلح لا الشرطيه، و لكن هل صحته مختصه فى صورته وقوعه عند اراده فسخ الشركه أو عامه له و لوقوعه فى أثنائها أو عند ابتدائها، أى بعد مزج المالىين لمشروعيه الاشتراك على هذا الوجه بالصلح من غير فرق بين الجميع، و لا ريب فى اقتضاء إطلاق المتن و غيره ذلك، بل لعله مقتضى التأمل الصادق فى النصوص أيضا.

و أما مسأله الشرطيه فى عقد الشركه فهى مسأله أخرى مذكوره فى باب الشركه لا مدخليه لها فيما نحن فيه، فمن الخبط جعل كلامهم هنا ك مقيدا لإطلاقهم هنا كما هو واضح و به يظهر لك ما فى جمله من كتب المصنفين خصوصا الرياض فلاحظ و تأمل و الله العالم.

و لو كان معهما درهمان، و ادعاهما أحدهما و ادعى الآخر أحدهما، كان لمدعيهما درهم و نصف، و للآخر ما بقى ب

صحيح عبد الله بن المغيرة<sup>(١)</sup> عن غير واحد من أصحابنا «عن أبي عبد الله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما:

الدرهمان لى و قال الآخر: هما بينى و بينك قال: فقال أبو عبد الله عليه السلام: أما الذى قال: هما بينى و بينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شىء و أنه لصاحبه، و يقسم الدرهم الثانى بينهما نصفين».

و مثله مرسل محمد بن أبى حمزه<sup>(٢)</sup> المنجبر إرسالها بالشهره، مع أن فى سندهما ابنى أبى عمير و المغيرة من أصحاب الإجماع، و إرسال أحدهما عن غير واحد الملحق بالصحيح عند بعض، و المراد بكون الدرهمين معهما فى الخبرين و المتن أنهما فى أيديهما ليتساويا

فى الدعوى، إذ لو كانا فى يد أحدهما لقدم قوله بيمينه.

نعم ظاهر الخبرين و المتن و غيره أن الحكم كذلك من غير يمين، و أنه لا فرق بين كون الدعوى فيهما بالنصف من كل منهما على الإشاعه أو بواحد منهما على التعيين بل لعلهما فى الأول أظهر منهما فى غيره لكن فى التذكرة بعد أن فرض موضوع المسأله دعوى أحدهما الدرهمين و الآخر واحدا منهما قال: «الأقرب أنه لا بد من اليمين، فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذى تصادمت دعواهما فيه، فمن نكل منهما قضى به للآخر، و لو نكلا معا أو حلفا معا قسم بينهما نصفان» و استحسنة فى المسالك، لعموم<sup>(٣)</sup>

«و اليمين على من أنكر»

و فى الدروس «لو كان معهما درهمان فادعاهما أحدهما و ادعى الآخر اشتراكهما، ففى الروايه المشهوره للثانى نصف درهم، و للأول الباقي، و يشكل إذا ادعى الثانى النصف مشاعا فإنه يقوى القسمة نصفين، و يحلف الثانى للأول، و كذا كل مشاع».

و ربما أشكل ما فى التذكرة بعدم تماميه إحلاف كل منهما فى صوره الدعوى على الإشاعه، لاختصاص الحلف حينئذ بالثانى و البينه بالأول، و مع ذلك يستحق

١- ١ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ١.

٣- ٣ المستدرک ج- ٣- ص ١٩٩.

بعد الحلف تمام الدرهم لا- النصف، و ما فيها و الدروس أيضا بوجوب الخروج عن مقتضى القاعده، و تخصيصها بالخبرين المعتضدين بالفتوى، بل ذلك كله كالاجتهد في مقابله النص و الفتوى الظاهرين في عدم اليمين أصلا، و الصريحين أو كالصريحين خصوصا الخبرين منهما في فرض موضوع المسأله في الإشاعه، بل ظاهرهما أن ذلك على وفق الضوابط العامه، لا أنه تعبد صرف.

و من هنا أمكن أن يقال: بأن الوجه في عدم اليمين من أحدهما أنه بعد تساويهما في اليد المقتضيه لملك كل منهما الكل، المنافى لقاعده عدم ملك المال المتحد للمالكين، التي لا يختص الخروج عن التعارض فيها بالنصف الذي هو خلاف مقتضاها، لإمكان الحكم بكونه لواحد منهما، و يستخرج بالقرعه أو بغير ذلك، فاليد حينئذ بعد ان كانت كذلك لا تصير أحدهما منكرا عليه اليمين، بل هما بعد أن تساويا من هذه الجبهه صارا بحكم من لا يد لأحدهما، و المتجه فيه قسمه المال بينهما نصفين قطعا للدعوى، فهو كالصلح القهري بينهما بذلك، لا أن النصف مقتضى يد أحدهما حتى يكون منكرا بالنسبه إلى دعوى الآخر عليه، و كذا العكس فيكونان كالدعوى من وجه و المنكر من آخر، فيتحالفان. ضروره ثبوت الحكم المزبور في غير ذوى الأيدي كما تسمعه في الوديعه، و في التداعى في المال المطروح و نحوهما، و اليد إنما قضت بالجميع.

و معارضتها بالأخرى لا تقتضى تنزيلها على النصف الذي هو خلاف مقتضاها، و حينئذ فليس النصف المحكوم به في النص و الفتوى إلا- لقطع الخصومه بينهما بذلك بالعدل و الإنصاف، لعدم تحقق الدعوى من أحدهما و الإنكار من آخر، لكون المفروض تساويهما من كل وجه، ففي الحقيقه ليس إلا دعوى واحده، و هي ملكيه الدرهم، إلا أن أحدهما يدعى أنها له، و الآخر كذلك، و لا ترجيح لأحدهما، بعد معارضة يد كل منهما للأخرى، الموجب للتساقط نحو البيئتين المتعارضتين من كل وجه، فيقسم المال بينهما- على احتمالهما فيهما بحسب دعواهما، فإن كانا اثنين فالنصف، و إن كانوا ثلاثة فالثلث، و هكذا قطعا للخصومه بينهما- بالعدل و الإنصاف، فهو

كالصلح القهرى، و لعله لذا ذكر الأصحاب هذه المسألة و ما شابهها فى هذا الكتاب.

و منه يعلم الوجه حتى فى الدعوى بالإشاعة، ضروره أنها لا تنافى الإقرار بالدرهم الكلى المشاع المنطبق على نصفى الدرهم و الثلثين من درهم، و الثلث من آخر، و هكذا، فيبقى النزاع بينهما فى الدرهم الآخر على إشاعته، فيدعيه المقر له بالدرهم الأول مضافا إلى ذلك الدرهم، و الآخر، يدعيه له فيقسم بينهما نصفين على الإشاعة للقاعده التى ذكرناها، التى قد أومى إليها فى الخبرين السابقين المعتضدين بالفتوى المجرده عن ملاحظه اقتضاء اليد، الموجهه للتوهم أن مدعى الدرهم الآخر المنضم إلى ما اقتضته يده، من النصف الذى هو درهم أيضا مشاع ملفق، مدع صرف، و الآخر منكر، باعتبار أنه قد ادعى عليه ما اقتضته يده، فيحلف و يستحق النصف المشاع، و هو الدرهم الملفق، إذ قد عرفت إلقاء اليد فى المقام، و أن الحكم بالنصف نصا و فتوى لقطع الخصومه بينهما بعد تساويهما من كل وجه، فتأمل جيدا فإنه دقيق جدا.

و به يظهر الوجه فيما فى النص و الفتوى الصريحين فى الإشاعة، و أنه ليس ذلك من باب التعبد كما لا يخفى على من تأمل الخبرين و الفتاوى.

و منه يعلم الوجه فيما ذكره المصنف و غيره بل المشهور من قوله و كذا الحكم فيما لو أودعه إنسان درهمين و آخر درهما و امتزج الجميع ثم تلف درهم فإن لدى الدرهمين درهما منهما لا احتمال فيه، و أما الآخر فهو محتمل لكل منهما و لا مرجح، فالعدل بينهما قسمته نصفين بينهما للقاعده التى عرفتها و أكدها هنا

خبر السكونى (١) عن الصادق عليه السلام «فى رجل استودعه رجل دينارين و استودعه آخر دينارا فضاع دينار منهما؟ فقال: يعطى صاحب الدينارين دينارا و يقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين»

بل ظاهره عدم اعتبار الامتزاج فى هذا الحكم، بل يكفى الاشتباه، كما أن ظاهره ذلك و إن لم تتصادم دعواهما فى الدينار، و أنه لا يمين على أحد منهما خصوصا مع عدم علم كل واحد منهما بعين حقه.

لكن فى المسالك استشكله فى ضعف المستند بأن التالف لا يحتمل كونه منهما

بل من أحدهما خاصه، لامتناع الإشاعه هنا و الموافق للقواعد الشرعيه هنا القول بالقرعه، و مال إليه في الدروس إلا أنه تحاشى عن مخالفه الأصحاب.

قلت: قال في الدروس: «و لو أودعه واحد دينارين و آخر ديناراً فضاع دينار و اشتبه ففي روايه السكوني لصاحب الدينار نصف دينار و للآخر الباقي، و العمل بها مشهور، و هنا الإشاعه ممتنع، و لو كان في اجزاء ممتزجه كان الباقي أثلاثاً، و لم يذكر الأصحاب في هاتين المسألتين يمينا، و ذكروهما في باب الصلح، فجائز أن يكون ذلك الصلح قهرياً، و جائز أن يكون اختيارياً، فإن امتنع فاليمين، و الفاضل في أحد أقواله يحكم في مسأله الوديعه بأن الدينارين الباقيين بينهما أثلاثاً، كمختلط الأجزاء و فيه بعد، و لو قيل: بالقرعه أمكن».

و فيه: أنها عند الاشكال، و لا إشكال بعد النص و الفتوى، و القاعده التي أشرنا إليها في قسمه المال بين مدعيه، قلوا أو كثروا بالسويه بعد فرض استوائهم في قطع الدعوى بذلك المنزل منزله الصلح القهري فيما بينهم.

و منه يعلم ما في احتمال كونه اختيارياً، ضروره إمكان القطع بعدمه من النص و الفتوى، كالقطع بعدم اليمين في جميع الصور حتى المسأله الأولى التي حصل الاشتباه في مالک المال من تعاقب يديهما المقتضيه ملك كل واحد منهما، بعد معلوميه عدم ملكيه المال المتحد لمالكين، و إبطال اقتضاء كل من اليدين في النصف، ليس بأولى من القول بحصول الاشتباه في مالک الكل الذي هو مقتضى يد كل منهما، فيكون مالا مشتبهها دائراً بينهما، تأتي فيه القاعده السابقه.

و أما ما حكاه عن الفاضل، فهو كما ذكر في غايه البعد مع فرض الاشتباه بدون امتزاج، ضروره عدم حصول الشركه بينهما بذلك، أما مع فرضه فقد يقال: بأنه كالممتزج من الحبوب حينئذ، اللهم إلا أن يدعى حصول الشركه بها قهراً شرعاً بخلاف غيره من الدراهم و نحوها، لكنه كما ترى، فالأولى فرض مسأله المتن بدون امتزاج كما في النص.

أما معه و قلنا بحصول الشركه به مطلقاً فالمتجه فيه حينئذ حكم الأقفزه في



كون التالف على النسبه، و احتمال الفرق بالقطع فى الجوب بكون التالف منهما بخلافه فى مسأله الدرهم - يدفعه أولا: أنه لا قطع بكونه على النسبه فى الجوب، إذ يمكن التفاوت، و ثانيا: عدم المدخله لذلك بعد فرض الدليل شرعا على حصول الشركه بالامتزاج فى المثليات على وجه يرفع التميز.

و قد ظهر لك من ذلك كله أن الحكم المزبور - فى هذه المسائل التى قد عرفت اتفاق النص و الاعتبار و المعظم من الفتوى عليه - قائم مقام الصلح فيها بالنسبه إلى قطع المخاصمه، و لهذه المناسبه ذكرها الأصحاب فى كتابه.

و من ذلك المسأله الثالثه و هى ما لو كان لواحد ثوب بعشرين درهما، و لآخر ثوب بثلاثين درهما، ثم اشتبها، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه، و إن تعاسرا بيعا و قسم ثمنهما بينهما، فأعطى صاحب العشرين سهمين من خمسه و للآخر ثلاثه التى قد افتى المشهور فيها بذلك ل

خبر إسحاق بن عمار (١) عن الصادق عليه السلام «فى الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهما فى ثوب، و آخر عشرين درهما فى ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه و لا - هذا ثوبه قال: يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثه أخماس الثمن، و الآخر خمسى الثمن، قلت: فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين: اختر أيهما شئت، قال: قد أنصفه»

المنجبر بالشهره مع احتمال صحه سندها فى طريق الصدوق، بل و الشيخ.

فما عن ابن إدريس من القرعه و مال إليه فى المسالك فى غير محله، ضروره عدم الإشكال بعد ما عرفت، معتصدا بالاعتبار الذى يقتضى بكون مثل هذا الاشتباه كالاشتراك، بل لو لم يشتبها و بيعا معا كان الثمن موزعا على حسب قيمتهما، إلا أن الظاهر من النص و الفتوى عدم اعتبار المعيه فى بيعهما فى الحكم المزبور، بل ظاهرهما صيروره مالكيهما كالشريكين باعتبار احتمال تملك كل منهما لكل منهما، فهما بمثابة الشريكين فيهما على نسبه قيمتهما.

فما فى التذكره - «من أنه إن بيعا منفردين و تساويا فى الثمن فلكل واحد

ثم ثوب و لا- إشكال، و إن اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر قيمه، و كذا الأقل بناء على الغالب، و إن يباع مجتمعين صاروا كالمال المشترك شركه إجباريه كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال-» كالاتجاه في مقابله النص المعتضد بفتوى المعظم، المقتضى صيرورتهما بمثابه الشريكين على كل حال.

و لذا قال فى الدروس بعد حكاية ذلك عنه: «و يلزم على هذا ترجيح أحد الأمرين من بيعهما معا أو منفردين إذ الحكم مختلف» و يظهر أنه متى أمكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع، و الروايه مطلقه فى البيع، و يؤيدها أن الاشتباه مظنه تساوى القيمتين فاحتمال تملك كل منهما لكل منهما قائم، فهما بمثابه الشريكين.

نعم ما فيها أى الدروس «من أنه إن عملنا بالروايه فى تعديها إلى الثياب و الأمتعه و الأثمان المختلفه، نظر، من تساوى الطريق فى الجميع و عدمه، و الأقرب القرعه هنا» مخالف ل

قولهم عليهم السلام (١) علينا ان نلقى إليكم الأصول، و عليكم أن تفرعوا

و(٢) «لا يكون الفقيه فقيها حتى نلحن له فى القول فيعرف ما نلحن له»

و لظهور إرادته التعليم منها مؤيدا ذلك كله بموافقته ما فيها للاعتبار، و مناسبتة لما سمعته سابقا مما شرع لقطع التنازع و التخاصم، فالأقوى حينئذ التعدييه. هذا و ربما ظهر من الحكم فى هذه المسأله أنه من بيان موضوعات الاحكام، لا من باب المرافعات، ضروره عدم ميزان للحكم فيها من البينه و اليمين، و لعل الأمر فى المسائل السابقه كذلك أيضا، فلا يتوجه ما سمعته سابقا من بعضهم من اليمين فلاحظ و تأمل و الله العالم.

و إذا بان أحد العوضين المعينين فى العقد مستحقا للغير أو غير قابل للعوضيه كالخمر و الخنزير بطل الصلح بلا خلاف و لا إشكال، ضروره أنهما من أركان هذا الصلح الذى قد وقعا فيه، و إن لم نقل أنه يعتبر فى الصلح العوض، لقيامه مقام الهبه و العاريه إلا أن الحكم بصحته منهما هنا غير ما قصدا فيه، فالمقصود حينئذ لم يصح بالفرض، و الذى فرض صحته غير مقصود.

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب صفات القاضى الحديث- ٥١-

٢- ٢ المستدرک ج- ٣- ص ١٩٤ مع اختلاف يسير.

و لا يقاس ما هنا على المهر فى النكاح- الذى فساد فيه لا يقتضى فساد العقد، باعتبار كونه ليس من الأركان فيه، بل يرجع إلى مهر المثل لحرمة القياس أولاً، و لعدم عوض مقرر شرعاً هنا،- كمهر المثل الذى يرجع إليه عند فرض عدم المهر- ثانياً، و لكون المهر فى عقد

النكاح بعد أن دل الدليل على عدم فساد العقد بفساده، صار كالملتزم المستقل عند العقد بالنسبة إلى حكم المزبور، بخلاف المقام الذى لا دليل فيه كذلك، و إن ثبت وقوع الصلح بلا عوض كما هو واضح.

و لا فرق عندنا بين القصاص و غيره فى الحكم بالبطان مع علم المصالح بفساد العوض خلافاً لبعض العامة فأسقط القصاص به، و هو كما ترى مقتضى لترتيب الأثر على الفاسد.

نعم المنساق من العوض فى المتن و غيره ما قيدنا به العبارة من كونه معيناً، أما إذا كان مطلقاً فظهر استحقاق المدفوع عنه مثلاً رجح ببدله، كالبيع، و لا- فساد فى العقد كما أنه لو ظهر فى المعين عيب مثلاً تخير فى الفسخ، و لا بطلان، لكون الصحة منها باعتبار الانساق إليها كالمذكور و صفها فيها، فمع فرض عدمها يثبت الخيار، لقاعده نفي الضرر و غيرها.

نعم فى تخييره بين الفسخ و بين الأرش كما فى البيع إشكال، أقواه العدم، لحرمة القياس بعد اختصاص الدليل بالبيع الذى لا يدخل فيه الصلح على الأصح، و دعوى- أن ثبوته أيضاً من قاعده نفي الضرر كالخيار- واضحة المنع، ضروره أنها لا تقتضى إلا عدم اللزوم المترتب عليه الضرر.

و من ذلك يعلم ثبوت كل خيار فى البيع فى الصلح إذا كان دليلاً قاعده نفي الضرر أو غيرها مما يصلح لتناول الصلح كخيار الغبن الذى قد صرح بثبوته هنا غير واحد، و تخلف الوصف، و عدم الوفاء بالشرط، و اشتراط الخيار، و نحو ذلك بخلاف ما اختص دليلاً بالبيع كخيار المجلس و الحيوان و نحوهما، بناء على عدم فرعيه الصلح للبيع و الله العالم.

و على كل حال فلا إشكال فى أنه يصح الصلح على عين بعين أو منفعه،

و على منفعة بعين أو منفعة للعمومات المقتضية لذلك، و لغيره من الصلح عن الحق إسقاطا أو نقلا كحق الخيار، و حق التحجير، و حق الشفعة بحق مثله، أو عين أو منفعة أو غير ذلك من صور الاختلاط، بل الظاهر أنها تقتضى صحة الصلح عن كل حق حتى يعلم عدم جواز إسقاطه أو نقله شرعا و لذلك أفراد كثيره، كحق السبق الى الوقف، و حق القذف و الغيبه، و حق الرجوع فى الطلاق فى البذل و غير ذلك مما تسمعه فى تضاعيف هذا الكتاب و غيره.

نعم الظاهر فى كثير من الحقوق صحة الصلح لإسقاطها لا نقلها، بل لو شك فىه أمكن القول بعدم مشروعيته بعمومات الصلح فتأمل جيدا.

و لو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح و ان لم يكن ثم قبض فى المجلس، لما عرفت من عدم كون الصلح فرعا للبيع عندنا، و أنه لا يعتبر فيه ما يعتبر فى بيع الصرف على الأشبه بأصول المذهب و قواعده و كذا لو قام مقام بيع السلم لا يعتبر فيه قبض العوض فى المجلس، الى غير ذلك من الأحكام المختصة بالبيع حتى الربا، بناء على أنه منها.

نعم لو قلنا بشموله لجميع المعاوضات، اتجه حينئذ جريانه فى الصلح، و قد تقدم تحقيق ذلك فى كتاب البيع الا أنه على كل حال لو أتلف على رجل ثوبا قيمته درهم مثلا- فصالحه عنه على درهمين أو أقل من الدرهم صح، على الأشبه (١١) بأصول المذهب و قواعده و الأشهر بل فى الدروس المشهور لان الصلح وقع عن الثوب (١٢) أو عن قيمته الكليه التى لا تختص بالدرهم لا عن الدرهم (١٣) الذى لم يثبت فى الذمه.

لكن فى المسالك فى شرح هذه العبارة تبعا لجامع المقاصد بل و الدروس «هذا إنما يتم على القول بضمان القيمي بمثله، ليكون الثابت فى الذمه ثوبا، و يكون هو متعلق الصلح، أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمه المتلف إنما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين، الربا فيبطل، و هو الأقوى، بل فى الدروس، أنه لذلك أبطله فى الخلاف و المبسوط».

و فيه: أن المعلوم من مذهب المصنف، ضمان القيمي بقيمته لا- بمثله الذى هو مذهب نادر، و ليس ما فى كلام المصنف و الفاضل بل المشهور كما سمعت مبنيًا على ذلك بل هو إما لأن الثابت فى القيمي فى الذمه نفسه كما هو مقتضى

قوله عليه السلام (١) «على اليد ما أخذت»

بل و قوله (٢) «من أتلف» إلى آخره، و إن كان الواجب دفع القيمة عنه عوضًا شرعيًا، لعدم إمكان أداء نفسه، و عدم معرفه مثل له، حتى يكون أقرب من القيمة، فالصلح حينئذ إذا وقع يقع عنه لا عن قيمته، و ليس هذا قولًا بكون القيمي يضمن بمثله الذى هو معنى وجوب تأديه المثل التسامحي عرفًا، أو لأنه و إن قلنا بكون الثابت فى الذمه قيمته إلا- أنها غير متعينه فى خصوص الدراهم، و إن كان لو أدت منها كانت قيمته درهما و من الدينار كذا و منهما كذا، و هذا لا يقضى بكون الثابت فى الذمه الدرهم بخصوصه، كى يستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا، لكون الصلح فرع البيع، أو لأن الربا يعم المعاوضات أجمع، فيكون المراد من الثوب فى المتن قيمته حينئذ، و لعل غرض المصنف و الفاضل و غيرهما ممن تعرض لهذه المسألة التعريض بما سمعته من الخلاف و المبسوط.

نعم قد يقال بعدم الصحه على هذا الوجه لو فرض أن النقد الغالب من جنس ما صالح به بناء على كونه حينئذ هو الثابت، بخلاف ما إذا تعدد الجنس و استويا بأن كان دراهم و دنانير و الله العالم.

و لو ادعى دارا فأنكر من هى فى يده ثم صالحه المنكر عن إسقاط دعواه على سكنى سنه مثلا صح بلا خلاف و لا اشكال عندنا و لم يكن لأحدهما الرجوع عن ذلك لما عرفت من كون الصلح من العقود المستقلة اللازمه و كذا لو

أقر له المدعى بالدار ثم صالح المنكر المدعى المقر على سكنى سنه، أو أن المراد أقر من هى فى يده ثم صالحه المقر له على سكنى المقر سنه.

١-١ المستدرک ج-٢- ص ٥٠٤ و سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠.

٢-٢ قاعده متصيده من بعض الاخبار راجع للاطلاع على مدرکها الجزء الثانى من القواعد الفقهيہ للسيد البجنوردی.

و على كل حال فهو صحيح، بناء على عدم اعتبار العوض فى صحته، بل و لازم بناء على ما سمعت من كونه عقدا مستقلا برأسه، مندرج تحت (١) «أَوْقُوا بِالْعُقُودِ» و غيره من أدله اللزوم.

و لكن قيل و القائل الشافعى من العامه و الشيخ من الخاصه له الرجوع، لأنه هنا فرع العاربه إذ هو إباحه منفعه بلا عوض و قد عرفت سابقا أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، و أن افاده عقد مفاد آخر لا تقتضى لحقوق أحكامه، على أن الصلح هنا يقتضى ملك المنفعه لا إباحتها، و لقد أفصح عن ذلك كله فى الدروس بقوله: «و لو ادعى دارا فأقر له بها فصالحه على سكنى المقر سنه صح و لا رجوع ان جعلناه أصلا و جوزناه بغير عوض، و لو أنكر فصالحه المدعى عليه على سكنى للمدعى سنه فهو أولى بعدم الرجوع، لأنه عوض عن دعواه، و كذا لو كان الساكن المنكر، لأنه عوض عن جحوده هذا.

و لكن فى المسالك «و انما قيد المصنف بإنكار من هى فى يده مع جواز الصلح مع الإقرار و الإنكار ليتصور كون الصلح المذكور عاربه عند الشيخ، لأنه جعل اباحه منفعه بغير

عوض. أما لو أقر له بها فإن الصلح و ان جاز الا- أن المنفعه يقابلها عوض و هو العين، فلا- يتحقق العاربه، مع أن الشافعى لما شرط فى صحه الصلح الإقرار، و جعله فرعا على العقود الخمسه، مثل للعاربه بما ذكر هنا، مع كون المدعى عليه مقرا، و وجهه أن العوضين من واحد، فكان الحكم راجعا إلى العاربه».

و لا- يخفى عليك ما فيه من وجوه النظر، بل لا- يكاد يتصور له وجه صحه، حتى ما حكاه عن الشافعى فإن المنقول عنه فى التذكرة مثلا لذلك هو أن يكون فى يده دار فيقر له بها، فيصلحه على سكنها شهرا، فإنه- سواء أراد سكنى من فى يده المقر بها للغير، أو سكنى المدعى الذى فرض إقراره بها لمن هى فى يده- غير ما سمعته عنه عند التأمل و الأمر فى ذلك سهل بعد وضوح الحال.

انما الكلام فى صحه هذا الصلح بسبب عدم اشتماله على العوض، و كذا الصلح

القائم مقام الهبه كما لو قال: صالحتك عن هذه الدار، فيقول: الآخر قبلت نحو قوله فى القائم مقام العاريه: صالحتك عن منفعه هذه الدار سنه مثلا، فيقول الآخر: قبلت، فيصح صلحا لازما و هكذا، فإن ما سمعته من الدروس صريح فى التردد فيه، بل صرح الفاضل فى غير واحد من كتبه بأن من أركانه المصالح منه، و المصالح به، بل فى موضع من التذكره أنه معاوضه إجماعا، بل أرسله الكركى و غيره إرسال المسلمات، فان قيل: عليه، إن الصلح إذا وقع موقع الإبراء- كما لو صالحه من الحق على بعضه- فإنه صحيح، لعموم شرعيه الصلح، و ليس فيه عوضا. قلنا: يكفى فى المغايره الجزئيه و الكليه بل ربما كان فى قوله تعالى (١) «لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» اشعار به، بناء على إرادته المعاوضه من التجاره، و ان كان فيه ما فيه، كما أن فى الإكتفاء بالجزئيه و الكليه فى تحقق المعاوضه ما لا يخفى. و الا لكفت فى غير الصلح من عقودها، على أنه لا يتم فى القائم مقام العاريه كما فى نحو المقام.

بل منه يعلم ما فى دعوى كونه من عقود المعاوضه، مضافا إلى خلو نصوص المقام عن اعتبار ذلك فيه، بل ربما ظهر منها خلافه، كما لا يخفى على من لاحظها، بل قد يدعى كون المستفاد منها أن كلما يتفقان عليه و يصطلحان عليه مما لم يكن فيه تحليل حرام، أو بالعكس كان من الصلح الجائز، و جرت عليه أحكام عقد الصلح من اللزوم و غيره، و ان كان مقتضى ذلك عدم اختصاص ما يقوم الصلح مقامه بخمسه، البيع و الإجاره و الهبه، و العاريه، و الإبراء. كما هو ظاهر جماعه، بل صريح الكركى فى حاشيه الكتاب.

ضروره كون المتجه حينئذ قيام الصلح مقام المضاربه و غيرها، و فائدته اللزوم و غيره من أحكام الصلح، الا أنى لم أر مصرحا به كما أنى لم أر تحريرا لهذه المسأله فى كلامهم، بل و لا أن المراد بالمعاوضه فيه الصوريه لا

الحقيقيه، بمعنى أنه عند تأليف عقده لا بد فيه من صوره مصالح عنه و مصالح به، و على تقديره فليس فى الأدله ما يقوم بذلك، و المتجه ما عرفت من عدم اعتبارها فيه صوره و حقيقه ان لم يكن إجماع على

خلافه، و لعل ما ذكره غير واحد من صححه الصلح عما فى الذمه بالأنقص فى غير الربوى بل و فيه حتى على القول بعمومه له، باعتبار كون هذا الصلح ليس معاوضه، بل هو فى معنى الإبراء كما اعترف به فى الدروس، مستدلا عليه ب

قول النبى صلى الله عليه و آله (١) لكعب بن مالك لما تخاصم مع آخر «اترك الشطر و اتبعه ببقيته»

و بأنه روى عن الصادق عليه السلام (٢) ما يشهد لذلك فى الجملة، بل الظاهر عدم الفرق بين أن يكون صورته صالحتك على ألف بخمسائه، أو بهذه الخمسمائه، و ان ظهرت فيها صورته المعاوضه لكن الأقوى جوازها أيضا، لاشتراكهما فى الغايه.

نعم الأقرب كما فى الدروس الافتقار الى قبول الغريم هنا و إن لم يشترط فى الإبراء القبول، لأجل إتمام عقد الصلح، و على كل حال فمما ذكرنا يظهر لك أولويه الجواز فيما لو صالح على المؤجل بإسقاط بعضه حالا، و إن كان بجنسه كما هو مقتضى إطلاق الأصحاب، لما عرفت

من عدم كونه معاوضه، فلا يجرى فيه الربا، لكن فى الدروس بعد اعترافه بإطلاق الأصحاب الجواز قال: «و هو إما لأن الصلح هنا ليس معاوضه، أو لأن الربا يختص البيع، أو لأن النقيصه فى مقابل الحلول» و فى الثانى منهما أنه لا يتم لفتوى جماعه أو المشهور بعموم الربا، بل و الثالث بأن ذلك يقتضى جوازه فى البيع، و لا يقولون به، فليس إلا الأول الذى هو قد أفتى به فى الصلح عن الحال ببعضه، فضلا عن المؤجل.

و على كل حال فلو ظهر استحقاق العوض أو تعيينه فرده فالأقرب أن الأجل بحاله، و لو ادعى على الميت و لا بينه فصالح الوصى تبع المصلحه، و ما عن ابن الجنيد من إطلاق المنع فى غير محله و الله العالم.

و كيف كان ف لو ادعى اثنان مثلا- دارا فى يد ثالث مثلا متفقين على التصريح بأن ملكهما لها بسبب موجب للشركه بينهما كالميراث فصدق المدعى عليه أحدهما بمقدار حقه دون الآخر، كان ذلك مشتركا بينهما، و لا يختص به المقر. له، لما عرفت من اتفاقهما على اتحاد السبب بالنسبه إليهما على وجه يتمتع

١- ١ المستدرک ج- ٢- ص ٤٩٩.

٢- ٢ المستدرک ج- ٢- ص ٤٩٩.



استحقاق أحدهما دون الآخر، ضروره عدم الفرق بين الكل و البعض فى الشركه، بعد فرض اتحاد السبب الذى لا فرق فى اقتضائه الشركه بينهما، فمع فرض إقرار المتشبه بأن نصف الدار ليس له، كان حينئذ من مخلفات الميت باتفاقهما، و لا معارض لهما فيه فيشتركان فيه، و تخصيص ذى اليد له بأحدهما غير مجد بعد اتفاقهما فيما بينهما على مقتضى الشركه فى المقر به، و إنما نفع إقراره رفع يده عنه.

و حينئذ فإذا صالحه على ذلك النصف الذى أقر له به بعوض فإن كان بإذن صاحبه و لو لاحقاً صح الصلح فى النصف أجمع، و كان العوض مشتركاً بينهما، و إن كان بغير إذنه صح فى حقه و هو الربع خاصة و بطل فى حصه الشريك و هو الربع الآخر هذا كله مع التصريح منهما بالسبب المقتضى للشريك.

أما لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركه كما لو قال أحدهما: لى النصف بالإرث و الآخر بالشراء لم يشتركا فيما يقر به لأحدهما لعدم المقتضى لها بعد فرض أن سبب ملك كل منهما غير الآخر، و إنما الاشتراك قد جاء من جهه الإشاعه.

نعم لو قالوا: اشتريناها معا أو اتهبناها و قبضناها معا ففى التذكرة «الأقرب أنه كالإرث، لاشتراك السبب، و هو أحد قولى الشافعيه، و الثانى أنهما لا يشتركان فيما أقر به، لأن البيع بين اثنين بمنزله الصفقتين، فان تعدد المشتري يقتضى تعدد العقد و كان بمنزله ما لو ملكا بعقدين».

هذا خلاصه ما يقال فى توضيح ما ذكره المصنف و جماعه فى القسمين. و لكن فى المسالك «فيه بحث، لأنه لا يتم الا على القول بتزويل البيع و الصلح على الإشاعه، كالإقرار و هم لا يقولون به، بل يحملون إطلاقه على ملك البائع و المصالح، حتى لو باع ابتداء مالك النصف نصف العين مطلقاً، انصرف إلى نصفه خاصه، لا النصف المشاع بينه و بين شريكه، بخلاف الإقرار، فإنه إخبار عن ملك لشيء فليستوى فيه ما هو ملكه و ملك غيره، و حينئذ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح إلى نصيب المقر له خاصه فيصح فى جميع الحصه بجميع العوض و يبقى المنازعه بين الآخر و المتشبه».

هذا إذا وقع الصلح على النصف مطلقاً، أو النصف الذى هو ملك للمقر له، أما لو وقع على النصف الذى أقر به المتشبهت توجه قول الجماعة، لأن الإقرار منزل على الإشاعه، و الصلح وقع على المقر به فيكون تابعا له فيها، و على هذا ينبغي حمل كلامهم لئلا ينافى ما ذكروه من القاعده التى ذكرناها، و هذا توجيه حسن لم ينبهوا عليه».

قلت: لا يخفى عليك ما فيه من أن ما ذكروه من قاعده الانصراف المزبور فيما إذا كان متعلق البيع مقدار حق الشريك البائع لا فى نحو المقام المفروض فيه عدم ثبوت غير الربع للبائع، و الفرض أن مورده النصف، على أن عبارته المتن و غيرها كالصريحه فى كون المراد النصف الذى قد أقر به له، بل لم يقصد المشتري إلا ذلك، و إلا لاتجه حينئذ دفع العوض جميعا له، و بقاء الربع من النصف المقر به للشريك، ضروره عدم انتقاله بالصلح المفروض مورده النصف المدعى به الذى لا وجه للصلح عنه الا على إرادته إسقاط الدعوى به، ضروره عدم ثبوت شىء له الا الربع الحاصل من النصف المقر به فإذا فرض تنزيل الصلح على المختص به، و لو بدعواه الذى لا يلحقه شريكه فيه، و هو الربع من النصف المقر به، و الربع من النصف فى يد المتشبهت يختص حينئذ بالعوض، و يكون الشريك على ربه فى النصف المقر به حينئذ، و هو غير ما قصده المشتري قطعاً، بل غير مفروض البحث.

اللهم الا أن يفرض أن المقر به بالنسبه إلى المقر ليس هو الا النصف الذى لا يلحقه شريكه به فمع فرض كون المقصود بالصلح النصف الذى هو كذلك يتجه حينئذ اختصاصه بالعوض، و يبقى النزاع بين الشريك و المتشبهت فتأمل جيدا و الأمر فى ذلك سهل.

إنما الكلام فيما ذكره فى جامع المقاصد فإنه بعد أن قرر ما فى القواعد بنحو ما سمعته منافى تقرير ما فى المتن قال: «و لقائل أن يقول: لا فرق بين تغاير السبب و كونه مقتضيا للتشريك فى عدم الشركه، لأن الصلح إنما هو على استحقاق المقر له و هو أمر كلى يمكن نقله عن مالكة إلى آخر، و لهذا لو باع أحد الورثه حصته من الإرث صح، و لم يتوقف على رضا الباقين، فإن أجيب - بأن الإنكار لاستحقاق

الآخر صير النصف كالتالف، فيجب أن يكون منهما لامتناع تلف حصه أحدهما دون الآخر - قلنا: فإذا تغير السبب يجب أن يكون كذلك، مع اعتراف المقر له بالشركة، - إلى أن قال:- ونبه شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على الكتاب - ثم قال:- والذى يقتضيه النظر أن الحكم فى مسألة الإرث قبل قبض الوارثين صحيح، لأن الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركه بالنسبة إلى الورثة و التالف لا- يحسب عليهم، و كأنه لم يكن، و امتناع الوصول إليه كتلفه فى هذا الحكم و الظاهر أنه لا خلاف فى ذلك أما بعد القبض و استقرار الملك لهم، و انقطاع كل من الورثة عن حق الآخر فلا- دليل على إلحاق تعذر الوصول إلى حق بعضهم بالإنكار مع عدم البينه و نحوه بتلف البعض فى هذا الحكم، و الأصل عدمه فينبغى التوقف فيه، فليلاحظ الحكم المذكور فى المبيع، و لو كان المشترك ديناً فأقر لبعض و أنكر بعضاً ففى التركة قبل القبض لا بحث، و بعد القبض و غير التركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من أن الحاصل لهما، و التالف عليهما و عدمه».

و كأنه أخذ ذلك مما حكاه فى التذكرة عن أحد قولى الشافعية، قال فيها بعد أن ذكر أصل المسألة بنحو ما قررناه: «هذا إذا لم يتعرض لقبض الدار، أما لو قال:

ورثناها و قبضنا ثم غصبها منا، فالأقرب أنه كذلك أيضاً، يشتركان فيما يقبضه المقر له منه، لأن إيجاب الإرث الشيعى و هو لا يختلف، و هو أحد قولى الشافعية و محكى عن أبى حنيفة، و مالك، و القول الآخر له: إنه لا يشاركه، لأن التركة إذا حصلت فى يد الورثة صار كل منهما قابضاً لحقه، و انقطع عما فى يد الآخر، و لهذا يجوز أن يطرد الغصب على نصيب أحدهما خاصة، بأن تزال يده، فإن المغصوب لا يكون مشتركاً بينهما.

لكن فى المسالك بعد أن حكى عن الشهيد و المحقق الثانى ما سمعت من انصراف الصلح إلى حصه المقر له من غير مشاركة الآخر مطلقاً، و عن الأخير منهما الفرق بين الصلح قبل قبض التركة و بعده قال: «و هذا الفرق انما يتم فيما لو قبض أحد الوارثين شيئاً من أعيان التركة أو باعه، أما الصلح فيبنى على ما لو صالح أحد الشريكين فى

الدين على حقه فيه هل يختص بالعوض أم لا؟ و الظاهر الاختصاص، لأن الذاهب لا يخرج عن كونه حقا له، و الصلح لم يقع على عين خاصه، حتى يشتركا في عوضها، و انما وقع على حقه، و هو ممكن نقله بعوض فالبحث السابق مثله آت في مسأله الإرث قبل القبض و بعده».

و مما ذكرناه يعلم حكم المدعى المذكور الذى قد صولح على بعضه، لو كان دينا فإن قبض عوض الصلح فيه يكون كقبض أحد الشريكين فى الدين حصته بالصلح، و قد تقدم الكلام فيه فى باب القرض، و يأتى فيه فى كتاب الشركه مزيد بحث.

و التحقيق أن يقال: ان محل كلام الأصحاب فى المدعين المتفقين على اتحاد جهه ملكهما، و أنه ليس لأحدهما احتمال اختصاص عن الآخر بوجه، و حينئذ بإقرار المتشبه بالنصف لأحدهما لم يفد فى حق المقر له فائده تخصه، بعد سبق إقراره لشريكه، و انما أقصاه صيروره هذا النصف لا يد لأحد عليه، فيبقى على الإرث بينهما بمقتضى إقرارهما، فهو حينئذ كما لو قال من فى يده الدار: ان نصفها ليس لى، و لا ريب فى اشتراكهما فيه، و لحقوق النقص لكل منهما بسبب النصف الآخر الذى يد المتشبه عليه.

و أما على فرض احتمال اختصاص أحدهما بالمقر به، دون الآخر الذى يحتمل فى حقه أنه قد باع حقه من المتشبه، أو وهبه إياه، أو نحو ذلك لم يشارك المقر له، بل و كذا لو ادعى كل منهما فى نصفه، فحلف أحدهما اليمين المردوده دون الآخر.

و حينئذ فما وقع من أول الشهيدين - و تبعه الكركى من احتمال اختصاص المقر له بعوض النصف الذى قد صالح عنه المقر له، قياسا على بيع الشريك حصته المشاعه التى لا يتصور الاشتراك فيها - فى غير محله، ضروره صراحه كلامهم فى فرض المسأله فى الصلح عن النصف المتفقين على اتحاد جهه اشتراكهما فيه، و عدم احتمال اختصاص أحدهما به، فلا يتصور اختصاصه بعوض النصف المعلوم عدم كونه له، و أن نصفه ربع منه بيد المتشبه على نحو شريكه و لو فرض وقوع الصلح على وجه ينطبق على نصفه المستحق له فى الواقع الذى لا يشاركه فيه الشريك كان كذلك، لكنه يكون خروجا عن موضوع مسأله الأصحاب التى فرقوا فيها بين اتفاقهما على سبب الاشتراك

و بين اختلافهما فيه، و سكوتهما عن ذلك، فحكما بالاختصاص فى الأخيرين، دون الأول.

و منه يظهر الوجه فى عدم الفرق فى المسأله بين قبض الوارث و عدمه، و بين كون السبب الإرث و غيره، فما وقع من الكركى أخيرا أيضا- من التفصيل بذلك الذى قد عرفته لبعض الشافعيه- فى غير محله فتأمل جيدا ليستبين لك الحال فى أطراف المسأله التى منها معلوميه القاعده فى أن المال المشترك ما يذهب منه عليهما، و ما يبقى لهما.

و منها أن الحصه المشاعه التى هى للشريك لا شركه لأحد فيها، فإذا أراد الصلح عنها مثلا لم يلحقه الشريك بعوضها.

و منها أنهم قد ذكروا فى أنه لو أقر بأن نصف الدار لزيد، و الآخر لى و لشريكى و أنكر الشريك كان النصف الباقي بأيديهما بينهما على حسب نسبه الربع إلى النصف و ما أنكر عليهما، و إن كان المختص بالإنكار المقر له، بخلاف ما ذكروه فيما لو أقر أحد الأخوين بثالث، فأنكره الثالث، فإنه يختص النقصان بالمقر له. و أما المقر فيأخذ نصيبه تاما.

و لعل السبب فى ذلك استناد الأول إلى اليد، و نحوها التى تمضى على الشريكين بخلاف الأخير الذى تختص الخصومه فيه بين المقر له، و بين المنكر، كما أوضحناه فى غير المقام.

أو أن العمده فى الأخير النص و الإجماع، بل قد يقال: إن ذلك مقتضى تنزيل الإقرار على ما فى يده، و يد شريكه، و إن كان لا ينفذ فى حق الشريك، لكونه إقرارا فى حق الغير، و ينفذ فى نصيبه قبل الإقرار، فيدفع حينئذ الزائد عليه بعد الإقرار، بل لعل ذلك هو المتجه أيضا فى المثال الأول، فيكون النصف حينئذ بينهما، لكل منهما ربع، لا ثلثان و ثلث.

و دعوى اقتضاء قاعده الشركه ذلك، أى ما يبقى لهما على حسب النسبه، و ما يتلف عليهما، يمكن منعها فى الإنكار، ضروره عدم كونه تلفا حقيقه، و لا دليل على جريان

حكّمه عليه، فتأمل جيدا و الله العالم بحقائق الاحكام.

و لو ادعى عليه بشىء مثلا- فأنكر أو أقر أو لم تمكن دعوى أصلا فصالحه المدعى عليه مثلا عما ادعى به على سقى زرعه أو شجره بمائه أى ما يسقى به زرعه أو شجره من ماء المدعى عليه قيل: و القائل الشيخ فيما حكى عنه لا يجوز لأن العوض هو الماء و هو مجهول فلا- يصح الصلح بناء على فرعيته على البيع و فيه وجه آخر بالجواز مأخذه جواز بيع ماء الشرب أى النهر بتقدير المده بعد المشاهده بل قد عرفت فيما تقدم المنع من فرعيه الصلح للبيع أولا، و عدم قرح مثل هذه الجهاله فى الصلح ثانيا لكونها تؤل الى العلم.

نعم قد يمتنع الصلح على المجهول الذى لا يؤل الى العلم كالمبهم و من الغريب منع الشيخ من ذلك، مع أن المحكى عنه فى الدروس جواز بيع ماء البئر و العين، و بيع جزء مشاع منه، و جعله عوضا للصلح، و من هنا قال فى المسالك: «يمكن أن يكون منعه من الصلح على السقى المذكور مطلقا، كما يدل عليه الإطلاق و الماء فيه مجهول لا يدخل فى أحد الأقسام، لأنه لم يستحق جميع الماء و لا بعضا منه معينا و إنما استحق سقيا لا يعرف قدره و لا مدته انتهائه، و من ثم شرطنا فى الجواز ضبط المده، و هو لم يصرح بالمنع حينئذ، و لو تعلق الصلح بسقيه دائما لم تبعد الصحة، لأن جهاله مثل ذلك يتسامح فيها فى باب الصلح».

قلت: قد يقال بالتسامح فى الأول أيضا إذا كان لتحقق مسمى السقى قدر فى العرف، و إن اختلف أفراده اختلافا لا يقدح فى مثل الصلح، و حينئذ فلا يعتبر اشتراط المده و لو الدوام فى الصلح، على أنه لا ترفع جهاله مقدار الماء الذى هو العوض أو المعوض، إذ ليس الغرض منه الإجاره، بل نقل الأعيان المقدره بمثل ذلك، المندرج تحت عمومات الصلح كما عرفته فيما تقدم.

و أما لو صالحه عما ادعى به مثلا- على إجراء الماء من سطح المدعى إلى سطحه أو ساحتها (١١) أى المدعى عليه، أو على إجرائه فى ساقيته المحفوره له مثلا صح (١٢) للعمومات بعد العلم بالموضع الذى يجرى الماء منه (١٣) لاختلافه

صغرا و كبرا باعتبار قله الماء و كثرته، لكن فى المسالك «المراد بعلم الموضع الذى يجرى الماء منه أن يقدر مجراه طولاً- و عرضاً لترتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه، و لا يعتبر تعيين العمق، لأن من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض» و فيه أن ما ذكره فى الصلح عما ادعى به على مجرى الماء، لا- على استحقاق إجرائه الذى هو المفروض فى المتن، و لذا قال فى الدروس: «و لو جعل عوض الصلح عن الدعوى مجرى الماء فى أرضه، قدر المجرى طولاً و عرضاً، لا عمقاً، لأن من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض، و لو جعله اجراء الماء فى ساقية محفوره مشاهده، جاز إذا قدرت المده، قال الشيخ: يكون فرع الإجاره، و فى المجرى، فرع البيع، قال الشيخ: و لو كانت الساقية: غير محفوره لم يجز الصلح على الإجراء، لأنه من استيجار المعدوم، و يشكل بإمكان تعيين مكان الاجراء طولاً و عرضاً، و اشتراط حفره على مالك الأرض، أو على المجرى ماؤه.

نعم لو كانت الأرض موقوفه أو مستأجره لم يجز، و لو صالحه على المدعى به على إجراء الماء من سطحه على سطح المدعى عليه اشتراط العلم بسطح المدعى، و هو كالصريح فيما ذكرناه، و من ذلك يعلم ما فى قوله أى المسالك أيضاً «قد أطلق المصنف و غيره حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته، ليرتفع الغرر، و لا بأس باعتباره، لاختلاف الأغراض بقلته و كثرته، و لو كان ماء مطر اختلف بكمبر محله و صغره، فمعرفة تكون بمعرفة محله، ضروره أنك قد عرفت فرض مراد المصنف الذى ترتفع الجهالة عنه بالعلم بالموضع الذى يجرى الماء منه، فإنه كاف فى رفع الغرر.

نعم قد يناقش فى أصل اعتبار ذلك لعمومات الصلح، و قبوله من الجهالة و الغرر ما لا يقبله غيره، و على كل حال فإذا وقع السطح أو احتاجت الساقية إلى إصلاح، و جب ذلك على المالك، لتوقف الحق عليه، و ليس على المصالح الذى له حق الاجراء مساعدته، و الله العالم.

و إذا قال المدعى عليه صالحنى عليه لم يكن إقراراً، لأنه قد يصحح مع الإنكار كما عرفته، فيما تقدم، خلافاً لبعض العامه، فجعله إقراراً، بناء على عدم صحته

إلا معه، و هو كما ترى، أما لو قال: بعنى أو ملكنى كان إقرارا فى عدم كونه ملكا له، لاستحاله طلب تحصيل الحاصل.

نعم هو ليس إقرارا بكونه ملكا للمخاطب الذى طلب منه ذلك المحتمل وكالته أو ولايته أو غيرهما، فىبقى حينئذ على أصاله عدم ملكه، و حينئذ فلو أقر به حينئذ لغيره لم يكن رجوعا مقتضيا للضمان. اللهم إلا أن يدعى دلالة العرف على كونه ملكا له، فيترب عليه حينئذ الحكم المزبور، ضروره كونه المتبع فى نحو ذلك، و لولاه لأمكن المناقشه فى أصل الإقرار بطلب البيع، لاحتمال ارادته ذلك منه على تقدير كونه ليس له احتياطا، فإنه يؤثر ملكا له فى الواقع و ان كان محكوما بكونه له فى ظاهر الشرع.

و لو صالح أجنبى المدعى عن المنكر صح عينا كان أو دينا. أذن أولا. لأنه فى معنى قضاء الدين، لكن عن المبسوط انه يرجع عليه ان دفع المال بإذنه، سواء صالح بإذنه أو لا و الا- فلا رجوع، لأنه تبرع، و قد يشكل الرجوع بما أداه و لو بإذنه مع كون الصلح بغير اذنه، باقتضاء عقد الصلح لزوم المال للأجنبى، فلا عبره بالإذن إذا كان قد صالح ليؤدى هو، بل و كذا لو صالح مطلقا.

نعم لو صالح ليؤدى المدعى عليه كان الصلح فضوليا، و لو صالحه لنفسه لا عن المنكر صح، و انتقلت الخصومه إليه، لكن فى الدروس «ان تعذر عليه انتزاع المصالح عليه فله الفسخ، لعدم سلامه العوض» و فيه تأمل.

نعم لا فرق فى صحه ما ذكرناه من الصلح بين اعتراف المدعى عليه بالحق قبل الصلح أو لا على الأقوى، و لو ادعى الأجنبى أنه وكيل المدعى عليه فى الصلح، فصالحه المدعى صح فإن أنكر المدعى عليه وكالته حلف، و لكن له اجازة العقد بعد حلفه و قبله و الله العالم.

### [ و يلحق بذلك أحكام النزاع فى الأملاك و هى مسائل ]

#### إشارة

و كيف كان ف يلحق بذلك أحكام النزاع فى الأملاك لنوع من الاعتبار الذى هو ما عرفت من كون الصلح لقطع النزاع، على أنه ربما يذكر الصلح فى بعض أفرادها، و لم يلحظ ذلك فى الدروس فجعله كتابا مستقلا سماه بكتاب تراحم



الحقوق، و الأمر فى ذلك سهل.

و على كل حال ف هى مسائل:

### [المسأله الأولى يجوز إخراج الرواشن و الأجنحه الى الطرق النافذه إذا كانت عاليه لا تضر بالماره]

الأولى لا خلاف و لا إشكال فى أنه يجوز إخراج الرواشن و الأجنحه و نحوهما الى الطرق النافذه إذا كانت عاليه لا تضر بالماره و لم يعارض فيها مسلم، للسيره المستمره فى سائر الأعصار و الأمصار من زمن النبى صلى الله عليه و آله الى يومنا هذا، و قد وضع هو صلى الله عليه و آله ميزابا لدار عمه العباس، بل هى كذلك من غير حاجه الى الإذن من حاكم و لا من غيره، سواء قلنا بكون الهواء ملكا للمسلمين أو باقيا على الإباحه الأصلية، فما عن أحمد من اعتبار اذن الإمام فى وضع الجناح، فى غير محله، بل هو كذلك.

و لو عارض فيها مسلم، على الأصح لعدم ثبوت حق له فى المعارضه، لما عرفت من استمرار السيره المعتضده بالفتوى على فعل ذلك، و عدم الالتفات الى المعارض خلافا للمحكى عن الخلاف و المبسوط من أنه لكل مسلم منعه، لأنه حق لجميع المسلمين، و لأنه لو سقط شىء منه ضمن، و هو يدل على عدم جوازه الا بشرط الضمان و لأنه لا يملك القرار، فلا يملك الهواء، و فيه ما لا يخفى، بعد ما عرفت، فهو حينئذ بمنعه معاند لا- حق له، و الضمان بعد تسليمه لا- ينافى الجواز كما هو فى صورته عدم المعارضه التى قد وافق فيها، و جواز الفعل لا يتوقف على كونه مالكا كما هو واضح.

نعم يعتبر فيه عدم الضرر على الماره، بل فى المسالك و غيرها أن المعتبر ما يليق بتلك الطريق عاده، فإن كانت مما يمر عليها الفرسان، اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لا يصدم الرمح مائلا عاده، و اعتبر فى التذكرة مروره ناصبا رمحه، لأنه قد تزدحم الفرسان، فيحتاج الى نصب الرماح، و نفاه فى الدروس لندوره، و لإمكان اجتماعهم مع إمالاته على وجه لا يبلغهم و هو أقوى، و ان كانت مما يمر فيها الإبل اعتبر فيها مروره محملا و مركوبا و على ظهره محمل إن أمكن مرور مثل ذلك عاده، و هكذا يعتبر ما تجرى العاده بمروره على تلك الطريق.

قلت: قد يقال: ان المعتبر عدم الضرر حتى فى الصوره النادره، لأنه المتيقن من الجواز فيما هو حق المسلمين كافه، و اليه أوماً فيما سمعته من التذكرة، فيعتبر

حينئذ في الطريق كونه على الوجه المزبور و ان لم يعتد ازدحام الفرسان و الإبل و الكنائس، الا أنه ربما اتفق ذلك، خصوصا بناء على أن الأصل المنع لتعلق حق المسلمين بإحيائهم، و المعلوم جوازه من السيره ذلك لا غيره، نعم لو قلنا: ان الأصل الجواز، لكونه من مباح الأصل، فيقتصر على المتيقن في المنع، اتجه حينئذ ما ذكروه، الا أن الأول لا يخلو من قوه.

هذا كله في تضرر الماره أما تضرر غيرهم كالجار بالإشراف عليه و نحوه ففي المسالك و غيره لا عبره به، كما لو وضعه في ملكه و استلزم الإشراف عليه فإن المحرم التطلع عليه لا البناء المشرف عليه.

خلافًا للتذكرة حيث الحق الأول بتضرر الماره، و فرق بينه و بين وضعه في ملكه، بأن الروشن في الطريق مشروط بعدم التضرر، لأن الهواء ليس ملكه، بخلاف الموضوع في ملكه، لأن للإنسان التصرف في ملكه كيف شاء، و ان استلزم الاشراف على الجار، أو الظلمه عليه، و انما يمنع من الإشراف لا- من التعليه المفضيه الى ذلك، إلى أن قال: و لست أعرف في هذه المسأله بالخصوص نضا من الخاصه و لا من العامه، و انما صرت الى ما قلت عن اجتهاد.

و رده بعضهم بأن المعتبر عدم الإضرار بأهل الطريق من حيث الاستطراق الموضوع له الطريق، أما غير ذلك فلا دليل على المنع منه، بل قد عرفت أنه لا عبره بضرر غير المعتاد سلوكه فضلا عن غير المار، فهو حينئذ كمن أحدث بناء في مباح استلزم الإشراف عليه، و تقييد العلامه و غيره الضرر بالماره دليل على ذلك، و انما عمم هو الضرر في هذا الفرع خاصه.

قلت: يمكن أن يكون بناء العلامه ما ذكرناه من أن المسلمين بإحيائهم الطريق صار هو و قراره و هواؤه ملكا لهم أجمع، أو كالملك فلا يجوز لأحد منهم التصرف فيه بغير إذنه، أو اذن وليهم، الا أن السيره جرت على فعل ذلك، و المتيقن منها الخالي عن ضررهم من جهه الاستطراق و غيره، أما الخالي عن ضرر الاستطراق خاصه دون غيره فلا سيره عليه، فيبقى على أصل المنع، اللهم الا أن يدعى كونها

كذلك أيضا، لكنه كما ترى، أو يدعى أن الأصل بالعكس كما أشرنا إليه سابقا، و لو لفقد نحو

«الناس مسلطون على أموالهم»

فى المقام، الباقى على اشتراك الناس فيه الذى يختص السابق به منهم مع عدم تضرر الآخر، لقاعده

«لا ضرر و لا ضرار».

لكن

فى دعائم الإسلام (١) «و عنه صلوات الله و سلامه عليه أنه سئل عن الرجل يطيل بناءه فممنع جاره الشمس قال: ذلك له. و ليس هذا من الضرر الذى يمنع منه و يرفع جداره ما أحب إذا لم يكن نظر منه إليهم»

و فيها (٢) أيضا «و عنه صلى الله عليه و آله أنه قال: ليس لأحد أن يفتح كوه فى جداره ينظر منها إلى شىء من داخل دار جاره فإن فتح للضياء فى موضع يرى منه لم يمنع ذلك».

و أما عمل السرداب فى الطريق النافذ إذا أحكم أزجه و لم يحفر الطريق من وجهها بحيث يضر الماره فقد صرح غير واحد بجوازه، للسيره أيضا. نعم لا- يجوز ذلك فى المرفوع إلا- بإذنه. و ان أحكم، و مثله الساقية من الماء و ان لم يكن لها رسم قديم، لكن الفاضل منع من عملها فى النافذ و ان أحكم الأزج عليها، أما لو عملها بغير أزج فإنه يمنع منها إجماعا، كما فى الدروس، و لكل أحد إزالتها و لو تضرر الجار بالسرداب و الساقية فالظاهر جريان البحث السابق فيها، و لا يجوز إحداث دكه فيه و نحوها على باب داره و غيرها لأهل الدرب و غيرهم.

نعم ربما ظهر من بعضهم جوازها فى الزائد على المقدر شرعا عنه و فيه: أن الزائد بعد احياء المسلمين له بالاستطراق يكون حاله كحال الطريق بالنسبه الى ذلك، و لعله لذا قال فى الدروس: «اتسع الطريق أو ضاق، لأن احياء الطريق غير جائز، إذ هو مشترك بين ماره المسلمين، فليس له الاختصاص المانع من الاشتراك» بل فيها أيضا «و كذا لا- يجوز الغرس فيه، و ان كان هناك مندوحه، لأن الزقاق قد يصدم ليلا- و تزدحم فيها البهائم، و لأنه مع تطاول الأزمنه ينقطع أثر الاستطراق فى ذلك، و يحتمل جوازه ما لم يتضرر به الماره من ذلك، كالروشن و الساباط» و يضعف بأنهما فى الهواء، بخلاف الدكه و الشجره.

١-١ الدعائم ج ٢ ص ٥٠٥ الطبعة الثانيه بمصر.

٢-٢ الدعائم ج ٢ ص ٥٠٥ الطبعة الثانيه بمصر.

و على كل حال ف لو كانت الرواشن و الأجنحه و ما شاكلها مضره، و جب إزالتها على الواضع الغاصب و على كل قادر على رفع المنكر و لو بالزام الغاصب الواضع بذلك إذ لا يجب على غيره الإزالة، لأنه «لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى».

و لو كان ضررها بأن أظلم بها الطريق على وجه ذهب الضياء منه أصلا فإنه لا خلاف و لا إشكال حينئذ في أنه يجب إزالتها، بل في المسالك «الإجماع عليه» بل و كذا إذا ذهب على وجه يضر الماره و لو ضعيف البصر منهم، و لو ليلا، لما عرفت من اعتبار عدم الضرر في الجواز، فما عن الشيخ من إطلاق عدم تأثير الظلمه في المنع في غير محله، و لعله الى ذلك أشار المصنف بقوله قيل: لا يجب إزالتها اللهم الا أن يريد ما لا ضرر فيها على الماره، فإن وجود ظلمه ما بسببها من اللوازم.

و قد عرفت السيره مع ذلك على فعلها كما لا خلاف في أنه يجوز فتح الأبواب المستجده فيها أى الطرق النافذه سواء كانت لها باب أخرى إليها أو الى طريق مرفوع أم لا، لما عرفت من أن المسلمين في ذلك شرع سواء، و لا- يقدر في ذلك صيروره المرفوعه نافذه بسبب الباب المفتوح في بعض الصور، لأن ذلك انما يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق، إذ ليس لأحد دخول داره إلا بإذنه، فلا يتحقق نفوذ الطريق، بل لو فرض تحققه لا بأس به أيضا، للأصل و غيره.

و

في دعائم الإسلام (١) و عنه عليه السلام أنه قال: «من أراد أن يحول باب داره عن موضعه، أو يفتح معها بابا غيره في شارع مسلوك نافذ فذلك له، الا ان يتبين أن في ذلك ضررا يقينا، فإن كان في رافعه غير نافذه لم يفتح فيها بابا، و لم ينقله عن مكانه الا برضا أهل الرائغه»

، هذا كله في الطرق النافذه.

أما الطرق المرفوعه و هى التى لا تنتهى إلى طريق آخر و لا مباح، بل الى ملك الغير فهى ملك حقيقه لأربابها الذين لهم أبواب نافذه إليها، دون من يلاصق داره و يكون حائطه إليها من غير نفوذ، فلهم سدها عن السكه و الارتفاق بها

كغيرها من أملا-كهم، و لهم قسمتها فيما بينهم، و إدخال كل منهم حصته الى داره، خلافا لبعض الشافعية فمنع من سدها، لأن أهل الشارع يفتعون إليها، إذا عرض لهم سبب من زحمه و شبهها، و ضعفه واضح.

كما أنه لا- يجوز لأحد من غير أربابها أحداث سابط و لا باب فيها و لا جناح و لا غيره الا بإذن أربابه، سواء كان مضرا أو لم يكن، لأنه مختص بهم و كذا ليس لبعضهم أيضا ذلك إلا بإذن شركائه، لكن على بحث فى بعض أفراد التصرف ستسمع الحال فيه إنشاء الله، بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك بل كأنه إجماع.

خلافا لأحد قولى الشافعية من أنه لا يجوز لغير أهل السكه ذلك مطلقا، و أما هم فيجوز لكل واحد منهم انتزاع الجناح و الروشن و غيرهما إذا لم يضر بالمارة لأن لكل واحد منهم الارتفاق بقرارها، فكذا هوائها كالشوارع.

و فيه بعد حرمة القياس عندنا إمكان الفرق بحصر أهل الطرق المرفوعة دون الشوارع، فاعتبر اذن الأولين، و عومل معاملة الدار و نحوها من الأملاك بالنسبة الى ذلك، و ان لم يتضرر بخلاف الشوارع التى لا حصر لأهلها، و جرت السيره على التصرف فيها بما لا ضرر فيه على استطراقهم، فملكهم لها حينئذ على هذا الوجه، و لو لهذه السيره و نحوها.

فما عن المقدس الأردبيلى من التأمل فى ملك الطرق المرفوعة لأهلها فى غير محله، لا لما فى الحدائق «من أن التصرف دليل الملك و لكن فى الشوارع لما لم يكن المتصرف متعينا لم يترتب عليه الملك، بخلاف المرفوعة» إذ هو كما ترى، بل لما عرفت من أن الطريق المرفوع ان كان بعض ملكهم أخرجوه لهم فيما بينهم لهذه المنفعة الخاصة فلا اشكال، بل هو خارج عن محل البحث، و ان كان من المباحات فقد أحيوه و حازوه على هذا الوجه الخاص بهم، ضروره كون احياء كل شىء بحسب حاله، و هذا و ان اقتضى كون الشارع ملكا للمسلمين، باعتبار أن هذه الحيازه- التى ليست من معين بل المعين سلكه أيضا على جهه العموم- تقتضى ذلك أيضا، الا أنه

للسيره المستمره فى العمل فى الأعصار و الأمصار جعل ذلك على الوجه المزبور، من غير رجوع إلى إذن حاكم الشرع، بل ليس له و لا لغيره من المسلمين المنع مع فرض عدم تضرر الماره، أو يقال: بعدم تحقق الحيازه التى هى الاختصاص عن الغير باستيلاء و نحوه، فلا- يتحقق حينئذ الملك فى النافذ دون المرفوع و لذا قالوا انه ملك لأربابه بخلاف النافذ و لعل ذلك هو المراد مما سمعته من الحداثق، لكن قد يمنع اعتبار الحيازه بالمعنى المزبور فى الملك، فيكفى فيه الاستيلاء و كذا الكلام فى باقى المرافق العامه و الخاصه.

نعم قد يقال: باقتضاء السيره و الطريقه جواز الدخول فيها، و الجلوس مع فرض عدم تضرر أهلها، و عدم اعتبار المساواه فى استطرار أربابها قله و كثره منه، أو من أتباعه و المترددين اليه، بل قد يقال بحصول الإذن شرعا و ان كان فيهم مولى عليه من طفل أو غيره، بل يمكن القول بذلك حتى مع منع بعضهم.

لكن فى الدروس «يجوز للأجنبى دخول السكه المرفوعه بغير إذن أهلها عملا بشاهد الحال، و الجلوس غير المضر بهم، و لو نهاه أحدهم حرم ذلك».

و فى المسالك «و مما يدخل فى المنع من التصرف فى المرفوعه بغير إذن أهلها المرور فيها و الوجه فيه ما تقدم من الملك، و الأقوى الإكتفاء فيه بشاهد الحال، فلو منع أحدهم حرم، أما الجلوس فيها و إدخال الدواب إليها و نحو ذلك فلا، الا مع اذن الجميع، لأصاله حرمه مال الغير بغير اذنه، و انتفاء شاهد الحال فيه غالبا، نعم لو كان الجلوس خفيفا غير مضر تناوله بشاهد الحال» و كذا الفاضل فى التذكرة، و يمكن أن يريدوا بشاهد الحال تلك الإذن الشرعيه، و ظاهرهم الحرمة بمنع أحد منهم، و ان أذن له من أراد دخوله اليه، بل و ان كان أضيافه و أتباعه، بل مقتضى ذلك أن لبعضهم منع الآخر أيضا الى غير ذلك من الأحكام المترتبة على الشركه الحقيقيه المعلومه بالسيره خلافها، و الله العالم.

و كذا لا- يجوز لغير أهلها بل و أهلها أيضا لكن على التفصيل الآتى لو أراد فتح باب لا يستطرق فيه بلا خلاف أجده فيه دفعا للشبهه الحاصله منه على ممر

الأزمان، فإنه اماره على استحقاق الاستطراق، و بذلك فرق بينه و بين رفع الجدار الجائر له قطعاً الذي لا اماره فيه. لكن قد يقال: ان ذلك كذلك، الا أنه لا دليل على جواز منعه بذلك، لإمكان التحرز عن ضرر هذه الشبهه بالطرق المعده لمثل ذلك، و ليس كل ضرر يكون على الغير بالتصرف في الملك يجب تركه.

و من هنا لا- خلاف في أنه يجوز فتح الروزان و الشباييك إليها، بل الى دار الجار للاستضاءه بها أو لغيره مما لا يحرم عليه مع عدم الإذن، بل مع النهى، لعموم (١)

«تسلط الناس على أموالها»

نعم للجار، وضع شىء في ملكه يمنع الاشراف عليه و ان منع الضوء.

و كيف كان ف مع إذنه في كل ما عرفت منعه فلا إشكال في الجواز و لا اعتراض لغيرهم الخارج عنهم، فإنه لا حق له، و لكن الظاهر كون ذلك كالعاريه يجوز لكل الرجوع عن ذلك، بل تبطل بالموت و الخروج عن التكليف بالجنون و الإغماء و نحوهما.

نعم في التذكرة «له الأرش للسببيه في إتلاف المال على اشكال» و لعله لإمكان منع التسبب بعد فرض كونها عاريه من حكمها جواز الرجوع بها، اللهم الا أن يقال:

انه لم يعلم جواز الرجوع بها مجاناً، لقاعده الضرر.

و لو صالح من له حق من هم على احداث روشن مثلاً قيل: و القائل الشيخ لا يجوز لانه لا يصح افراد الهواء بالبيع و الصلح فرعه و فيه تردد بل منع إذ المقدمتان ممنوعتان، للعمومات خصوصاً عمومات الصلح المقتضيه جوازه، و ان قلنا بعدم أفراده في البيع.

لكن في الدروس «أما لو صالحوا على ذلك بعوض فإنه لازم مع تعيين المده و ان كان بغير عوض بنى على أصاله الصلح أو فرعيته للعاريه» و في التذكرة «لو صالح واضح روشن أو الجناح أو الساباط أرباب الدرب و أصحاب السكه على وضعه جاز على الأظهر عندنا، لكن الأولى اشتراط زمان معين» و فيه: منع اعتبار المده في

الصلح عنه المراد به نقله نفسه اليه، نعم لا إشكال في اعتبارها لو أريد منه القائم مقام الإجاره مثلا، و لو فرض الاذن منهم على إنشاء التمليك له مجانا أو بعوض ملكه و لكل حكمه ضروره كون الفضاء ملكا كسائر الأملاك فيجرى عليه جميع أحكامها. و الله العالم.

و لو كان للإنسان داران مثلا باب كل واحده منهما الى زقاق غير نافذ، جاز أن يفتح بينهما بابا فضلا عن النافذين، بل يجوز فتح باب ذات الشارع الى ذات السكه، فضلا عن العكس، كل ذلك للأصل و قاعده التسلط و أولويته من رفع الجدار الحائل بينهما و جعلهما واحده الجائز له إجماعا في جامع المقاصد و قولنا واحدا في التذكرة.

فما عن بعض العامه- من عدم الجواز لأنه يثبت له حق الاستطراق في درب مملوك لدار لا حق لها فيه، و لأنه ربما ادى الى إثبات الشفعه لو بيعت بعض دور احدي الطريقين بسبب الاشتراك في الطريق لكل واحد من الدارين في زقاق الأخرى على تقدير القول بثبوتها بذلك و مع الكثره- فيه: أن فتح الباب لا يوجب حقا للدار في الطريق الأخر، و انما أباح الانتقال من داره الى داره الأخرى، و متى صار فيها استحق المرور في طريقها تبعا للكون الثاني و الدار التي هو فيها لا للأولى، و حينئذ فكل دار على ما كانت عليه من استحقاق الشفعه بالشركه في الطريق، و لا يتعدى الى الأخرى، و ان جاز الاستطراق.

لكن قد يقال: ان الفتح المزبور و ان لم يفد الحق المذكور، الا- أنه يورث شبهه في الاستحقاق نحو الباب المفتوح لغير الاستطراق الذي قد سمعت تصريحهم بالمنع منه، اللهم الا ان يمنع دلالتها على ذلك، بخلاف فتح الباب في الطريق، و على كل حال فما في الدروس عن ظاهر الشيخ من اشتراك أهل الزقاقين في الدرب من الجانبين، فتبطل حينئذ شفعه كل منهما بالكثره، أو تثبت بناء على ثبوتها معها لا- وجه له، مع فرض كون المراد من أهل الزقاقين- أي ذيهما- ما يشمل من فتح بابا لداريه المتلاصقين اللتين لكل منهما زقاق، لما عرفت من عدم اقتضاء فتح الباب ذلك.



نعم لو كانت دار واحده لها طريقان للزقاقين، اتجه حينئذ ما ذكره، و تثبت الشفعه له و لهم- مع فرض تحققها مع الكثره و الشركه فى الطريق، فقد يكون لكل من أهل الزقاقين الشفعه فى الدار ذاتها إذا بيعت مع الطريقين.

و لعله الى ذلك أشار فى القواعد بقوله «و لذى الدارين المتلاصقين، فى دربين مرفوعين فتح باب بينهما، و فى استحقاق الشفعه حينئذ نظر، و ان أكثر فى جامع المقاصد فى الاحتمالات فيها» و الله العالم.

و لو أحدث الأجنبى أو بعض أهلها فى الطريق المرفوع حدثا على غير الوجه الشرعى جاز ازالته لكل من له عليه استطراق من غير فرق بين المضر و غيره، و بين كونه فى الهواء كالروشن أو فى الأرض كالدكه، و لا بين وقوعه باذن بعضهم و عدمه، بل لو بقى واحد بغير اذن كان له الإزاله، بل و للآذن ذلك أيضا، لقاعده التسلط. و اذن بعض الشركاء لا تجدى فى المال المشترك.

و لو كان فى زقاق بابان مثلا أحدهما أدخل من الآخر، فصاحب الأول يشارك الآخر فى مجازه، و ينفرد الأدخل بما بين البابين على المشهور بين الأصحاب كما فى المسالك، لأن المقتضى لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق و نهايته بابه فلا يشارك الداخل، بخلافه، و قيل: يشترك الجميع فى الجميع حتى فى الفضله الداخلة فى صدرها: أى أسفلها، لاحتياجه الى ذلك عند ازدحام الأحمال و وضع الأثقال، و لأن اقتصار تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه أمر بعيد، بل متعسر و المتعارف الاحتياج إلى أزيد من ذلك، و لظهور اتحاد جميع أهل الدربيه فى اليد عليها أجمع حتى الفضله التى تكون فيها، فالقول بالاقتنار على ما حاذى الباب غير جيد.

و لعله لذا قوى فى الدروس الاشتراك فى الجميع، كما ستسمعه إنشاء الله و عليه يتضح الوجه فى الحكم باشتراك الفضله بينهما فيما لو كان فى الزقاق فاضل الى صدرها أى أسفلها و تداعياه أو لم يتداعياه فهما إذن فيه سواء لما عرفت من كونه جزء من الطريق الذى يدهم جميعا عليه بالاستطراق، و غيره من

وجوه الارتفاق على وجه لا أولويه لأحد منهما على الآخر.

و احتياج الداخل الى استطراق ما بين البابين للدخول الى داره لا يقتضى اختصاصه بذلك، بعد ما عرفت من مشاركة غيره في الارتفاق به، و ان لم يحتج إليه في الاستطراق الى داره.

و حينئذ فلا وجه لإشكال ذلك- بتوقف الانتفاع بالفضله على استحقاق السلوك إليها، فإذا لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يد على الداخل-، و لا الى دفعه بأن ثبوت ملك شىء لا يتوقف على مسلك له، و مع ذلك فيمكن دخول الخارج إليها، بشاهد الحال، كسلوك غيره ممن لا حق له فى تلك الطريق، فمع فرض اشتراكهم فى اليد عليها حكم باشتراكها فيما بينهم، و لا يرد مثله فى المسلك بين البابين- حيث لا يجوز للخارج دخوله بذلك، لأن الداخل له عليه يد بالسلوك المستمر عليه الذى لا يتم الانتفاع بداره الا به، بخلاف الفضله فإن يدهم فيها سواء، إذ لا تصرف لهم فيها الا بالارتفاق و هو مشترك- إذ هو كما ترى، بعد ما عرفت من أن يد الداخل على ما بين البابين لا تنافى يد غيره أيضا عليه بالسلوك فيه للفضله أو لغيرها من مقامات الارتفاق.

فالتحقيق حينئذ بناء ذلك على اشتراك الجميع فى الجميع الذى قواه فى الدروس، و يؤيده ظهور اتحاد كيفية احياء الطريق المرفوع و الطريق العام، فكما أن اتخاذ جملة من المسلمين طريقا على جهة العموم يفيد الحق للمسلمين كافة، حتى لمن لم يستطرقه منهم، لأنه وقع ممن وقع بعنوان الجميع، كذلك الطريق الخاص الذى اتخذ طريقا الى دورهم على جهة الاشتراك بينهم فى سائر وجوه الارتفاق التى منها الاستطراق الى الدار، فكل منهم قد اتخذ لجميعهم على هذا الوجه، و لذا كان بينهم أجمع على الشركة.

و من ذلك يعلم النظر فيما ذكره المصنف و غيره من متأخري الأصحاب من أنه يجوز للدخل أن يقدم بابه الى الخارج و كذا الخارج يجوز أن يقدم بابه و لكن لا يجوز له أى ل لخارج أن يدخل بابه الى

أسفل و كذا الداخل بالنسبه إلى الأدخل الذى هو خارج فى القياس إليه، فإن ذلك كله مبنى على اختصاص كل داخل عن الخارج بما دخل عنه، و مشاركته فيما خرج، فيجوز للداخل إخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له فى جميع الطريق الى بابه، فكل ما خرج عنه له فيه حق.

و له حق التصرف فى جداره برفعه أجمع، فبعضه أولى، بل مقتضى إطلاق المتن و غيره عدم الفرق بين سد الباب الأول و عدمه، بل و صرح به بعضهم، و ان توقف فيه آخر، باعتبار اقتضاء ذلك تعدد حق الاستطراق الى الدار، لكنه فى غير محله، بخلاف الخارج، فإنه لا حق له فى الاستطراق إلى أزيد من بابه، فليس حينئذ أن يدخلها، و ان كان ربما أشكل ذلك بأنه قد كان له فى السابق فتح بابه من أى جهه شاء من جداره، بل له رفع الجدار أجمع، فلا وجه لعدم جواز إدخال بابه، لكن قد يدفع بأنه و ان كان له ذلك قبل ذلك الا أنه تشخص حقه بالباب التى استطرفها، فله حينئذ الاستطراق من أى جهه شاء من جداره، منتهيا الى تلك الباب دون الأدخل منها، و رفع الجدار كله لا يقتضى ثبوت حق الاستطراق له من أى جهه منه بل بناء على انتهاء اختصاصه الى بابه، يكون كذلك بعد رفع الجدار أيضا.

نعم ذلك كله مبنى على الاختصاص و الاشتراك المزبورين، أما بناء على ما ذكرناه من اشتراك الجميع فى الجميع فالمتجه حينئذ تساوى الإخراج و الإدخال من كل منهم فى الجواز و عدمه، لتساوى الجميع فى الاستحقاق.

و قد يقوى الجواز بالنسبه إلى الاستطراق الذى بناء الشركه على عدم معارضه أحدهم الآخر فيه، فيختر فى فتح بابه من أى جهه شاء من جداره، خارجا عن بابه الأول أو داخلا، بل مع سد الأولى و عدمه، لأن له حق الاستطراق متحدا أو متعددا من أى جهه شاء.

نعم ليس لأحدهم إخراج روشن أو جناح أو سباط بدون إذن جميعهم، لخروجه عن الاستطراق الذى وضع الاشتراك فيه، على ما عرفت، نعم لو قلنا باختصاص الداخل بما بين البابين، اتجه حينئذ عدم اعتبار اذنه فى الجناح و الروشن و السباط و نحوها

لعدم الحق له حيثئذ، و انما يتوقف على اذن غيره ممن هو أدخل بابا ان كان، و الا لم يحتج إلى إذن أصلا.

قال فى الدروس: «و لو كان فى أسفل الدرب فضله فهم مستونون فيها لارتفاقهم بها، و قال متأخرو الأصحاب ان ذا الباب الخارج انما يشارك الى موضع بابه، ثم لا يشاركه حتى ان الداخلى ينفرد بما بقى، و يحتمل التشارك فى الجميع كالفضله لاحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الأحمال، و وضع الأثقال، فعلى الأول ليس للخارج حق فى المنع من الروشن و شبهه فيما هو أدخل منه، و يكفى اذن من له فيه حق، و على الثانى لا بد من اذن الباقيين، و هو عندى قوى» و كذا ما فيها أيضا درس فى الجدار.

اما الخاص فلما لكه التصرف فيه بما شاء من فتح كوه للاستضاءه و وضع الجذوع و غير ذلك حتى رفعه من البين، و يتخرج من هذا جواز إدخال الباب من غير اذن الجار فى المرفوعه نعم ما ذكره سابقا يخالفه فى الجملة، و إن كان قد يشهد له فى الجملة خبر الدعائم (١).

قال: «و أما السكه المرفوعه أى المنسده الأسفل، فلا يجوز احداث روشن و لا جناح فيها إلا بإذن جميع أهلها، سواء كان فى أسفلها أو أعلاها، و لا-فتح باب أدخل من بابه، سد بابه أو لا، و يجوز له إخراج بابه و ان لم يسد الأولى على قول، و لو أذن أهل الأسفل فى إدخال الباب فهل لأهل الأعلى المنع، فيه اشكال، من عدم استطراقهم، و من الاحتياج اليه عند ازدحام الدواب و الناس، و هو أقوى».

إذ قد عرفت أنه بناء على الاشتراك يتجه له الجواز فى الباب، بناء على ما سمعت من عدم حق لأحدهم فى المعارضه فيه، لبناء مثل هذه الشركه على ذلك، و انما هو كذلك بالنسبه إلى الروشن و الجناح و غيرهما، أما الفضله، فيمكن أن تكون كذلك أيضا، فلكل منهم إخراج بابه منها من غير حاجه الى إذن الآخر، بل مع منعه لكونها جزء من الطريق الذى قد عرفت أصل وضعه لذلك، و يمكن عدم

الجواز إلا بإذن الجميع، لعدم اعدادها للاستطراق و ان انتفعوا بها فى غيره اما الروشن و الجناح إليها فلا إشكال فى الحاجه إلى اذن الجميع.

و بذلك كله بان أن إطلاق الأصحاب سابقا- ان الطريق المرفوع ملك لأربابه، و أنه لا يجوز لأحد منهم أو من غيرهم إخراج روشن أو جناح أو سباط أو فتح باب و لو للاستضاءه- غير مراد منه ظاهره على جهه العموم، بل هو على الإهمال و إلا لنافاه ما سمعته من كثير منهم ممن صرحوا بكيفيه اشتراكه، و بالفرق بين الداخلى و الخارج بالنسبه إلى فتح الباب و غيره، و ان كان هو على مختارنا أليق منه على غيره، فما وقع لبعضهم من الإشكال فى ذلك حتى ظن التدافع بين كلماتهم فى غير محله، هذا.

و قد بان لك أيضا مما تقدم سابقا أنه لو أخرج بعض أهل الدرب النافذ روشننا مثلا غير مضر بالماره لم يكن لمقابله و لا لغيره معارضته و لو استوعب عرض الدرب ما لم يضع منه شيئا على جداره، للأصل و السيره المستمره على معاملته معامله المباح من غير اختصاص لأهل الدور فى شىء منه، من غير فرق بين ما قابله منهم و عدمه.

بل صرح غير واحد منهم الفاضل و الشهيدان بأنه لو سقط ذلك الروشن فسبق جاره الى عمل روشن لم يكن للأول منعه، لأنهما فيه شرع، كالسبق الى القعود فى المسجد فقام منه و لم يملك الأول الموضع بوضع الروشن فيه، و انما اكتسب أولويه سبقه اليه، فإذا زال أثره زالت كالقعود فى المسجد و السوق، بل لو فرض أن الثانى أخرج روشن الأول لم يكن له ازاله ما وضعه الثانى و ان كان قد ضمن الأرش و اكتسب الإثم فى الإزاله، و كذا الكلام فى المسجد و شبهه.

لكن قد يناقش أولا: بصدق الغصب و استصحاب بقاء حقه، بل قد يناقش فى نحو المقام بأنه قد ملكه بالحيازه بناء على كونه مباح الأصل على ما صرح به فى الدروس، فيستمر حينئذ على ملكه، و ان زال أثره، و قد احتمل فى الدروس الملك فى نحو المقام على بعد، قال: «فرع» لو جعل المقابل روشننا تحت روشن مقابله

أو فوّه فهل للسابق منعه؟ لم أقف فيه على كلام، وقضيه الأصل عدم المنع، إلا أن يقال لما ملك الروشن ملك قراره و هواه، و هو بعيد، لأنه مأذون في الانتفاع، و ليس ملزوما للملك».

قلت: ينبغي بناء المسئلة على أن الطريق المحيي بالاستطراق يكون ملكا لمن أحياه هو مع هواه، فأرض الطريق حينئذ و ما تحتها و هواها ملك للمسلمين، إلا- أنه جرت سيره و الطريقه على تصرفهم فيه بما لا ضرر فيه على مارتهم، و حينئذ فلا يملك ذو الروشن مثلا شيئا من الهواء، بل هو على ملك المسلمين، و إنما له حق اختصاص، فإذا زال أثره زال حقه، أو أن المسلمين إنما لهم منه حق الاستطراق، فالفضاء و الأسفل باق على الإباحه الأصلية، يملكه من يجوزه، و يجري عليه حينئذ حكم ذلك، لم أعثر على تحرير لهم في ذلك، و الذي ذكرناه سابقا الأول. و قلنا: إن حاله كحال الطريق الخاص في الكيفيه، بل هو الموافق لقاعده «من ملك أرضا ملك هواها و قرارها إلى عنان السماء و تخوم الأرض» و لا- ريب في ملك المسلمين نفس أرض الطريق بالاستطراق فيتبعها ذلك، و حينئذ فالمتجه أن للسابق حق اختصاص سبقه فمتى زال أثره زال حقه و الله العالم.

### [المسألة الثانية إذا التمس وضع جذوعه مثلا على حائط جاره لم يجب على الجار إجابه ]

المسألة الثانية: إذا التمس وضع جذوعه مثلا على حائط جاره، لم يجب على الجار اجابته، و لو كان خشبه واحده عندنا للأصل، بل الأصول كما لا يجوز له الوضع بدونها، ل

قوله صلى الله عليه و آله (١) «لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه»

و لقاعده عدم التصرف في مال الغير بغير اذنه، فما عن أحمد، و مالك، بل و الشافعي في القديم و ان كان مع شروط ثلاثه- عدم احتياج مالك الجدار الى وضع الجذع عليه و أن لا يزيد الجار في رفع الجدار، و لا يبنى عليه أزجا و لا يضع عليه ما لا يحمله و يضر به و انحصار الحاجه في الرابع. لأنه مالك للجوانب الثلاث، أما إذا كان الكل للغير لم يضع الجذوع عليها قولا واحدا من أن له الوضع بدونها بل يجبر مع الامتناع، ل

خبر

أبى هريره<sup>(١)</sup> عنه صلى الله عليه وآله «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره»

واضح الفساد ضروره وجوب طرح مثل هذا الخبر المعارض لأصول المذهب وقواعده.

لكن يستحب اجابته، لما ورد من الحث على قضاء الحوائج، و التوصيه بالجار، بل يمكن الحكم بكراهيه المنع، للخبر المزبور و لغيره، و حينئذ ف لو أذن جاز الرجوع قبل الوضع إجماعا بقسميه، للأصل و غيره، بل ظاهرهم ذلك، و ان استلزم ضررا عليه، بفعل المقدمات من بناء و غيره.

و بعد الوضع المستلزم نقضه للضرر لا- يجوز الرجوع عند الشيخ و من تبعه لأن المراد به للمستعير و المعير التأييد فهو حينئذ كالعاريه للدفن و للضرر الحاصل بالنقض حيث يفضى الى خراب ملك المأذون.

و لكن مع ذلك فالقول ب الجواز حسن مع الضمان بل هو خيره الفاضل و الكركى، و ثانى الشهيدين، لأنه عاريه، و من لوازمها جواز الرجوع الذى هو مقتضى الاستصحاب و قاعده تسلط الناس و غير ذلك. و الإلحاق بالدفن بقياس مع الفارق لتحريم النيش، و كذا العاريه للرهن، المقتضى لتعلق حق الغير به على وجه يقتضى اللزوم من طرف الراهن، بخلاف ما هنا، فإنه لا حرمة على المالك فى خراب ملكه، الا أنه نسبه فى الدروس إلى القيل، مشعرا بتمريضه، و احتمال المنع من النقص، بل كأنه مال اليه، قال: «و لو أسعفه فوضع قيل: جاز له الرجوع، لأنه اعاره، و يحتمل المنع من النقص، للضرر الحاصل به، فإنه يؤدي الى خراب ملك المستعير نعم يكون له الأجره فيها بعد الرجوع».

و فى المبسوط «لا رجوع حتى يخرب، لأن البناء للتأييد و للضرر، و لو قلنا بالرجوع ففى غرمه الأرش و جهان، من استناد التفريط الى المستعير، و من لحوق ضرره بفعل غيره».

قلت: الأصل فى هذه المسأله ما حكاه فى التذكرة عن الشافعيه، و محصله خمسه وجوه:

أحدها أن له الرجوع و يتخير بين البقاء بالأجره و القلع بالأرث، قال فيها:

و هو أظهر قولها.

و الثانى: أن له الرجوع و القلع بالأرث، و أما البقاء بالأجره فمتوقف على رضاهما بذلك، و هو خيره ثانى الشهيدين و المحققين، و استحسنة فى المتن.

الثالث: أن له الرجوع و لا يجوز له النقض، و انما له الأجره خاصه، و مال اليه الشهيد فى الدروس.

الرابع: أن له الرجوع و القلع مجانا.

الخامس: أن ليس له الرجوع، بمعنى أنه لا- يستفيد به جواز قلع و لا- اجره، و هو الذى اختاره الشيخ و من تبعه، بل هو ظاهر المصنف.

و لا- ريب فى قوه الرابع بناء على أن له الرجوع، ضروره كون المنشأ فى ذلك على تقدير القول به أن حكم هذه العاريه حكم غيرها من العوارى التى يعتبر فى بقائها استدامه الإذن، فمع فرض انقطاعها يبطل حكمها، فيبقى وضع بلا اذن، و الضرر اللاحق بالقلع انما يجىء من خطاب الشارع له بتخليص ملك الغير و رفعه عنه، و بذلك لا يعد كون المعير متلفا لا مباشره و لا تسببا كى يتجه ضمانه الأرش، خصوصا بعد اقدم المستعير على الوضع بالاذن المفروض جواز الرجوع فيها، فلا غرور منه، بل وجوب الأرش إنما يتجه مع فرض ثبوت حق للمستعير فى البقاء الذى قد فرض عدمه، باعتبار ارتفاع استمرار الإذن الذى هو السبب فيه.

و منه يعلم ما فى القول بأن له الرجوع، و لكن لا- يجوز له النقض، و انما له الأجره، فإنه لا- حق له بعد فرض انقطاع الاذن المفروض أن دوامها هو السبب فى البقاء، فلا حق له حينئذ فيه، كى يجب على المستعير مراعاته، و قاعده الضرر قد عرفت ما فيها، على أن الضرر الحاصل على الغير بسبب تفرغ الملك المخاطب به شرعا لا دليل على الضمان به بل الأصل يقتضى عدمه، و الا لاتجه الضمان بالرجوع قبل الوضع مع فرض حصول الضرر بفعل المقدمات من بناء و نحوه، فلا محيص عن المجانبه حينئذ مع فرض أن له الرجوع.



نعم قد يتجه ما ذكره الشيخ من عدم جواز الرجوع باعتبار أن العاربه المبنيه على الدوام سببها ابتداء و استدامه انما هو الإذن الأولى التي لا يتصور فيها رجوع بعد صدورها، بل يكون حينئذ الرجوع فيها كالرجوع بالإذن فيما مضى من العاربه.

و هذا معنى قول الشيخ «لأن المراد الدوام والتأيد» و محصله أن عاربه الدوام عرفا هكذا، و قد شرعها الشارع بشرعه للعاربه على هذا الوجه، و هو معنا لا ينافى كون العاربه من العقود الجائزه المعلوم اراده ما كان استمرار الإذن فيها المقتضى للبقاء، لا ما كان فيها عله الدوام و الابتداء واحده، و هى الإذن الأولى التي لا يتصور فيها رجوع.

و لعل من ذلك العاربه للدفن، لا لأن النباش محرم فإن حرمة النباش لا تنافى جواز الرجوع المقتضى لتعين الأجره حينئذ، و كذا اعاره المكان للصلاه التي يحرم الابطال على الداخل بها. كما أن من ذلك يتجه حينئذ عدم انفساخها بالإغماء أو الجنون للمعير، أو المستعير، بل و الموت و انتقال الدار الى وارث، أو مشتر آخر و نحو ذلك الذي لا يخفى ما فى دعوى التزام الانفساخ بذلك كله، و خصوصا مع دعوى وجوب الأرش أو الأجره حينئذ، أو الإذن الجديده من المعير، فإن دعوى وجوب الأرش على المعير بانفساخ العاربه بجنون المستعير مثلا ان لم يأذن جديدا مما لا يلتزمها من له أدنى رائحه فى الفقه.

بل قد يقال: ان قاعده الضرر و حرمة تضييع المال و نحو ذلك يقتضى لزوم العاربه على المعير، باعتبار أنه بإذنه فى ذلك يترتب الخطاب الشرعى، و هو حرمة الإضرار و حرمة تضييع المال و نحو ذلك، مثل العاربه للرهن الذى تعلق به حق الغير، و اندرج تحت ما دل على لزوم الرهن الذى لا يعارضه جواز الرجوع بالعاربه من حيث نفسها إلا إذا قارنها أمر آخر خارج عنها، و كالأذن بالدخول فى الصلاه الذى يترتب عليه حرمة الإبطال فتأمل جيدا فإنه تحقيق و تدقيق.

ثم ان الأرش على تقدير وجوبه فهل هو نقص آلات الوضع بالهدم؟ أو تفاوت ما بين العامر و الخراب؟ وجهان: ينشأن من كونه بهيئته حقا لبانيه، فجزبه بتفاوت

ما بين كونه عامرا و خرابا، لأن ذلك هو نقص المالىه، و من أن نقص هذه المالىه مستند الى ملك صاحب الجدار، فلا يضمه،  
انما يضم مال الغير الذى كان سبب إتلافه و فواته.

و لكن لا- يخفى عليك قوه الأول، لأن جميعه مال للواضع، غايته كونه موضوعا على ملك الغير، و ذلك الملك انما أثر جواز  
النقض، لا المشاركه فى المالىه، بل قد يقال:

ان المتجه ضمانه أيضا كل ضرر يحدث فى ملك المالك، بسبب النقص المزبور فتأمل و الله العالم.

هذا كله فى الرجوع قبل انتهاء أمده، أما لو انتهى ف انهدم، لم يعد الطرح إلا بإذن مستأنف لانقطاع حكم الإذن الأولى بانقطاع  
زمان المأذون فيه الذى قد اقتضاه الاذن فيه، و لكن فيه قول آخر محكى عن الشيخ فى المبسوط، و هو أنه ان أعاده بالهيئه  
الأولى لم يكن له منعه، من رد الخشب و السقف عليه، و ان أعاده بغيرها كان له منعه و فيه ما لا يخفى من انقضاء مقتضى الإذن  
الأولى فليس له العود بدون الجديده، فضلا عما لو منع.

و دعوى- أن الإذن الأولى قد اقتضت الدوام على الوجه المزبور، بمعنى كونها فى صنف الوضع و ان تعددت أشخاصه- واضح  
المنع، بل مع فرض التصريح بها لا يثبت ذلك، و ان قلنا بأن عاريه الدوام لازمه، لكن بمعنى أنها بالنسبه الى ذلك الشخص، لا  
الصنف، و كذا العاريه للغرس و البناء و نحوهما.

نعم لو فرض انه دامه بهدم هادم لا بانتهاء عمره، أمكن تخريجه على مذهب الشيخ، كما انه يمكن ان يكون كلامه فى غير ما  
نحن فيه، من انه واضح الجذوع الذى لا يعلم كيفيته يحكم باستحقاقه ذلك، حتى يعلم كونه عاريه، ضروره ظهور تصرفه فى  
استحقاقه ذلك، فيتجه حينئذ وجوب بناء الجدار على المالك لو فرض انه دامه مقدمه لحصول حق الوضع، هذا.

و لكن فى المسالك بعد ان ذكر خلاف الشيخ قال: «و كثير من الأصحاب لم يذكروا هنا خلافا» و يمكن ان يكون سببه ان  
الشيخ ذكر أولا فى الكتاب انه لو

انهدم الحائط أو هدمه المستعير لم يكن له الإعادة إلا بإذن مستأنف، و لم يتردد في ذلك فأطرحوا قوله الآخر، و هو قول لبعض الشافعية، كما ان القول الآخر لهم، فجمع الشيخ بين الحكمين المختلفين عن قرب و الله العالم.

و لو صالحه على الوضع ابتداءً جاز بعد ان يذكر عدد الخشب و وزنها و طولها أو يشاهدها، و لو لكون الصلح في أثناء الوضع للاختلاف في ذلك، بل ذكر غير واحد أنه لا- بد مع ذلك من ذكر المده المضبوطة، لكونه حينئذ هنا كالإجاره و فيه: منع اعتبارها، لعموم الصلح، فيصح حينئذ بقصد الدوام، بل يمكن ان يريد من اعتبارها ما يشمل قيد الدوام، خصوصاً بعد تصريحه بذلك في الصلح على السقى، بل قد يقال:

بعدم الحاجة الى معرفه طول الخشب و وزنه و عدده، لما عرفت من عدم ثبوت مانعيه ما عدا الإيهام من الجهاله فيه، و المرجع حينئذ في ذلك الى ما يحتمله مثل الحائط المزبور كما ان ذلك هو المرجع في الأجر و اللبن، بل و كذا لو كان الصلح على بناء زياده على حائطه، فلا يفتقر الى ذكر الطول و سمك اللبن، خلافاً لبعضهم فأوجبه، لاختلاف الضرر باختلافهما، و فيه أنه لا دليل على مانعيه مثل ذلك هذا كله في الموضع على حائط مملوك.

أما لو كان موقوفاً بحيث لا يكون له مالك مخصوص كالمسجد و شبهه، لم يجز لأحد البناء عليه، و لا الوضع بغير إذن الحاكم قطعاً، و ليس له الاذن بغير عوض قطعاً أيضاً، أما معه و فرض المصلحه ففيه وجهان: أجمدهما في المسالك العدم، و قواه في الدروس، لأنه تصرف في الوقف بغير ما وضع له، و لأنه يثمر شبهه.

و لكن الانصاف عدم خلو الأول عن قوه، و لو كان الوقف خاصه جاز للناظر أو الحاكم مع ملاحظه مصلحه البطون، فيمضى حينئذ عليهم، و ليس لأهل البطن الأول ذلك، لما فيه من الضرر على البطون المتأخره الذي لا يندفع بعدم إجازتهم فيما بعد كما هو واضح.

### [المسأله الثالثه لو تداعيا جدارا و لا بينه فمن حلف عليه مع نكول صاحبه قضي له ]

المسأله الثالثه لو تداعيا جدارا بين ملكيهما مطلقا ليس لأحدهما

يد اختصاص عليه ولا بينه حلف كل واحد منهما لصاحبه على ما تقتضيه يده من النصف، فإن نكل أحدهما كان الجميع للآخر ان قلنا يقضى بالنكول، و الا حلف، و صار الجميع له، و ان نكل هو أيضا ففي التذكرة هو أى النصف لهما، و فى أحد وجهى الشافعى أنه يحلف كل واحد منهما على الجميع، لأنه الذى ادعاه.

قال فى التذكرة: «و عليه فإذا حلف الحاكم أحدهما عليه لم يمنع ذلك حلف الآخر عليه أيضا فإذا حلف قسم الجدار بينهما، لعدم الأولوية، فإن نكل الآخر بعد حلف الأول على الجميع حكم للمخالف به من غير يمين أخرى، و لو حلف الثانى على النصف بعد أمر الحاكم له على الحلف بالجميع، ففي الاعتداد بهذا اليمين و عدمه وجهان: و على الأول يكون النصف بينهما، مع احتمال أنه للثانى خاصة و إن قال فى جواب الحاكم قبل الحلف انى لا- أحلف إلا- على النصف كان فى الحقيقة مدعىا للنصف فقول المصنف فمن حلف عليه مع نكول صاحبه، قضى له ظاهر فى موافقه الشافعى، اللهم الا أن يريد أنه مع النكول يحلف يمينا واحده على الجميع، قائمه مقام اليمين المردوده و يمين الإنكار. لكنه كما ترى أيضا.

و على كل حال ف ان حلفا أو نكلا قضى به بينهما لعدم الترجيح و أس الجدار يتبع من يكون الجدار له، اختصاصا أو اشتراكا فلو تنازعا فيهما حينئذ و أقام أحدهما بينه بالجدار فهو ذو يد فى الأس و كذا الشجره مع المغرس، و ذلك لأن كون الجدار حائلا بين الملكين اماره على اشتراك اليد، و لا دلالة على اشتراكهما فى الأس و المغرس، فإذا ثبت الجدار لأحدهما اختصت به.

و كيف كان فهذا كله إذا لم يكن لأحدهما يد اختصاص أما لو فرضت بأن كان متصلا ببناء أحدهما اتصال ترصيف بتداخل الأحجار و اللبن فيه، و فى حائطه المختص به، كما يظهر ذلك فى الزوايا على وجه دال على أنه جدار واحد، أو كان لأحدهما عليه قبه أو ستره على وجه يكونان من الجدار نفسه كما صرح به فى التذكرة أو نحو ذلك دون الآخر كان القول قوله بيمينه مع فقد البيئه، لصيرورته بذلك صاحب يد.

نعم لو اتصل بهما معا كذلك، أو كان البناء لهما أو اختص أحدهما بصفه و الآخر بالأخرى فاليد لهما، حتى لو كان لأحدهما واحده و الباقي مع الآخر، إذ لا أثر لزياده اليد فى الترجيح، فيحلفان و يقسم بينهما، كما يقسم لو نكلا الى تمام ما عرفته سابقا، و لو بنى الجدار على جذع داخل طرفه فى بناء أحدهما ففى التذكرة «كان بذلك صاحب يد» و نظر فيه فى الدروس من أنه كالأس أو كالجذء قال:

«و لو اتفقا على ملكيه الجذع لصاحب الجدار المولج فيه فاحتمال اختصاصه أقوى» و ظاهره قوه الاختصاص فى الأول، و لعله كذلك، ضروره ظهور الفرق بينه و بين الأس بكون الخشبه شيئا واحدا بخلاف الأس، فإنه أجزاء متعدده باعتبار تعدد آلاته و الله العالم.

و لو كان لأحدهما عليه جذع أو جذوع، قيل: و القائل الشيخ لا يقضى بها لجريان العاده بالتسامح للجار فى ذلك، بل قد سمعت أن مالكا و أحمد لا يجوزوا منعه، للخبر المزبور(١) و لدلاله كونه بين ملكيهما على ثبوت اليد لهما، فوضع الجذوع من أحدهما مزيد انتفاع، كاختصاص أحد الشريكين الساكنين بزياده الأمتعه، بل قد سمعت أن زياده التصرف لا يقتضى الترجيح، بعد الاشتراك بما يقتضى كون اليد لهما.

و قيل: يقضى بها لذيها مع اليمين و هو الأشبه بأصول المذهب و قواعده، لأنه تصرف دال على الاختصاص بالملكيه على وجه لا يعارضه التسامح المزبور ما لم يعلم، و لمنع دلالة كونه بين ملكيهما على اليد إذا لم ينضم اليه تصرف بوجه من الوجوه السابقه كما فى المسالك.

قال: «و حينئذ فوضع الجذع يفيد اليد للواضع، و يبقى الآخر، خاليا، و يكون حكمه حكم ما سلف من المرجحات، و لو جامعها اعتبر ما فصلناه» و فيه:

أنه لا إشكال فى كونه يدا لهما، كما اعترف به هو سابقا، و لذا لو ادعاهما به أجنبى كان القول قولهما يمينهما.

نعم هي يد لا تعارض ما يدل عليه الوضع عادة من الاختصاص إذا كان الوضع على وجه ظاهر في كونه في أصل بناء الجدار فلا يد اشتراك معه كغيره من المرجحات السابقة التي هي علامه على اختصاص الجدار في نفسه لا من حيث كونه تصرفاً، و ما قدمناه سابقاً من عدم الفرق بين الاتحاد و التعدد انما هو في يد الاختصاص، لا مثل هذه اليد التي يعتبر في الحكم بها لهما عدم ما يقتضى الاختصاص عادة، و يمكن ارادته ذلك.

نعم لا يرجح دعوى أحدهما بالخوارج التي في الحيطان كالكتابه و التزيين، و الوجه الصحيح من اللبن لو بناه بانصاف اللبن، و لا الروازن و الطين لا لإمكان احداثه له من جهه من غير شعور صاحب الجدار- كما في المسالك، بل و فيها «و مثلها الدواخل فيه كالطاقات غير النافذه و الروازن النافذه لما ذكر»- إذ هو مناف لأصالة الصحه في تصرف المسلم، بل لعدم دلالتها عادة على الاختصاص، بحيث تقطع يد الاشتراك، إذ الروزنه و نحوها انما تصنع غالباً لبيان الاستحقاق في الجدار لا استحقاقه، و حينئذ لا فرق في ذلك بين احتمال حدوثها و عدمه في عدم قطع يد الاشتراك المتوقف على وجود ما يرجح عليه مما يدل على الاختصاص، و لو بأماره ظنيه عرفيه كالترصيف بين الجدارين الظاهر في أنه جدار واحد و كذا القبه و الستره الكائنتان في الجدار نفسه.

و الحاصل أن إماره الاختصاص تكون على وجهين، أحدهما: في الجدار نفسه، و ثانيهما: في التصرف و لو كان طارئاً، إذا كان على وجه يقتضى الاختصاص بالتصرف، و ان كان التصرف حادثاً فتأمل.

و لو اختلفا في خص بالضم ما يعمل من القصب شبه الجدار حاجزا بين الملكين، قضى لمن اليه منهما معاقد القمط بالضم أيضا جمع قماط: و هي شداد الخص من ليف أو خوص أو غيرهما عملاً بالروايه و هي

صحيحه منصور ابن حازم (١) المرويه في الكافي و التهذيب عن أبي عبد الله عليه السلام «سألته عن خص بين

دارين فذكر أن عليا عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذى من قبله القمط»

و رواها أيضا

فى الكافى بسند آخر صحيح أو حسن عنه الا أنه قال: «عن حظيره»

و كذا

الصدوق، إلا أنه قال: «فزعم»

عوض «فذكر» المعتضده ب

خبر عمر بن شمر(١) عن جابر عن أبى جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام «أنه قضى فى رجلين اختصما إليه فى خص فقال: إن  
الخص للذى إليه القمط»

و بالعامى (٢) «أن قوما اختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه و آله فى خص، فبعث حذيفه بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن  
إليه معاهد القمط، ثم رجع إلى النبى صلى الله عليه و آله فأخبره، فقال: أصبت و أحسنت»

و بفتوى المعظم من الأصحاب بل فى التذكرة نسبه إلى علمائنا.

فما عن قول للشافعى من الحكم بعكس ذلك فى غير محله، و كذا ما عن أبى حنيفة من عدم الترجيح بذلك، بل و ما عن  
المصنف فى النافع من نحو ذلك قائلا أنها قضيه فى واقعه، فلا يتعدى الحكم، و حينئذ فحكم الخص حكم الجدار بين الملكين  
سيما بعد قول الباقر عليه السلام فى خبر عمر فتأمل.

نعم قد يقال: إنه لا يتعدى منها إلى سائر وجوه التراجيح، بل يقتصر عليها فى كل خص، و أما غيرها فلا بد من الترجيح بالأماره  
العاديه فى رفع يد الاشتراك و الله العالم.

### [المسأله الرابعه لا يجوز للشريك فى الحائط التصرف فيه ببناء و لا تسقيف و لا إدخال خشبه إلا بإذن شريكه ]

المسأله الرابعه لا يجوز للشريك فى الحائط التصرف فيه ببناء و لا تسقيف و لا إدخال خشبه و لا غير ذلك من التصرف إلا بإذن  
شريكه بلا

خلاف و لا- إشكال لحرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه عقلا، و شرعا، من غير فرق بين المضر و غيره، بل فى التذكرة «لا  
يجوز أخذ أقل ما يكون من ترابه لتتريب الكتاب» نعم استثنى له و لغير الاستناد إليه، و اسناد المتاع و نحوه مع فرض عدم الضرر،  
و كذا الجدار المختص عملا بشاهد الحال كما فى الدروس، و لأنه بمنزله الاستضاءه بسراج الغير، و الاستظلال بجداره، مع أنه

صرح فى المسالك تبعاً للتذكرة بحرمه ذلك أيضاً مع منع المالك و الشريك، لأنه نوع تصرف بإيجاد الاعتماد عليه.

---

١-١ الوسائل الباب ١٤ من كتاب الصلح الحديث ٢.

٢-٢ سنن البيهقى ج ٦ ص ٦٧.



لكن فى الدروس هل لصاحب الجدار منع المستند و المستظل إذا كان المجلس مباحا؟

الأقرب عدم المنع مع عدم الضرر، و منه يعلم حينئذ أن الجواز للإذن الشرعيه، لا المالكيه المدلول عليها بشاهد الحال، فلا فرق حينئذ بين ملكه لمولى عليه و غيره، للسيره المستمره، إلا أن الانصاف كون المتيقن منها حال عدم التصريح بالمنع، لا مطلقا، لأن الناس مسيطون على أموالهم و فرق واضح بين الاستناد و نحوه و بين الاستغلال و نحوه بالتصرف فى مال الغير فى الأول بخلاف الثانى.

اللهم إلا أن يقال إن فى المنع عن ذلك و نحوه فى الجدران المشتركه بين الاملاك و فى الطريق النافذه و غيرها عسرا و حرجا على أن الانتفاع بالفضاء المملوك مثلا لا يتم إلا بالمماسه للجدار و الامتناع عن بعضه مقدمه ليس بأولى من سقوط حرمه مثل ذلك مقدمه، جمعا بين الحقين، و لقاءه

«لا ضرر و لا ضرار».

نعم إنما يقتضى ذلك جواز المماسه لا الاستناد، و لعله يمكن الفرق بينهما إن لم يكن سيره تقتضى بجوازه حتى مع المنع، هذا و فى المسالك و موضع الخلاف ما إذا كان المجلس للمستند، و إلا لم يجز إجماعا، و كان مراده ما سمعته من الدروس من اعتبار إباحته، لا كونه ملكا له.

كما أن ذلك ربما يكون شاهدا لما ذكرناه، و إلا فلا تلازم بين حرمه المجلس و حرمه الاستناد أو اللمس، و كذا ما فيها أيضا من أنه لو بنى الشريك فى ملكه جدارا متصلا بالجدار المشترك أو المختص بحيث لا يقع ثقله عليه جاز، و لم يكن للآخر الاعتراض عليه، و لو ألقى ثقله عليه لم يجز بدون إذنه، فإنه أيضا مبنى على ما ذكرنا.

نعم ليس له حك شىء من آلاته حجرا كانت أو اجرا أو لبنا، و لا الكتابه عليه و لا غير ذلك، و إن سلم من مظنه الضرر، لقاءه «حرمه التصرف فى مال الغير» السالمه عن معارضته السيره و العسر و الحرج، و ما فى الدروس - من تعليل حرمه ذلك بأنه تصرف فى ملك الغير بما هو مظنه الضرر، موهما اعتبار ذلك فى الحرمة - فى غير محله و الأمر سهل.

و لو انهدم الجدار أو استرم لم يجبر شريكه على المشاركه فى عمارته

بلا خلاف ولا إشكال، للأصل وقاعده التسلط، بل الأقوى توقف عمارته من الشريك خاصه على إذن الآخر لذلك أيضا خلافا لبعضهم، فجوزه لانه نفع وإحسان، وحكاه فى الدروس عن الشيخ، ولعله الظاهر من قواعد الفاضل، وفيه منع اقتضاء ذلك الجواز، و آخر ففرق بين إعادته بالآله المشتركه فلا يشترط رضاه و بين إعادته بآله من عنده، فيشترط لبقائه شريكا على الأول بخلاف الثانى، وفيه ما عرفت أيضا، وفي الدروس «و لو بناه أحدهما بالآله المشتركه كان بينهما و فى توقفه على إذن الآخر مع اشتراك الأساس احتمال قوى، و لو أعاده بآله من عنده فالحائظ ملكه، و التوقف على اذنه هنا أقوى» و منع الشيخ من التوقف على إذن الآخر، و له منع الآخر من الوضع عليه فى الثانى دون الأولى نعم للشريك المطالبه بهدمه، قال الشيخ: «أو يعطيه نصف قيمه الحائظ، و يضع عليه، و الخيار بين الهدم و أخذ القيمه للثانى» و فيه:

أنه، يكفى فى قوه الاحتمال الأول اشتراك الآلات، و إن لم يكن الأساس مشتركاً، كما أن له المنع من الوضع أيضا مع فرض اشتراك الآلات، فما فى المسالك- تبعا لما سمعته عنها من أن له منع الشريك من وضع الخشب مع اختصاصه بالآلات دون ما لو بناه بالمشتركة- فى غير محله أيضا اللهم إلا أن يكون الوضع مستحقا له سابقا مثلا، فيتجه حينئذ ما ذكره.

و على كل حال فقد ظهر لك عدم جواز عماره الشريك بدون الإذن مطلقا، نعم فى المسالك «على القول باعتبار إذن الشريك لو خالف و عمره فهل للشريك نقضه احتمال، من حيث تصرفه فى ملك غيره، و تغيير هيئته، و وضعه الذى كان عليه فصارت الكيفيه الثانى كأنها مغصوبه فله إزالتها، و الأقوى العدم إن كان بناه بالآله المشتركه لأن هدمه أيضا تصرف فى مال الغير و هو الشريك الذى بنى فلا يصح كأول، و إنما تظهر الفائده فى الإثم، و الجواز إن كان بناه بغير آله لأنه عدوان محض، و تصرف فى أرض الغير، فيجوز تغييره».

قلت: قد تبع بذلك الفاضل فى التذكرة بل صرح فيها بعدم جواز نقض من بناه أيضا، لكنه لم يصرح فى بناء الفرع بتقدير اعتبار الإذن و المتجه أن له ذلك أيضا،

فإن له الامتناع من بناء الآلات المشتركة، كما اعترف به في جامع المقاصد، و من التصرف في أرضه مع فرض الشركه في الأساس، فلم يكن الوضع حينئذ بحق فهو ظالم لا حق لعرقه، فله الإزالة بلا أورش.

نعم لو قلنا بحرمة ذلك عليه اتجه حينئذ إلزامه به، كما لو هدمه ابتداء هذا و في المسالك أيضا «أنه حيث يتوقف البناء على إذن الشريك و يمتنع يرجع أمره إلى الحاكم ليجبره على المساعدة أو الإذن، فإن امتنع أذن الحاكم، و هل له الإذن فيه بأجره يرجع بها على الشريك أو مجاناً الأقوى الثاني، لأن الشريك إذا لم يجبر على العماره لا يجبر على الإنفاق، فإذا اختار الشريك بناء مجاناً، فعل، و إلا تركه».

قلت بل قد يشكل جبره على الإذن على وجه تقوم إذن الحاكم مقامه. بأن له الامتناع منها، لقاعده «التسلط» و «عدم حل مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه» و غيرها و من هنا أنكر عليه ذلك في الحدائق، خصوصا بناء على مختاره سابقا من اعتبار الإذن في الجواز للشريك، حتى لو أراد بناءه من غير رجوع عليه، و إنه يَأْثَمُ لو بناه من غير إذن. إلى غير ذلك من عباراته التي هي كعباره غيره من الأصحاب، خصوصا مثل إطلاق المصنف و غيره، و خصوصا مثل عبارات التذكرة في الظهور أو الصراحة في عدم وجوب الإذن عليه، بناء على اعتبار اذنه.

نعم في جامع المقاصد «فرع: لو أراد أحد الشريكين الإضرار بصاحبه في الجدار و القناه و الدواب و نحوها، فامتنع من العماره و غيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها، فليس ببعيد أن يرفع أمره إلى الحاكم ليخير الشريك بين عده أمور: من بيع و إجاره و موافقه على العماره و غير ذلك من الأمور الممكنه في ذلك عملا ب

قوله (١) «لا ضرر و لا ضرار»

و لأن في ترك جميع هذه الأمور إضاعه للمال، و قد نهى عنها، و لم أظفر بتصريح فينبغي أن يلمح».

قلت: قد يشهد له في الجملة ما

في دعائم الإسلام (٢) قال: «روينا عن جعفر بن

١- ١ الوسائل الباب- ١٧- من أبواب الخيار الحديث ٤- ٥.

٢- ٢ الدعائم ج ٢ ص ٥٠٤ الطبعة الثانيه بمصر.

محمد صلوات الله عليه أنه سئل عن جدار الرجل و هو ستره فيما بينه و بين جاره سقط، و امتنع من بنيانه قال: ليس يجبر على ذلك إلا- أن يكون وجب ذلك، لصاحب الدار الأخرى، أو شرط في أصل الملك، و لكن يقال لصاحب المنزل: استر على نفسك في حقك إن شئت. قيل له فإن كان الجدار لم يسقط، و لكنه هدمه أو أراد هدمه إضرارا بجاره لغير حاجه منه إلى هدمه، قال: لا يترك ان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: «لا ضرر و لا ضرار» و ان هدمه كلف أن يبنيه.»

و على كل حال فما في جامع المقاصد هو كالصريح في عدم الجبر في غير الصورة المفروضة، و منه ما سمعته من المسالك الذى لم يعلقه على الضرر و نحوه، بل جعله من أحكام الشركه فى الجدار التى قد اعترف سابقا باعتبار الإذن من الشريك، لو أراد التبرع ببناؤه، و لاحقا فى مسأله السفلى و العلوى، و حينئذ يكون كاقترح وضع جدار مشترك بينه و بينه فى أرض مشتركه، و آلات كذلك، و لا ريب فى عدم وجوب الإذن بذلك عليه، و ان تضرر الآخر بذلك، و انه لا وجه لرفع أمره الى الحاكم، و لا لجبره على ما هو غير واجب عليه.

نعم لو قلنا ان سبق وجود الجدار بينهما يوجب الحق لهما فى وضعه على وجه لا يجوز له الامتناع مع طلب الآخر، اتجه حينئذ ذلك، لكن ينبغى عليه عدم اعتبار اذنه، بل نهيه أيضا كما فى باقى صور امتناعه عما هو حق عليه، و كأنه هو الذى لحظه الفاضل فيما ذكره فى القواعد من عدم جواز منعه إياه لو أراد الانفراد بالعماره الا أنه كما ترى، ضروره عدم ثبوت حق يكون الجدار بينهما على وجه يوجب ذلك و هو واضح، و لو سلم فهو غير ما سمعته من المسالك الذى لم أعثر على موافق له فيه، و لا من احتمله، بل صريح كلماتهم عدمه، بل هو فى نفسه بناء على اعتبار الإذن فى غير محله، بل منه يعلم ما فى تفصيل المحدث البحرانى من أنه لا يحتاج الى الإذن من الشريك فى العماره مع فرض التضرر به، و لا بد منها مع عدمه، إذ هو مع أنه خروج عن محل البحث الذى هو الجدار المشترك من حيث كونه كذلك: أى مع قطع النظر عن الأمور الخارجيه، قد يناقش فيه بأن فرض ضرر أحدهما بعدم العماره قد يعارض

بفرض ضرر الأخر بها، و الضرر لا يدفع بالضرر، كما اعترف به الفاضل و غيره فى الرد على الشافعى فى القديم من المساعده فى العماره، بل و مع فرض عدمه أيضا بعدم وجوب دفع الضرر عن الغير ببذل مال آخر، و ان لم يتضرر به، و الا لوجب ذلك فى الجدار الجديد و غيره.

نعم قد يقال بوجوب القسمة و نحوها أو برفع الأمر إلى الحاكم، ليرى وجهها يحكم به لقطع النزاع بينهما، مراعىا للجمع بين الحقيقين و دفع الضرر عنهما من باب السياسات المعد هو لها، و لعله على ذلك يحمل ما

فى دعائم الإسلام (١) «و عنه صلوات الله عليه عن الجدار بين الرجلين ينهدم، و يدعوا أحدهما صاحبه إلى بنائه، و يأبى الآخر قال: ان كان مما يقسم قسم ما بينهما، و بنى كل واحد منهما حقه ان شاء، أو ترك ان لم يكن ذل يضر صاحبه، و ان كان ذلك مما لا يقسم قيل له: ابن أو بع أو سلم لصاحبك ان يرضى أن يبنيه، و يكون له ذلك، و ان اتفقا على أن يبنيه الطالب و ينتفع به، فإن أراد الآخر الانتفاع به معه دفع إليه نصف القيمة»

فتأمل جيدا و الله العالم.

و مما ذكرنا يعلم الحال فيما ذكره المصنف و غيره بقوله و كذا لو كانت الشركه فى دولاب أو بئر أو نهر أو قناه أو ناعوره أو نحو ذلك، أى لا- يجبر الشريك على المشاركة فى عمارتها من غير فرق بين كون المشترك ذا غله تفى بعمارته، و غيره عند الأصحاب على ما فى المسالك، و بين القابل للقسمة و عدمها، و انما نبه بذلك على خلاف أبى حنيفه الذى حكم بإجبار الشريك على المساعده على العماره فى هذه المذكورات دون الحائط، فارقا بينهما، بأن الشريك لا يتمكن من المقاسمه فيها، فيتضرر به بخلاف الجدار، فإنه يتمكن من قسمته، و رد بإمكان كون القسمة فيه أكثر ضررا عليه، فكانا حينئذ سواء.

نعم لو أنفق أحدهما على البئر أو النهر لم يكن له منع الأخر من نصيبه من الماء الذى ينبع فى ملكهما المشترك بينهما الذى أثر فيه نقل الطين عنه، و ليس له

فيه عين ملك، بخلاف الحائط إذا بناه بآلات منه كما هو واضح.

و كذا ظهر لك مما ذكرناه أيضا أنه لا يجبر عندنا صاحب السفلى و لا العلو فى الساباط و غيره على بناء الجدار الذى يحمل العلو و لا على جدار البيت، لأصالة براءة الذمه من وجوب عماره ملك الإنسان لنفسه، فضلا عن الغير إلا أن يكون ذلك لازما بعقد، فيجب حينئذ كعمار الساقية المستحق إجراء الماء فيها، خلافا للشافعى فيجبر صاحب السفلى على الإعادة، و لا ريب فى ضعفه، و لو طلب صاحب العلو مثلا بناء جدران السفلى تبرعا فهل له منعه؟ ففى المسالك «فيه الوجهان السابقان» و أطلق فى التحرير «ليس له منعه».

قلت: قد عرفت التحقيق فى ذلك سابقا، و أما ما حكاه عن التحرير فيمكن تنزيله على ما فى القواعد من أنه لو طلب صاحب العلو عماره السفلى بنقض صاحبه كان له منعه، و إن أعاده بآله من عنده فله ذلك، و إن كان يجب تقييده أيضا كما فى جامع المقاصد بما إذا لم يكن الأساس للآخر، و لا مشتركا بينهما، و الا لم يجبر بدون الإذن، لما عرفته سابقا، لكن فيما حضرني من نسخه للتذكرة سقيمه «و إن أراد بناؤه بآله من عنده فله ذلك، و جاز أن يبنى على عرصه مشتركة بينه و بين غيره بغير إذنه ليصل الى حقه من الحمل عليه» و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما قدمناه سابقا.

و على كل حال فلو بناه فى أرضه من نفسه كان له منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد بفتح كوه و غرز وتد و نحو ذلك، أما الاستكان فالظاهر أنه ليس له المنع منه و إن انتفع به، هذا كله إذا انهدم بنفسه، أو هدماه معا من غير شرط، أما إذا استهدم فهدمه صاحب السفلى بشرط أن يعيده، ففى التذكرة أجبر عليه قولا واحدا، أى إذا كان ذلك منه بملزم شرعى.

و لو هدمه أى الجدار المشترك مثلا بغير اذن شريكه الذى لم يجب هدمه عليه لاستهدامه و جب عليه إعادته لأنه ضمان مثله عادة، لكن فى الدروس «ان أمكنت المماثلة كما فى جدران بعض البساتين و المزارع، و الا فالأرش، و الشيخ أطلق الإعادة، و الفاضل أطلق الأرش، و فى المسالك بعد أن حكى تفصيل

الدروس، و تبعا للكركى «و فيه مناسبه الا أنه خارج عن القواعد الشرعيه لانتفاء المثليه فى الفئات، فإنه محض صفة إذا الأعيان باقيه، و المماثله فى الصفة بعیده، فالقول بالأرش مطلقا أوضح».

قلت: قد يقوى ما ذكره الشيخ لصدق المثليه عرفا، بل تصح الإجاره على صنعه جدار مثل هذا الجدار. نعم لو فرض تعذر ذلك كما فى بعض البناء انتقل إلى القيمه كما فى كل مثلى تعذر مثله، و كذا الكلام فى كسر الخاتم و نحوه، و فتق الثوب و نحوه.

و لو هدمه بإذن شريكه و شرط اعادته، و جب ذلك إذا كان الشرط فى عقد لازم، بل قد سمعت ما فى التذكرة فى نظيره من أنه- كذلك قولاً واحداً، لكن ربما ظهر من بعضهم كونه من المسأله السابقه التى يجب فيها الأرش، و لعله لعدم إمكان الشرط لما عرفت من عدم إمكان ضبط الصفة، الا أنه كما ترى، فإن عود الشئ على ما كان بحيث يتحقق فيه الصدق عرفا ممكن و واقع، بل من ذلك يعلم قوه ما ذكرناه أولاً.

بل قد يؤيده أيضا أن الأرش المذكور هنا ان أريد به ما يخص الشريك من مقابل الهيئه الفائته، فهو لا يجدى فى عماره الجدار المزبور الذى تحقق فيه الضرر عليه بهدمه، و لو لفوات حصه الشريك، فلم يكن فى ذلك جبر لضرره، و ان أريد به ما يقابل تمام الهيئه، ففيه أنها مشتركه بين الهادم و الشريك، و الإنسان لا يضمن لنفسه مضافا الى ما عن الأردبيلى من استبعاد الأرش فيما حكى عنه قال: «فإنه لا يسوى بعد الهدم إلا شيئا قليلا جدا، و الجدار الصحيح تكون له قيمه كثيره، بل المناسب على القول بالأرش أن يراد به ما يحتاج فى تعمير مثل ذلك، و فيه أيضا تأمل، إذ قد يتفاوت العمل و الأجره كثيرا فتأمل، و بالجمله القول بوجوب الإعادة بحيث يصدق عليه عرفا أنه اعاده قوى جدا فى صوره عدم الشرط فضلا عما لو شرطه و الله العالم.

و لو اصطلح الشريكان على أن يبنياه و يكون لأحدهما أكثر مما كان له، فعن الشيخ بطلان الصلح، لأن فيه اتهاب ما لم يوجد، و فيه أنه يكفى مشاهدته الآلات أو وصفها و مشاهدته الأرض، و دعوى- أن الجدار جزء صورى من التأليف لا يمكن ضبطه- يدفعها، أن صورته صفة تابعه للموهوب و ضبطها ممكن، و الا لما جاز الاستيجار على

البناء المقدر بالعمل، كدعوى عدم العوض بعد تساويهما فى العمل و غيره التى يمكن دفعها بما عرفته سابقا من عدم اعتبار العوض فى الصلح، على أنه يمكن القول هنا بأن الشارط على نفسه متبرع بما يخص شريكه من عمله، و الشارط لنفسه غير متبرع، فيشترط له قدرا من الملك.

و كذا دعوى اقتضاء تعليق الملك فى عين- و هو ممتنع لامتناع الأجل فى الملك و من هنا احتمل بعضهم جواز اشتراط تملك الأ-كث من الآلات لا من الجدار بعد البناء و حينئذ فلو انفرد أحدهما بالعمل و شرط لنفسه الأكثر من الآله صح قطعاً-، إذ قد تدفع أيضا بأن هذا الصلح يجرى مجرى الاستيجار على الطحن بجرو من الدقيق، و على الارتضاع بجزء من العبد، فإنه يملكه فى الحال، و يقع العمل فيما هو مشترك بينه و بين غيره، و على هذا يملك الأكثر مبنيا.

كل ذلك مضافا الى ما سمعته غير مره من كون الصلح عقدا مستقلا برأسه، لا يعتبر فيه جريان غيره من العقود على مورده، فربما كان مورده لا يجرى عليه عقد من العقود، و إنما فسر أنه كلما يفرض إمكان قطع الخصومه به لو كانت مما لا يكون فيه تحليل حرام و لا تحريم حلال، و لا ريب فى جواز رفع أحد الشريكين يده عما يملكه من آلات الجدار جميعه، فضلا عن الأكثر، ببناؤه من الشريك الآخر خاصه، أو مع كونه معه، فيصح الصلح حينئذ عليه و ان لم يكن عوض للمتبرع من ماله و عمله سوى كون الجدار مبنيا ليكون ساترا مثلا بينهما كما هو واضح. و الله العالم.

ثم انه لا- خلاف و لا إشكال فى جواز قسمه الجدار المشترك طولا و عرضا، و طوله امتداده من زاويه البيت مثلا إلى الزاويه الأخرى، لا- ارتفاعه عن الأرض الذى هو عمقه و العرض هو السطح الذى يوضع عليه الجذوع، فلو كان طوله عشرا و عرضه ذراعين فاقسما فى كل الطول و نصف العرض، فيصير لكل واحد منهما طول عشره أذرع فى عرض ذراع جاز، و كذا لو اقسماه فى كل العرض و نصف الطول بأن يصير لكل واحد منهما طول خمسه أذرع فى عرض ذراعين.

ثم القسمة بعلامه توضع جائزه فى الأمرين، و بالنشر جائز فى الثانى دون الأول



إلا- مع تراضيهما، كما لو نقضاه و اقتسما الآله، و القرعه ممتنعه فى الأول لإمكان وقوعها على ما لا ينتفع به مع عدم إمكان التبدل، بل يختص كل وجه بصاحبه، و لعله لذا قال فى القواعد: «و لا يجبر أحدهما لو امتنع عن القسمة فى كل الطول و نصف العرض لأن القرعه معيار القسمة (لكن قال أيضا) و كذا فى نصف الطول و كل العرض و تصح القرعه فى الثانيه دون الأولى، بل يختص كل وجه بصاحبه» و ظاهره عدم الإجبار فى الصورتين، لكن فى محكى التذكرة أنه إن انتفى الضرر عنهما أو عن الممتنع أجبر عليهما فى الصورة الثانيه، و إن تضرر الممتنع لم يجبر، و فى الدروس «و متى تطرق ضرر عليهما أو على أحدهما و طلبه الآخر فهى قسمة تراض، و إلا فهى قسمة إجبار، و لو طلبها المتضرر أجبر الآخر، و كذا يجوز قسمة عرضه قبل البناء».

قلت: هذا خلاصه ما فى القواعد و جامع المقاصد و الدروس، لكن قد يتوقف فى جعل معيار القسمة القرعه، بمعنى عدم الإجبار عليها مع عدم إمكانها، كما أنه قد يتوقف فى اعتبار إمكان وقوعها على ما ينتفع به، إذ يمكن حينئذ الرجوع إليها و الأخذ فى المقام و إن وقعت فى الوجه الخارج عنه، إلا أنه يمكن التبدل بالمعاضه و الإجاره و نحوها، و لتحقيق ذلك- و تحقيق وجوب الإجابه إلى القسمة مطلقا على وجه يجبر الممتنع منها- محل آخر يأتى إنشاء الله.

و لو ملكا دارين متلاصقين مثلا، فليس لأحدهما مطالبه الآخر، برفع جذوعه عنه، و لا منعه من التحديد لو انهدم السقف إذا لم يعلم على أى وجه وضع، لجواز كونه بعوض، و عن الخلاف نفى الخلاف فيه، كما نص على ذلك كله فى الدروس ثم قال: «نعم لو ادعى أحدهما الاستحقاق و نفاه الآخر جزما احتمل حلف المنكر، و عليه الفاضل، و ظاهر الشيخ أن على مدعى العاربه البينه، و اليمين على الآخر».

قلت: لكن فى القواعد «لو وجد بناءه أو خشبته أو مجرى ماءه فى ملكك غيره، و لم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول صاحب الأرض و الجدار فى عدم الاستحقاق» و وافقه عليه فى جامع المقاصد، لأصالة عدم الاستحقاق فى ملك الغير، و لأن اليد تقتضى الاختصاص بالانتفاع، و الوضع أعم من الاستحقاق، و غايته أن يكون بحق،

و هو أعم من العاريه التي يجوز فيها الرجوع.

و فيه أن الأصل فى تصرف المسلم و يده أن يكون بملك و استحقاق حتى يعلم عدمه، فالمتجه حينئذ فيما فرضه فى الدروس و جوب الإبقاء، أما لو فرض غير ذلك بأن تنازع أحدهما مع الآخر فى الاستحقاق و عدمه، و لم يكن ثم استناد الى يد و نحوه، فالمتجه كون اليمين على منكر الاستحقاق و ما عن الشيخ من كون البيه على مدعى العاريه و اليمين على الآخر يمكن تنزيهه على ذى اليد و نحوه، كما أن ما فى القواعد و جامع المقاصد إن كان المراد به ما فرضه أولاً فى الدروس ففيه ما عرفت، و إن كان المراد به ما ذكره بقوله «نعم» فهو متجه، و ان كان هو غير ظاهر من أول العبارة، و لكن الأمر سهل بعد وضوح الحال و الله العالم.

### [المسألة الخامسة إذا تنازع صاحب السفلى و العلو فى جدران البيت فالقول قول صاحب البيت مع يمينه ]

المسألة الخامسة: إذا تنازع صاحب السفلى و العلو فى جدران البيت الحامله للعلو ف المشهور كما فى المسالك ان القول قول صاحب البيت مع يمينه و لو كان فى جدران الغرفه، فالقول قول صاحبها مع يمينه قيل: و يعضده أن جدران البيت جزؤه و جدران الغرفه جزؤها، فيحكم بهما لصاحب الجمله بل فى جامع المقاصد جعل ذلك دليل المسألة، و فيه: أنه بعد فرض التنازع فى ذلك يكون المراد من الاعتراف بكون البيت و الغرفه له مع فرضه ما عدا محل النزاع منها و الا لم يكن ثم وجه للمخاصمه، كى تتوجه البيه على أحدهما، و اليمين على الآخر، فلا دليل حينئذ للحكم المزبور الا دعوى استقلال اليد من كل منهما على ما ادعاه فيكون القول قوله مع يمينه.

نعم قد يناقش بمنع استقلال يد صاحب السفلى على جدار بيته، مع فرض تصرف صاحب العلو به و بالبناء عليه، و بمنع استقلال صاحب العلو مع فرض تصرف صاحب السفلى به باتصاله بالعالى بملكه، على وجه هو كالجزم منه، و بالاستكثان تحت السقف المعلق عليه، و التصرف فى الجدار انما هو بالتصرف فى بعض أجزائه، لأنه شىء واحد عرفاً، و بذلك يظهر لك ما فى المحكى عن ابن الجنيده من أن جدار البيت بينهما، لأن حاجتهما إليه واحده، بخلاف جدران الغرفه، إذ لا تعلق لصاحب البيت

به، إلا كونه موضوعا على ملكه، وإن ارتضاه في المختلف، بل في المسالك هو قول جيد، إلا أنك عرفت قوه اشتراك الجميع في اليد من كل

منهما، اللهم إلا أن يدعى استقلال اليد عرفا منهما على كل منهما، خصوصا في جدار الغرفة المتفق على اختصاص يد صاحبها حتى من ابن الجنيدي كالسقف الأعلى، و أن ما ذكرناه ليس من الأماره على اشتراك اليد في العاده فيتجه حينئذ قول المشهور، و لو تنازعا في السقف قيل: و القائل الشيخ فيما حكى عنه إن حلفا قضى به لهما و كذا إن نكلا و إلا اختص بالحالف منهما على نحو ما سمعته في التنازع في الجدار و شبهه الذي يدهما معا عليه و قواه في الدروس قال: «و في المبسوط يقسم بعد التحالف، و القرعه أحوط»، و تردد في الخلاف بين القرعه و التحالف، و قيل و القائل ابنا الجنيدي و إدريس لصاحب العلو و مال إليه في المسالك بل اختاره في جامع المقاصد، بل عن الفاضل ترجيحه في كثير من كتبه، لأن الغرفة انما تتحقق بالسقف الحامل، لأنه أرضها و البيت قد يكون بغير سقف، و هما متصادقان على أن هنا غرفه فلا بد من تحققها، و لأن تصرفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفلى، و إن كان هما معا كما ترى.

نعم قد يقال: ان اليد مختصه به، دون الأسفل، لأن سكونه تحته ليس يدا عليه، و ان كان هو محلا للنظر أيضا باعتبار صدق التصرف به بالتصرف في البيت الذي هو من أجزائه، بل فيما تسمعه من القواعد احتمال اختصاصه به، باعتبار أن الغرفة على البيت، فلا يتحقق الا بعده، و البيت لا يتم الا بالسقف، و ان كان هو واضح الضعف أيضا، فالأقوى الاشتراك بينهما على الوجه الذي تقدم.

و قيل: و القائل الشيخ كما في المسالك يقرع بينهما و هو حسن عند المصنف،<sup>(١)</sup>

«لأنها لكل أمر مشتبه»

و فيه: أنه لا اشتباه بعد اقتضاء اليد الاشتراك بينهما، و في المسالك «و ربما منع الاشتباه هنا، لأن رجحان أحد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبه إلى الحكم» هذا و في القواعد «أما السقف فإن لم يكن

١-١ الوسائل الباب-١٣- من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى الحديث ١١ لكن فيه كل مجهول ففيه القرعه الى آخره.

احدائه بعد بناء العلو كالأزج الذى لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده فى العلو، فهو لصاحب السفلى، لاتصاله ببنائه، و ان كان بحيث يمكن احدائه كجذع يثقب له فى وسط الجدار و يجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه، فيحتمل - التسويه لأنه أرض لصاحب العلو و سماء لصاحب السفلى، - و اختصاص الأول - و الثانى».

و تبعه على ذلك فى الدروس قال: «و لو لم يمكن إحداث السقف بأن كان أزجا ترصيفا حلف صاحب البيت لاتصاله به» و كذا فى جامع المقاصد و المسالك قال فى الأخير منهما: «و موضع الخلاف السقف الذى يمكن احدائه بعد بناء البيت، أما ما لا يمكن كالأزج الذى لا يعقل احدائه بعد بناء الجدار الأسفل لاحتياجه إلى إخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه، ليكون حاملا للعقد، فيحصل به

الترصيف بين السقف و الجدار، و هو دخول آلات البناء من كل منهما فى الآخر، فإن ذلك دليل على أنه لصاحب السفلى فيقدم قوله بيمينه».

قلت: قد يناقش بأن ذلك لا ينافى وجود يد من صاحب العلو بالتصرف فيه أيضا الممكن أن يكون ذلك بالشراء من صاحب البيت أو غيره، و حينئذ يكون يد كل منهما عليه، فيتجه فيه التحالف على النحو المذكور.

### [المسألة السادسة إذا خرجت أغصان شجره أو عروقتها إلى ملك الجار وجب عطفها إن أمكن و إلا قطعت من حد ملكه ]

المسألة السادسة: إذا خرجت أغصان شجره أو عروقتها إلى ملك الجار، وجب و ثبت له استحقاق عطفها مثلا على مالكةا إن أمكن و إلا - قطعت من حد ملكه، و إن امتنع صاحبها من ذلك عطفها أو قطعها الجار و لا يتوقف على إذن الحاكم فى تفرغ ملكه عما لا - يستحق بقاءه عليه، فضلا عما يكون بقاءه عدوانا، و قاعده «قبح التصرف فى مال الغير لا تأتى فى دفع الظلم أو الضرر عنه، خصوصا مع كون هتك الحرمه من المالك نفسه بالظلم و غيره، و لذا صرح فى محكى التحرير بالوجوب و الإيجاب مع الامتناع، و جعله المختار فى جامع المقاصد.

بل قد يظهر من إطلاق المحكى عن التحرير أن للمالك الإزالة من دون استيذان المالك، كما لو دخلت بهيمه إلى داره أو زرعه، بل صرح به فى جامع المقاصد، لأن إزاله العدوان عليه أمر ثابت له، و توقفه على اذن الغير ضرر، و لانه

لو توقف على اذن المالك لتوقف على اذن الحاكم مع الامتناع، لعدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه، و غير اذن من يقوم مقامه مع التمكّن، و حينئذ فما يظهر من المتن و الدروس و محكى التذكرة من اعتبار اذنه لا- يخلو من نظر، و ربما يقوى التفصيل بين ما كان فيه ضرر بمراعاة اعتبار الإذن منه أو من الحاكم و عدمه، فلا يحتاج إلى الاذن في الأول دون الثانى مراعاة للجمع بين القواعد جميعا.

و على كل حال فما عن التذكرة- من ان مالك الشجره لا يجب عليه إزالتها، و ان جاز لمالك الأرض، لأنه من غير فعله، و يلزمه عدم الإيجاب عليه- مخالف للقواعد الشرعية.

نعم مع إمكان العطف لا- يجوز له القطع، فلو فعله كان ضامنا، لكن هل يضمن جميع ما يقطع أم تفاوت ما بينه و بين المعطوف وجهان كما فى المسالك من التعدى فيضمن و من ان العطف حق له، و ما يفوت به فى حكم التالف شرعا، و لعل الأقوى الأول، كما أنه يقوى وجوب أجره له مع امتناع المالك، و إن لم يستأذن الحاكم، إذا لم ينو التبرع، و لو مضت مده طويله عليها كذلك مع تفريطه، ضمن أجره الأرض و الهواء كما صرح به غير واحد، بل لعله كذلك مع صدق استبقاء المنفعة و إن لم يكن ثم تفريط و لذا صرح غير واحد أيضا بأنه ليس لمالك الأرض إيقاد النار تحت الأغصان لتحرق حيث يجوز القطع لأنه أشد ضررا فلو فعل ضمن ما يتلف بسببه زياده على حقه و هو كذلك.

نعم قد يقال إن له إيقاد النار لمصالحه، كالتنوير و نحوه و إن ادى ذلك إلى تلف الأغصان مع تفريط المالك بعدم العطف مثلا، أو القطع لعموم «تسلط الناس» و لأن إهماله و تفريطه أقوى من انتفاع المالك بماله المؤدى إلى تلف مال الغير فتأمل و فى حكم الشجره الجدار المائل إلى ملك الغير.

و كيف كان ف لو صالحه على إبقائه أى الغصن مثلا فى الهواء لم يصح على تردد ينشأ من عدم جواز افراد الهواء بالصلح تبعا للبيع، و من كونه عقدا مستقلا مع عدم كون ذلك صلحا عن الهواء، بل هو صلح عن منفعه، قائم مقام

الإجاره، لكن لا ريب في أن الأقوى الثاني كما عرفته في نظائره، خلافا للمحكي عن الشيخ.

أما لو صالحه على طرحه على الحائط، جاز بلا خلاف مع تقدير المده و الزيادة أو انتهائها بل قد عرفت جوازه في نظير المسأله، مع التصريح بالتأييد، بل قد عرفت جوازه مع عدم تقدير بالزيادة و لا انتهائها لتحمل الصلح من الجهاله ما لا يتحملة غيره، خلافا لجماعه، فاعتبروا في جوازه الأمرين جميعا، بل في الدروس و غيرها التصريح بعدم جواز التأييد و الله العالم.

**[المسأله السابعه إذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى و لآخر بيوته العليا و تداعيا الدرجه قضى بها لصاحب العلو مع يمينه ]**

### إشاره

المسأله السابعه إذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى، و لآخر بيوته العليا، و تداعيا الدرجه قضى بها لصاحب العلو مع يمينه من حيث كونه صاحب سفلى و علو لاستقلال يد اختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك، و إن كانت موضوعه في الأرض المحكوم بها أيضا لصاحب السفلى باعتبار اقتضاء اليد عليها، اليد على محلها، و يد اختصاص الأسفل على غيرها من الأرض لا يوجب اليد له عليها، كما هو واضح.

نعم في المسالك هذا مع اختلافها في الخزانة تحتها، أما لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب الأسفل كانت الدرجه كالسقف المتوسط بين الأعلى و الأسفل، فيجرى فيها الخلاف السابق، و في الدروس «و لو تنازعا في المرقى و محله فهو للأعلى، و في الخزانة تحته بينهما، و لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب الأسفل فالدرجه كالسقف المتوسط بين الأعلى و الأسفل، فيقضى بها بينهما، و لا عبره بوضع الأسفل آلاته و كيزانه تحتها، ثم إذا ثبت الدرجه للأعلى فهو ذو يد في الأس».

قلت: قد يرجح صاحب السفلى بأنها من بيوته الظاهره في العرف استقلال يد اختصاصه بها لتبعيه الهواء للدار كاستقلال يد اختصاص صاحب العلو عرفا بالأعلى - و من ذلك يظهر لك ما في قول المصنف و لو كان تحت الدرجه خزانة كانا في دعواها سواء و الفاضل في القواعد «و يقضى بالدرجه لصاحب العلو و يتساويان في الخزانة تحتها، إلى آخره - فيقضى بها بينهما بعد التحالف و النكول، لان لكل واحد منهما شاهدا بملكها، باعتبار أن يد الاختصاص لصاحب العلو يقضى بأن مكانها كذلك إذ الهواء كالقرار، كما أن يد الاختصاص للأسفل تقضى بأن الهواء له أيضا لأنه تابع للقرار،

لما عرفت من ظهور يد الاختصاص عرفا بها لذى السفلى المفروض كون البيوت له التى هى من جملتها فى الحقيقة، بل لعل كلامهم فيما تقدم- فى تقديم صاحب السفلى لو كان النزاع فى الجدار الأسفل- شاهد على ذلك، و كأنه مال إليه فى الحدائق، و فى محكى التذكرة احتمال، و احتمال الاختصاص بذى العلو، و لا ريب فى ضعفه.

نعم قد يؤيد الأول بظهور التفاوت بين خزانه الدرج و غيرها من البيوت، باعتبار كونها كالتابع له، و صاحب اليد عليه ذو يد عليها أيضا، و من ذلك مع تصرف صاحب الأسفل حكم المصنف و غيره بالتسوية بينهما، بخلاف بيوت الأسفل، بل هى غير التداعى بين صاحب الغرفه و بين من تحتها. فتأمل جيدا. فإنه لا- يخلو من مصادره اللهم إلا أن يفرض اختلاف الهيئات فى ذلك عرفا هذا.

و قد يشكل كون الدرجة للعالى و كونهما سواء فى دعوى الخزانه و الفرض ان الدرجة من اجزائها، و احتمال كون المراد تسويتها فيما عداها- بقرينه ذكرهم الدرجة للعالى أولا- يدفعها احتمال كون المراد بالأول حيث لا تكون خزانه.

ثم إن المتجه للمصنف استحسان القرعه لو تنازعا فى سقفها كما ذكره فى سقف البيت و لعله لذا فى اللمعه اختار القرعه فى الاختلاف فى الخزانه، كما اختارها فى الاختلاف فى سقف البيت، و بالجمله كلامهم لا يخلو من تشويش، و قد يحتمل كون الدرجة للأعلى و إن كانت سقفا، و الباقي للأسفل، و لكن يقوى كونها كالسقف حيث يكون خزانه، و قد عرفت أن يدهما معا عليه بخلاف الأرض و الجدران.

و فى الروضه «ما فى اللمعه فى القرعه فى الخزانه لما ذكره فى السقف»،- ثم قال:- و يشكل أيضا الحكم فى الدرجة مع اختلافهما فى الخزانه، لأنه إذا قضى بالخزانه لهما، أو حكم بهما للأسفل بوجه تكون الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى و الأسفل، لعين ما ذكر خصوصا مع الحكم بها للأسفل وحده، فينبغى أن يجرى فيها الخلاف، و مرجحه» إلى آخره و ربما كان فيه منافاه فى الجمله لما سمعته فى المسالك فلاحظ و تأمل و الله العالم.

و لو تداعى الصحن الذى وضعت المرقاه فى صدره أى نهايته فى السعه،

و هو آخر خطته في الجبهه المقابله للباب قضى منه بما يسلك فيه إلى العلو بينهما مع التحالف و النكول و ما يخرج عنه لصاحب السفلى لظهور يد صاحب العلو باعتبار افتقاره إلى السلوك في ملك مقدار الممر، و يشاركه فيه للتصرف أيضا صاحب السفلى، و يختص بغيره، لكن في الدروس «و ربما أمكن الاشتراك في العرصه لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستو، و لا يمنع من وضع شىء فيها، و لا من الجلوس قليلا» و فيه: أن مثل هذا التسامح المعتاد لا يقتضى اليد على تمام العرصه كما هو واضح - ثم قال -: و لو كان مرقاه في دهليزه فالأقرب أن لا يشاركه للأسفل للعرصه، إلا أن نقول في السكه المرفوعه باشتراك الفضله بين الجميع، و يؤيده أن العرصه يحيط بها الأعلى كما يحيط بها الأسفل، و لو كان المرقاه في ظهره فاختصاص صاحب السفلى بالعرصه أظهر» و فيه أيضا: أن اشتراك الفضله بعد أن لم يكن لأحد بالخصوص يد عليها - و لا ترجيح، بل قد يرتفق الجميع بها - لا يقتضى الحكم بالاشتراك في الفرض بعد أن لم يكن لدى العلو تصرف في العرصه، و الإحاطه بمجرد لست تصرفا، و الحكم بها للأسفل للتصرف، و ظهور كونها دارا لبيوته، لا للإحاطه، و لذا جزم في الروضه في الفرض بكون العرصه للأسفل كما أنه جزم في الأخير بأنها مع الدهليز للأخير و الله العالم.

### [تمه إذا تنازع راكب الدابه و قابض لجامها قضى للراكب مع يمينه ]

تمه إذا تنازع راكب الدابه و قابض لجامها، قضى للراكب مع يمينه وفاقا للمحكى عن المبسوط لظهور يد الاختصاص له عرفا و قيل و القائل الشيخ أيضا في محكى الخلاف و ابن إدريس في محكى السرائر هما سواء في الدعوى لثبوت يد كل منهما عليهما و زياده تصرف الراكب لم يثبت شرعا كونه مرجحا، و تعريف المدعى و المنكر منطبق عليهما بتفسيراته و لذا كان ذلك خيره ثانى المحققين و الشهيدين، و لكن قد يقال: إن الأول أقوى لما ذكرنا من ظهور العرف في كون يد الاختصاص له خصوصا مع ملاحظه نظائره باعتراف الخصم كتنازع لابس



الثوب و ممسكه و من له حمل على الدابه مع من فى يده زمامها، و غير ذلك أما لو تنازعا ثوبا و فى يد أحدهما أكثره فهما سواء لعدم اقتضاء الأكثرية عرفا الاختصاص و ما وقع من بعضهم- من أنه كمسأله الراكب و القابض، باعتبار أن كلا منهما زياده تصرف لم يثبت كونها مرجحا- كما ترى.

و كذا لو تنازعا عبدا و لأحدهما عليه ثياب مع فرض ثبوت يدهما عليه لأنه لا مدخلية لزياده الملك، فإنه قد يلبسها بغير إذن مالكها أو بالعاريه، فهى حينئذ ليست يدا عرفا، و من هنا يعلم أنه لو فرض أن لأحدهما خاصه عليه يد، و الآخر له ثياب عليه، فالقول حينئذ قول صاحب اليد، كما أنه لو لم يكن لأحدهما خاصه عليه يد إلا الثياب لأحدهما، يكون بينهما أيضا، لما عرفت من عدم كون الثياب يدا لصاحبها.

أما لو تداعيا جملا و لأحدهما عليه حمل و ليس للآخر عليه يد كان الترجيح لدعواه قطعا ضروره ظهور وجود الحمل عليه فى يد الاستقلال به، بل قد يقال بكونه كذلك لو فرض أن للآخر يدا عليه، بقبض الزمام باعتبار ظهور يد الاختصاص فى الحمل كالراكب و القابض فضلا عما لو كانا معا قابضين، و لأحدهما خاصه الحمل، و عن الدروس أنه جعل حكم الراكب و لابس الثوب و ذى الحمل سواء و فى المسالك «هو كذلك»، أى فى اتحاد الحكم فيها أجمع، و إن كان هو عنده الاشتراك، و عند غيره الاختصاص، و قد عرفت تحقيق الحال فى ذلك.

و لو تداعيا غرفه على بيت أحدهما، و بابها إلى غرفه الآخر، كان الرجحان لدعوى صاحب البيت قطعا لكونها فى ملكه الذى هو هواء بيته التابع لقراره، و مجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد يدا عرفا.

نعم لو فرض كونه مع ذلك متصرفا فيها بسكنى و غيره، أمكن تقديمه حينئذ على صاحب البيت، باعتبار أن يده حينئذ فعليه و يد صاحب البيت تبعيه، و الفعلية أقوى و أولى، مع أنه فى المسالك احتمل التساوى أيضا قال: «لثبوت اليد

من الجانبين فى الجملة، و عدم تأثير قوه اليد كما سلف» و فى قواعد الفاضل و مع التصرف اشكال، و إن كان لا يخفى عليك ما فيه.

نعم قد يشكل ذلك بمنافاته للحكم بشركه الخزانة تحت الدرء، مع أن يد صاحبه عليها تبعيه، و يد المتصرف بها فعليه، فلتقدم حينئذ عليها كما ذكرناه سابقا إذ لا فرق فى التبعية بين أن يكون منشؤها لحقوق السفلى بالعلو، أو بالعكس فإن من ملك قرارا ملك هواه، و من ملك شيئا و لو هواه ملك قراره، و الدرء كذلك و الله العالم.

**[كتاب الشركه]****اشاره**

كتاب الشركه بكسر الشين مع إسكان الراء و بفتحها مع كسرهما، بل و إسكانها و النظر فيه يقع فى فصول.

**[الفصل الأول فى أقسامها]**

الأول: فى أقسامها و لكن ينبغى أن يعلم أولاً أن ماهيه الشركه لغه على ما قيل: الاختلاط و الامتزاج شيوعا أو مجاوره، و شرعا اجتماع حقوق الملاك، فى الشىء الواحد على سبيل الشيع فالأول بمنزله الجنس الشامل للاجتماع مع التمييز فى مكان واحد، و الثانى بمنزله الفصل، فإن المنساق منه الواحد بالشخص لا الواحد بالجنس و لا النوع و لا الصنف. و حيثئذ فلا شركه مع تعدد الشخص نعم المراد بالواحد، فيما هو متعلق الشركه، و إن تعدد، لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور فى كل فرد من أفراد المتعدد.

و فى جامع المقاصد و المسالك أن قيد الشيع لإخراج اجتماع حقوق الملاك فى الشىء الواحد المركب من اجزاء متعدده كالبيت مثلا إذا كان خشبه لواحد، و حائطه لآخر، و أرضه لثالث، فإنه لا شركه لعدم الشيع، و ان صدق اجتماع حقوقهم فى الشىء الواحد و فيه: عدم صدق كونه واحدا بالشخص، إذ هو مجموع أشخاص.

و عن الشهيد فى المحكى عن حواشيه أنه لإخراج اجتماعها فى الشىء الواحد بالشخص على البدل، كمستحق الزكاه و الخمس، و المجتمعين على مسجد أو على معدن أو مباح يتعذر فيه الاجتماع، فإن ذلك اجتماع لا على سبيل الشيع، قال: «فإن قيل: يخرج هذه بقوله «الملاك» قلنا: الملك المراد به الاستحقاق، حذرا من المجاز و الاشتراك».

و أشكله فى جامع المقاصد بأن الملك أخص من الاستحقاق مطلقا، فلو حمل على

معناه الخاص المتعارف، لخرجت هذه الأقسام بالقييد المذكور، و خرج بقيد الشيعاء ما تقدم سابقا- الى أن قال- و فى التعريف نظر لانتقاضه بالشركه فى القصاص و حد القذف و الخيار و الرهن و الشفعة و نحو ذلك، فإنه ليس هناك ملك حقيقى، فلا مالك حقيقه، و قد صرحوا بأن هذا أحد أقسام الشركه الثلاثه».

و كأنه تصدى الى دفع جميع ذلك فى المسالك فقال: «و يمكن أن يكون إنما حاول بحمل الملك على الاستحقاق الذى هو أعم منه إدخال الشركه فى الخيار و نحوه مما لا ملك فيه، فإنه محض استحقاق، فلو حمل الملك على معناه الخاص، لانتقض التعريف فى عكسه إن أريد به المعنى الخاص، و لو جعل مشتركا بينه و بين الاستحقاق أو مجازا فى الاستحقاق، لزم الاشتراك و المجاز فحملة على معنى الاستحقاق العام يدخل الأقسام، و يسلم من محذور المجاز و الاشتراك كما ذكر.

لكن فيه: أن إطلاق الخاص و إرادته العام مجاز غير شائع، يجب صون التعريف عن مثله، و قد يجاب عنه بأن إطلاق الملك على الاستحقاق ليس بمجاز، بل معناه يتبادر من قولك فلان يملك الشفعة على فلان و يملك الحد و نحوه، أو أنه مجاز شائع و إن كان مطلق إطلاق الخاص على العام ليس شائعا، و العبره فى رخصه التعريف إنما هو بالفرد المحتاج إلى استعماله، لا بنوع ذلك الفرد، و هذا هو الظاهر هنا.

و ينبه عليه أن المصنف بلا- فصل ذكر حكم الاشتراك فى الحق المذكور فليس بغافل عن دخوله فى التعريف و حينئذ فالمستعمل هنا إما المجاز المنصوب على إرادته قرينه، أو المشترك اشتراكا معنويا إن جعل ذلك الاستحقاق من أفراد الملك حقيقه، و الاشتراك المعنوى لا يضر دخوله فى التعريف، و لو أبدل الملك فى التعريف بالاستحقاق لسلم من ذلك كله.

قلت: و لعله لذا عرفها فى الإسعاد شرح الإرشاد من كتب العامه بأنها ثبوت الحق فى الشىء الواحد لمتعدد، و لكن قد يقال: بعد الإغضاء عما فى قوله ينبغى إلى آخره، أن الشركه فى الحقوق و إن دخلت فى التعريف و لو على إرادته الاستحقاق من الملك، لكن قد ينافى ذلك قيد الشيعاء فيه، فإنه لا شيعاء فى استحقاق كل منهما

الثابت له، فلا محيص حينئذ عن اختصاص التعريف بشركه المال، أو ارتكاب التجوز في الإشاعه على وجه يشمل ذلك.

ثم إنه لا-ريب في ملك الفقراء للزكاه و الساده الخمس، و المسلمين الأرض المفتوحه عنوه، إلا أنه ملك جنس لا تعدد فيه، كى يصدق معه اجتماع حقوق الملاك، و الافراد من حيث الشخص لا ملك لأحد منها، كما أن الأشياء المباحه من معدن و نحوه هي بين الناس على حد سواء، بمعنى أن لكل واحد حيازتها، و السابق منهم أحق من غيره و مع تعدد السابق يقرع، و كذا المسجد و الوقف العام، و إن كان ربما يفرق بينهما، إلا أنه على كل حال لا شركه فيها من حيث الملك، و لا من حيث الحق على سبيل الشركه فى الأموال و الحقوق، و الأمر فى هذا كله سهل.

إنما الكلام فى ملك الكلى فى الصبره مثلا- كالصاع منها، و كملك مأه فى الثلث بالوصيه و نحو ذلك، بناء على عدم تنزيله على الإشاعه مما لا إشكال فى صدق الشركه معه، و لا إشاعه، اللهم الا أن يراد منها عدم التعيين، لا خصوص الثلث و الربع و نحوهما.

و كيف كان ففى المسالك تبعاً لجامع المقاصد «أن للشركه معنيين، بل فى أولهما شرعيين، أحدهما ما ذكره المصنف، و لكنه معنا من المعانى دخوله فى باب الأحكام أولى، ضروره حصول الاجتماع المزبور بعقد و غيره، بل بغيره أكثر، حتى لو تعدى أحدهما و مزج ماله بمال الآخر قهراً بحيث لا يتميزان تحققت الشركه بالمعنى المزبور به، و ثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشىء الواحد على سبيل الشيعاء فيه، و لا يدخل فيه المستحقون للإرث و نحوه، و هذا هو المعنى الذى به تندرج الشركه فى جملة العقود، و يلحقها الحكم بالصحه و البطلان، و اليه يشير المصنف فيما بعد بقوله قيل: تبطل الشركه، أعنى الشرط و التصرف، و قيل: يصح، و لقد كان على المصنف أن يقدم تعريفها على ما ذكره، لأنها المقصود بالذات هنا، أو ينبه عليهما معا على وجه يزيل الالتباس عن حقيقتهما و أحكامهما، و فى القواعد و غيرها كفايه اشتر كنا فى العقد المزبور.

لكن فى الحدائق «لا يخفى على من تأمل الأخبار عدم معنى للشركه إلا الأول

الذى ذكره المصنف، و الفاضل، و الشهيد فى اللمعه، و أما المعنى الثانى فلا يشم له رائحه منها»- إلى أن قال- بعد أن حكى عن بعضهم أنها عقد جائز: «لا عقد هنا بالكليه، و لا عاقد، و إنما الشركه اجتماع الأموال على الوجه المذكور، فلا معنى لوصفه بالجواز نعم البقاء على حكمها أمر جائز، بمعنى أنه لا يجب عليه الصبر على الشركه بل يجوز رفعها و أخذ حصته، و بعد هذا الاجتماع لا يصح لأحد الشركاء التصرف فيها إلا بإذن الباقين، المدلول عليها باللفظ الصريح، أو الظاهر أو غيره من القرائن كغير المقام مما يعتبر فيه الاذن».

قلت: قد يؤيد ذلك أيضا ظاهر كلام المصنف و اللمعه و غيرهما مما لم يتعرض فيها لكونها عقدا، بل فى جامع المقاصد عن فخر المحققين و أول الشهيدين تنزيل قول الفاضل - «و قيل: تبطل إلا- أن يشترط الزيادة للعامل»- على إرادته بطلان الاذن، لا عقد الشركه، و رد ذلك كله فى الرياض تبعا لجامع المقاصد و غيره بالإجماع، و بأن الأصل حرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه، فيقتصر فيها على القدر المتيقن، و هو ما دل عليها صريحا من الجانبين كما نبه عليه فى التذكرة، و عليه يصح إطلاق العقد عليه و أما الإكتفاء فيها بمجرد القرائن الداله عليها و الألفاظ الغير الصريحه فيها فلا دليل عليه، و على فرض وجوده كما يدعى من ظاهر النصوص مع عدم دلالة عليه أصلا فلا ريب فى مغايره هذا المعنى للأول أيضا، لحصول الأول بامتزاج المالكين قهرا من دون رضا المتشاركين و هو غير الامتزاج مع الرضا به، و بالتصرف فى المالكين مطلقا أو مقيدا على حسب ما يشترطانه، فإنكاره رأسا فاسد جدا، و لا ينافى التغاير دخول الثانى فى الأول دخول الخاص فى العام، فإنه من أفراد، لمغايرتهما فى الجملة قطعا، و هو كاف فى أفراد الخاص عن العام فى الإطلاق إلى غير ذلك من الكلمات، خصوصا التذكرة و خصوصا ما فى بعض كتب العامه إلا أنها جميعها من غرائب الكلام.

أما ما فى الحدائق من إنكار عقد الشركه رأسا فهو واضح الفساد، بل يمكن دعوى إجماع الخاصه و العامه على خلافه، كما أن دعوى كون عقدها ما دل على جواز التصرف من كل منهما، أو من أحدهما واضح الفساد أيضا، ضروره عدم مدخليه

ذلك في الشركة بوجه من الوجوه، بل هو داخل في قسم الوكاله، وقد اعترف به في التذكرة، قال فيها «الشركة قد تقع بالاختيار، وقد تقع بالإجبار، و كلامنا في الأولى و هي قد تحصل بمزج المالين بالاختيار من غير لفظ، فلو امتزج المالين برضاهما حصل الشركة الاختيارية، و إن لم يكن هنا لفظ، و أما التصرف بالإذن فيه و المنع منه فذاك حكم زائد على مفهوم الشركة».

و من ذلك و غيره يعلم التشويش في كلامه و كلام غيره أيضا، فكان السبب الذي أوقعهم في الوهم هو دعوى حصول الشركة بالمزج القهري، فمع فرض اعتبار الامتزاج في شركة العنان لم يكن معنى لعقدها حينئذ، ضروره حصولها بالمزج المزبور، المفيد لذلك مع القهر، و عدم القصد به إليها، فضلا عما لو قصدت به اختيارا، فلم يكن حينئذ معنى لعقدها إلا جواز التصرف، خصوصا مع ملاحظه الشركة الاكتسابية التي هي من أقسام التجاره المبنية على العمل، من الشريكين، أو من أحدهما التي قد وردت النصوص بها، و فيمن ينبغي أن يشارك و أن لا يشارك، و غير ذلك من أحكامها، و لعله لذا اكتفوا في صيغتها بقول اشتركتنا، باعتبار امتناع أن يراد بإنشائه حصولها بدون مزج، و لا- المزج الذي لا- يحصل باللفظ، فتعين أن يكون معناه جواز التصرف، و إلا لم يكن له معنى أصلا كما صرح بذلك في جامع المقاصد، إلا أنه لا يخفى عليك ما في ذلك، إذ لا دلالة في قول اشتركتنا على الاذن بوجه من الوجوه، كما أنه لا حاجه في حصول الإذن منهما أو من أحدهما إلى عقد و ليس من مقومات الشركة حصولها، إذ يمكن اشتراكهما في المال مع الإذن في العمل لثالث، بل يمكن إرادته الشركة من دون عمل أصلا، لغرض من الأغراض.

فالتحقيق أن يقال حينئذ بعد الإجماع على كونها عقدا: أن قول اشتركتنا لإنشاء تحقيقها و صيروره كل من المالين بينهما على الإشاعه، إلا أنه يشترط في صحه ذلك تحقق المزج بعده إن لم يكن، فهو حينئذ شرط كاشف أو ناقل، نحو القبض في الوقف، أو أنه جزء السبب، و متى حصل مزج بقصد إنشاء الشركة من دون قول تحققت، و كانت كالمعاطاه، بناء على جريانها فيها، و إن كان التحقيق خلافا، سيما مع

عدم فرق حينئذ بينها وبين العقد إلا على احتمال الكشف، أما المزج القهري و المجرد عن قصد إرادته إنشاء الشركة فلا يترتب عليه ملك كل منهما الحصه المشاعه في نفس الأمر و إنما يفيد الاشتباه في كل من أجزاء المال، إلا أن الشارع حكم ظاهرا بكونه بينهما من الصلح القهري الذي قد تقدم نظائره، فالفرق حينئذ بين المزج القهري و المزج الإنشائي هو ما ذكرناه، فله حينئذ إيقاع عقد الشركة بعد وقوعه، كى يتبدل الملك ظاهرا بالملك واقعا، بل لو سلم افاده المزج القهري الملك في الواقع على نحو المزج الاختياري كما هو ظاهر كلمات الأصحاب أمكن أن يقال حينئذ أنه لا مانع من صيرورته جزء سبب مثلا، إذا جىء به لإتمام عقد الشركة مثلا، بل و من صيرورته سببا تاما في ذلك إذا قصد الإنشاء به في المعاطاه، و من اتفاق حصول الشركة به قهرا فإنه لا تنافى حينئذ بينهما، و يكفي في العقد تحققه به، لا أنه لا تقع الشركة بغيره، لكن الإنصاف عدم خلو ذلك من نظر بل منع.

و على كل حال بذلك يظهر لك ما في جميع كلماتهم من التشويش و الاضطراب خصوصا التذكيره و جامع المقاصد، و المسالك، و الرياض، و غيرها التي لا يخفى عليك حالها بعد الإحاطه بما ذكرناه، فضلا عما يظهر من المحكى عن ابن الجنيد في المختلف من تحقق الشركة بالقول مع الافتراق من دون مزج، قال: «لو تلف مال أحد الشركاء قبل انعقاد الشركة باختلاط المالين أو بافتراق كان ما تلف من مال صاحبه، و إن كان التلف بعد العقد و الافتراق كان من مالهما جميعا» و هو كما ترى، و من هنا قال في المختلف بعد أن حكى ذلك عنه: «و الأ-جود أن لا-شركه إلا بالامتزاج، و التلف قبله من صاحبه» و مراده في محل القرض فتأمل، و ربما يجىء لذلك أيضا زياده تحقيق في مطاوى البحث.

ثم المال المشترك قد يكون عينا كما هو ظاهر و قد يكون منفعه بالإجاره و الجنس و السكنى قيل: و الوقف، و فيه أنه إن كان على محصورين فالاشتراك بالعين و الا- فلا- اشتراك بل هو حينئذ نحو ما عرفته في حق الزكاه و الخمس، و الطرق العامه، و الطرق النافذه، و قد يكون حقا كالخيار و الشفعه الموروثين مثلا و القصاص و غيرها.



و أما سبب الشركه فى الثلاثه ف قد يكون إرثا كما إذا ورثا مالا أو منفعه أو حقا و قد يكون عقدا فى الثلاثه أيضا كما لو اشترى دارا أو استأجرها أو صالحا عن حق تحجير مثلا و قد يكون مزجا فى العين كما هو واضح، بل و المنفعه فيما لو فرض استيجارهما دراهم للترين مثلا بناء على جوازه لكل دراهم مخصوصه، ثم مزجاها بإرادته الاشتراك فى المنفعه فيتحقق حينئذ اشتراكهما فى المنفعه و قد يشكل ذلك بأصالة عدمها، و إنما هو من الاشتباه لا المزج المعترف فى تحقق الشركه فتأمل.

و قد يكون حيازه بناء على تحققها بشركه الأبدان كما عن الإسكافى أو على فرض نيه كل منهما، بأن ما يحوزه له و لشريكه الموكل له على ذلك، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك، و لكن الأشبه عند المصنف بأصول المذهب و قواعده فى الحيازه، اختصاص كل واحد بما حازه لأصالة عدم دخوله فى ملك الغير حتى مع النيه، لعدم ثبوت قبول مثله النيابة، فضلا عما إذا لم ينو، فإنه لا وجه له الا على جواز شركه الأبدان المعلوم بطلانها عندنا.

و من ذلك يعلم ما فى المسالك «من أنه ينبغى أن يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كل بنيه الوكاله لصاحبه فى تملك نصف ما يحوزه، فإنه حينئذ يتوجه الاشتراك لأن ذلك مما يقبل النيابة» إذ قد عرفت الملك بذلك أيضا عند المصنف.

نعم لو اقتلعا شجره أو اغترفا ماء دفعه بآنيه واحده أو اشتركا فى نصب حباله الصيد المشترك و رمى السهم المثبت له تحققت الشركه (١١) حينئذ فى الجملة قطعا، و فى المسالك «لكن يكون لكل واحد من المجاز بنسبه عمله، و يختلف ذلك بالقوه و الضعف، و لو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص بالصلح، أو تملك كل واحد ما بقى له عند الآخر، بناء على جواز هبه المجهول».

قلت: أو يحكم بالنصف لأصالة عدم زياده أحدهما على الآخر، بل قد يحتمل كونه كذلك مع اختلافهما فى القوه و الضعف لصدق اتحاد فعلهما فى السببيه، و

قوله (١) «من حاز ملك»

و لعدم الدليل على اقتضاء ذلك التفاوت فى المجاز، و إن كان هو منافيا للاعتبار العقلى الذى لا يرجع الى دليل معتبر شرعا فتأمل جيدا و الله العالم.

و كل مالين مزج أحدهما بالآخر بحيث لا يتميزان، تحققت فيهما الشركه اختيارا كان المزج أو اتفاقا مقصودا به الشركه أو لا، بلا خلاف أجده فيه، بل لعل الإجماع بقسميه عليه.

و

فى دعائم الإسلام (٢) «روينا عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام أن رسول الله

صلى الله عليه و آله أجاز الشركه فى الرباع و الأراضين و أشرك رسول الله صلى الله عليه و آله عليا عليه السلام فى هديه، و إذا أراد رجلان أن يشتركا فى الأموال، فأخرج كل منهما مالا مثل مال صاحبه دنانير أو دراهم ثم خلطا ذلك حتى يصير مالا واحدا لا- يتميز بعضها عن بعض على أن يبيعا و يشتريا ما رأياه من أنواع التجارات فما كان فى ذلك من فضل كان بينهما، و ما كان من وضعه كان عليهما بالسواء. فهذه شركه صحيحه لا اختلاف علمناه فيها و ليس لأحدهما أن يبيع و يشتري إلا مع صاحبه، إلا أن يجعل له ذلك»

و إن كان يحتمل بل هو الظاهر أن قوله «و إذا» الى آخره من مصنفها، لا فيما رواه عن جعفر بن محمد عليه السلام، إلا أنه على كل حال فيه شهاده على المزج فى الجملة.

لكن قد عرفت سابقا الفرق بين المزج الاختيارى المقصود فيه الشركه و غيره بالملك مشاعا فى نفس الأمر فى الأول، بخلاف الثانى و إن عومل معاملته فى الاحكام إلا أنه لو فرض اتفاق العلم ببعضه لأحدهما لم يكن للآخر شركه فيه، بل لو فرض بقاء ما ليس هو إلا لأحدهما أمكن حينئذ إتيان القرعه عند القائل بها فى مثله، و قسمته بينهما من الصلح القهرى عند غيره، على نحو ما سمعته فى نظائره فى كتاب الصلح و الله العالم.

و على كل حال فلا خلاف فى أنه يثبت ذلك فى المالىين المتماثلين فى

١- ١ لم نعثر بهذا اللفظ فى أحاديث الخاصه و لا العامه.

٢- ٢ الدعائم ج ٢ ص ٨٥ فصل الشركه.

الجنس و الصفه أى بالمزج الرافع للامتياز بينهما الذى قد عرفت سببته للشركه فلو تخلف أحدهما تحقق الامتياز المنافى للشركه، فلا يكفى حينئذ مزج الحنطه بالشعير و لا الدخن (١) بالسمس، و إن عسر التخلص، و الدراهم بالدنانير، بل و لا الحنطه الحمراء بالبيضاء، و الصغيره الحب بالكبيره و الدراهم الصحيحه بغيرها، و نحو ذلك مما لم يرتفع التمييز فيها بالمزج الذى هو سبب الشركه إذا كان على الوجه المزبور.

سواء كانا أى المالا نأثمانا أى ذهبا و فضه أو عروضاً كالأدهان و غيرها من المائعات بل و الحنطه و الشعير و الذره و السمس و نحوها خلافاً للمحكى عن الشيخ فى المبسوط فممنع من الشركه فى العروض إلا فى المكييل و الموزون و ما عن الإسكافى من إطلاق عدم صحه الشركه إذا كان لكل واحد منهما مباح، إلا أن يتعاضداً بمتاعيهما فيبيع هذا نصف متاعه بنصف متاع هذا، و ان كان يمكن تنزيل كلام الأخير منهما على ما لا يحصل معه الامتزاج الرافع للامتياز.

ثم المراد من عدم التمييز كونه فى الظاهر كذلك لا فى نفس الأمر، فإن الأجسام لا تتداخل فى المائعات، فضلاً عن غيرها لكن فى الرياض بعد ان اعترف بأنه المستفاد من كلمات الأصحاب سيما معقد إجماع التذكرة قال: «و هو مناف لما ذكره فى التعريف من أنها اجتماع حقوق على الإشاعه، فإن الظاهر منها حيث تطلق

أن لا- يفرض جزء إلا- و فيه حق لهما و به صرح الفاضل المقداد فى شرح الكتاب، بل صرح فيه بعدم حصول الشركه بمزج الحنطه و الذره و الدخن و السمس و نحوها بمثلها، بل حصرها فى مثل الأدقه و الأدهان بمثلها و لكن الظاهر عدم استقامه ما ذكره على طريقه الأصحاب، لاتفاقهم فى الظاهر على عدم اشتراط عدم التمييز النفس الأمري مع أن اشتراطه فى نحو الأثمان مخالف لطريقه المسلمين فى الأعصار و الأمصار، لأنهم لا يزالون يتشاركون فيها من زمن النبى صلى الله عليه و آله إلى زماننا هذا من غير نكير

١- ١ الدخن كقفل: حب صغير أملس جدا. أقرب الموارد.

فى صقع من الأصقاع، و عصر من الأعصار، فكان إجماعاً، و قد نبه عليه فى التذكرة بقى الكلام فى التوفيق بين التعريف و ما هنا، و الخطب سهل بعد الإجماع على ما هنا، لعدم الدليل على ما فى التعريف من اعتبار الإشاعه بالمعنى المتقدم، مع احتمال إرادتهم منها هناك عدم التمييز المطلق».

قلت: و فيه أولاً: أن عدم التمييز فى نفس الأمر لا يتم فى الأدهان، و لا فى غيرها كما سمعت.

و ثانياً: أن التعريف للشركة الشرعيه الموجه للملك على الإشاعه التى قد ذكروا أسبابها بعد تعريفها، و لا ريب فى أن المراد منها المعنى الأول، لا عدم التمييز كما هو واضح لا يشتبه على من له أدنى تحصيل، و ما حكاها فى التنقيح لم أجده فيما حضرني من نسخته قال: و الفائده الثانيه الشركة أمر حادث و كل حادث لا بد له من سبب و السبب هنا قد يكون إرثاً، و قد يكون حيازه كما لو اقتلعا شجره أو اغترفا ماء بآنيه و قد يكون مزجا كما إذا مزجت الأجزاء المتساويه المصغره بحيث لا يمتاز جزء عن جزء كالأدقه و الادهان، لا كالحنطه و الذره و الدخن و السمسم، و الدراهم الجدد و العتق، ثم قال: الفائده الثالثه: إنما قيد الاجتماع على وجه الشيعاء، احترازاً عن اجتماع لا يحصل فيه ذلك و المراد فيه بالشيعاء أن لا يفرض جزء الا و فيه حق لهما.

و هو كما ترى أجنبى عما حكاها عنه، ضروره كون مراده عدم تحققها مع التمييز، كمزج الحنطه بالذره، و الدخن بالسمسم، و الدراهم الجديده بالعتيقه، و لذا أفردها و جمع الأدهان و الأدقه، لا بأمثالها التى من ضروره المذهب تحقق الشركة فيها بالامتزاج و أما ما ذكره من تفسير الشيعاء فهو فى محله، لا أنه يريد تماميته فى مثل الدقيق دون غيره كما هو واضح بأدنى تأمل، خصوصاً مع ملاحظه كونه أجل من أن يقع فى هذا الوهم الذى لا ينبغى جوازه على أصاغر الطلبة.

إنما الكلام فى اعتبار المثليه إذا كانت بالمزج فيها كما هو ظاهر المصنف بل قيل: هو صريح قوله أما ما لا مثل له، كالثوب و الخشب و العبد فلا تتحقق فيه

بالمزج، بل قد تحصل بالإرث أو أحد العقود الناقله كالابتياح و الاستيهاب و لعله لأصالة بقاء كل على ملك مالكة، المقتصر فى الخروج عنها على المتيقن الذى هو المزج فى المثليات دون غيرها، لكن فى الرياض بعد أن حكى ذلك عن المصنف هنا قال:

«وفاقا للمبسوط و الإسكافى، إلا- أنه أطلق، و لكن معلوم النسب لا- يقدر خروج بالإجماع، و مع ذلك يضعف بتحقق المزج على الوجه المتقدم فى كثير منها، كالثياب المتعدده المتقاربه الأوصاف، و الخشب كذلك، و نحوهما، فيتحقق الشركه، فإن ضابطها حصول المزج مع عدم الامتياز، و لا خصوصيه للقيمي و المثلى فى ذلك و قد حصل».

و لا يخفى عليك ما فى الثانى من المصادر الواضحه.

نعم لو كان فى الأدله ما يقتضى إطلاق تحققها بالمزج الرافع للامتياز، اتجه حينئذ الاستدلال بإطلاقه، و لكن لم نعثر على ذلك، اللهم إلا- أن يستدل بإطلاق «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»<sup>(١)</sup> المقتضى لتحقيقها فى جميع افراد الشك، أو بإطلاق معقد دعوى الإجماع على ذلك إلا أنا لم نتحققه.

نعم فى التذكرة و أما العروض فعندنا تجوز الشركه فيها مع الشرط المذكور، أى المزج الرافع للامتياز، سواء كانت من ذوات الأمثال، أو من ذوات القيمه، و هو ليس إجماعا صريحا، مع أنك قد سمعت ما حكاه عن الشيخ و الإسكافى، و إن كان قد سمعت كلامهما سابقا، و لو سلم الإجماع على ذلك فليس فى كلام المصنف صراحه فيما ينافيه، خصوصا بعد قوله سابقا «و كل مالين مزج أحدهما بالآخر» إلى آخره

الشامل للقيمي و المثلى، بل قوله أيضا «و تثبت فى المالين المتماثلين فى الجنس و الصفه كذلك» أيضا ضروره صدق ذلك على القيميات، لكن قوله «أما ما لا- مثل له» إلى آخره قد يظهر منه ذلك، إلا- انه من المحتمل إرادته عدم تحققها بالثوب و الخشب و العبد، باعتبار عدم المزج فيها الرافع للامتياز، فهو حينئذ لبيان ما احترز به من اعتبار المزج الرافع للامتياز، على أن مثل هذه لا يتحقق فيها الشركه بمزجها باعتبار عدم

ارتفاع الامتياز بمزجها كما هو واضح. وربما يرمى اليه افراد الثوب و العبد إذ لو كان المراد الثوب فى الثياب و العبد فى العبيد و الخشب فى الأخشاب لناسب التعبير بالجمع.

نعم قد يقال: إن المتيقن من الفتاوى و معاهد الإجماعات فى سبب الشركه المزجيه هو ما يتحقق فيها صدق المزج الرافع للامتياز بسببه، فمتى لم يحصل صدق المزج، كالدور و البساتين و العبد فى العبد و الجمل فى الجمل و الفرس فى الفرس و نحو ذلك، لم تتحقق الشركه المزجيه، إذ هو من الاشتباه- لا الامتراج- الشبيه بالتداخل عرفا كما فى المائعات و ذوات الأجزاء الصغيره من الحبوب و نحوها مع فرض الكثره من الجانبيين، و بالجمله المدار فى حصولها على ذلك من غير فرق بين المثلى و القيمى، كالمصوغات الصغيره مثل حب الذهب و نحوه، ضروره صدق امتراجها على وجه يرتفع الامتياز بينها، بل إن لم يتم إجماع أمكن القول بتحقيق الشركه بامتراج الشخصين المتحددين فى الأوصاف الخارجيه، و ان كانا من جنسين كالقرمز مع بعض الأصباغ المساويه له فى اللون، و العسل و بعض افراد الدبس و نحو ذلك.

و اعتبار بعض اتحاد الجنس و الوصف انما هو للاحتراز عما لا يرتفع بالامتراج امتيازه من مختلفهما، بخلاف محل الفرض، اللهم إلا أن يقال: إن ذلك من متعسر التخلص بالامتراج، كالدهن مع الدبس مثلا، لا مما رفع امتراجه امتيازه، و صيره كالمال المتحد باعتبار اتحاده معه فى الجنس و الصفه، مع أنه أيضا كما ترى للنظر فيه مجال، بل قد يقال بتحققها فى متعذر التخلص أيضا كل على نسبه قيمه ماله كما فى المثليات و القيميات الممتزجه المفروض اختلاف قيمتها على معنى صيروره ذلك المال مشتركا بينهما على نسبه قيمه مالهما، لا أن المشترك بينهما قيمتهما الوهميه دونهما.

و بالجمله كلامهم فى ذلك غير منقح، و قد عرفت ما تقتضيه الأصول و القواعد فى محال الشك.

كما أنه غير خفى عليك فيما لو أراد الشركه فيما لا مثل له و غيره مما لا تتحقق فيه بالامتراج لعدم ارتفاع امتيازه به، باع كل واحد منهما حصته مما فى يده، بحصته مما فى يد الآخر أو وهب كل منهما كذلك، أو باعها بثمان اشترى

الأخرى به منه، أو غير ذلك، بل قد يستفاد من النصوص تحققها في مال اشترى بثمان معين مثلا بقول «شركتك فيه» على معنى اراده نقل نصفه مثلا اليه بنصف الثمن، و بقول «الريح بينى و بينك» فيه، و نحو ذلك.

قال محمد بن مسلم فى الموثق (١) «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة و ليس عنده نقدها، فأتى رجلا من أصحابه، فقال: يا فلان انقد عنى ثمن هذه الدابة و الريح بينى و بينك، فنقد عنه فنفتت الدابة، قال: ثمنها عليهما، لأنه لو كان ربحا لكان بينهما»

و نحوه غيره، و الله العالم.

و لا تصح الشركه بالأعمال كالخياطة و النساجه بلا خلاف معتد به أجد فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر من غير فرق بين اتحاد عملهما و اختلافه، و لا بين كون العمل فى مال مملوك، أو تحصيل مباح من حطب و حشيش و نحوهما، للأصل السالم عن معارضته (٢) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، بعد ما عرفت، و التراضى بما لم يثبت شرعيته غير مجد، و المراد بالتجاره عنه ما ثبتت التكسب به شرعا.

و ما

يحكى (٣) «من شركه سعد بن ابى وقاص، و عبد الله بن مسعود، و عمار بن ياسر فيما يغمونه،

فأتى سعد بأسيرين و لم يأتيا بشىء فأقرهم النبى صلى الله عليه و آله و شركهم جميعا»

غير ثابت، مع إمكان أن يكون ذلك يوم بدر الذى غنائه على ما صرح فى التذكرة- للنبى صلى الله عليه و آله، فيمكن أن يكون ذلك منه هبه لهم، بل يمكن غير ذلك أيضا.

و من هنا اتفق أهل الحق على عدم الشركه بذلك عدا ما يحكى عن ابن جنيد منهم مع أن المحكى عنه فى المختلف انه قال: «لو اشترك رجلان بغير رأس مال على أن يشتريا و يبيعا بوجوهما جاز ذلك، و لو اشترك رجلان فكان من عند أحدهما بذر

١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ٢.

٢- ٢ سورة المائدة الآية- ١.

٣- ٣ سنن البيهقى ج ٦ ص ٧٩.

و بقر، و على الآخر العمل و الخراج كانت الشركه جائزه بينهما و لو اشترك رجلان على أن يعملوا عملا لكل واحد منهما فيه عمل منفردا، و أن تكون أيديهما جميعا فى العمل و تقسم الأجره بينهما لم أجز ذلك، لأن الأجره عوض عن عمل فإذا لم يتميز مقدار عمل كل واحد منهما لم آمن أن يلحق أحدهما غبن أو أن يأخذ ما لا يستحقه، و إن تشاركا الفضل و تحالا، أو تضمن أحدهما بالعمل ثم قسمه على الآخر من غير شركه جاز ذلك».

و هو كما ترى صريح فى عدم الجواز، لكن فى المختلف بعد أن حكى ذلك عنه قال: «و الوجه البطلان، لنا إجماع الفرقه و خلاف ابن الجنيّد غير معتد به لانقراضه بحصول الاتفاق بعده، و لأن الأصل عدم الشركه و بقاء حق كل واحد عليه، و لانه غرر عظيم، و لأن الشركه عقد شرعى، فيقف على الاذن فيه، و يمكن أن يريد ما ذكره أولا من شركه الوجوه، و لكن قد يقال: إنه يمكن صحه ما ذكره بالتوكيل من كل منهما على الابتياح و البيع، كما أن ما ذكره ثانيا يمكن كونه من باب المزارعه، و حينئذ فلا يكون خلاف منه، بل تتفق كلمه أهل الحق على البطلان، و إن اشتهر نقل ذلك عنه، بل المعروف فى الحكايه عن الشافعى موافقته على ذلك، و إنما المخالف أبو حنيفه، و مالك، و ابن حنبل على اختلاف فيما بينهم أيضا فى تعيين الجائر من ذلك، و حيث كان الجميع عندنا باطلا، لم تكن ثم فائده يعتد بها فى التعرض الى ذلك، و حينئذ فيختص كل منهما بما اكتسبه، و لا يشاركه الآخر فيه نعم، لو عملا معا لواحد مثلا بأجره، و دفع إليهما شيئا واحدا عوضا عن أجرتهما التى وقعت فى عقد استيجارهما على العمل دفعه تحققت الشركه حينئذ فى ذلك الشىء إلا انها ليست من شركه الاعمال، بل هى من شركه الأموال نحو ما لو آجر كل منهما نفسه منفردا، ثم أدى المستأجر إليهما مالا مشتركا، فإن الشركه فى المال خاصه قطعا، و حينئذ فلا إشكال فى جوازها من غير فرق بين اختلاف عملهما و اتفاقه، و لا بين علمهما بنسبه أحد العاملين إلى الآخر و عدمه، لأن الاعتبار فى الصفقه بالعلم بعوض المجموع لا الأجزاء، و اجره المجموع هنا



معلومه، فيقسم عليهما على نسبه العمل، بأن ينسب أجره مثل عمل أحدهما إلى أجره مثل العملين و يؤخذ من المسمى بتلك النسبه، و مع الجهل بالنسبه يحتمل التساوى و الصلح كالمالين الممتزجين المجهول قدر كل منهما و الله العالم.

و لا تصح أيضا الشركه بالوجوه المفسره فى الأشهر باشتراك وجهين، لا مال لهما بعقد لفظى، على أن ما يتاعه كل واحد منهما يكون بينهما، فيتاعان و يبيعان، و يؤديان الأثمان، و ما فضل فهو لهما، و قيل: أن يتاع و جيه فى الذمه، و يفوض بيعه إلى خامل و يشترطا أن يكون الربح بينهما، و قيل: أن يشترك و جيه لا- مال له، و خامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه، و المال من الخامل، و يكون المال فى يده لا يسلمه إلى الوجيه، و الربح بينهما، و قيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزياده ربح ليكون بعض الربح له.

و لا- شركه عندنا فى المفاوضه التى هى اشتراك شخصين فيما يغنمان به من ربح، و إرث، و لقطه، و ركاز، و غير ذلك، و يغرمان من أرش جنايه و ضمان غصب، و قيمه متلف، و غير ذلك مطلقا، فهما كما عن بعض أو باستثناء قوت اليوم، و ثياب البدن و الخادم و بذل الخلع و الصداق و الجنايه على الحر، لعدم الدليل عليها عندنا، بل الإجماع بقسميه على فسادها، كالشركه بالمعنيين الأولين.

و إنما تصح عندنا بالأموال بلا خلاف فيه، بلا الإجماع بقسميه أيضا على الصحه فيها، و هى المسماه بشركه العنان، من عنان الدابه، أو من «عن» إذا ظهر، أو من «المعانه» بمعنى المعاوضه، لإمكان تقرير وجه المناسبه فى الجميع، و الأمر فيه سهل و إن أطنبوا فيه، لكن لا ثمره معتد بها فيه.

إنما الكلام فيما فى المسالك. فإنه بعد أن ذكر تفسيرات شركه الوجوه قال:

«و الكل عندنا باطل، خلافا لابن الجنيد، فإنه جوزها بالمعنى الأول و لأبى حنيفه مطلقا و حيثئذ فإذا أذن أحدهما للآخر فى الشراء فاشترى لهما وقع الشراء لهما، فكانا شريكين، لأنه بمنزله التوكيل، و قد اشترى بأذنه فيشترط شروط الوكاله، و إذا كان المال لأحدهما و باع الآخر سواء كان خاملا أو لا، صح البيع بوكاله المالك،

و للمباشرة أجره المثل لعمله، ولا شيء له في الربح.

و كأنه أخذ ذلك مما في جامع المقاصد قال: «و أما شركة الوجوه فإن أحدهما إذا اشترى من دون توكيل الآخر له أو مع قصد اختصاصه به، فلا- حق للآخر في الربح، و إن وكله فاشترى لهما فقد تحققت شركة العنان» كما أنه قبل ذلك بعد أن ذكر الإجماع على بطلان ما عدا شركة العنان من الأقسام الثلاثة، قال:

«و المراد ببطلانها عدم ترتب آثارها عليها، أما شركة الأبدان فلأنهما إن عملا كان لكل منهما أجره عمله إن تميزا، قليله كانت أو كثيره، و مع الاشتباه فسيأتي أن الأصح الصلح، و إن كان مع ذلك فيه معنى شركة العنان لامتزاج المالين، و إن عمل أحدهما فلا- شيء للآخر في أجره عمله، و أما شركة المفاوضه فلأن كل ما انفرد به أحد الشريكين من تجدد مال أو ثبوت غرم، فهو مختص به، و لو كان في مال أحدهما المجدد من جنسه مال للآخر فسدت شركة المفاوضه، و انقلبت إلى شركة العنان».

قلت: محل البحث بين الأصحاب و من أجاز ذلك من العامه مشروعيه عقد شركة على أحد الوجوه الثلاثة على حسب شركة العنان و عدمه، و اتفاق مصداق من مصاديقها مع مصداق الوكالة لا يقضى بجوازها مع فرض عدم قصد الوكالة، و عدم ارادتها، و إنما المراد عقد شركة على هذا الوجه الذي يصح أن يكون موردا للوكالة لو قصدت به.

و من ذلك يظهر لك ما في المحكى عن الأردبيلي، فإنه بعد أن حكى عن التذكرة بطلان شركة الأبدان عندنا، سواء اتفق عملهما أو اختلف، و سواء كانت الصنعه البدنيه في مال مملوك، أو في تحصيل مباح كالاصطياد و الاحتشاش قال:

«و لا- يظهر دليل على عدم الجواز سوى الإجماع، فإن كان فهو، و الا فلا مانع، فإنه يرجع إلى الوكالة في بعض الأمور و تمليك مال في البعض الآخر، و بذل نفس و عمل في مقابله عوض، و لا مانع منه في العقل و الشرع، و لهذا جوز بعض أقسامها بعض العامه»- ثم نقل عنه أيضا- «أن شركة المفاوضه عندنا باطله، و ليس لها أصل

و به قال الشافعى و مالك «ثم نقل عنه أيضا فى شركه الوجوه انها عندنا باطله و به قال الشافعى و مالك ثم قال: «و البحث فيها مثل ما تقدم فتأمل».

و فيه ما لا يخفى عليك من الخروج عن محل النزاع إذا فرض كون المقصود لهما المعنى الصحيح و إن سموه باسم الفاسد، و من البطلان إذا أراد تأثير عقد الشركه الذى أوقعاه ذلك، و إن اتفق فى بعض الأحوال اتحاد مصداقه مع مصداق مفهوم الصحيح الذى لم يكن مقصودا لهما، بل به يظهر فساد ما وقع من جوازها من العامه معللا برجوعها إلى الوكاله، أو نحوها مما هو صحيح، إذ قد عرفت حقيقه الحال و الله العالم.

و يتساوى الشريكان فى الربح و الخسران مع تساويه أى المشترك بينهما بأن كان لكل منهما نصفه، و لو كان لأحدهما زياده، كان له من الربح بقدر رأس ماله، و كذا عليه من الخساره بلا خلاف فى شىء من ذلك، مع اتفاقهما فى العمل، أو اختلافهما فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، و السنه مستفيضه أو متواتره فيه، مضافا الى اقتضاء أصول المذهب و قواعده فى المشاع ذلك، بل هو مقتضى الأصول العقلية أيضا.

و ما عن بعض العامه من منع الشركه مع عدم استواء المالىن فى القدر، و فرض اتفاقهما فى العمل، قياسا على ما لو اختلفا فى الربح و اتفقا فى المال - مدفوع بأن المعتبر فى الربح المال، و العمل تابع، فلا يضر اختلافه، كما يجوز مع استوائهما فى المال عند الكل و إن عمل أحدهما أكثر.

إنما الكلام فيما لو شرط لأحدهما فى عقد الشركه زياده فى الربح مع تساوى المالىن أو التساوى فى الربح و الخسران مع تفاوت المالىن مع عدم مقابله ذلك بعمل و قيل و القائل الشيخ، و ابنا إدريس، و زهره، و القاضى، و جماعه، بل عن السيد منهم الإجماع عليه كما عن ابن إدريس نسبه إلى الأكثر تبطل الشركه أعنى الشرط و التصرف الموقوف عليه، و يأخذ كل واحد منهما ربح ماله، و لكل منهما أجره مثل عمله، بعد وضع ما قابل عمله فى ماله، و قيل: و القائل المرتضى و الفاضل، و والده و ولده تصح الشركه و الشرط بل عن الأول منهم دعوى الإجماع

عليه، وقيل: والقائل أبو الصلاح في المحكى عنه تصح الشركه دون الشرط الذى هو إنما يفيد الإباحه لها لا ملكها، فيجوز الرجوع فيها ما دامت عينها باقيه.

و الأول أظهر عند المصنف و جماعه ممن تأخر عنه، لأنه أكل مال بالباطل، باعتبار عدم مقابله الزيادة لعوض، لكون الفرض انها ليست فى مقابل عمل، و لا وقع اشتراطها فى عقد معاوضه، لتضم احد العوضين و لا اقتضى تملكها عقد هبه، و الأسباب المثمره للملك معدوده، و ليس هذا أحدها، و لا هو إباحه للزيادة إذ المشروط تملكها بحيث يستحقها المشروط له، فيكون اشتراطها اشتراطاً لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك، كما لو دفع إليه دابه ليحمل عليها و الحاصل لهما فيكون باطلاً، فيبطل العقد المتضمن له، إذ لم يقع التراضى بالشركه و الإذن فى التصرف إلا على ذلك التقدير، فلا يندرج فى قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»، و لا فى

قوله عليه السلام «المؤمنون عند شروطهم»

خصوصاً مع الجواز فى عقد الشركه المنافى للزوم المستفاد من الآيه و الروايه و أما عدم اندراجها فى قوله تعالى «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» فظاهر إذ الشركه ليست من التجاره فى شىء إذ هى مقابله مال بمال، و هذا الشرط ليس تجاره أيضاً، لعدم تضمينه معاوضه و مجرد التراضى غير كاف فى الزوم، بل غايته الإباحه، و لا كلام فى الجواز بها، و لكنه غير مفروض المسأله لعدم استناده إلى عقد الشركه، و مع ذلك الإباحه فى صورته جهلهما بفساد الشرط محل مناقشه بل منع.

نعم لو شرط ذلك للعامل تحققت التجاره حينئذ، لأن العمل مال، فهو فى معنى القراض كما نبه عليه المصنف بقوله هذا إذا عملاً فى المال، أما لو كان العامل أحدهما، و شرطت الزيادة للعامل صح، و كان بالقراض أشبه بل لا خلاف فيه بينهم على ما اعترف به جماعه، بل و لا فى جوازه مع العمل منهما أيضاً و شرطت الزيادة لمن زاد عمله على الآخر،- و إن كان ظاهر العبارة يوهم خلافه.

و بذلك كله ظهر لك دليل القولين الأخيرين و فساده، حتى الإجماع المحكى للثانى منهما المعارض بإجماع ابن زهره المعتضد بالنسبه إلى الأكثر و بما سمعت، و لكن مع ذلك للنظر فى جميع ما عرفت مجال، و ذلك لأن الاتفاق على الجواز

في الصورتين المزبورين ليس هو الاشتراط المزبور إذ ليس ذلك قراضاً قطعاً لعدم قصده أولاً و عدم تماميته في الصورة الثانية منهما ثانياً و عدم اعتبار ما يعتبر في القراض من كونه نقداً في الصحة هنا ثالثاً فليس حينئذٍ إلا الشرط المزبور و هو كما أنه قابل للتملك في مقابله العمل أو زيادته قابل للتملك مجاناً، المتحقق شرعاً بالهبة و غيرها، فلا يكون الأكل به حينئذٍ أكلاً بالباطل بل هو بالسبب الصحيح الشرعي الذي هو الشرط و أحد الأسباب المملكة.

و دعوى- كونه في مثل هذا العقد الذي مفاده الإذن خاصة لا يفيد ملكاً، إذ هو كعقد العارية- يدفعها أنه كذلك مع اشتراطها للعامل خاصة كما أن دعوى كون عقد الشركة من الجائز، فلا تشمل الآيه و لا الروايه مشترك الإلزام مبنى أيضاً على أن المراد من عقدها المشترط فيه ذلك إنما هو العقد المشتمل على الإذن في التصرف لا عقد إنشاء الشركة الذي قدمناه سابقاً، فإنه لازم لا- ينافيه بطلان الشركة بالقسمه كما لا ينافي لزوم البيع الإقالة، و أما منع كونه تجاره عن تراض بمعنى تكسب و لو لأحدهما بالطريق المزبور فواضح المنع، هذا.

مع أنه قد يقال في صورته تساويهما في العمل و شرطت الزيادة لأحدهما، و اختلافهما و شرطت لأدناهما، بالصحة، بناء على ما ذكره، لمقابلتها حينئذٍ بالعمل ممن اشترطت له، و أما الآخر فهو متبرع بعمله لم يرد في مقابلته شيء، إذ لا امتناع في أن يعمل أحدهما بعوض و الآخر بلا عوض.

هذا كله مماشاه مع الخصم، و إلا فالمتجه الصحة مطلقاً، حتى إذا لم يعمل، بل نمت المال في نفسه، فما في القواعد من اشتراط الصحة بذلك قال «و لو شرط التفاوت مع تساوى المالين أو التساوى مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملاً أو أحدهما سواء شرطت الزيادة له أو للآخر» في غير محله، ضروره انحصار السبب في استحقاق الزيادة فيما فرضه بالشرط المتحقق في الصورتين كما هو واضح، و بذلك كله ظهر لك ما في كلام جملة من الأصحاب كالكركي و ثاني الشهيدين و أتباعهما فلاحظ و تأمل.

مضافا إلى ما عساه يستفاد من بعض النصوص (١) المتقدمة في كتاب الصلح الداله على جواز اشتراط رأس المال لأحد الشريكين، و للآخر الربح و عليه الخسران التي قد سمعت تفضيل الكلام فيها، و إلى بعض النصوص (٢) المتضمنه للمشاركه فى الجاريه، على أن يكون بعض الشريك شريكا فى الربح دون الخسران، و إن حملها بعض الناس على معنى آخر.

بقى الكلام فيما ذكره المصنف و غيره من قسمه الربح على المالين، بناء على البطلان، إذ هو غير تام بناء على اقتضاء بطلان عقد الشركه بمعنى الاذن، لصيروره التصرف حينئذ فضوليا

فلا- ربح، نعم هو كذلك مع فرض الإجاره، اللهم إلا أن يراد ربح ما حصل من التصرف من كل منهما فى ماله، و أما الأجره لكل منهما عوض عمله فى المال بنقل و نحوه، فالوجه فيها احترام عمل المسلم، و اقدم المتبرع منهما بزعم صحه العقد فمع فرض بطلانها لم يكن منه تبرع، لكن قد يقال بمنع الأجره مع ذلك لأصالة البراءه.

نعم هو كذلك بالنسبه إلى من شرطت الزيادة له باعتبار صيرورته كالفراض الفاسد، فإن العامل يستحق الأجره فيه، لأن «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» فكذا هنا، أما من لم يشترط لعمله شىء فهو فى حكم المتبرع على تقديرى الصحه و الفساد، اللهم إلا أن يقال ان الشريك كذلك مع فرض صحه عقد الشركه المقتضى لذلك لا مع فساده، إذ هو حينئذ عمل وقع من المسلم لا عوض له بزعم صحه الشركه فمع بيان فسادها يبقى مضمونا على من وصل إليه.

و كشف الحال فى أصل المسأله أن ظاهرهم عدم رجوع أحد منهم على الآخر بأجره عمله مع حصول عقد الشركه منهما، بناء منهم على أن مقتضى عقد الشركه ذلك، بل لعل ظاهرهم ذلك فى صورته وقوع العمل من أحدهما أيضا.

١- ١ الوسائل الباب- ٤- من أبواب أحكام الصلح.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٣- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ٨-.

و إن كان قد يناقش فى أصل اقتضاء عقد الشركه ذلك، بناء على ثبوته بالمعنى المزبور، أما على تقدير عدمه فالمتجه حينئذ ثبوتها، لقاعده احترام عمل المسلم الواقع باذن من عمل له، كما أن المتجه ذلك أيضا لو وقع العمل بزعم صحه عقد الشركه المقتضى لمجانیه العمل، فمع بيان فساده يتجه الأجره، للقاعده المزبوره أيضا، اللهم إلا أن تكون معارضه بقاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» مع إمكان منع ذلك هنا بأن يقال: إن عدم الأجره إنما هو لظهور التبرع منهما، لا أنه من مقتضيات عقد الشركه كى يتجه إتيان القاعده.

نعم قد عرفت النظر فى أصل ثبوت هذا العقد عندنا، فضلا عن دعوى اقتضائه التبرع بذاته، و ربما يؤيده قول المصنف هنا أعنى الشرط و التصرف، كالمحكى عن أول الشهيدين، و فخر المحققين من أن المراد من البطلان هنا بطلان الإذن، لأن الشركه العنانيه الحاصله بالمزج مع العقد لا توصف بالصحه و البطلان، لعدم إمكان وقوعها على وجهين، و إن نظر فيه فى المسالك تبعا لجامع المقاصد بأن الشركه العنانيه بالمعنى الذى ذكرناه أى كونه عقدا ثمرته الإذن فى التصرف و توصف بالصحه و البطلان، بل ليس الغرض من الشركه فى الأموال إلا الشرط المدلول عليه بالصيغه و ما يلزمه اللهم إلا أن يمنع من كون الشركه بمعنى العقد المزبور هى العنانيه كما يظهر من التذكرة أنها مركبه من مزج المالىين و العقد، لكن يشكل بأنها إذا لم تكن شركه فهى أحد الأقسام الأخر لا تفاق الفقهاء على انحصار الشركه الصحيحه فى شركه العنان و انحصار مطلق الشركه فى المذكورات، و غايه ما ينزل أنها تطلق على المعنيين معا لكنها فى الثانى أظهر.

قلت: لكن قد عرفت فيما تقدم فساده، إن لم يكن إجماعا بما لا- مزيد عليه كما أنك قد عرفت هنا وصف الشركه العنانيه بالمعنى الذى ذكرناه بالصحه و الفساد، و أن صحيحها مقتضى للملك على الإشاعه فى نفس الأمر بخلاف فاسدها فإنها إشاعه فى الظاهر لا الواقع فتأمل جيدا.

و إذا اشترك المال بأحد أسبابه السابقه عدا ما كان بالعقد منها بناء على

اقتضائه الإذن لم يجز لأحد الشركاء التصرف فيه إلا- مع إذن الباقيين لحرمه التصرف في مال الغير بغير إذنه، و مجرد اشتراك المال لا- يدل عليها و إن كان بالمزج الاختياري المراد به حصول الشركه فإن حصل الإذن لأحدهم تصرف هو دون الباقيين لحصولها بالنسبه إليه دونهم.

و لكن يقتصر من التصرف على ما أذن له فيه فإن أطلق له الاذن في التصرف جاز، لأن الإطلاق في ذلك غير منافع لعدم الضرر فيه و تصرف كيف شاء من وجوه التجاره و الاسترباح الغالبه المنزل عليها الإطلاق، لكن في جامع المقاصد و المسالك تقييد ذلك بالمصلحه كالوكيل المطلق، فيتصرف حينئذ معها بيع و شراع مرابحه و مساويه، و توليه، و مواضعه، و قبض و اقباض، و حواله و احتيال، و رد بالعيب و نحو ذلك.

نعم يقوى عدم جواز السفر له بالمال، لما فيه من الخطر المانع من الحكم بتناول الاذن له فيه، بل في جامع المقاصد «و كذا لا يجوز مكاتبه عبد الشركه و لا إعتاقه على مال، و لا تزويجه و لا المحاباه بمال الشركه و لا إقراضه، و لا المضاربه و نحوه، لأن ذلك كله ليس من توابع التجاره الغالبه، أى المنزل عليها الإطلاق، نعم لو اقتضت المصلحه شيئاً من ذلك و لم يتيسر استيذان الشريك جاز فعله».

قلت: لاحظ للفقهاء في حصر أنواع التصرف المستفاد من الإطلاق جواز فعلها للمأذون، ضروره الاختلاف في ذلك زماناً و مكاناً و حالاً إنما الكلام في اعتبار المصلحه في الجواز أو يكفي فيه عدم المفسده، و جهان لا يخلو ثانيهما من قوه و فيما ذكره من جواز فعل ما لم يتناوله الإطلاق مع اقتضاء المصلحه، و عدم تيسر اذن الشريك ضروره عدم كفايتها مع فرض عدم تناول الإطلاق، و دعوى شموله لها معها منافية لاعتبار عدم تيسر إذن الشريك ضروره الجواز حينئذ بدونها و إن تيسرت، فالمتجه حينئذ الحكم بفضوليه كل ما لم يشمل الإطلاق، سواء كان فيه مصلحه أو لا، إلا ما يرجع منه إلى حكم الأمين من حيث كونه أميناً و الله العالم.

و لو عين له السفر في جهه، لم يجز له الأخذ في غيرها. أو نوعاً من التجاره



لم يتعد إلى سواها سواء نهاه عن غيرها أم لا لأن عدم الإذن كاف في عدم الجواز لكن لو خالف في جهة السفر ضمن و صحت التجاره، لعدم بطلان الإذن بذلك، اللهم إلا أن يفرض تقييدها به، فيكون فضوليا حينئذ كما أنه لو خالف في نوع التجاره كان كذلك أيضا و يضمن أيضا لو عين غايه للجهه التي قد أذن بالسفر إليها، فتجاوزها في تلك الجهه، الا أن الظاهر كون الضمان فيها و فيما شابه ذلك إنما هو لو تلف بما لم يأذن له فيه، أو بغيره مما تضمن به الأمانه مع التعدى فيها، و لا ينافى ذلك بقاء الإذن في التصرف، أما لو خسر مثلا فيما هو مأذون فيه فلا ضمان على الظاهر، للأصل.

و على كل حال فقد ظهر لك أنه لو أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه، جاز لهما التصرف و ان انفردا لإطلاق الإذن و عدم ما يدل على تقييدها بذلك نعم لو شرطا الاجتماع لم يجز للانفراد الذى لم يؤذن فيه و لو تعدى المتصرف ما حد له ضمن لقاعده اليد و غيرها. من غير فرق فى التعدى بين أن يكون لعدم تناول إطلاق الإذن أو لمخالفه خصوصا ما نص عليه و فى المحدود بين أن يكون نوع التجاره و زمانها و مكانها و غير ذلك.

و لكل من الشركاء الرجوع فى الإذن الذى هو كالتوكيل و المطالبه بالقسمه لأنها غير لازمه على وجه يجب الاستداده عليها، إذ

«الناس مسلطون على أموالهم»

بأنواع التسلط الذى منه إفرازه عن غيره، و فى المسالك جعل ذلك من المصنف إشاره إلى معنى الشركه: فالى الثانيه التى هى العقد بقوله أولا- و لكل» إلى آخره و إلى الأولى التى هى من الاحكام بقوله «و المطالبه» إلى آخره، و هى غير لازمه بمعنيها، ثم قال: «و الأنسب فى قوله «غير لازمه» أن يكون إشاره إلى الثانيه لأن الموصوف بالجواز و اللزوم هو العقد».

قلت: لا- يخفى على كل ناظر لكلام المصنف و غيره ممن ذكر نحو ذلك أنه لا شركه عنده بالمعنى الذى أثبتها هو، ضروره صراحه كلامهم فى أن ذلك كله من أحكام الأذن التى هى ليست من العقود قطاعا، نحو الإذن فى دخول الدار، و أكل الطعام، بل لو جعلت عقدا فليست إلا و كاله لا شركه، نعم بناء على ما ذكرنا من العقديه

يراد بجوازها عدم وجوب الاستداه عليها و ابطال كونها شركة بالقسمه كما هو واضح.

هذا، و لكن ينبغي أن يعلم أنه بناء على ثبوت عقد الشركة للإذن في التصرف يتجه انفساخه بقول أحدهما: فسخت الشركة، لأنه عقد جائز فيرتفع العقد حينئذ من أصله بذلك، بخلاف ما لو قال أحدهما للآخر: عزلتك، فإنها لا تنفسخ بذلك، و إن اعزل المعزول بذلك، إلا- أن العازل يبقى على الاذن له في التصرف، لاشتمال الشركة على ما هو كالكالتين، و وقوع العزل عن أحدهما لا يقتضى العزل من الأخرى.

و لعله إلى ذلك أشار في التذكرة بالفرق بين قول أحدهما فسخت العقد، و قوله عزلتك، فما وقع عن بعضهم من التأمل زاعما عدم الفرق بينهما في غير محله، و ذلك لوضوح الفرق باعتبار اقتضاء الفسخ رفع العقد من أصله، بخلاف العزل و نحوه الذى هو كالمانع من اقتضاء العقد أثره، و كذا لو وقع المنع عن التصرف لم يحتج إلى عقد جديد للشركة، بخلاف ما لو فسخه فتأمل جيدا و الله العالم.

و ليس لأحدهما المطالبة بإقامه رأس المال، بل يقتسمان العين الموجوده ما لم يتفقا على البيع لعدم تسلط أحدهما على الآخر بالإقامه المزبوره بوجه من الوجوه كما هو واضح و لو شرط التأجيل في الشركة لم يصح على وجه يترتب عليه أثره بحيث يكون لازما و ليس لأحدهما فسخها قبله، بل لكل منهما أن يرجع متى شاء لأنها عقد جائز، فلا يلزم مثل هذا الشرط فيه.

نعم في المسالك «يترتب على الشرط المزبور عدم جواز تصرفهما بعده إلا بإذن مستأنف، لعدم تناول الإذن له، فلشرط الأجل أثر في الجملة».

قلت: كأنه أخذ ذلك مما في المختلف قال: قال الشيخان: الشركة بالتأجيل باطله و الظاهر أن مرادهما ليس البطلان من رأس، بل عدم اللزوم، و لهذا قال المفيد عقيب ذلك: و لكل واحد من الشريكين فراق صاحبه أى وقت شاء و قال أبو الصلاح: و لا تأثير للتأجيل في عقد الشركة و لكل شريك مفارقه شريكه أى وقت شاء، و إن كانت مؤجله، و العبارتان رديتان، و التحقيق أن للتأجيل أثرا و هو منع

كل منهما عن التصرف بعده إلا بإذن مستأنف، و إن لم يكن له مدخل فى الامتناع من الشركه إذ لكل منهما الفسخ قبل الأجل» انتهى.

و لا يخفى عليك أن الأمر كما ذكره فى اشتراط الأجل فى عقد الشركه الذى هو بمعنى الاذن فى التصرف الراجع إلى الوكاله، أما إذا كان اشتراطه فى عقد الشركه على المعنى الذى ذكرناه فلا ريب فى بطلانه، بمعنى عدم الأثر له أصلا إن أريد به الغايه للملك الحاصل بالعقد المزبور، و لا يجب الوفاء به إن أريد به الالتزام ببقائها إليه، لما عرفت من الإجماع على كونها عقدا جائزا بالنسبه إلى فسخها بالقسمه، فلا يلزم الشرط المزبور فيها، و لعل حمل كلام الشيخين و أبى الصلاح بل و المصنف على ذلك أولى، و لو قيل أن بطلانه على المعنى الأول يقتضى بطلان الشركه أيضا قلنا: هو كذلك، و لكن لما كان الامتراج على أى وجه وقع يؤثر الشركه و لو فى الظاهر، لم يكن للحكم ببطلانها وجه إلا ما سمعته فتأمل جيدا و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال فى أنه لا يضمن الشريك ما تلف من مال الشركه الذى فى يده باذن الشريك من غير تعد و لا تفريط لأنه أمانه و من المعلوم نضا و فتوى أنها لا تضمن إلا مع التعدى أو التفريط فى الاحتفاظ و انه يقبل قوله مع يمينه فى دعوى التلف، سواء ادعى سببا ظاهرا كالغرق و الحرق أو خفيا كالسرقة لإطلاق الأدله خلافا لبعض العامه فأوجب البيه فى الأول.

و كذا من المعلوم أيضا بلا خلاف و لا إشكال أن القول قوله مع يمينه لو ادعى عليه الخيانه أو التفريط لكونه منكرا و البيه على المدعى و اليمين على من أنكر و يبطل الأذن بالجنون و الموت و الإغماء و غيرهما مما تبطل به العقود الجائزه كالحجر لسفه أو فلس و غير ذلك بخلاف أصل الشركه، فإنها لا تبطل بشىء من ذلك، نعم ينتقل أمر القسمه إلى الوارث أو الولي أو غيرهما كما هو واضح.

**[الفصل الثاني فى القسمة]**

الفصل الثانى: فى القسمة و هى تميز الحق لكل شريك من غيره و لا ريب فى أنها أمر برأسه ليست يباع و لا صلحا و لا غيرهما سواء كان فيها رد أو لم يكن كما لا خلاف أجده فيه، بل و لا إشكال، ضروره عدم اعتبار قصد شىء زائد على مفهومها فى صحتها كضروره اختلافها مع البيع و الصلح و غيرهما فى اللوازم و الأحكام المقتضيه لاختلاف الملزومات، و حينئذ فلا شفعه فيها و لا خيار مجلس، و لا بطلان بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه فى البيع و لا غير ذلك، خلافا لبعض العامه نعم هى لا تصح فى غير قسمة الإيجاب إلا باتفاق الشركاء بلا خلاف أيضا و لا إشكال للأصل بل الأصول.

ثم هى بالنسبه إلى الإيجاب عليها مع طلب أحد الشركاء و عدمه تنقسم قسمين فكل ما لا ضرر فى قسمته على أحد الشركاء و لو من جهه الاحتياج إلى رد يجبر الممتنع مع التماس الشريك (١١) أو وليه القسمة (١٢) بلا خلاف أجده فيه أيضا بل الظاهر الاتفاق عليه، و لعله العمده بعد قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر و الضرار، و يكون (١٣) الاقتسام بتعديل السهام (١٤) بالأجزاء إن كانت فى متساويها كيلا- أو وزنا أو زرعاً أو عدا بعدد الأنصباء، أو بالقيمه إن اختلفت كالأرض و الحيوان و القرعه (١٥) بأن يكتب أسماء الشركاء أو السهام كل فى رقعته و تصان و يؤمر من لم يطلع على الحال بإخراج إحداها على اسم أحد المتقاسمين أو أحد السهام، هذا إن اتفقت السهام قدرا، و لو اختلفت قسم على أقل السهام، و جعل لها أول يعينه المتقاسمون، و إلا الحاكم و تكتب أسماؤهم، لا أسماء السهام حدرا من التفریق، فمن خرج اسمه أولا أخذ من الأول، و أكمل نصيبه منها على الترتيب، ثم يخرج الثانى إن كانوا أكثر من اثنين، و هكذا و بذلك تتم القسمة من غير حاجه إلى شىء آخر من رضى بعده و غيره فى قسمة الإيجاب و غيرها، بل و لا فى قسمة الرد إذا

كان القاسم فى الجميع منصوبا، أما إذا كانت من غيره و لو منصوبا منهما، فالمشهور على ما قيل الاحتياج إلى رضى بعد القرعه، خصوصا فى قسمه الرد لاشتمالها على المعاوضه المتوقفه على ما يدل على الرضا بذلك.

وقد يشكل أولاً: بالاكْتفاء بالرضا بالقرعه، و ثانياً: بفحوى الإكتفاء بها فى قسمه الإيجابار، و فيما إذا كان القاسم منصوبا من الإمام، مع أنها فى الجميع كالمعاوضه التى يدعيها الخصم، و ثالثاً بما دل من نصوص القرعه (١) على كونها مميزه للحق، و مشخصه له، و ملزمه به، بل لعل ذلك هو حكمه مشروعيتها، و بذلك يخرج عن أصاله بقاء المال على الإشاعه.

إنما الكلام فى اعتبارها فى القسمة كما عن ظاهر كثير أو الجميع. نعم عن الأردبيلى الاكتفاء بالرضا من الشركاء بأخذ سهم (٢) لعموم تسلط الناس على أموالهم و لأنه من التجاره عن تراض، و أكل مال الغير بطيب نفسه، و فحوى

قوله عليه السلام (٣) «فى رجلين لم يدر كل منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما: لك ما عندك ولى ما عندى، لا بأس إذا تراضيا و طابت أنفسهما»

، ثم قال: و إن لم يكن ملكاً فلا- كلام فى جواز التصرف فيه، تصرف الملاك مثل ما قيل فى المعاطاه و العطايا و الهدايا و التحف و احتمال كونه حراماً لكونه بعقد باطل، عمل المسلمين على خلافه، بل على الملك و تبعه المحدث البحرانى و أنكر العثور على القرعه فى شىء من أخبار القسمة التى ذكرها هنا، و فى كتاب القضاء، بل قال: «ليس المقام فى شىء من موارد نصوص القرعه و إنما غايه ما يدل عليه بعض أخبارها ك

قوله عليه السلام (٤) «ما تنازع قوم ففوضوا أمرهم إلى الله عز و جل إلا خرج منهم المحق»

الرجوع إليها عند التنازع، و أما

١- ١ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى الحديث- ١١- و- ١٨-.

٢- ٢ البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٥- من أبواب أحكام الصلح الحديث- ١-.

٤- ٤ الوسائل الباب- ١٣- من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى الحديث- ١٣-.

مع التراضى فلا أثر فى الأخبار لاعتبارها، و كان الشيخ و من تبعه تبع العامه فيها، و

فيما ذكروه من أحكام القسمة، بل ظاهر جمله من النصوص الاكتفاء بالرضا من دون قرعه ك

خبر غياث (١) «عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام فى رجلين بينهما مال: منه بأيديهما و منه غائب عنهما، فاقسما ما فى أيديهما، و أحال كل واحد منهما نصيبه، فما اقتضى أحدهما فهو بينهما، و ما يذهب منهما»

و مثله خبر الثمالى (٢) عن أبى جعفر عليه السلام و خبر محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما و صحيحا (٤) معاويه بن عمار و عبد الله بن سنان و خبر سليمان بن خالد (٥) فان ظاهر الاقتسام لما فى أيديهما ذلك.

قلت: قد يقال: بمنع صدق الاقتسام شرعا بعد فرض اعتبارها فيه، بناء على ما حكاه عن الأصحاب على المجرد عنها، فلا دلالة حينئذ بما فى النصوص المزبوره على ما ذكره خصوصا بعد تعارف القرعه قديما و حديثا بين المتشرعه فى قسمة الأموال المشتركة.

بل قد يقال: إن تعريف القسمة بأنها تمييز الحقوق بعضها عن بعض يقتضى أن حصه الشريك كلى دائر بين مصاديق متعدده فمع فرض تراضى الشريكين مثلا على قسمة المال نصفين، على أن يكون نصف كل واحد منهما فى النصف المقسوم، احتيج إلى القرعه فى تشخيص كل من النصفين

لكل منهما، فهى حينئذ لإخراج المشته و المتردد، و هو محل القرعه لإشكاله، لا أن القرعه ناقل أو جزء ناقل، لاستحقاق كل من المالىين إلى الآخر.

بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بأن المراد من إشاعه الشركه، دوران حق الشريك بين مصاديقه، لا أن المراد منها ثبوت استحقاق الشريكين فى كل جزء يفرض و إلا- لأشكل تحققها فى الجزء الذى لا يتجزى من المال المشترك، و بذلك يتجه اعتبار القرعه فى القسمة بعد تعديل السهام، و رضى الشريكين مثلا فى تعيين كلى مصادق استحقاقهما بالشخص الخارج، ضروره كونه حينئذ من مواردها بل لا يتحقق الاقتسام بدونها، لعدم كون المدار فيه رضاهما بأن ماله من الحق فيما فى يد شريكه

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ١- و ذيله و ٢ باختلاف يسير.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ١- و ذيله و ٢ باختلاف يسير.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٦- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ١- و ذيله و ٢ باختلاف يسير.

٤- ٤ الوسائل الباب- ٦- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ١- و ذيله و ٢ باختلاف يسير.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٦- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ١- و ذيله و ٢ باختلاف يسير.

هو عوض ما فى يده، كى تكون من قبيل المعاوضات، و إلا لم يعتبر فيها تعديل السهام «لتسلط الناس على أموالها» مع أن فاقده ليس من القسمة شرعا قطعاً، و لأشكال أيضاً قسمة الوقف من الطلق، و إلا لكانت بعض اجزاء الوقف طلقاً، و الطلق وقفاً، على أن هذا الرضا بعد فرض عدم اندراجه فى عقد من العقود المملكة، كيف يكون سبباً لنقل المال إلى الآخر، فضلاً عن لزومه، و ليس فى القسمة عموم أو إطلاق يقتضى ذلك كى يكون حينئذ أمراً مستقلاً برأسها، بخلافه على ما ذكرنا، فإنه غير محتاج إلى شىء من ذلك ضروره الإكتفاء برضاها فى تشخيص المصداق، و القرعه لاستخراج خصوص ما لكل منهما من المصداق المتردد واقعا، فتكشف حينئذ عن كون حقه فى الواقع ذلك، و لو لسبق علم الله تعالى بوقوعها عليه، و لا يحتاج بعد إلى عموم، أو عقد آخر يقتضى الملك أو اللزوم فتأمل جيداً فإنه دقيق نافع.

أو يقال: إن القرعه مشروعه للتعين، كما شرع قبض المستحق من الدين مثلاً كذلك أو يقال: إن ملك الكلى فى الشركه و غيرها يتحقق فى مصداق من مصاديقه فى علم الله تعالى شأنه لعدم تصور حصول صفه الملك بناء على أنها كالصفات الخارجيه فى الكلى الذى لا- وجود له إلا- بوجود أفراد، أو وجوده عين وجود أفراد، ضروره عدم قيام العرض إلا بجوهر، كضروره عدم تحقق الملك فى فرد غير معين فى علم الله تعالى، و ذلك لا ينافى إجراء حكم الشركه ظاهراً على الافراد كما لا ينافى شرعيه القرعه لإخراجه، سواء انطبقت عليه أو لا، إذ هى ميزان من الموازين الشرعيه فى الظاهر.

نعم لو قلنا بأن الملك و الكليه و نحوهما من الأمور التى جعلت عنواناً فى الشرع و ليس لها وجود حقيقه، و لا- مشخصات كذلك، لم يتجه حينئذ ما ذكرناه، و يتعين ما قلناه سابقاً من التعيين بالقرعه و الله العالم.

و مع الإغضاء عن ذلك كله يمكن الإكتفاء بظهور اتفاق الأصحاب على اعتبار القرعه فى القسمة شرعا مؤيداً بتعارف ذلك بين عوام المتشرعه، فضلاً عن خواصهم بل قد عرفت اعتبار الرضا بعد القرعه من بعضهم فى الجملة، و لا أقل من أن تكون

القرعة كالعقد فى اللزوم، و فاقدها كالمعاطاه، نحو ما سمعته من الأردبلى، و أما احتمال عدم اعتبارها أصلا و أن التراضى كاف فى الانتقال و اللزوم، فلا- ينبغى الإصغاء إليه بوجه من الوجوه، هذا كله بناء على ما حكاه عنهم، و إلا- فقد يقال: إن مراد الأصحاب اعتبار القرعة حال عدم التراضى لأنها العدل بينهما؟

أما مع فرض التراضى منهما فلا بأس كما يومى إليه قول المصنف أما لو أراد أحد الشركاء التخيير، فالقسمه جائزه لكن لا يجبر الممتنع عنها ضروره صراحه ذلك فى مشروعيه القسمه بدونها، و أن الفرق بينها و بين الاولى جبر الممتنع عنها دونها، و أصرح منه ما فى اللعنه فى القسمه فى القضاء، «و إذا عدلت السهام و اتفقا على اختصاص كل واحد بسهم، لزم، و إلا أقرع» و فى الروضه فى شرحها «لزم من غير قرعه، لصدق القسمه مع التراضى الموجه لتمييز الحق، و لا- فرق بين قسمه الرد و غيرها، و الا يتفقا على الاختصاص أقرع» و هو صريح فى عدم اعتبارها فى أصل القسمه إلا حال عدم التراضى، و المحدث البحرانى قد صرح باعتبار القرعه حينئذ، و عدمها مع التراضى، و هو عين ما سمعته منهم، فما أدرى أين محل إنكاره.

نعم قد يناقش فى أصل الإكتفاء بالرضا فى اللزوم بما ذكرناه أولا، و تسمع إنشاء الله تمام البحث فى ذلك و غيره فى كتاب القضاء.

بقى الكلام فى الجبر على القسمه و عدمه، و حاصل البحث فيه أنك قد عرفت جبر الممتنع عنها فى كل ما لا ضرر فيها على أحدهما لما سمعت و كل ما فى قسمت ه ضرر عليهما كالجوهر و السيف و العضائد الضيقه قال فى الصحاح:

اعضاد كل شىء ما يشيد حواليه من البناء و غيره كاعضاد الحوض، و هى حجاره تنصب حول شفيره، و كذلك عضادات الباب: و هما خشبتاه من جانبيه.

و على كل حال فما كان نحو ذلك لا يجوز قسمته بمعنى أنه لا يجبر الممتنع عنها، لقاعده نفى الضرر و الضرار، و النهى عن السرف و التبذير، و تلف المال فى غير الفرض الصحيح، لكن فى المتن هنا لا يجوز و لو اتفق الشركاء على القسمه و مقتضاه عدم المشروعيه أصلا و فيه: أنه مناف لقاعده «تسلط الناس على أموالها» و



السفه قد يرتفع بالغرض الصحيح، على أنه هو في كتاب القضاء فسر الضرر المانع من القسمة بنقص القيمة، لا خروج المال عن الانتفاع، ولا ريب في عدم منع المالك من التصرف فيه وإن استلزم نقصاً فاحشاً في المال و أيضاً فالإثم بذلك لا ينافي صحة القسمة شرعاً، كل ذلك مع أنه مناف لما قيل: من وجوب الإجابة فيما لو فرض ضرر القسمة على أحدهما خاصة، و كان الطالب لها المتضرر، قال في الدروس «و لو تضرر أحد الشريكين دون الآخر أجبر غير المتضرر بطلب الآخر دون العكس» لكن قال: «و في المبسوط لا- يجبر أحدهما مما يتضرر الطالب، و هذا حسن إن فسر التضرر بعدم الانتفاع، و إن فسر بنقص القيمة فالأول أحسن» و كأنه لحظ إمكان فرض الغرض الواقع للسفه على تقدير التفسير بالنقص بخلافه على الآخر، ثم إن الظاهر ما صرح به في الدروس و اللمعه و الروضة و غيرها من عدم وجوب الإجابة إلى المهايات أى قسمة المنفعة بالأجزاء، أو بالزمان، كأن يسكن أو يزرع هذا الجزء المعين بل في الأخير سواء كان مما يصح قسمته إجباراً أم لا، و أنه لا يلزم الوفاء بها لو أجاب إليها فيجوز لكل منهما فسخها، و حينئذ فلو استوفى أحدهما ففسخ الآخر أو هو، كان عليه أجره حصه الشريك، و لو رجع بعد استيفاء كل منهما مدته فلا- شىء له، إلا- مع التراضى كما فى كشف اللثام، و ظاهر الجميع خروجها عن حكم المعاطاة، و صيرورتها كالمقاوله الوعديه، إلا أنه لا يخلو من نظر فى الجملة هذا.

لكن قد يقال فيما إذا كانت قسمته ممتنعه: إنه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر و يؤجره عليهما إن كان له أجره، جمعا بين الحقين و صونا للمال عن التلف، و جبرا للضرر كما صرح به فى الدروس، و لعل ذلك من السياسات، بناء على أن للحاكم ذلك و نحوه، و حينئذ لا ينحصر الأمر فى ذلك، فله حينئذ يبعه عليهم، مع كونه مقتضاها، كما عن بعض العامه من كون ذلك وجهاً، أما مع قطع النظر عنها فالمتجه ما صرح به بعضهم من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع، و عدم إمكان القسمة و انتفاء المهايات، لأصلى عدم الوجوب، و عدم صحة البيع عليهم.

و على كل حال فقد ذكروا فى الضرر المانع من الإيجاب على القسمة أقوالاً

ثلاثه: أولها: أنه عباره عن نقصان العين أو القيمه، نقصانا لا يتسامح فيه عاده، لأن فوات الماليه مناط الضرر فى الأموال، فيندرج حينئذ فى قاعده «لا ضرر و لا ضرار» مؤيده بأصالة عدم القسمة الشرعيه السالمه عن معارضه إطلاق أو عموم تقتضيها، و بذلك و غيره ترجح على قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه الطالب له.

ثانيها: أنه عباره عن عدم الانتفاع بالمال أصلا.

ثالثها: عدم الانتفاع به منفردا كما كان ينتفع به مع الشركه، مثل أن يكون بينهما دار صغيره إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعا ضيقا لا ينتفع به فى السكنى، و إن أمكن الانتفاع به فى غير ذلك.

و لا- يخفى عليك ما فى الثانى و الثالث ضروره اقتضاء قاعده نفي الضرر و الضرر الأعم من أولهما، و قاعده وجوب إيصال الحق إلى مستحقه الطالب له ما ينافى ثانيهما، فتعين حينئذ تفسيره بالأول، و لو فرض الضرر على أحدهما بالقسمة، و الآخر بعدمها، فزع إلى الترجيح، و مع فرض التساوى إلى القرعه، هذا كله فى الضرر الناشى من حيث كونها كذلك.

أما الضرر الخارج عنها المترتب على حصولها ففى مساواته للضرر منها و عدمه وجهان، و المتولى للجبر فى مقامه الحاكم، أو أمينه، بل الظاهر قيام العدول هنا مقامه مع تعذره، و لو تعذر الجبر قسم الحاكم، بل لعل ذلك كذلك بمجرد امتناعه، كما ذكرناه فى نظائره بل الظاهر قيام الحاكم مقامه مع غيبته و طلب الشريك القسمة، خصوصا مع تضرره بعدمها، بل ربما احتل أو قيل: بقيام الشريك مقام شريكه بها مع فرض منع ظالم له، و إرادته قبض حقه فينوى الشريك حينئذ القسمة مع الغاصب، و تكون قسمه، لكنه كما ترى. و قد تقدم لنا سابقا البحث فى ذلك.

و كيف كان ف لا يقسم الوقف و إن كان مشتركا بين أربابه، بلا خلاف أجده فيه، لأن الحق ليس بمنحصر فى المتقاسمين و لا ولايه للمتولى على ذلك نعم لو كان الملك الواحد وقفا و طلقا صح قسمته، لأنه تمييز للوقف عن غيره

و ظاهره عدم الفرق فى ذلك بين تعدد الواقف و اتحاده، و تعدد المصرف و اتحاده، كما صرح به فى الدروس قال: «و يجوز قسمه الوقف من الطلق لا الوقف، و إن تعدد الواقف و المصرف» بل فى القواعد «و لا يصح قسمه الوقف لعدم انحصار المستحق فى القاسم، و إن تغاير الواقف اى مع تغاير الموقوف عليه أو بدونه، كأن يقف أحد الشريكين فى هذه البستان حصته على زيد و أولاده و الآخر حصته عليهم أو على عمرو و أولاده».

لكن فى الحدائق الموافقه على ذلك مع اتحاد الموقوف عليه، سواء تعدد الواقف أو اتحد قال: «و أما لو تعدد الواقف و الموقوف عليه بأن كانت الدار مشتركه بين زيد و عمرو نصفين مثلا، فوقف زيد نصفه على ذريته، و عمرو نصفه على ذريته، فإنه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين قسمه هذا الوقف. بأن يميز أحد النصفين عن الآخر، كما يميز الوقف عن الطلق» و قد سبقه إلى ذلك الفاضل فى محكى التحرير قال: «و لو قيل:

بقسمه الوقف بعضه من بعض مطلقا، أمكن إذ قسمه ليست بيعا، و الأقرب عدم جوازها، إذ البطن الثانى يأخذ الوقف عن الواقف، و لا يلزمه ما فعل البطن الأول، و لو تعدد الواقف و الموقوف عليه فالأقرب جواز القسمه» انتهى.

وفيه: أن المانع أيضا متحقق، و هو عدم انحصار الحق فى الحاضرين، و عدم ثبوت ولايه المتولى على المعدومين بالنسبه إلى ذلك، لكن الإنصاف أن ذلك يقتضى عدم جواز قسمه الوقف من الطلق، باعتبار عدم انحصار الحق فى القاسمين مع ذى الطلق و احتمال أن القاسم معه الواقف - مع أن مثله يأتى فى الفرض - يدفعه خروج المال عن ملكه بالوقف، فلا حق له حينئذ كما لو باعه.

فالتحقيق أن الوقف متى كانت قسمته منافيه لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البطون قله و كثره و نحو ذلك لم يجز قسمته، أما إذا لم يكن كذلك كما فى المثال، بل فيما لو اتحد الواقف و تعدد المصرف، مثل ما لو وقف نصف داره على زيد مثلا و ذريته و الآخر على عمرو و ذريته لم يكن بأس فى قسمته، إلا - أن المتولى لها الحاضرون من الموقوف عليهم، و ولى البطون و ليس ذلك مقتضيا لدخول بعض أجزاء كل نصف

فى الآخر و إلا لاقتضى ذلك فى الطلق و الوقف و إنما هى تمييز أو أن نحو ذلك يغتفر فيها، و بذلك يظهر ما فى الذى حكيناه عن الشهيد فى الدروس، و أما إطلاق المصنف و نحوه فىمكن تنزيهه على غير ما سمعته من الصوره بل قد يقال بجواز القسمه فى مقام يجوز البيع، ضروره أولويتها منه، قال فى التحرير «و لو أشرف على الهلاك و اقتضت المصلحه قسمته فالوجه الجواز، كما أجزنا البيع حينئذ» ثم إن الظاهر مشروعيه قسمه الوقف من الطلق، و إن استلزم ردا من الموقوف عليه، لكن هل تكون الأجزاء المقابله للرد وقفا أو ملكا و جهان: أقواهما الثانى.

نعم لو كان الرد عوض وصف كالجوده و الرداءه، اتجه كونه حينئذ وقفا، كما صرح به فى القواعد و غيرها، قال: «و لو كان بعض الملك طلقا صحت قسمته مع الوقف و إن اتحد المالك، و لو تضمنت ردا جاز من صاحب الوقف خاصه، فإن كان فى مقابله الوصف فالجميع وقف و الله العالم و يأتى إنشاء الله الكلام فى غير ذلك من أحكام القسمه، فإن المصنف و غيره قد أطبوا فيها فى كتاب القضاء و الله المؤيد و المسدد.

### [الفصل الثالث فى لواحق هذا الباب و هى مسائل ]

#### إشاره

الفصل الثالث فى لواحق هذا الباب.

و هى مسائل:

#### [المسأله لأولى لو دفع إنسان دابه مثلا و آخر راويه إلى سقاء على الاشتراك فى الحاصل لم تنعقد الشركه]

الأولى لو دفع إنسان دابه مثلا و آخر راويه إلى سقاء على الاشتراك فى الحاصل، لم تنعقد الشركه قطعا، لأنها مركبه من شركه الأبدان و الأموال مع عدم المزج، و الكل باطل و فى محكى المبسوط و لا يمكن أن يكون إجاره، لأن الأجره فيها غير معلومه ف كان ما يحصل حينئذ للسقاء عليه أجره مثل الدابه و الراويه و قيل: إنهم يقتسمون أثلاثا، و يكون لكل واحد منهم على صاحبيه ثلثا أجره ماله و نفسه، و يسقط الثلث لأن ثلث النفع حصل له، و فى الناس من حمل الوجه الأول على أنه إذا كان السقاء يأخذ الماء من ملكه، و الثانى

على أنه إذا أخذه من ماء مباح، وهذا ليس بشىء لأنه إذا أخذه من موضع مباح فقد ملكه، والوجهان قريبان، ويكون الأول على وجه الصلح، والثانى مر فيه الحكم، بل فى المختلف أن ما قر به الشيخ قريب».

قلت: ولعل مراد الشيخ أنه يمكن أن يكون الأول على وجه الصلح إذا أراد مع عدمها فمر الحكم فيه، الثانى (١) الذى هو الموافق للضوابط وعلى كل حال فتحقيق هذه المسألة ومسألة الاحتطاب الآتية وما شابهها من المسائل مبنى على التحقيق فى أن الوكاله فى حيازه المباحات جائزه أو لا؟ الظاهر الأول خلافا لما تسمعه من المصنف فى كتاب الوكاله، ومن أن التملك بالحيازه مفتقر إلى نيه الملك بها أو الى عدم نيه عدم الملك، أو كونه للغير كما تسمع البحث فيه إنشاء الله.

و حينئذ فصاحب الراويه و الدابه إن كانا قد وكلا السقاء فى الحيازه لهما أو امرأه بذلك مثلا وقد حازه بنيتهما مع نفسه، اتجه حينئذ شركه الجميع بالماء، و كان لكل منهم ثلثا الأجره على الآخرين، فإن تساوت لم يرجع أحدهم على الآخر بشىء، و إلا رجح بالتفاوت، فلو فرض كون الماء مثلا بيع بأربعة و عشرين، و كان أجره مثل السقاء خمسة عشر، و الدابه اثنى عشر، و القربه ثلاثه، كان للسقاء منها ثلاثه عشر، و لصاحب الدابه عشره، و لصاحب القربه واحد، و ربما تكون أجره المثل أزيد من الحاصل، و لذا احتمل بعض أن له أقل الأمرين من الحصه و أجره المثل، إلا أنه كما ترى.

و إن لم يكن ثم توكيل و قد حازه بنيه الجميع، و لم نقل بجريان الفضوليه فى نحوه، أو لم تحصل الإجازة، أشكل ملكه له أيضا بناء على اعتبار نيه الملك فى الحيازه، ضروره كون الفرض نيه الملك للغير معه، فضلا عن نيه التملك، بل حينئذ هو باق على الإباحه الأصلية، يملكه إذا جدد النيه.

نعم لو قلنا بالملك قهرا حتى مع نيه الملك للغير التى فرضناها، اتجه حينئذ كونه ملكا له، و من ذلك يظهر لك ما فى إطلاق المصنف الذى تبعه عليه الفاضل فى القواعد

خصوصا مع ترده الآتى، ولذا ناقشه الكركى بنحو ذلك.

و كيف كان فلو دفع إليه دابه مثلا ليحمل عليه مال غيره مثلا بالأجره، و الحاصل لهما فالشرکه باطله قطعا لما عرفت.

لكن إن كان العامل قد أجر الدابه فالأجر لمالكها كما فى القواعد و جامع المقاصد، و فى الأخير و عليه أجره مثل العامل، و إن كان الحاصل يفتى بأجره مثل الدابه و العامل فذاك، و إن قصر تحاصا كل على قدر أجره مثله، سواء كان ذلك بسؤال العامل، أو سؤال المالك، أو سؤالهما، و فى القواعد «تحاصا إن كان بسؤال العامل، و إلا فالجميع» و عن الشهيد احتمال وجوب أقل الأمرين من الحصة المشروطه، و الحاصله بالتحاص، و وجوب الأقل إن كان بسؤال العامل و الأكثر إن كان بسؤال المالك.

لكن لا- يخفى عليك قوه ما ذكرناه أولا، لأن الفرض حصول الرضا، منهما معا بذلك، سواء كان بسؤال المالك أو العامل أو سؤالهما معا نعم قد يشكل الحكم بأن الأجره لمالك الدابه، مع أنه لم يصدر منه إلا الأذن بتلك المعامله الفاسده، فينبغى حينئذ أن تكون إجارتها من الفضولى، اللهم إلا- أن يقال بالاكتفاء بهذه الإذن كما تسمع نظيره فى القراض، هذا كله إذا أجر عين الدابه.

أما إذا تقبل حمل شىء فى ذمته ثم استعمل الدابه فيه، فالأجره المسماه حينئذ له، و عليه أجره المثل للدابه بالغه ما بلغت كما فى القواعد و جامع المقاصد، بل فى الأخيرين و لو أجر نفسه للحمل على هذه الدابه بكذا، اتجه أن يكون الأجره المسماه له، و لمالك الدابه أجره المثل، فتأمل، فإنه قد يجرى بعض الكلام السابق أو جميعه هنا، كما أنه لا يخفى عليك الإشكال فى أصل المسأله، ضروره إمكان صحتها على الضوابط و إن زعما حصول الشرکه العنانيه بذلك فإنه زعم خارج.

و حينئذ يكون المسمى المقابل لمنفعه الدابه، و عمل العامل لهما معا يقسم فيما بينهما على حسب أجره مثلهما، كما لو استوجرا مثلا على هذا الوجه، اما لو فرض وقوع ذلك على وجه الشرکه الباطله، فلا وجه لاختصاص المالك بأجره

الدابة المفروض كونها فى مقابل الدابة و العمل، كما لا وجه للتخاص فى الحاصل ضروره ثبوت اجره المثل فى الذمه على المستوفى، لا فى خصوص الحاصل المفروض حصوله بالمعامله الفاسده. فالتحقيق الرجوع فى المسأله و نظائرها إلى ما تقتضيه القواعد العامه التى منها يعلم أيضا ما ذكره فى الجامع أخيرا.

و لو كان من واحد دكان، و من الآخر رحى، و من ثالث بغل، و من رابع عمل على أن يكون الحاصل بينهم، فلا ريب فى بطلان الشركه، ثم إن كان عقد اجره طحن الطعام من واحد، و لم يذكر أصحابه حتى فى النيه ففى القواعد و جامع المقاصد «الأجره المسمى له، و عليه اجره المثل لأصحابه، و إن نواهم أو ذكرهم على وجه التزموا بطحنه أرباعا، فالأجر بينهم أرباعا، و يرجع كل واحد منهم على كل واحد من أصحابه بربع أجره مثله إذ هو كما لو استأجر الجميع على طحن هذا الطعام بكذا، فان الأجر بينهم أرباعا لأن كل واحد منهم لزمه طحن ربعه بربع الأجره، و يرجع كل واحد منهم على كل واحد بربع أجره مثل العمل الصادر منه أو من دابه و منفعه دكانه.

نعم لو استأجر الدكان و البغل و الرحى و الرجل بكذا لطحن كذا فالأجر بينهم على قدر أجر مثلهم، لكل واحد من المسمى بقدر حصته، نحو ما لو باع المالىن مثلا- لرجلين بثمان واحد، لكن لا يخفى عليك جريان ما ذكرناه سابقا من الفضوليه، بل و جريان بعض ما ذكره من الكلام السابق من التخاص فى المسمى، و نحوه إلا أن تفصيل الكلام فى ذلك محتاج إلى إطناب تام لا يسعه المقام و إن كان هو لا يخفى على الضابط لقواعد الفقه العامه المحيط مما أسلفنا و ما يأتى لنا.

### [المسأله الثانيه و هى ما لو حاش صيدا أو احتطب أو احتش بنيه أنه له و لغيره لم تؤثر تلك النيه]

و كيف كان فمما ذكرناه سابقا يظهر لك الحال فيما ذكره المصنف فى المسأله الثانيه و هى ما لو حاش صيدا أو احتطب أو احتش بنيه أنه له و لغيره، لم تؤثر تلك النيه و كان ما جمعه له خاصه ضروره أنك قد عرفت اعتبار عدم التوكيل، بل و الإجاره فى عدم تأثير النيه و إلا- كان تأثيرها المملك للغير، و يمكن أن يكون المصنف بنى ذلك على اختياره عدم قبول مثل ذلك الوكاله.

نعم جزمه بأن ما جمعه له خاصه مبنى على ما سمعت من أن المباح يملك بمجرد الحيازه، و لا عبره بالنيه و إن كانت للغير و لكن من الغريب ذلك منه مع قوله متصلا به و هل يفتقر المحيز فى تملك المباح إلى نيه التملك؟ قيل: لا و فيه تردد و نحوه وقع للفاضل فى القواعد اللهم إلا أن يقال: المعتبر فى الحيازه من النيه على القول بها نيه أصل الملك، بمعنى عدم كون الحيازه لغرض آخر غير أصل الملك، و لا-ريب فى أن نيه أصل الملك متحققه فيما نحن فيه، و إنما فقد كونه له باعتبار فرض كون القصد له و لغيره فلا ينافى حينئذ الجزم بالملك، و التردد فى اعتبار النيه، ضروره كون المحوز له على التقديرين، أما على القول بكونها من السبب القهرى حتى مع النيه للغير فواضح، و أما على الثانى فالنيه لأصل الملك محققه، و إن لم يقع للغير، لعدم التوكيل و الإجاره، أو لعدم مشروعيتها.

و كيف كان فقد قيل فى وجه التردد: من أن اليد و السلطنه سبب فى الملك، و لهذا تجوز الشهاده بمجرد اليد من دون توقف على أمر آخر، و لأن الحيازه سبب لحصول الملك للمباح فى الجمله قطعاً بالاتفاق، لأن أقصى ما يقول المشترط للنيه أنها سبب ناقص، فحصول الملك بها فى الجمله أمر محقق، و اشتراط النيه لا-دليل عليه، فينفى بالأصل، و معارضه ذلك- بأصالة عدم حصول الملك للمباح إلا بالنيه- تقتضى تساقطهما فيبقى سبب اليد من غير معارض.

و من أنه قد تكرر فى فتوى الأصحاب أن ما يوجد فى جوف السمكه مما يكون فى البحر يملكه المشتري، و لا يجب دفعه إلى البائع.

و أيد الأول فى جامع المقاصد بأنه «لو اشترطت فى حصول الملك لم يصح البيع قبلها، لانتفاء الملك، و الثانى معلوم البطلان، لإطباق الناس على فعله فى كل عصر من غير توقف على العلم بحصول النيه، حتى لو تنازعا فى كون العقد الواقع بينهما، أ هو بيع أو استنقاذ لعدم نيه الملك، لا يلتفت إلى قول من يدعى الاستنقاذ.

ثم حكى عن فخر المحققين أنه أورد ذلك على والده العلامه، فأجاب عنه بأن إرادته البيع تستلزم نيه التملك، و اعترضه بأنه إنما يتم فيمن حاز و تولى هو



البيع، أما إذا تولاه وارثه الذى لا يعلم بالحال أو وكيله المفوض إليه جميع أموره التى منها بيع ما حازه من المباحات لم يندفع السؤال، قال: «و يرد عليه أيضا أن حيازه الصبى و المجنون على ما ذكره يجب أن لا تثمر ملكا جزما، لعدم العلم بالنيه و عدم الاعتداد بأخبارهما، خصوصا المجنون، و لو خلف ميت تركه فيها ما علم سبق كونه مباح الأصل، و لم يعلم نيه التملك، لا يجب على الوارث تسليمها فى الدين و الوصيه، و إلا صح عدم اشتراطها».

قلت: لا- يخفى عليك ما فى جميع هذا الكلام، ضروره أن الوجه الأول من التردد إن أريد به أن السلطنه و اليد فيما نحن فيه سبب فى الملك كان مصادره محضه و إن أريد به أن ذلك سبب فى الحكم بالملك كما هو مقتضى ما ذكره من التعليل كان خروجها عما نحن فيه، و ذلك لأن الحكم بملكه ما فى اليد لسبب من أسبابها لا يقتضى كونها هى نفسها سببا، و هو محل البحث، و تعارض الأصلين- بعد تسليم كون الأول منهما أصلا معتمدا به- و إن اقتضى تساقطهما، لكن دعوى بقاء سببيه اليد بحالها لا معارض لها واضحه الفساد، لعدم دليل يقتضى ذلك على وجه يجدى فيما نحن فيه.

و أما الوجه الثانى، فيمكن المناقشه فيه أولا: بمنع أن ما فى بطن السمكه مما لا يعد جزء لها و لا كالجزء، مثل غذائها يعد محوزا بحيازتها، و لو سلم فأقصى ما يلزم اشتراطه إما القصد إلى المحوز بالحيازه، أو الشعور به و لو تبعاً، أما نيه التملك فلا.

و أما التأييد ففيه أن اطباق الناس الذى ذكره إنما يفيد الحكم بملكه ما فى اليد، لحصول سببيه، لا أنه يقتضى كونها سببا فى الملك و إن علمنا تجرده عن النيه و منه يعلم ما فى مناقشته بما لو خلف ميت تركه إلى آخره، بل و بما ذكره من الصبى و المجنون، باعتبار إمكان الحكم بملكه ما فى أيديهما أيضا من غير حاجه إلى أخبارهما، و المراد بنيه التملك عند القائل بها هى القصد بالحيازه، و دخول المحوز تحت اليد و السلطنه العرفيه، فيتبعها الملك الشرعى، بل قد يقال إن المباحات هى

ملك لكافة الناس، لقوله تعالى (١) «خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ» والحائز بحيازته يسبق إلى الخصوصيه نحو ملك شخص الفقير لشخص الزكاه المملوكه جنسا لجنس الفقراء و حينئذ فالمراد بفاقد النيه غير المقصود بالحيازه للإدخال تحت الحوزه و السلطنه، كمن حول ترابا عن طريق أو حجرا و نحو ذلك مريدا التمكن من عبوره، أو قطع غصن شجره مباحه عن مكان يريد السكنى فيه، و نحو ذلك مما لا يريد إدخاله تحت حوزته، فإنه بذلك لا يدخل في ملكه، و لا يمنع من أخذه، و لا يخرج عن أصل الإباحه، و كذا من حفر بئرا في المباح لمجرد الارتفاق، كما عن الشيخ المحكى عنه اعتبار النيه، قال في باب إحياء الموات من المبسوط: «إذا نزل قوم موضعا من الموات فحفروا فيه بئرا يشربوا منها، و يسقوا غنمهم و مواشيهم منها مده مقامهم، و لم يقصدوا الملك بالإحياء، فإنهم لا يملكونها بالاحياء، لأن المحيى إنما يملك بالإحياء إذا

قصد تملكه» و هو كالصريح فيما ذكرناه من نيه التملك.

بل يمكن من ذلك أن يكون النزاع لفظيا، فإن القائل بعدم اعتبارها إنما يريد الإكتفاء بقصد الحيازه، و إدخال المحوز تحت الحوزه و السلطنه العرفيه، لا أنه يقول بالملك قهرا كالإرث، و إن لم يقصد بالحيازه ذلك، ضروره عدم كون ذلك حيازه عند التحقيق، و حينئذ يتجه حصول أثرها في المجنون و الصبي المميز مع فرض حصول قصدها منهما كما صرح به بعضهم بل ظاهر الفخر و غيره المفروغيه منه بل هو مقتضى السيره و الطريقه سيما في الصبي، و بذلك و نحوه يترجح ما يقتضى ترتب الملك بها على ما دل على عدمه من

قوله عليه السلام (٢) «لا يجوز أمره»

و نحوه مما يقتضى سلب المجنون و الصبي عن التملك الاختيارى، و لو بالافعال التى منها الحيازه و الالتقاط.

و بالتأمل فيما ذكرناه يظهر لك ما فى كلام جملة من الأعيان منهم الكركى

١-١ سورة البقره الآيه- ٢٩.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢- من أبواب أحكام الحجر الحديث- ١.

و غيره، بل لو قلنا بعدم لفظيه النزاع كان وجه التردد في المتن و غيره دعوى ظهور

قوله عليه السلام (١) «من أحيا أرضا ميتة فهي له»

الذى هو كالقول بأن من حاز شيئا فهو له في الملكيه قهرا، و أنه من باب الأسباب، فلا- تعتبر النيه، و من كون المراد بذلك القصد بالإحياء و الحيازه إلى دخول المحوز تحت الحوزه، و السلطنه، بل لا يعد غيره حيازه فاعتبرت النيه بهذا المعنى، و لعل الأقوى ذلك، كما أن الأقوى عدم اعتبارها ان أريد بها إنشاء قصد التملك الذى يمكن دعوى السيره بل الضروره على خلافه، و ربما يأتى لذلك مزيد تحقيق فى محله إنشاء الله، فإن البحث عن ذلك انما ذكر استطرادا و الله العالم المؤيد.

### [المسأله الثالثه لو كان بينهما مال بالسويه فأذن أحدهما خاصه لصاحبه فى التصرف على أن يكون الربح بينهما نصفين لم يكن قراضا]

المسأله الثالثه: لو كان بينهما مال بالسويه فأذن أحدهما خاصه لصاحبه فى التصرف بالمال المشترك على أن يكون الربح بينهما نصفين، لم يكن قراضا، لأنه لا شركه للعامل فى مكسب مال الأمر و هو حقيقه القراض، إذ المفروض كون المال بينهما نصفين، فنصف الربح الذى يستحقه، انما هو لكونه شريكا فى المال، و لا شىء له من الربح زائدا على ذلك فى مال الأمر كى يكون قراضا و لا شركه اصطلاحيه و ان حصل الامتزاج فى المال، لعدم كون العمل منهما بل لا يكون المال فى يد العامل إلا بضاعه و ذلك لأين حصه الشريك مال مبعوث للتجاره فى يد الوكيل قال فى الصحاح: البضاعه طائفه من المال تبعثها للتجاره، تقول أبضعته و استبضعته: أى جعلته بضاعه، و فى المثل كمستبضع تمرا الى هجر، و بنحو ذلك صرح فى القواعد، لكن لا يخفى عليك بناؤه على اعتبار العمل منهما فى الشركه، و قد عرفت البحث فيه سابقا كما أنك عرفت الحال فيما لو شرط التفاوت فى الربح مع التساوى فى المالين و الله العالم.

### [المسأله الرابعه إذا اشترى أحد الشريكين متاعا فادعى الآخر أنه اشتراه لهما و أنكر فالقول قول المشتري]

المسأله الرابعه: إذا اشترى أحد الشريكين متاعا، فادعى الآخر أنه اشتراه لهما و أنكر فلا إشكال و لا خلاف فى أن القول قول المشتري مع يمينه، لأنه أبصر بنيته و (١١) كذا لو ادعى أنه اشترى لهما، فأنكر الشريك ف

إن القول أيضا قوله بيمينه لمثل ما قلناه من كونه أبصر بنيته بعد فرض كونه آمينا، بل لو ادعى عليه التصريح في العقد بكون الشراء للشركه مثلا أمكن تقديم قوله لان الاختلاف في فعله، و لان ظاهر يده يقتضى الملك.

نعم لو قال كان مال الشركه و خلص لى بالقسمه، كان القول قول الآخر فى إنكار القسمه بيمينه، كما هو واضح.

### **[المسأله الخامسه لو باع أحد الشريكين سلعه بينهما و هو وكيل فى القبض فادعى المشتري تسليم الثمن إلى البائع و صدقه الشريك براء المشتري من حقه ]**

المسأله الخامسه: لو باع أحد الشريكين سلعه بينهما، و هو وكيل فى البيع و القبض للثمن عن صاحبه فادعى المشتري تسليم الثمن أجمع إلى البائع الذى هو الوكيل و صدقه الشريك الموكل براء المشتري من حقه قطعا، لاعترافه بالوصول الى وكيله على القبض و هو الشريك البائع، بل لو وقعت الدعوى بين المشتري و البائع قبلت شهادته (١١) أى الشريك المصدق إذا كان عدلا على القباض فى النصف الآخر (١٢) الراجع اليه و هو حصه البائع لارتفاع التهمه عنه (١٣) بجر النفع إليه فى ذلك القدر (١٤) لكن إذا كانت شهادته التى أداها بوصول حقه اليه، أما إذا كانت بوصول جميع الثمن اليه، و الفرض عدم قبولها بما يرجع اليه، لكونه مدعيا صرفا، و لجر النفع إليه فى ذلك أمكن عدم قبولها أيضا فى حق البائع، بناء على أن الشهاده متى ردت فى البعض ردت فى غيره، و ان كان لنا فيه نظر، بل ظاهر الفاضل فى قواعده القبول، بل لعله ظاهر المتن هنا أيضا، لو لا قوله فيما يأتى: و المنع فى المسألتين أشبه.

نعم لو تقدمت خصومه الشريك مع شريكه البائع على الخصومه بينه و بين المشتري، أمكن حينئذ ردها للخصومه حينئذ، بناء على قدحها فى الشهاده، و بهذا يظهر لك ان هنا خصومتين إحداهما بين البائع و المشتري، و الثانیه بين الشريكين، فان تقدمت الاولى فطالب البائع المشتري بنصيبه من الثمن، فادعى الأداء و اقام البينه- لو كان أحد أجزاء الشريك المقر على الوجه الذى عرفت- براء من الحقين بالإقرار و البينه، و ان لم تكن له بينه حلف البائع أنه لم يقبض، فيستحق أخذ نصيبه، و لا- يشاركه فيه الآذن، لأن إقراره بقبض البائع أولا يقتضى ان يكون ما

قبضه ثانياً بيمينه ظلماً، فإن نكل عن اليمين ردت على المشتري، فإذا حلف أنه أقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة فإن نكل الزم بنصيب البائع فقط، لأصالة بقاء الثمن في ذمته، كما هو واضح.

ثم ان كان المشتري قد أقام البينة بإقباضه البائع جميع الثمن، كان للآذن المطالبة بحصته قطعاً، أما إذا كان ذلك بشاهد و يمين، أو باليمين المردودة فلا، و ان قلنا انها كالبينه، لأنها كذلك في حق المتخاصمين فيما تخصصا فيه، لا مطلقاً.

نعم للشريك حينئذ إحصاف البائع على عدم قبض حصته فان نكل حلف الآذن اليمين المردودة، و أخذ منه، و ليس للبائع الرجوع بذلك على المشتري، و لا مخصصته لانه بزعمه ظالم.

و ربما نوقش بان ذلك لا يسقط حق الدعوى، بعد ان كان و كيلاً عن الشريك في القبض، و قد اغرم للموكل حصته.

و يدفعها ان اعتراف الشريك بقبض البائع يقتضى انزاله بفعل متعلق الوكاله بل يقتضى سقوط حق الدعوى له على المشتري.

و في جامع المقاصد «انه يمكن ان ينظر بوجه آخر، و هو ان البائع قد ادى عن المشتري بأمر الحاكم فله الرجوع، و يجاب بان ذلك انما هو مع تحقق الدين و هنا قد برء المشتري منه بإقرار الآذن، و يمكن ان يقال: ان إقراره انما ينفذ في حقه، لا في حق البائع، و نحن لا- نلزم المشتري بالدين جزماً، ليكون ذلك متوقفاً على ثبوته، و انما تجوز له المخصصه، و الطلب على تقدير الثبوت».

قلت: فيه ما لا يخفى من عدم الحق للبائع، بعد اعتراف صاحب الحق انه لا حق للبائع على المشتري، فكيف تتصور المطالبة بحق يعترف صاحبه بسقوطه.

نعم قد يقال: ان له المقاصه مع إمكانها، من غير فرق بين هذا الحق و غيره، فتأمل جيداً.

ثم اعلم ان نكل البائع في خصومه المشتري لا- يمنع من حلفه في خصومه الشريك، لأنها خصومه اخرى، و بالعكس، و قد عرفت ان اليمين المردودة كالإقرار

أو كالبينه في حق المتخاصمين لا مطلقا، هذا فيما إذا تقدمت خصومه البائع مع المشتري، أما إذا تقدمت خصومته مع الشريك فالحكم كما عرفت، غير أن شهاده الشريك حينئذ على البائع في الخصومه مع المشتري يشكل قبولها بما عرفت، واما المشتري فعلى كل حال لا تقبل شهادته، لانه مدع و لعل المصنف انما يتعرض للصورتين نظرا الى عدم وجود كثير فرق، أو الى عدم قبولها على التقديرين لما عرفت، هذا كله فيما لو ادعى المشتري التسليم الى البائع.

أما لو ادعى تسليمه الى الشريك الاذن فصدقه البائع و كان قد اذن له في ذلك فالحكم كما عرفت. نعم إذا لم يكن مأذونا من البائع لم يبرء المشتري من شىء من الثمن، لأن حصه البائع لم تسلم اليه و لا-الى وكيله فيجب عليه دفعها له من غير يمين و الفرض ان الشريك ينكره فكان القول قوله مع يمينه، فإذا حلف أدى المشتري جميع الثمن و لكن قيل تقبل شهاده البائع هنا على الشريك في وصول حقه اليه، كما قبلت شهاده الشريك عليه في المسأله السابقه، لعدم التهمه، باعتبار بقاء حقه عند المشتري، و فيه أن التهمه هنا باعتبار إرادته استقلاله بما يأخذه من المشتري، إذ الشريك له مشاركته فيما يأخذه منه، لكون الثمن مشتركا بينهما.

و من هنا قال المصنف المنع في المسألتين أشبه (١١) بأصول المذهب و قواعده و إن كنت قد عرفت تفصيل الحال في المسأله. نعم لو فرض اندفاعها هنا من هذه الجبهه بإبراء البائع و نحوه، اتجه القبول، و مما ذكرنا لك سابقا يظهر لك الوجه هنا في الخصومتين، بل الظاهر توجه اليمين هنا على الشريك مرتين، إحداهما للمشتري بأنه لم يقبض منه شيئا، و الثانيه إذا أراد الشركه مع البائع فيما أخذه من المشتري لأنه يدعى عليه وصول حقه اليه، و لا يسقط هذا اليمين عنه باليمين في خصومته مع المشتري التي هي خصومه أخرى، و لا يرجع البائع على المشتري بما أخذه منه الشريك لاعترافه بكونه ظالما له فيه، كما هو واضح.

### [المسأله السادسة لو باع اثنان عبدین كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده صفقه بثمن واحد مع تفاوت قيمتهما قيل يصح ]

المسأله السادسة: لو باع اثنان عبدین، كل واحد منهما لواحد منهما بانفراده

صفقه بثمان واحد، مع تفاوت قيمتهما قيل: يصح البيع و يكون الثمن مشتركاً بينهما على نسبة قيمه ماليهما، للأصل السالم عن معارضه الجهاله بالثمن، لعدم الدليل على اعتبار العلم أزيد من ذلك، و هو العلم بمجموع الثمن، و قد حصل، أما حال الأجزاء فيكفي حينئذ مقابله جميع الثمن لجميع المبيع، و استواء نسبة الملاك إلى الأبعاض، و كذا لو آجرا أنفسهما صفقه بأجره معينه و قيل: يبطل لأن الصفقه تجرى مجرى عقدين، فيكون ثمن كل واحد منهما مجهولاً لكن فيه ما عرفت كما أوضحنا ذلك في كتاب البيع.

أما لو كان العبدان لهما على الشركه أو كانا لواحد جاز بلا خلاف و لا إشكال بل و كذا لو كان لكل واحد قفيز من حنطه مثلاً متساويه قيمه على انفراده فباعهما صفقه، لانقسام الثمن عليهما بالسويه فلا جهاله حينئذ كما هو واضح.

### [المسأله السابعه شركه الأبدان باطله فإن تميزت أجره عمل أحدهما عن صاحبه اختص بها]

المسأله السابعه: قد بينا أن شركه الأبدان باطله فلو وقعت و آجرا أنفسهما مثلاً بعنوان الشركه فإن تميزت أجره عمل أحدهما عن صاحبه بالتسميه اختص بها و لا يشاركه الآخر فيها لما عرفت من بطلان عقد الشركه، و إن اشبهت كأن لم يسم لأحدهما أجره مخصوصه، قسم حاصلهما على قدر أجره مثل عملهما، و أعطى كل واحد منهما ما قابل أجره مثل عمله (١١) نحو ما سمعته في بيع المالين المتفاوتين بالقيمه بثمان واحد، كما هو واضح.

لكن في المسالك «في المسأله وجهان آخران، ذكرهما العلامة، أحدهما:

تساويهما في الحاصل من غير نظر إلى العمل، لأصالة عدم زياده أحدهما على الآخر، و أن الأصل مع الاشتراك التساوى، و لصدق العمل على كل واحد منهما، و الأصل عدم زياده أحد العاملين على الآخر، و الحاصل أنه تابع للعمل، و يضعف بمنع كون الأصل في المال و العمل التساوى، و الثاني: الرجوع إلى الصلح لأن به يقين البراءه كما في كل مال مشتبه، و لا شبهه في أنه أولى مع اتفاقهما عليه، و إلا فما اختاره المصنف أعدل من التسويه».

قلت: لا يخفى عليك أن مفروض المسأله في المتن لا تأتي فيه الوجوه الثلاثه،

بل ليس فيه إلا الوجه الذى ذكره المصنف، و ذلك لان صريح العبارة أو كصريحها كون العمل من كل منهما معلوما، إلا أنه لم يكن بأجره مسماه، وإنما سميت الأجره لمجموع العاملين بعنوان شركه الأبدان من الأجيرين، و هذه ليس فيها بعد فرض صحه الإجاره إلا التوزيع على أجره مثل عمليهما، نحو بيع المالين المنفردين لشخصين الذى تقدم الكلام فيه سابقا.

و قد ذكرها العلامة سابقا على هذه المسألة فقال: «و لو باعا بثمن واحد، أو عملا بأجره واحده تثبت الشركه، سواء تساوت القيمتان أو اختلفتا، و لكل منهما بقدر النسبه من قيمه» و مفروض العلامة فى القواعد ليس فيه إلا وجهين التساوى بالأجره و الأصح الصلح، و هو ما إذا لم يتميز عمل كل منهما، قال: «و إذا تميز عمل الصانع عن صاحبه اختص بأجرته، و مع الاشتباه يحتمل التساوى و الصلح»، و مراده أنه مع تمييز العمل يختص بالأجره، و لو ما يخصه من التوزيع، أما مع اشتباه العمل ففيه الاحتمالان، و كان وجه الأول منهما اجتماع الأجرتين معا فى ذلك الحاصل، لانه الفرض، و الأصل عدم زياده أحدهما على الآخر و لأن الأصل مع الاشتراك التساوى.

و لكن فيه أن الأصل المذكور ممنوع هنا، فإن زياده مال شخص على آخر و نقصانه أو مساواته له ليس أصلا، إذ لا رجحان لأحدهما على الآخر، لا بحسب العاده و لا فى نفس الأمر و إنما يتحقق فى مثل ما إذا اشتركا فى السبب المملك، كما لو أقر لهما بملكه شىء، أو أوصى لهما أو وقف عليهما، فإن السبب المملك لهما هو الإقرار و الوصيه و الوقف، و الأصل عدمها، بخلاف ما نحن فيه، فإن العمل الصادر من أحدهما غير الصادر من الآخر، و استواءهما و تفاوتهما على حد سواء بالنسبه إلى النفى بالأصل، فليس حينئذ إلا الصلح، كما فى كل مالين امتزجا، و جهل قدر كل منهما، بل لعل ذلك كذلك حتى لو تميز عمل أحدهما، و جهل الآخر، أو تميز بعض عمل كل منهما، و جهل الباقي، و بالجمله متى جهلت النسبه بين العاملين، اللهم إلا أن يقال: إن التساوى هو الراجح منهما، فيكون كالأصل، لان فضله كالأمر العدمى، لكن لنا فى ذلك نظر ذكرناه فى محله، و على كل حال فهو غير موضوع



ما ذكره المصنف المصنف من العمل المتميز و الله العالم.

**[المسألة الثامنة إذا باع الشريكان مثلاً سلعه بينهما صفقة ثم استوفى أحدهما منه شيئاً شاركه الآخر فيه ]**

المسألة الثامنة: إذا باع الشريكان مثلاً سلعه بينهما صفقة ثم استوفى أحدهما منه شيئاً و لو بنيه أنه له شاركه الآخر فيه كما في كل دين مشترك بين اثنين فصاعداً، و ذلك لأن كل جزء منه مشاع بينهما، فإن ما في الذمه إنما يخالف الشخصى الخارجى فى الكليه و الجزئيه، أما الإشاعه فهما على حد سواء فيها.

ف

فى المرسل عن أبى حمزه (١) قال: «سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما، و منه غائب عنهما، فاقسما الذى بأيديهما، و أحال كل منهما نصيبه من

الغائب، فاقضى أحدهما، و لم يقتض الآخر، قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله».

و مثله

خبر غياث (٢) عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام، إلا أنه قال: «ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، و ما يذهب بينهما»

و كذا خبر محمد بن مسلم (٣) عن أحدهما عليه السلام، و معاويه بن عمار (٤).

و

فى خبر عبد الله بن سنان (٥) عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن رجلين بينهما مال، منه دين و منه عين، فاقسما العين و الدين، فتوى الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه، و خرج الذى للآخر أ يردده على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله».

لكن هذه النصوص بل و المتن و ما شابهه مشتمله على الجزم بالشركه، و ما ذاك إلا لحصول الإذن من الشريك بالقبض، و لو لزعم القسمة الفاسده و نحوها، و حينئذ يتجه الجزم بشركه المقبوض، إنما الكلام فيما إذا قبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون إذن شريكه، و قد ذكر غير واحد من الأصحاب، بل نسب إلى المشهور أن للشريك مشاركه الآخر فيما قبض، و له مطالبه الغريم بمقدار حصته، فيكون قدر الحصه فى يد القابض، كقبض الفضول

إن أجازته ملكه، و تبعه النماء، و إن رده ملكه

١- ١ الوسائل الباب- ٦- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ١ و ذيله- ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ١ و ذيله- ٢.

- ٣-٣ الوسائل الباب-٦- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ١ و ذيله-٢.
- ٤-٤ الوسائل الباب-٦- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ١ و ذيله-٢.
- ٥-٥ الوسائل الباب-٦- من أبواب أحكام الشركه الحديث- ١ و ذيله-٢.

القابض، و يكون مضمونا عليه على التقديرين، و لو تلف قبل اختيار الشريك كما فى المسالك، بل فى التذكرة التصريح فى تعيين حقه به، و لا- يضمه للشريك، و قد أظن فى المسالك فى تحقيق ذلك، و أنه من الفضولى، و أن ذلك هو المراد من قولهم تخير الشريك بين الرجوع على الغريم، و بين الشركة فيما قبضه شريكه.

و الجميع كما ترى لا ينطبق على القواعد الشرعية، و ذلك لانه و إن اتجهت الشركة مع إجازة القبض لهما، بناء على تأثير مثل هذه الإجازة فى مثله، و إن كان فيه إشكال أو منع من وجوه، بل لم نجد فى المقام لغير ثانى الشهيدين، لكن اختصاص القابض و ملكه مع عدمها لا وجه له، بل المتجه حينئذ بقاؤه على ملك الدافع، و ذلك لان القابض ليس له إلا نصف المال المشاع بينه و بين شريكه، و مع فرض عدم إجازة الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركة، و نيه الدافع أنه مقدار حصه القابض لا تنفع فى ذلك و إن وافقتها نيه القابض، بل لو رضى الشريك بكون ذلك حصه للقابض، و ما فى ذمه الغريم حصه له، لم يجد، لعدم صحه مثل هذه القسمة.

و دعوى- جوازها لكنها مراعاة بقبضه، فإن حصل تمت، و إلا رجع على القابض، و شاركه فيما قبضه- تهجس بلا دليل، بل هو مخالف للمعروف من عدم صحه قسمة الدين، و للمعلوم من أنه مع عدم إجازة القبض على وجه يكون به المقبوض مالا للشركة لا- يكون كذلك، فكيف يعود إليه بعد عدم القبض، و حينئذ فإن لم يكن ثمه إجماع أشكال الحكم بملك القابض جميع ما قبضه، بعد عدم الإجازة، بل و لا بعضه اللهم إلا أن يقال: إنه برضا الشريك يكون المقبوض حصه للقابض بتمحض المقبوض مالا للشركة، بل هو فى الحقيقة إجازة لذلك.

نعم جعله حصه له، لا يتم قسمة إلا بقبض الشريك مقابله، على وجه يقع الرضا منهما معا بأن لكل منهما ما فى يده، فمع فرض عدمه يبقى ذلك المال المقبوض على الشركة، فله الرجوع عليه، و أخذ نصيبه منه، إذ لم يدخل فى ملك القابض، و ذلك الرضا الذى وقع من الشريك أولا- يكون ما قبضه حصه له، لا يفيد تملكه مع احتمال، لكن على جهة التزلزل، إلا أن الأقوى خلافه، و إن كان ذلك كله

كما ترى.

و على كل حال فمما ذكرنا يظهر لك ضعف ما عن ابن إدريس من اختصاص كل من الشريكين بما يستوفيه من حقه، و لا يلحقه الآخر فيه، لان اشتراك الدين فى الذمه لا يمنع من تعيين حق واحد فى معين.

و لان لكل واحد أن يبرء الغريم من حقه، و يصلح منه على شىء، بحيث إذا استوفى شريكه لم يلحقه فيه.

و لان متعلق الشركه بينهما هو العين، و قد ذهبت، و لم يبق لهما إلا دين فى ذمته، فإذا أخذ أحدهما نصيبه لم يكن قد أخذ عينا من أعيان الشركه، فلا يشاركه الآخر فيما أخذ.

و لان ما فى الذمه لا يتعين إلا بقبض المالك أو وكيله، و المفروض ليس منه، و ذلك لان الشريك لم يقبض إلا لنفسه.

و لأنه إن وجب الأداء بالمطالبه بحقه وجب أن لا يكون للشريك فيه حق، لكن المقدم حق بالاتفاق، فالتالى مثله، و ذلك لان وجوب الأداء بالمطالبه بحصه الشريك فرع التمكّن من تسليمها، لاستحاله التكليف بالمتنع، فإذا ثبت تمكّنه من دفعها - على أنها للشريك - و دفعها كذلك امتنع أن يكون للشريك الآخر فيها حق.

و لانه لو كان للشريك فى المدفوع حق، لزم وجه قبض، و هو تسلط الشخص على قبض مال غيره بغير اذن.

و لانه لو كان كذلك لوجب أن يبرء الغريم من مقدار حقه من المدفوع، لاستحاله بقاء الدين فى الذمه، مع صحه قبض عوضه، لكن التالى باطل عندهم، لكونهم يحكمون بأنه مخير فى الأخذ من أيهما شاء.

و لانه لو نهاه الشريك عن قبض حقه، فإن تمكّن من المطالبه بحصته، وجب أن لا يكون للشريك فيها حق، و إلا امتنع أخذ حقه بمنع الشريك إياه من القبض.

و لان المقبوض إما أن يكون مالا مشتركا، أو لا، فإن كان مشتركا وجب على

تقدير تلفه أن يتلف منهما، كسائر أموال الشركه، و تبرء ذمه الغريم منه، و إلا لم يكن للشريك فيه حق.

و قد مال إلى ذلك في جامع المقاصد، فقال: «و لا يخفى أن بعض هذه الوجوه في غايه القوه و المتانه، و الروايات لا تقاومها، مع أنها قابله للتأويل فمختار ابن إدريس قوى متين، كما اعترف به المصنف في المختلف، و إن كان الوقوف مع المشهور أولى» و تبعه على ذلك ثاني الشهيدين.

إلا- أن الجميع كما ترى، بعد التأمل الجيد فيما ذكرنا، مع قطع النظر عن النصوص إذ الأول مصادره محضه، خصوصا بعد ما عرفت من تحقق الإشاعه في العين كليه كانت أو شخصيه.

و إبراء أحدهما الغريم أو الصلح معه بشىء يمحص الباقي للشريك الآخر، فإن الإبراء يتعلق بالمشاع على إشاعته، و كذا الصلح، فمع فرض حصولهما و عدم تصور ملك الشخص على نفسه ليمحص الباقي للشريك الآخر، و قد ذكر طرق متعدده لاختصاص كل منهما بما يأخذه إذا أراد، إلا أنه خروج عن مفروض المسأله.

و الثالث: أيضا مصادره محضه كما عرفت.

و الرابع: مبنى على ملك الشريك لما قبضه الآخر قهرا، و القائل لا يلتزمه بل يشترطه بالإجازة على الوجه الذى سمعت.

و الخامس: بعد تسليم ان له المطالبه منفردا، و وجوب الأداء له لا يقتضى ما ذكره الخصم، بل يمكن أن يكون و لو بالجمع مع شريكه، أو بتعين حقه بأحد الوجوه المعينه له عن صاحبه، بصلح و نحوه.

و السادس قد عرفت توقف الحق على الإجازة فلا جهه قبح فيه.

و السابع: مع الإجازة، لا إشكال فى الإبراء و التخيير إنما هو فى الإجازة و عدمها كما عرفت ذلك مفصلا، أو فى القسمة على الوجه الذى ذكرناه، على ان التخيير المزبور لم أجده فى الخلاف و النهايه و الوسيله بل الموجود شارك مثل عبارته المتن و ما شابهها و ظاهرهم تعين الشركه، و ليس ذلك إلا للاذن للشريك فى القبض،

فإنه يكون حينئذ مالاً للشركة و إن نوى لنفسه، بل لو أذن له الشريك في القبض لنفسه فقبض يكون أيضاً مشتركاً، لمعلومية كون القيد لغوا لعدم إمكانه، و النصوص المزبوره محموله على الإيدن، فلا يقدر عموم ما اقتضى أحدهما، لما عرفت، و في الوفاء بغير الجنس و جهان، و مثله المقاصه به لنفسه، أما المقاصه بالجنس فكالوفاء به.

و الثامن: قد عرفت الجواب عنه بما عن الخامس، كما أن التاسع يعرف ما فيه مما تقدم في السابع و غيره، فمن الغريب دعوى المتانته في هذه الوجوه التي هي واضحه الفساد، و التحقيق ما عرفت. نعم لكل منهما طرق في الاختصاص لو اراده، كالصلح و التأجيل المقتضى للافراز بعقد لازم مثلاً، و الضمان و الحواله، و الشراء بها شيئاً و نحو ذلك مما لا ينافي التصرف بها على الإشاعه كما أوضحنا ذلك كله في محله و الله العالم.

### [المسأله التاسعه إذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مده معينه صحت الإجاره]

المسأله التاسعه: إذا استأجر للاحتطاب أو الاحتشاش أو الاصطياد مده معينه صحت الإجاره لعموم أدلتها الشامل لذلك و يملك المستأجر ما يحصل من ذلك في تلك المده لأنه نماء عمله المملوك له، فهو في الحقيقه كالعبد المملوك الذي يكون لسيده.

نعم قد يشكل ذلك بأنه لا يتم بناء على عدم قبول هذه الأشياء للنيابه الذي صرح به المصنف في كتاب الوكاله و أنه يملكها المحيز و إن نواها للغير كما سمعته منه هنا، مع التردد في اعتبار النيه، و من هنا صرح في جامع المقاصد بأنه إذا جوزنا التوكيل في هذه جوزنا الإجاره عليه، و إن منعناه منعنا الإجاره، حاكيا له عن صريح التذكره قال: «و ظاهر الشرائع في كتاب الشركه صحه الاستيجار مطلقاً نظراً إلى أنه بالإجاره تصير منافع الأجير مملوكه للمستأجر، فيملك ما حازه، و يضعف بأنه على القول بعدم صحه التوكيل في الحيازه لا يتصور صحه الإجاره».

قلت: قد يمنع التلازم و يكون حينئذ ملك المباح في الفرض من توابع ملك العمل بالإجاره و هو غير التملك بالنيابه في الحيازه فتأمل جيداً و الأمر سهل عندنا بعد ما عرفت أن المختار عندنا صحه التوكيل، و اعتبار النيه بالمعنى الذي أسلفناه

هذا كله لو ضبط العمل بالمده.

و أما لو استأجره لصيد شىء بعينه لم يصح، لعدم الثقة بحصوله غالبا بناء على اشتراط ذلك فيها، كما عرفت نظيره فى البيع و تعرف تمامه فى كتاب الإجاره و الله الموفق و المعين.

كتاب المضاربه من الضرب فى الأرض، لضرب العامل فيها للتجاره، و ابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكان الضرب مسبب عنهما، طردا لباب المفاعله فى طرفى الفاعل، أو من ضرب كل منهما فى الربح بسهم، أو لما فيه من ضرب المال و تقلبيه، كذا قيل و لعل الاولى من ذلك فى تحقق المفاعله ضرب كل منهما فيما هو للآخر من المال و العمل، و يقال: للعامل مضارب، بكسر الراء، لأنه الذى يضرب فى الأرض.

و لم نعثر على اشتقاق أهل اللغة اسما لرب المال من المضاربه التى هى لغه أهل العراق، فأما أهل الحجاز فيسمونه قراضا، من القرض بمعنى القطع الذى منه المقرض، فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعه، و سلمها للعامل الذى أقطع له قطعه من الربح، أو من المقارضه بمعنى المساواه و الموازنه، يقال: «تقارض الشاعران» إذا وازن كل منهما الآخر بشعره، و منه «قارض الناس، ما قارضوك، فإن تركتهم لم يتركوك» بمعنى ساوهم فيما يقولون، و لما كان العمل من العامل و المال من المالك فقد تساويا و توازنا، أو لاشتراكهما فى الربح و تساويهما فى أصل استحقاقه، و إن اختلفا فى كميته، و يقال للعامل هنا: مقارض بالفتح، و للمالك بالكسر، و الأمر فى ذلك كله سهل، لعدم الثمره المعتمد بها على ذلك.

إنما الكلام فيما ذكره فى المسالك، تبعا للتذكرة، قال: «و اعلم ان من دفع إلى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو إما أن يشترط كون الربح بينهما أو لأحدهما أو لا يشترط شيئا: فإن شرطاه بينهما فهو قراض، و ان شرطاه للعامل، فهو قرض، و إن شرطاه للمالك فهو بضاعه، و ان لم يشترط شيئا فكذلك إلا أن للعامل أجره المثل».



و فيه منع تحقق القرض مع فرض صدور ذلك بعنوان المضاربه إذ أقصاه كونها من القسم الفاسد، لا انها من القرض المحتاج إلى إنشاء تملك المال بعوض في الذمه و قصد كون الربح للعامل أعم من ذلك، و إن كان هو من اللوازم الشرعيه لملك المال و دعوى الاكتفاء بقصد ذلك في تحققه لفحوى

الصحيح (١) «عن أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام من ضمن تاجرا فليس له إلا رأس ماله و ليس له من الربح شىء»

و الموثق (٢) «عن أبي جعفر عليه السلام «من ضمن مضاربه فليس له إلا رأس المال، و ليس له من الربح شىء»

إذ كما أن التضمين من لوازم القرض، فكذا الاختصاص بالربح - يدفعها أن المتجه - بعد تسليم مضمونها، و عدم رجحان معارضتهما عليهما - الاقتصار على ذلك فيما خالف الضوابط الشرعيه، و لو فرض عدم إرادته الفاضل، و الشهيد ذلك بل مرادهما أن الدفع المجرد عن عنوان خاص يقتضى الحكم عليه بذلك، كان فيه أيضا منع تحقق القرض شرعا و عرفا بذلك، لما عرفت، و أصالة الصحة لا تصلح قرينه على صرف الظاهر، مع أنه لا يتم فى المعلوم خلوه عن هذا القصد نعم يمكن إرادتهما بيان حال كل من القراض، و القرض، و البضاعة فى حد ذاته، الا أن المراد تحققه على الوجه المزبور، و حينئذ يخرج عما نحن فيه.

ثم إن ظاهر العبارة المزبوره الفرق بين فردى البضاعة، باستحقاق الأجر فى الثانى دون الأول الذى نسب عدم الأجر فيه إلى ظاهر الأصحاب فى الرياض، بل قال: «هو حسن، إن لم يكن هناك قرينه من عرف أو عاده بلزومه، و إلا فالمتجه لزومه».

قلت: لا - يخفى عليك عدم وضوح الفرق بينهما، إذ التصريح فى الأول منهما بكون الربح بأجمعه للمالك، أعم من التبرع بالعمل، و

عدم إرادته الأجر عليه، فالتحقيق حينئذ عدم الفرق بينهما، و أن العامل يستحق الأجر فيهما، و قيام احتمال التبرع - ما لم يعلم منه إرادته التبرع - لا يدفع أصالة احترام عمل المسلم المأذون فيه من المالك، فضلا عن الواقع بأمره و اعترافه، من غير فرق فى ذلك بين الوقوع بصورة

١- ١ الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام المضاربه الحديث - ١ - و ذيله.

٢- ٢ الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام المضاربه الحديث - ١ - و ذيله.

المضاربه و غيرها ما لم يعلم منه اراده التبرع، و لا- بين كون العامل من المعدين لأخذ الأجره، كالسمسار و نحوه و غيره، مع فرض كون العمل مما له أجره في العاده، بل مقتضى الأصل المزبور استحقاق الأجره على العمل المأذون فيه، و إن لم ينو العامل الرجوع بها، بل يكفي عدم قصده التبرع.

و لعله إلى ذلك أشار الفاضل المقداد في شرح النافع قال في البضاعه: «فإن قال أى المالك مع ذلك لا أجره لك، فهو توكيل في الاسترباح من غير رجوع عليه بأجره و إن قال: و لك أجره كذا، فإن عين عملا مضبوطا بالمده أو العمل فذاك إجاره، و إن لم يعين فجعله، و إن سكت، فإن تبرع العامل بالعمل، فلا- أجره له، و إن لم يتبرع و كان ذلك الفعل له أجره عرفا، فله أجره مثله».

و من ذلك يعرف ما في كلام الرياض الذى حكيناه عنه، بل و فيما ذكره سابقا فى دفع إشكال استحقاق الأجره فلاحظ و تأمل.

و كيف كان فقد علم مما ذكرنا أن المضاربه دفع الإنسان إلى غيره مالا ليعمل فيه بحصه من ربحه، و لكن يتبعها أحكام عقود كالوكاله و الوديعه و الشركه، و غيرها كالغصب و أجره المثل و نحوها، و الظاهر أنه المراد مما فى المسالك من أن عقد القراض مركب من عقود كثيره، لأن العامل- مع صحه العقد و عدم ظهور ربح- و دعى أمين، و مع ظهوره شريك، و مع التعدى غاصب، و فى تصرفه وكيل، و مع فساد العقد أجير، لا أن المراد إنشاء هذه العقود بإنشاء عقدها، و إلا كان محلا للنظر، مضافا إلى ما فى ذكر الغصب و أجره المثل، و الشركه فى الربح فى العقود.

و على كل حال ف هو أى تمام البحث فى كتاب المضاربه يستدعى بيان أمور أربه:

### [الأمر الأول فى العقد]

الأول: فى العقد الذى جعله فى التذكره و القواعد من أركان هذه المعامله، بل صرح فى التذكره بأنه لا بد فيها من لفظ يدل على الرضا، و ظاهرهما أو صريحهما كغيرهما عدم مشروعيه ما يشبه المعاطاه فى البيع منها، و هو و إن كان موافقا لأصالة عدم ملك العامل الحصه من الربح، إلا أنه مخالف لما دل على جوازها فى البيع مما هو مشترك بينه و بين المقام و غيره من السيره المستمره، و صدق الاسم عرفا

و تجاره عن تراض، و نحو ذلك مما هو كاف في المشروعيه، و في تخصيص نحو

قوله عليه السلام (١) «إنما يحلل الكلام، و يحرم الكلام».

فالمتجه بناء على ذلك مشروعيتها كذلك، و إن لم يكن المركب من الإيجاب و القبول فعليين من عقدها، و عدم الثمره المترتبه بين معاطاتها و عقدها لجواز الفسخ فيهما، لا ينافي الحكم بمشروعيتها على الوجه المزبور، و إن كان قد سلف منا في البيع خلاف ذلك كله، فلاحظ.

و على كل حال فلا- خلاف في اعتبار اللفظ في إيجاب عقدها، و إن كان لا يتعين فيه لفظ مخصوص، بل يكفي فيه كل لفظ دال على إنشاء الرضا بها مستعمل في ذلك على النهج الصحيح، لانه المتعارف في كيفية عقدها، بل قد عرفت فيما مضى قوه الإكتفاء بذلك في العقود اللازمه، فضلا عن الجائزه.

أما القبول ففي التذكرة، و جامع المقاصد، و الروضه الاكتفاء فيه بالفعل في تحقق العقد، خلافا لظاهر الفاضل في القواعد و غيره، بل صرح به بعض العامه، بل في الرياض بعد أن حكى عن التذكرة ذلك، و أنه يظهر منها عدم الخلاف بيننا فيه، و في الإكتفاء في الإيجاب و القبول بكل لفظ، قال: «فإن تم و إلا فالأولى خلافه اقتصارا فيما خالف الأصل الدال على أن الربح تابع للمال، و للعامل أجره المثل، المنطبق مع المضاربه تاره، و المتخلف عنها أخرى على المتيقن، و لعله لذا اعتبر فيها التواصل بين الإيجاب و القبول، و التنجيز و عدم التعليق على شرط أو صفه، و هو حسن على ما حققناه.

و لكن على ما ذكره- من الاكتفاء بالفعل في طرف القبول، و بكل لفظ فيه و في طرف الإيجاب بناء على جواز العقد- مشكل، و سؤال الفرق بينه و بين اعتباره إياهما متجه، و كأنه أخذ ذلك أو بعضه من جامع المقاصد، فإنه بعد أن حكى عن التذكرة اعتبار التواصل، قال: و فيه نظر، لأن ذلك معتبر في العقود اللازمه خاصه، دون الجائزه من الطرفين، و سيأتى التصريح بذلك في الوكاله».

قلت: لا يخفى عليك ما فى ذلك كله، بناء على تحقق المضاربه فى المركب من الفعلين إيجابا وقبولا، فضلا عن محل الفرض، وأقصاه أنه لا يكون عقد مضاربه، وإلا فهو مشروع يترتب عليه أحكام المضاربه، مع أنه يمكن القول بتحقيق العقد أيضا بالقبول الفعلى، بناء على تعارف عقدها بذلك بين المشرعه، ومثله كاف فى ذلك لكن لا ثمره مهمه هنا بعد فرض المشروعيه بين كون هذه الكيفيه عقدا أو لا، لما سمعته من عدم الفرق بينهما فى الجواز، وغيره من أحكامها.

نعم بناء على عدم مشروعيه التعاطى فيها يتجه حينئذ البحث فى القرض، ولعل المانع فيه مستظهر ما لم يثبت تعارف كفيه عقدها بذلك، لكن قد عرفت التحقيق إن لم يكن ثم إجماع بخلافه، ودونه خرط القتاد، وإن كان كثير من كلماتهم تفيد الناظر فيها تشويشا على نحو ما فى بعض كتب العامه.

أما غير ذلك مما يعتبر فى غيرها من العقود، كالتواصل والتنجز فيبقى على مقتضى ما دل على اعتباره، الذى لا فرق فيه بين الجائز واللازم، ضروره كونه من كفيات العقد، والتوسع فى العقود الجائزه بالنسبه إلى الاكتفاء فى إيجابها مثلا بكل لفظ، لا يقتضى التوسع فيها بالنسبه إلى ذلك، وثبوتها فى الوكاله للدليل، لا يقتضى الثبوت فى غيرها، بعد حرمة القياس، هذا كله فى التواصل أما التنجز فلا ريب فى اعتباره، لاتحاد الطريق فيها وفى العقد اللازم كما حققناه فى محله. والله العالم.

و كيف كان ف هو جائز من الطرفين، لكل واحد منهما فسخه، سواء نض المال بأن صار دراهم أو دنانير أو كان به عروض بلا خلاف فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، وهو الحجه فى الخروج عن قاعده اللزوم. لكن ذكر غير واحد أنه إن كان الفاسخ العامل و لم يظهر ربح فلا شىء له، وإن كان المالك ضمن للعامل أجره المثل إلى ذلك الوقت، صونا للعمل المحترم من الخلو عن الأجر، مع احتمال العدم للأصل، وإقدام العامل عليه بمعرفته جواز العقد، وإمكان فسخه قبل ظهور الربح، بل و بعده مع تحقق الوضيعه المستغرقه له، لكونه وقايه لرأس المال.

قلت: قد يقال: إن قاعده احترام عمل المسلم المأذون فيه التى قدمناها سابقا

تقتضى استحقاق الأجره فى الأول، كما عن التذكرة، فضلا عن الثانى ما لم يكن إجماع، و الإقدام على جواز العقد أعم من الإقدام على التبرع.

و على كل حال ف لو اشترط فى أى عقد المضاربه الأجل لم يلزم العقد مدته على أحد منهما، فىصح لكل منهما فسخه قبله، بلا خلاف أجده فىه، للأصل و غيره. نعم فى المسالك و غيرها بعد تفسير العبارة و نحوها بما سمعت قال: «لكن العقد و الشرط صحيحان، أما الشرط ففائدته المنع من التصرف بعده، لأن التصرف تابع للاذن، و لا إذن بعده، و أما العقد فلأن الشرط المذكور لم يناف مقتضاه، إذ ليس مقتضاه الإطلاق».

قلت: قد يراد من العبارة عدم الصحة من نفي اللزوم، بقرينه قوله متصلا بها لكن لو قال: إن مرت بك سنه مثلا، فلا تشتت بعدها و بع صح عندنا لأن ذلك من مقتضى العقد الذى هو تسلط رب المال على فسخ القراض متى شاء، و على منع العامل عما يشاء من النوع و الزمان و المكان، ضروره ظهور الاستدراك فىه فى أن الأول ليس كذلك، بل هو من أفراد المسأله التى ذكرها بقوله أيضا.

و ليس كذلك لو قال: على أنى لا أملك فيها أى السنه منعك فإنه شرط باطل لأن ذلك مناف لمقتضى العقد بل المشهور كما قيل: بطلان العقد معه، فالتحقيق حينئذ أن يقال: إن أريد باشرط الأجل المعنى الأول صح، و إن أريد به المعنى الثانى بطل و أبطل، كما صرح به غير واحد، بل لم أجد خلافا هنا فى بطلانه، و زاد فى القواعد و جامع المقاصد اشترط ضمان العامل المال، أو إلزامه بحصه من الخساره.

إلا- أنه قد يناقش فى ذلك إن أريد بها الكنايه عن اللزوم مثلا بالعارض، و لو بالشرط، لا أن المراد به ما ينافى حكمها شرعا، فإنه لا- إشكال فى البطلان حينئذ إنما المناقشه فى الأول بمنع كونها من منافيات مقتضى العقد، المراد به ما يعود على العقد بالنقض، و لا ريب فى عدم منافاه اللزوم لعقد المضاربه، إذ هو كالجواز فى العقد اللازم الذى لا إشكال فى صحه اشراطه.

و من هنا كان له شرطه: أى اللزوم فى العقد الجائر بعقد لازم آخر، و لو أنه من المنافى لمقتضاه لم يصح ذلك، إذ هو كاشتراطه عدم الملك فى البيع، و نظيره هنا عدم ملك العامل الحصه من الربح، لا اشتراط اللزوم فى المضاربه، و كذا الكلام فى الضمان الذى لا- ينافى كون الشئ ء أمانه، فإن كثيرا من الأمانات مضمونه كعاريه الذهب و الفضة، و العاريه المشترط فيها ذلك، و المقبوض بالسوم، و غير ذلك، بل ستسمع ضمان العامل فى كثير من صور المضاربه، بل و كذا الكلام فى اشتراط إلزام العامل حصه من الخساره، فإن جميع هذه الأمور من الاحكام، أو مما هو مقتضى إطلاق العقد، لا أنها من منافيات مقتضاه التى تعود عليه بالنقض. فتأمل جيدا.

بقى شئ ء و هو أنه قد صرح الفاضل فى القواعد و تبعه فى جامع المقاصد بصحه شرط المالك على العامل المضاربه فى مال آخر، أو أخذ بضاعه منه، أو قرض أو خدمه فى شئ ء بعينه، معللا له الثانى منهما بعموم قوله تعالى (١) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و قوله (٢) «المؤمنون عند شروطهم»

لكن عن ابن البراج الجزم بفساد العقد و الشرط، و كذا عن المبسوط، إلا أنه قال: أخيرا «و لو قلنا القراض و الشرط جائز، لكن لا يلزم الوفاء به كان قويا» ثم إنه فى جامع المقاصد «قد حكى عن التحرير عدم لزوم الوفاء به،- ثم قال:- «و هو حق، فإن العقد جائز من الطرفين، لكن لم يذكروا حكم ما إذا عمل العامل و لم يف بالشرط، فظهر ربح، و الذى يقتضيه النظر أن للمالك الفسخ بفوات ما جرى عليه التراضى، فيكون للعامل أجره المثل، و للمالك الربح،- إلى أن قال- و لو شرط ذلك من طرف العامل على الملك، فالحكم كما هنا، بغير تفاوت إلا أن الفسخ هنا بعد العمل إذا لم يحصل الوفاء يكون للعامل، لأنه إنما رضى بالحصه القليله مع هذا الشرط».

قلت: لا يخفى عليك ما فى الذى جعله مقتضى النظر، فإن التزام تسلط المالك و العامل بعد العمل على الفسخ بفوات الشرط، و أخذ المالك تمام الربح، و العامل أجره

١-١ سورة المائدة الآية- ١.

٢-٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث- ٤.

المثل مما لا يمكن التزام فقيه له، فالتحقيق عدم مدخلية الشرط في ذلك، إنما الكلام في حكمه بالنسبة إلى وجوب الوفاء به، و عدمه،

فيحتمل الأول، لكن بمعنى الوجوب المشروط بالبقاء على العقد، وعدم إنشاء فسخه، لكونه حينئذ كنفس مقتضى العقد، إذ هو من توابعه، وبهذا المعنى يندرج في قوله تعالى (١) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بناء على كون المراد منه الأمر بالوفاء بمقتضى كل عقد لم يحصل له فاسخ جائز و لازم و في

قوله «المؤمنون عند شروطهم»

و يحتمل الثاني لا بمعنى تسلطه على فسخ العقد بل على معنى عدم وجوب الوفاء به و إن لم يفسخ العقد، للأصل السالم عن معارضة الآيه المراد منها العقود اللازمه، لظهور الأمر فيها بالوجوب المطلق و كذا

قوله: «المؤمنون عند شروطهم»

المراد منه بيان صحة أصل الاشتراط، و أما لزوم و عدمه فيتبع العقد الذى تضمن الشرط، فإن كان لازماً و جب الوفاء بالشرط، لكونه حينئذ من توابع العقد، و الا لم يجب بل يكون حينئذ شبيه الوعد.

و لعل هذا مراد الشيخ و الفاضل في التحرير من المحكى عنهما، لا أن المراد عدم لزوم الوفاء بالعقد - باعتبار جواز العقد، و إلا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد - إذ هو كما ترى لا دليل عليه، بل المعلوم خلافه ضروره عدم كون الشرط أولى من مقتضى العقد الذى لا يجب الوفاء به و ان لم يفسخ العقد، فإن من استودع أو وكل أو استعار أو ضارب: أى جاء بعقد من هذه العقود، لا يجب عليه

الوفاء بمقتضى ذلك، ف يأخذ الوديعة مثلاً، و يفعل ما وكل و يتناول العاربه، و يأخذ عين مال القراض فالشرط أولى، و منه يعلم حينئذ أنه هو مراد الشيخ و الفاضل فيما ذكره من عدم لزوم الوفاء به و هو لا يخلو من قوه، و الله العالم.

و على كل حال ف لو اشترط على العامل أن لا يشتري إلا - من زيد، أو لا - يبيع إلا على عمرو صح لأن الناس مسلطون على أموالهم و كذا لو قال: له على أن لا تشتري إلا الثوب الفلانى مثلاً أو ثمره البستان الفلانى

سواء كان وجود ما أشار إليه عاما أو نادرا لما عرفت خلافا لبعض العامه فلم يجوز الأخير و هو واضح الضعف.

نعم لو شرط أن يشتري أصلا يشتركان في نمائه كالشجر أو الغنم قيل: يفسد بل لم أجد من جزم بالصحة من أصحابنا و ذلك لأن مقتضاه أى القراض الاشتراك في الربح الحاصل من التصرف في رأس المال و إن تبعه النماء أيضا في بعض الأحوال لا حصره في الربح الحاصل من نماء المال مع بقاء عينه، لا أقل من الشك في تناول الإطلاقات له و الأصل الفساد و لكن مع ذلك فيه تردد مما سمعت، و من إمكان منع اعتبار ذلك في القراض الذى هو دفع المال من ربه، و العمل من العامل و الاشتراك فيما يحصل من ذلك، سواء كان نماء فعل أو مال، إذ هو أيضا مسبب من فعل العامل الذى هو شراء ذى النماء، لكن يقوى في النظر الأول.

نعم لو قال له: اشتره و ما يحصل من ارتفاع قيمته و من نمائه فهو بيننا، فالأقوى الصحة، لإطلاق الأدله، كما لو أنه اتفق نماء أعيان المضاربه قبل بيعها، شارك في النماء قطعا، و دعوى - اعتبار شراء مع بيع و لو مره في المضاربه - واضحة المنع، و بذلك ظهر لك أن لشركه العامل في النماء صورا ثلاثه إحداها معلومه الصحة، و الثانيه مظنونه، و الثالثه يشك في شمول الإطلاق لها، و الأصل الفساد، كما أنه ظهر لك من ذلك ما فى المسالك و غيرها فلاحظ و تأمل.

و إذا أذن له فى التصرف بمعنى أنه عقد معه عقد المضاربه مثلا و أطلق تولى بإطلاق الإذن المستفاده من العقد ما يعتاد بالنسبه إلى مثل تلك التجاره، و مثل ذلك العامل فى مثل ذلك المكان و الزمان ما يتولاه المالك و غيره من عرض القماش، و النشر و الطى، و إحرازه و قبض الثمن، و إيداعه الصندوق، و استيجار من جرت العاده باستيجاره، كالدلال و الوزان و الحمال (١١) و غير ذلك مما لا يمكن تحديده بالتعداد عملا بالعرف (١٢) الذى هو الضابط لذلك و (١٣) حيثذ ف لو استأجر ل (١٤) مثل الأول (١٥) الذى جرت العاده بمباشرته ضمن الأجره، (١٦) بل يمكن ضمانه العين لو فرض تلفها بذلك.



و لو تولى الأخير الذى جرت العاده بالاستيجار له بنفسه قاصدا للتبرع لم يستحق أجره أما مع قصد الرجوع فقد يقوى استحقاتها، بناء على تناول الوكاله لمثل نفسه، بل قد يقوى استحقاته إياها مع الخلو عن القصد، لقاعده احترام عمل المسلم المتقدمه و الله العالم.

و لا ينفق العامل فى الحضر عندنا شيئا من مال القراض و إن قل، حتى فلس السقاء، لأصالة حرمه التصرف فى مال الغير.

نعم له أن ينفق فى حال السفر كمال نفقته من مأكلا و مشرب و ملبس و مسكن، و نحو ذلك مما هو داخل فى النفقه من أصل المال على الأظهر الأشهر بل المشهور فى التذكرة نسبتة إلى علمائنا، بل فى محكى الخلاف الإجماع عليه، و هو الحجج بعد

صحيح على بن جعفر(١) «عن أخيه أبى الحسن عليه السلام فى المضارب ما أنفق فى سفره، فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده، فما أنفق فمن نصيبه»

و نحوه خبر السكونى(٢) عن أمير المؤمنين عليه السلام خلافا للمحكى عن بعض، من كون جميع نفقته على نفسه، كالحضر، للأصل المقطوع بما عرفت، فالعمل عليه حينئذ كالاتجاه فى مقابله النص.

نعم عن آخر أن له تفاوت ما بين نفقه السفر و الحضر، و هو مخالف لظاهر النص أيضا، المعتضد بما سمعت، و المراد بالسفر هنا العرفى، لا الشرعى الذى هو فى الحقيقه أحد أفراد السفر، قد علق الشارع عليه بعض الأحكام الخاصه، كقصر الصلاه و الإفطار و نحوهما، كما أنه أجرى أحكام الحضر عليه مع الإقامة و التردد ثلاثين يوما، و إن بقى معهما صدق اسم السفر الذى يجرى عليه الحكم هنا، لكونه عنوانه يدور معه وجودا و عدما.

نعم فى المسالك و غيرها يجب الاقتصار منه على ما يحتاج إليه للتجاره، فلو أقام زياده عنه فنفقته عليه خاصه، قلت: هو كذلك ما لم يكن لخوف طريق مثلا، أو حبس ظالم أو نحو ذلك مما يتعلق بالتجاره، و لذا قال فى التذكرة: «لو أقام فى

١-١ الوسائل الباب-٦- من أبواب أحكام المضاربه الحديث-١- و ذيله.

٢-٢ الوسائل الباب-٦- من أبواب أحكام المضاربه الحديث-١- و ذيله.

طريقه فوق مده المسافرين فى بلد للحاجه لجبايه المال أو لانتظار الرفقه أو لغير ذلك من المصالح لمال القراض، كانت النفقه على مال القراض أيضا، لأنه من مصلحه القراض أما لو أقام للراحه أو للتفرج أو لتحصيل مال له أو لغير مال القراض، فإنه لا يستحق عن تلك المده شيئا من مال القراض للنفقه، أما لو أقام للتجاره أو لأمر آخر بحيث يكون كل منهما عله تامه فى المكث ففى اختصاص النفقه فى مال القراض - للإطلاق و عدمه للأصل و التوزيع - أوجه، أقواها الأول، كما أن أقواها الأخير لو تركب الداعى منهما، بحيث يكون كل منهما جزء العله، و المراد بالنفقه ما يحتاج إليه فيه من مأكول و مشروب و ملبوس و مركوب، و آلات ذلك كالتقربه و الجوالق، و أجره المسكن و نحو ذلك مما هو داخل فى اسم النفقه الآتى إنشاء الله تفصيلها فى النفقات.

و حينئذ فليس المراد مؤنته المندرج فيها جوائزه و عطاياه و ضيافته، و غير ذلك مما مر بيانها فى كتاب الخمس، و بذلك يظهر لك أن معنى قوله عليه السلام «ما أنفق» ما يذهب منه نفقه له، لا أن جميع ما يتلفه، و هو الموافق للأصل.

نعم يراعى فيها كغيرها من النفقات ما يليق بحاله عاده على وجه الاقتصاد فلو أسرف حسب عليه، و إن اقتر لم يحسب له، لأنه لم ينفق ذلك، و على كل حال فإذا عاد من السفر فما بقى من أعيان النفقه و لو من الزاد يجب رده على التجاره، كل ذلك ما لم يشترط عليه عدمها، و الا لم يجز للعامل، و لو أذن له بعد ذلك فهو تبرع محض، و لو شرطها على المالك فهو تأكيد، و يقوى حينئذ وجوب تعيينها حذرا من الجهاله، بناء على اعتبار عدمها فى مثل المقام، و لعله لا يخلو من نظر، بل ربما قيل بعدم وجوب ضبطها حتى على الأول، لكونها ثابتة بأصل الشرع فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل، و إن كان فيه ما لا يخفى، ضروره عدم رجوع ذلك إلى شىء من العقد مع عدم الاشتراط بخلافه معه.

ثم إن ظاهر النص و الفتوى عدم اعتبار ثبوت ربح فى النفقه، بل ينفق و لو من أصل المال إن لم يكن ربح، لكن لو ربح بعد ذلك أخذت من الربح مقدمه على حق العامل، ضروره كون ذلك كالخساره اللاحقه للمال التى يجب جبرها بما يتجدد من

الربح، كما أومى إليه في التذكرة بقوله: «و القدر المأخوذ في النفقة يحسب من الربح، و إن لم يكن هناك ربح فهو خسران لحق المال» و كذا في المسالك قال: «و لا يعتبر في النفقة ثبوت ربح، بل ينفق و لو من أصل المال إن لم يكن ربح و إن قصر المال.

نعم لو كان ربح فهي منه مقدمه على حق العامل» لكن في الرياض «و لا يعتبر في ثبوتها حصول الربح، بل ينفق و لو من الأصل، لإطلاق الفتوى و النص، و مقتضاهما الإنفاق من الأصل و لو مع عدم حصول التبرع، و لكن ذكر جماعه أنها منه دون الأصل، و عليه فلتقدم على حصه العامل».

و هو من غرائب الكلام إن أراد بالأول إخراجها من الأصل، حتى لو تجدد بعد ذلك ربح، خصوصا بعد ما سمعته من الفاضل، و ثاني الشهيدين من أنها منه مقدمه على حق العامل، و إن قلنا بخروجها من الأصل، حال عدم الربح، فالتحقيق حينئذ ما عرفته، من أنه ينفق و لو من أصل المال، لكن متى تجدد ربح جبر المال بمقدار ما أنفق منه، ثم إن بقي ربح أخذ حصته، و إلا فلا، و هو الموافق للتأمل في النص و الفتاوى، لا ما سمعته منه، و لا أنه ينفق حال عدم الربح من أصل المال، و حال وجود الربح منه من غير جبر للأول.

نعم إن لم يكن ثم إجماع أمكن القول بأن النفقة إنما تكون للعامل، حيث يكون ربح في المال يحتملها، أو بعضها، فتخرج حينئذ منه على المالك و المضارب، و إلا فلا نفقة له، كما أن نفقته حال الحضر من نصيبه خاصة، و لعله أوفق بالأصل و النص، إلا أنا لم نجده قولاً لأحد، و إن أراد ذلك في الرياض بما حكاه عن جماعه كان مطالباً لتعيينهم كما لا يخفى على من لاحظ و تأمل.

و على كل حال فإنما يستحق العامل النفقة في السفر المأذون فيه، فلو سافر إلى غيره أي بتجاوز المأذون أو إلى غير جهته فلا نفقة، و إن كانت المضاربه باقية، هذا و في المسالك و غيرها أن مئونه المرض و الموت في السفر محسوبتان على العامل خاصة لأنهما لم يتعلقا بالتجاره، و هو كذلك بالنسبة إلى الموت، بل و المرض إذا كان على وجه لا عمل له في المال معه، أما إذا كان مرضاً لا يمنعه من العمل بالمال، فلا ريب في

استحقاقه النفقه فى تلك الحال.

نعم قد ىشكل دخول مثل الدواء و نحوه فى النفقه، و قد حققنا ذلك فى النفقات من كتاب النكاح، من أراده فلىلحظه، فإن الظاهر اتحاد البحث فى المقامين بالنسبه إلى ذلك.

و كيف كان ف لو كان لنفسه مال غير مال القراض فالوجه عند المصنف و جماعه التقييط لان السفر لأجلهما، فنفته عليهما، و هل هو على نسبه المالين أو العمليين؟ وجهان: أجودهما فى المسالك تبعا لجامع المقاصد الأول، لأن استحقاق النفقه فى مال المضاربه منوط بالمال، و لا نظر إلى العمل، و من هنا اتجه تفريع المصنف ذلك على ما ذكره أولا، لكن أورد عليه فى الأخير أنه يقتضى أن لا يستحق نفقه أصلا، لو أخذ مضاربه فى حال السفر.

ثم إن الظاهر جريان التقييط على القول الآخر الذى هو وجوب ما زاد على نفقه الحضر، ضروره كونها حينئذ هى التى تقسط على المالين أو العمليين، فما عن فخر المحققين - من عدم جريان ذلك على هذا القول، بل تكون النفقه على نفسه، لكونه كالحاضر باعتبار اشتغاله بمال نفسه، و إن استصحبه مال القراض - غير واضح، و التعليل المذكور يسقطها على القول الآخر أيضا، و من هنا حكى عن السيد العميد أنه جعل احتمالى سقوط النفقه و ثبوت التفاوت بين حالى الحضر و السفر خاصه فى عباره القواعد من توابع الفرض، و هو ما لو كان معه مال آخر لنفسه، و ربما يؤيد الاحتمال الأول، بظهور خبر النفقه فى الذى ليس معه إلا مال المضاربه، فبقى محل الفرض مندرجا تحت الأصل.

نعم ىندرج فى النص المضارب الذى معه مضاربات متعدده، ضروره صدق كونه مضاربا، و التوزيع حينئذ متجه فيه، إما لأن

قوله عليه السلام (١) «من جميع المال»

يشمل مال الجميع على جهه النسبه، أو لأن اختصاصه بمال دون آخر ترجيح بلا مرجح مع أن عله الاستحقاق صدق وصف المضاربه المتحققه فى الجميع، فلا عدل حينئذ

إلا التوزيع بعد تعذر التكرار، و قيمه النفقه ليست نفقه، بل قد يدعى انسياقه من أمثال ذلك، كما لا يخفى على من لاحظ نظائره في النفقات، كما أنه قد يدعى انسياق ذلك أيضا حتى لو كان مال لنفسه مع مال القراض، لا سقوط النفقه، ضروره صدق كونه مضاربا معه، إلا أنه لما كان السفر ليس للقراض خاصه، اتجه التوزيع المزبور.

و على كل حال ففى كونه على قدر الأموال أو الأعمال البحث السابق هذا. و فى المسالك بعد أن ذكر التوزيع فى القراضين قال: «و لا فرق فى ذلك بين أن يكون قد شرطها على كل واحد منهما أو أطلق، بل له نفقه واحده عليهما على التقديرين، لأن ذلك منزل على اختصاص المشروط عليه بالعمل، هذا مع جهل كل واحد منهما بالآخر، أما لو علم صاحب القراض الأول، بالثانى، و شرط على ماله كمال النفقه جاز، و اختصت به، و لا شىء على الثانى».

و قد تبع بذلك الكركى قال: «لو شرط فى القراض النفقه فأخذ من آخر قسط لان ذلك منزل على اختصاصه بالعمل له، و كذا لو شرطا، و لو شرط أحدهما و أطلق الآخر فإن علم الأول بالقراض، فالنفقه من ماله خاصه، عملا بالشرط» و هو قد تبع بذلك الفاضل فى التذكرة قال فيها: «فان شرط صاحب المال الأول النفقه من مال القراض، مع علمه بالقراض الثانى جاز، و كان نفقته على الأول، و إذا لم يعلم بالقراض الثانى بسطت النفقه و إن كان قد شرطها الأول لأنه إنما أطلق له النفقه بناء على اختصاص عمله به، لانه الظاهر».

قلت قد عرفت فى السابق أن شرط النفقه إنما هو مؤكد لثبوتها بدونه، فصوره الشرط حينئذ كصوره الإطلاق بالنسبه إلى ذلك، و لا ريب فى التوزيع مع الإطلاق فيهما و إن علم أحدهما بالآخر.

نعم لو أريد من الشرط الاختصاص بالنفقه على من عليه الشرط، اتجه ذلك، إلا- أنه لا- فرق معه بين صورتى الجهل و العلم حينئذ، و دعوى انسياق ذلك من الشرط حال العلم، دون الجهل لا شاهد لها، و الله العالم.

و لو أنفق صاحب المال مسافرا مثلا فانتزع المال منه بقصد فسخ

المضاربه فنفقه عوده منه خاصه لارتفاع وصف المضاربه الذى هو سبب استحقاق النفقه، و لا غرر، بعد دخوله على العقد الجائر الذى هو معرض ذلك و نحوه، فما عن بعض العامه من ثبوتها واضح الضعف.

و كيف كان فلا- إشكال و لا خلاف فى أن للعامل ابتياح المعيب و الرد بالعيب و أخذ الأرش نعم كل ذلك و نحوه مع الغبطه لأن الغرض الذاتى هنا الاسترباح الذى يحصل بالصحيح و المعيب، فلا يتقيد إطلاقها حينئذ بالأول، و إن كان هو كذلك فى إطلاق الوكاله، المحتمل إرادته القنيه التى لا يناسبها المعيب، و كذلك الكلام فى الرد بالعيب، و أخذ الأرش.

و لكن مع هذا قد ذكر غير واحد من الأصحاب أنه يقتضى إطلاق الإذن هنا البيع نقدا بضمن المثل من نقد البلد لانه المتعارف فى التجاره لتحصيل الربح، إذ فى النسيئه من التغرير بالمال ما لا يخفى، كالتضييع بالبيع بدون ثمن المثل و احتمال الكساد فى بيع العروض، لكن فى المسالك و غيرها المناقشه فى الأخير بأن «المضاربه تفارق الوكاله فى بعض المطالب، لان الغرض الأقصى منها تحصيل الربح، و هو قد يكون بالعروض، فالأقوى جوازه بها مع الغبطه» إلى أن قال: «و لو أذن له فى شىء من ذلك عموما أو خصوصا «كتصرف كيف شئت» و بحسب رأيك و نظرك و نحو ذلك، فإنه يجوز له البيع بالعروض قطعا، أما النقد و ثمن المثل فلا يخالفهما إلا بالتصريح» و ما أبعد ما بينه و بين فاضل الرياض حيث جعل المدار على حصول المصلحه مع الإطلاق، و إن كان فرضها فى نحو البيع بدون ثمن المثل نادرا، و ظنى أنه لا موافق له على ذلك، و إن كان قد يتوهم من بعض العبارات.

و التحقيق أنه لا وجه للتوقف مع المصلحه، إذا كان الإذن على وجه العموم، فله البيع نسيئه و بدون ثمن المثل، أما مع الإطلاق فالمدار حصولها فى الأفراد المتعارفه بين التجار فى تحصيل الأرباح، و أما النادر و إن فرضت فيه المصلحه فلا يدخل فى الإطلاق، إذ ليس العنوان الإذن فى عمل كل ما فيه مصلحه، و إنما هو الإطلاق المنصرف إلى الأفراد المتعارفه التى منها نقصان ما يتسامح به الناس، و الله العالم.

و على كل حال فقد ذكر المصنف وغيره أنه لو خالف ما دل عليه اللفظ لم يعض إلا مع إجازة المالك لكونه تصرفاً قد وقع بدون إذن المالك، وهو غير باطل عندنا، وإنما هو فضولي، فإن أجاز نفذ لكن في المسالك تبعاً لجامع المقاصد «إنه مع الإجازة بأن قدر على تحصيل النسيئة، وإلا ضمن الثمن، لثبوته بالبيع الصحيح، لا القيمة، ومع عدمها يجب استرداد العين مع الإمكان، وإلا ضمن قيمه المبيع أو مثله، لا الثمن المؤجل وإن كان أزيد، ولا التفاوت في صورته النقيصة لأنه مع عدم الإجازة بيع باطل، فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدى فيه وسلمه من غير إذن شرعي».

قلت: قد يناقش في ضمانه بأنه مع إجازة المالك ورضاه بالبيع نسيئته، صار الثمن الذي في ذمه المشتري له برضاه، ولم يحصل من العامل ما يقتضى ضمانه، بل لعل ذلك كذلك في الغاصب إذا باع المغصوب نسيئته، ثم ندم الغاصب فأجاز المالك ذلك ورضى بالثمن الذي في ذمه المشتري أن يكون له، خرج الغاصب من الضمان، ولا ينتقل ضمان العين الذي كان عليه إلى الثمن الذي لم تستولى يده عليه، وكأن ذلك كله لا إشكال فيه بمقتضى المعلوم من القواعد.

اللهم إلا أن يقال: إن ما نحن فيه مما تسمع تظافر النصوص و الفتاوى به، من ضمان العامل إذا خالف ما اشترط عليه المالك، وإن بقيت المضاربه صحيحة و الربح بينهما، إذ لا فرق في المخالفة بين الشرط الصريح، أو المفهوم من الإطلاق، فكما لو قال له: اشتر مثلاً تمراً، فخالف و اشترى غيره كان ضامناً، ولكنه صحيح و الربح بينهما - كما ستعرف، فكذلك ما نحن فيه، الاستفادة من انسياق الإطلاق بل هو أولى بذلك، والله العالم.

و كذا يجب مع الإطلاق أن يشتري العامل بعين المال لأنه المفهوم أو المتيقن منه، خصوصاً بعد ملاحظه احتمال عدم إرادته المالك التجارة بغير المال الذي دفعه، و الشراء بالذمه قد يؤدي إلى وجوب دفع غيره، كما في صورته تلف مال المضاربه قبل الوفاء.

و حيثئذ ف لو خالف و اشترى فى الذمه للمالك لم يصح البيع إلا- مع الاذن فيه، و لو لاحقاً، لكن قد يشكل ذلك باقتضاء الإطلاع عرفاً الشراء بالذمه على وجه الحلول، و إرادته الدفع من مال المضاربه، كما هو المتعارف بين الناس، من غير فرق بين الملاك و العمال و الوكلاء و غيرهم.

نعم ليس له الشراء فى الذمه على إرادته الرجوع عليه بغير مال المضاربه، فإنه ليس فى الإطلاع ما يشعر بالإذن بذلك، و يمكن إرادته الأصحاب المنع عن هذا بالخصوص لا- ما يشمل الأول الذى قد يتسامح فى العرف بجعله من الشراء بالعين، فإذا اتفق عروض ذلك من العامل، و فرض تلف مال المضاربه، أدى المالك من غيرها حيثئذ، لما عرفته من تناول الإطلاع الإذن على الوجه المزبور، المفروض وقوعه.

و من ذلك يعلم ما فى التعليل المذكور، كما أن منه يعلم أنه مع تأديه المالك فى الفرض المزبور من غير مال المضاربه، يكون ذلك من مال القراض، لما عرفته من اقتضاء الإطلاع ذلك، كما عن الشيخ فى المبسوط التصريح به، و إن حكى عنه أنه حكى فيه و فى الخلاف أقوالاً- غير محصله، لا- فائده فى ذكرها، كما لا محصل معتد به لما أطنب به فى الرياض من ذكر الإشكال المزبور، و الجواب عنه، و النظر فى الجواب فلاحظ و تأمل.

و على كل حال ف لو اشترى العامل فى الذمه بينه أنه للمالك لا- معه أى الإذن منه، لا- سابقاً و لو من الإطلاع المزبور، و لا لاحقاً و لكن لم يذكره أى المالك على وجه يفهم البائع أن البيع له تعلق الثمن بذمته ظاهراً (١١) و ان كان هو فاسداً فى نفس الأمر، و يجب عليه التخلص من البائع بمقاصه و نحوها.

نعم لو وقع الشراء منه بلا- نيه أنه للمالك، أو لنفسه تعلق الثمن بذمته ظاهراً و واقعاً، و كان الربح له، كما لو نوى لنفسه، لظهور المعامله فى ذلك، حتى لو فرض كونه مأذوناً فى الشراء فى الذمه للمالك، لكن لا ينصرف الشراء فى نفس الأمر عن وقعت المعامله له الا بينه أنه له، كما هو واضح، فما فى الرياض - من الوقوع للمالك



فى هذه الصورة- واضح الضعف، الا أن فيما حضرنى من نسخه غير نقيه من الغلط.

نعم لو كان قد نوى المالك ثم أجاز كان له، بل ربما ظهر من المقداد كونه مال قراض حينئذ، كما أنه يبطل مع ذكره له لفظاً، و عدم اذنه سابقاً و لاحقاً، و بذلك كله بان لك صور المسأله و أحكامها، لكن الإنصاف عدم خلوه جعله مال قراض مع الإجازة اللاحقه و أداء الثمن من غير مالها من اشكال، أو منع و الله العالم.

و لو أمره بالسفر إلى جهه فسافر الى غيرها أثم و ضمن المال، لتعديه، و ان نفذ بيعه، و كان الربح بينهما، إذ لا منافاه بين ذلك، و بين المنع من السفر، لكونه مأذوناً فى التجاره من حيث هى تجاره، و ان لم يجز له السفر، فإن المنع من أحد المتقارنين لا يقتضى بمجرد المنع من الآخر، بل هو كذلك حتى فى صور الإطلاق فإن الظاهر عدم استفاده الإذن منه فى السفر، كما صرح به غير واحد، بل فى جامع المقاصد نسبتبه إلى علمائنا، لما فيه من التغرير بالمال، خلافاً لبعض العامه، من غير فرق بين خوف الطريق و أمانه، و على كل حال فلا اشكال و لا خلاف عندنا فى الحكم المزبور.

و

فى الصحيح (١) عن أحدهما «سألته عن رجل يعطى المال مضاربه و ينهى أن يخرج، قال: يضمن المال و الربح بينهما».

و فى صحيح الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام «فى الرجل يعطى للرجل المال فيقول:

أئت أرض كذا و كذا و لا- تجاوزها، و اشتر منها؟ قال: فإن جاوزها و هلك المال فهو ضامن، و ان اشترى متاعاً فوضع فيه، فهو عليه، و ان ربح فهو بينهما».

و فى خبر أبى بصير (٣) عنه عليه السلام أيضاً «فى الرجل يعطى الرجل مالا مضاربه و ينهى أن يخرج به الى أرض أخرى، فعصاه قال: هو ضامن، و الربح بينهما إذا خالف شرطه و عصاه».

١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب أحكام المضاربه الحديث- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب أحكام المضاربه الحديث ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب أحكام المضاربه الحديث ١٠.

خبر أبي الصباح (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المضاربه، يعطى الرجل المال يخرج به الى أرض، وينهى أن يخرج به الى غيرها، فعصى فخرج به الى أرض أخرى فعطب المال؟ فقال: هو ضامن، و ان سلم فهو بينهما».

بل

في صحيح الحلبي (٢) عنه أيضا أعم من ذلك قال: «في المال الذى يعمل به مضاربه، له من الربح، وليس عليه من الوضعيه شىء الا- أن يخالف أمر صاحب المال، فإن العباس كان كثير المال، و كان يعطى الرجال يعملون به مضاربه، و يشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن واد، و لا يشتروا ذا كبد رطبه، فإن خالفت شيئا مما أمرتك به فأنت ضامن للمال»

و فى صحيحه الآخر (٣) عنه أيضا «فى الرجل يعطى الرجل مالا مضاربه، فيخالف ما شرط؟ قال: هو ضامن، و الربح بينهما».

و فى خبر أبي الصباح (٤) عنه أيضا «فى الرجل يعمل بالمال مضاربه؟ قال: له الربح و ليس عليه من الوضعيه شىء، الا أن يخالف عن شىء مما أمره صاحب المال»

بل

فى صحيح جميل (٥) عنه أيضا «فى رجل دفع الى رجل مالا يشتري به ضربا من المتاع مضاربه فذهب فاشترى غير الذى أمره قال هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط».

و اليه أشار المصنف بقوله أو أمره بابتياح شىء بعينه فابتاع غيره ضمن، و لو ربح و الحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط الا أنه أشكله بمخالفته القواعد المعلومه، ضروره عدم الدخول فى الملك مع عدم الإذن لاحقا و سابقا، فكيف يتجه استحقاق الربح حينئذ، و من هنا جمد بعض الناس على ما فى النصوص، و لعل اقتصار المصنف على هذين الصورتين لذلك، لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد ما سمعته من النصوص الداله على الأعم من ذلك، و هو كل شرط قد خولف، و هو الذى جزم به غير واحد، قائلا أنه لا بأس بتخصيص القواعد بهذه النصوص المعمول عليها بين الأصحاب إلا أنه كما ترى أيضا.

- 
- ١- ١ الوسائل الباب- ١- من أبواب أحكام المضاربه الحديث ٦.
  - ٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب أحكام المضاربه الحديث ٧.
  - ٣- ٣ الوسائل الباب- ١- من أبواب أحكام المضاربه الحديث ٥.
  - ٤- ٤ الوسائل الباب- ١- من أبواب أحكام المضاربه الحديث ٣.
  - ٥- ٥ الوسائل الباب- ١- من أبواب أحكام المضاربه الحديث ٩.

و يمكن تنزيل هذه النصوص على إرادته بقاء الإذن في المضاربه، و إرادته الضمان من الاشتراط، كما يرمى إليه ما في ذيل صحيح

الحلبى السابق، و خصوصا ذكره عليه السلام له بعنوان التعليل للحكم، بل لعل ذلك هو المعروف فيما بينهم سابقا من الشرط كما عساه يرمى إليه

خبر رفاعه<sup>(١)</sup> عن ابى عبد الله عليه السلام «فى مضارب يقول لصاحبه إن أنت أذهبته أو أكلته، فأنت له ضامن؟ قال: هو له ضامن إذا خالف شرطه»

هذا.

و فى المسالك «يجب تقييد المخالفه فى جهته بما إذا بيع المتاع فى تلك الجهه بما يوافق قيمته فى الجهه المعينه أو يزيد، فلو كان ناقصا لا يتغابن بمثله لم يصح، كما لو باع بدون ثمن المثل» و مثله فى جامع المقاصد و زاد «أنه إذا أجاز المالك كان الثمن مضمونا».

قلت: قد يقال بالصحه من غير احتياج إلى الإجازة، لما سمعته من النصوص أن البيع صحيح مع المخالفه، و لكنه ضامن للوضيعه، و لا ريب أن محل الفرض من ذلك، و الله العالم.

و كيف كان فبموت كل منهما تبطل المضاربه، لأنها فى المعنى و كاله التى هى كغيرها من العقود الجائزه، نحو العاريه و الوديعه تنفسخ بالموت و الجنون و الإغماء، و نحو ذلك مما يقتضى بطلان الأذن من المالك التى هى بمنزله الروح لهذا العقد و شبهه، بل ظاهر الأصحاب فى المقام و غيره عدم تأثير إجازة الوارث أو ولى المالك فى حال الجنون و

الإغماء، لتصريحهم بالانفساخ بعروض أحد هذه العوارض، و حينئذ فإذا أريد تجديدها مع وارث أحدهما اشترط فى الثانيه شروط الأولى من إنضاض المال دراهم و دنائير و غير ذلك كما هو واضح.

ثم إن كان الميت المالك، و كان المال ناضا لا ربح فيه أخذه الوارث، و إن حصل فيه ربح اقتسماه، و ليس لأحد من الغرماء مزاحمه العامل فى حصته، لما ستعرف إنشاء الله من ملكه لها بالظهور، فكان شريكا للمالك، و إن كان المال عروضاً، ففى المسالك «إن

للعامل بيعه إن رجي الربح، وإلا- فلا، و للوارث إزمه بالإنضاض إنشاء مطلقاً و فيه أنه ليس للعامل البيع من دون إذن الوارث الذى قد انتقل اليه و إن رجي الربح، كما أنه ليس للوارث إزمه بالإنضاض مطلقاً بعد انفساخ المضاربه، اللهم إلا أن يقال: إنه حق للميت، فينتقل إلى وارثه.

و إن كان الميت العامل، فإن كان المال ناضاً و لا ربح أخذه المالك، و إن كان فيه ربح دفع إلى الورثه حصصهم منه، و لو كان هناك متاع و احتيج إلى البيع و التنضيز فإن أذن المالك للوارث فيه جاز، و إلا نصب الحاكم أميناً يبيعه، فإن ظهر فيه ربح أوصل حصه الوارث، و إلا سلم الثمن للمالك و الله العالم.

### [الأمر الثانى فى مال القراض]

#### إشاره

الأمر الثانى: فى مال القراض و من شرطه أن يكون عينا فلا يجوز بالدين و أن يكون دراهم أو دنانير بلا خلاف أجده فى شىء منه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى ما قيل:

من أصاله الفساد هنا، السالمه عن معارضه(١) «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(٢)

«و المؤمنون عند شروطهم»

و نحو ذلك مما عرفت إرادته العقود اللازمه منه، و عن الإطلاقات التى لم تسق لبيان ما تجوز به المضاربه، و إنما هى فى معرض أحكام آخر، و إن كان لا يخلو من تأمل، ضروره الإكتفاء(٣) «بتجاره عن تراض» و نحوه فى ذلك بعد الإغضاء عن دعوى عدم إطلاق صالح، و لكن الأمر سهل بعد الإجماع المزبور.

و منه يعلم أنه لا وجه لقول المصنف و فى القراض بالنقره التى هى القطعه المذابه من الذهب و الفضة تردد ضروره عدم كونها حينئذ منهما، و من هنا لم نعرف مخالفاً فى عدم الجواز بها، بل و لا متردداً غير المصنف.

١- ١ سورة المائده الآيه- ١.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث- ٤.

٣- ٣ النساء: ٢٩.

نعم فى المسالك «ربما أطلقت النقره على الدراهم المضروبه من غير سكه، فإن صح هذا الاسم كان التردد من حيث أنها قد صارت دراهم و دنانير، و إنما تخلف السكه و هى وصف فى النقدين ربما لا يقدر، خصوصا إذا تعومل بها على ذلك الوجه، مع أنه أيضا كما ترى، بعد

معلوماته كون الدرهم و الدينار حقيقه فى المسكوك للمعامله و تخلف السكه قاذح باعتبار اقتضائه انتفاء صدق اسم الدرهم و الدينار، و التعامل بغير المنقوش أو المنقوش لا- للمعامله، لا يحقق الاسم المزبور، و لو سلم تحقق الاسم بناء على أنه للأعم من المسكوك للمعامله، فليس حينئذ إلا الصحه.

و على كل حال فلا وجه للتردد بعد الجزم بشرطيه الدرهم و الدينار و الله العالم.

و كذا لا يصح بالفلوس لفقد الشرط المزبور بل و لا بالورق المغشوش الذى يجب كسره سواء كان فيه الغش أقل أو أكثر إذ المراد به المغشوش بالنسبه إلى تلك السكه فى ذلك الزمان، المعبر عنه فى زماننا بالقلب، لا أن المراد به ما يشمل المتعارف فى زماننا من الشاميات و الشوشيات و غيرهما من النقد المعلوم امتزاجه بغير الفضة، ضروره صحه المضاربه بها، و وجوب الزكاه، لعدم اعتبار الخلوص فى الدرهم و الدينار، و إنما هو القطعه المسكوكه للمعامله، سواء كان خليطا أو لا، و ان اتفق خلوصه فى ذلك الزمان، الا أنه أحد الأفراد، كهيتته السابقه، و حينئذ فلا حاجه الى ما فى جامع المقاصد من تقييد نحو عباره المصنف بما إذا لم يكن متعاملا به، أى المغشوش، فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعامله، و صح جعله مالا للقراض، سواء كان الغش أقل أو أكثر، إذ قد عرفت اراده المصنف و غيره من المغشوش ما سمعت، لا نحو ذلك كما هو واضح.

و كذا لا يصح بالعروض التى هى غير النقدين من المتاع مطلقا و الأمتعته التى لا يدخلها كيل و لا وزن، و لا يكون حيوانا و لا عقارا، لانتفاء الشرط المزبور كما هو واضح. و كان المصنف ذكر الأول و لم يستغن عنها بالعروض، بناء على التفسير الأول دفعا لتوهم الجواز فى النقره باعتبار كونها ماده للدرهم و الدينار و فى الفلوس و نحوها باعتبار كونها مثل النقدين فى السكه و المعامله، فأراد النص

عليها بعدم الجواز.

و لو دفع إليه أى إلى العامل آله الصيد كالشبكة بحصه ثلث مثلا فاصطاد لم يكن مضاربه قطعاً، لانتفاء الشرط و لا شركة لعدم الامتزاج، و لا إجاره لعدم معلوميه الأجره، فليس هى إلا معامله باطله و حينئذ كان ما اصطاده للصائد الذى قد حازه و لكن عليه أجره المثل للاله كما هو واضح. نعم فى المسالك و غيرها الحكم بكون الصيد للصائد مبنى على عدم تصور التوكيل فى تملك المباح، و إلا- كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصائد، و قد سبق الكلام على نظيره، و يبعد بناؤه على أن العامل لم ينو بالتملك إلا نفسه، لان ظاهر الحال دخوله على الشركة، و حيث يكون الصيد لهما فعلى كل منهما أجره مثل الصائد و الشبكة بحسب ما أصابه.

قلت: قد تقدم سابقاً إمكان اختصاصه بذلك و إن قلنا بصحة التوكيل، بناء على عدمه فى المقام، لكون الاذن قد وقعت فى العقد الفاسد، فلا اثر لها، و نيه الشركة مع عدم الاذن لا تجدى، و دخوله فى ملكه يكفى فيه قصده الحيازه، أى دخول الشىء فى حيازته، و الفرض أنه قد تحقق القصد فيه، فيكفى ذلك فى دخول الشىء فى ملكه، و ان كان من قصده الشركة التى قد بان فسادها و الله العالم.

و يصح القراض بالمال المشاع بلا خلاف و لا إشكال عندنا، لأنه معين فى نفسه، جامع لشرائط الصحه من غير فرق بين وقوع العقد مع الشريك و غيره.

نعم لا بد (١١) فى مال المضاربه أن يكون معلوم المقدار (١٢) بعد معرفه الجنس للنهى عن الغرر، و لعدم معرفه الربح من رأس المال، إلا أن ذلك كله فى المجهول الذى لا يؤل إلى علم، أما ما يؤل إليه و لو بالعد بعد وقوع العقد و نحوه فقد يشكل بناء على تحقق عموم أو إطلاق فى الباب يشمل الفرض، و لو قوله تعالى (١) «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» لعدم ما يدل على اعتبار العلم هنا، أو البطلان مع

مثل هذه الجهالة، و النهى عن الغرر انما هو فى البيع.

اللهم الا- أن يقال بأن فى بعض النصوص النهى عن الغرر، فىشمل المقام، بل لو سلم تحقق إطلاق فى المضاربه يشمل محل الفرض كان التعارض من وجه و الترجيح للأول بفتوى المشهور بذلك، بل و بأنه لا تكفى المشاهده فيه، و ان زال بها معظم الغرر، لأنها ليست طريقا للعلم فيما اعتبر فيه، و ان حكى عن المرتضى الاكتفاء بها فى المقام و غيره، بل هو أحد قولى الشيخ هنا، و هو كذلك لو سلم وجود دليل على اعتبار العلم فى المقام و من هنا قيل: يصح مع الجهالة، و يكون القول قول العامل مع التنازع فى قدره بل فى المسالك «انه فى المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربه بالجزاف من غير تقييد بالمشاهده، و قواه فى المختلف محتجا بالأصل، و

قوله عليه السلام (١)«المؤمنون عند شروطهم»

و لا اثر لاقتضاء هذه الجهالة التنازع بعد ان كان القول قول العامل شرعا فى قدر الواصل لأن الأصل عدم وصول الزائد اليه.

و التحقيق ان لم يكن ثم إجماع عدم قدح الجهالة التى تؤل الى علم، نحو أن يقع العقد على ما فى الكيس مثلا، ثم يعد انه بعد ذلك، لإطلاق الأدله أو عمومها.

نعم بناء على عدم عموم أو إطلاق مستند اليه مثل ذلك، فلا ريب فى أن الأصل الفساد. أما الجهالة التى لا تؤل الى علم فالظاهر عدم جوازها، لعدم إمكان تحقق الربح معها، و هو روح هذه المعامله فتأمل جيدا. و الله العالم.

و كيف كان فلو أحضر مالين، و قال قارضتك بأحدهما أو بأيهما شئت: لم ينعقد بذلك قراض للإبهام فى الأول المانع من تعلق العقد، فإن المبهم لا وجود له فى الخارج، و موقوفه العقد مع التخيير إلى حال وقوعه، و ليس فى الأدله حتى الإطلاقات ما يدل على مشروعيه ذلك، بل لعل الأدله قاضيه بخلافه، ضروره ظهورها فى سببيه العقود و عدم تأخر آثارها عنها، و جعل الخيار كاشفا عن مورد العقد من أول الأمر لا دليل عليه، لكونه مخالفا للأصل، و من هنا لم يحك خلاف

فى البطلان حتى من القائلين بالجواز مع الجهاله و إذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن مع جهل المالك، كما فى المسالك قال «لأنه حيثذ يكون واضعا يده على المال على الوجه الغير المأذون فيه، لأن تسليمه إليه إنما كان ليعمل فيه فكان ضامنا» و نحوه فى جامع المقاصد، و فى الأول منهما «هل يكون ضامنا للجميع أو للقدر الزائد على مقدوره قولان: من عدم التمييز، و النهى عن أخذه على هذا الوجه، و من أن التقصير بسبب الزائد، فيختص به، و الأول أقوى، و ربما قيل:

إنه إن أخذ الجميع دفعه فالحكم كالأول و إن أخذ مقدوره ثم أخذ الزائد و لم يمزجه به ضمن الزائد خاصة».

و يشكل بأنه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع، و لا ترجيح الآن لأحد أجزائه، إذ لو ترك الأول و أخذ الزيادة لم يعجز، و قد صرح فيهما بأنه لو كان المالك عالما بعجزه لم يضمن، إما لقدمه على الخطر، أو لأن علمه بذلك يقتضى الإذن له و التوكيل.

ثم قال فى المسالك: «و حيث يثبت الضمان لا- يبطل العقد به، إذ لا- منافاه بين الضمان و صحه العقد، و المراد العجز عن التصرف فى المال و نقله فى تجاره، و هذا يحصل حال العقد، فمن ثم فرق بين علم المالك و جهله، و لو كان قادرا فتجدد العجز و جب عليه رد الزائد عن مقدوره، لوجوب حفظه، و هو عاجز عنه، و إمكان التخلص منه بالفسخ، فلو لم يفسخ ضمن و بقى العقد».

قلت: لعل المتجه فى مفروض المسألة الفساد من غير فرق بين حالى العلم و الجهل، و ذلك لمعلوماته اعتبار قدره العامل على العمل فى الصحه، نحو ما ذكره فى الإجاره، ضروره لغويه التعاقد مع العاجز عن العمل الذى هو روح هذه المعامله، فضلا عن معلوماته بطلان و كاله من هو عاجز عن العمل، على العمل العاجز عنه، إذ هو أولى بذلك من الوصى الذى حكموا بطلان وصايته مع عجزه عن القيام فيما أوصى به، بل الظاهر أن الحكم كذلك بتجدد العجز، فضلا عما كان حال العقد، و من ذلك يظهر لك سقوط جملة من الكلمات السابقه، بل لعل عبارته المتن و القواعد



كذلك، بناء على إرادته الضمان مع الصحة منها، بل يقوى البطلان حتى مع إذن المالك فى التوكيل للغير، أو الاستيجار، فإن ذلك فرع صحة العقد الذى قد عرفت اعتبار قدره العامل على العمل المعقود عليه بنفسه، و إن لم يشترط عليه المباشرة، على أنه لو اكتفى بذلك فى الصحة لم يكن للضمان حينئذ وجه، ضروره اقتضاء صحة العقد عدم الضمان إلا ما خرج، كما هو واضح، و الله العالم.

و لو كان له فى يد غاصب مثلاً مال فقارضه عليه صح و لم يبطل الضمان السابق، للأصل السالم عن معارضه وقوع عقد القراض الذى لا يلزمه عدمه الضمان، بل يجامعه فى كثير من المقامات، و لظهور

قوله عليه السلام (١) «حتى يؤدى»

فى بقاء الضمان إلى حال التأديه التى ليس وقوع عقد القراض منها، و كون العين فى عقد القراض أمانه، لا ينافى الضمان من جهة أخرى، و رفع اليد عن الغصب ليس وصولاً إلى يد المالك، لكن قد تقدم فى كتاب الرهن منا تحقيق ذلك على وجه يعلم منه قوه عدم الضمان، و لو من جهة اقتضاء العقد الإذن فى دوام القبض.

و ما فى المسالك «- من أن مجرد العقد لا يقتضى ذلك، و إنما يحصل الإذن بأمر آخر، و لو حصل زال الضمان- واضح الضعف، و إن حكى عن العلامة فى التذكرة مستظهماً لذلك، أن كون المال فى يد العامل ليس بشرط فى صحة القراض، فلو قال المالك: أنا أبقى المال فى يدي و ادفع الثمن كلما اشتريت متاعاً صح، إلا أنه كما ترى ضروره عدم منافاه ذلك على

تقدير تسليمه، لاقتضاء إطلاق العقد ذلك، كضروره المكابره فى عدم دلالة إطلاق العقد على الإذن فى البقاء و العمل به و تقليبه، فإنه إذا لم يكن كذلك لم يبرء حتى فى صورته ما إذا اشترى به و دفع المال إلى البائع التى حكم المصنف و غيره، بل فى المسالك الإجماع عليه، بأنه متى فعل ذلك برء من الضمان لأنه قد قضى دينه أى المالك بإذنه ضروره صراحه ذلك تحقق الإذن منه التى هو قد اعترف صريحاً بعد ذلك فى كلامه بزوال الضمان معها

حتى أنه حكى عن بعضهم القول بالعدم، و ضعفه بأنه حينئذ وكيل محض، و إن كان له فى القبض مصلحه إذ هو كالوكيل بجعل، و بذلك ظهر لك انتقاض كلامه من جميع أطرافه.

و أما القول بعدم زوال الضمان معها أيضا، ففيه- مضافا إلى ما سمعته- أنه أداء إليه، ضروره دخوله بذلك تحت سلطانه الذى هو معنى اليد، و إن أردت زياده التحقيق فى ذلك فلاحظ ما سلف لنا فى كتاب الرهن، و الله العالم.

و لو كان له دين لم يجز أن يجعله مضاربه إلا- بعد قبضه بلا- خلاف و لا إشكال لما عرفت من اعتبار العينه فى مال القراض المنافيه للدينه و كذا لو أذن للعامل فى قبضه من الغريم ما لم يجدد العقد بعد القبض، إذ هو لم يخرج بالإذن عن كونه دينا.

نعم لو وكله على القبض ثم العقد عليه قراضا فيكون موجبا قابلا عنه صح، بناء على جواز مثل ذلك.

و فى المسالك ان فى قول المصنف «ما لم. الى آخره» إشاره إلى صحه القبض و ان كان مترتبا على عقد فاسد، و فيه إنه يمكن أن يكون ذلك مبنا على إجازة القبض عنه، بعد وقوعه، على أن ظاهر العبارة فرض التصريح بالإذن مستقلا، لا المستفاده من العقد الفاسد و الأمر سهل.

### [تفريع لو قال بع هذه السلعه فإذا نض ثمنها، فهو قراض لم يصح ]

تفريع.

لو قال بع هذه السلعه فإذا نض ثمنها، فهو قراض لم يصح لأن المال أى الثمن ليس بمملوك عند العقد ضروره عدم دخوله فى الملك قبل وقوع البيع، على أنه مجهول، بل التعليق محقق، فلا إشكال فى الفساد، خلافا للمحكى عن بعض العامه من الجواز، فلا ريب فى فساده.

و لو مات رب المال و بالمال متاع فأقره الوارث لم يصح لأن العقد الأول بطل بالموت، و ليس هو فضوليا بالنسبه إلى الوارث الذى لم يكن له علقه بالمال حال العقد بوجه من الوجوه، و بذلك افترق عن إجاره البطن الأول العين الموقوفه

مدته زادت على حياتهم، فإن الإجاره تصح بإجازه البطن الثانى، لتعلق حق لهم من الواقف، فالإجاره على المدته الزائده فى نفس الأمر لهم، و إن لم يعلم بها حال العقد، بخلاف المقام الذى هو ابتداء ملك للوارث بالموت، و حينئذ فالمدار فى الفضوليه كون المعقود عليه حال العقد للغير، و لكن الفضولى أجرى العقد عليه، بخلاف نحو المقام الذى هو للمالك، و لكن بالموت ينتقل عنه إلى وارثه، فليس هو فى عقده على ماله فضولا عن الغير الذى لا مدخله له حال العقد، و كذا إجاره الإنسان ماله مدته مات فى أثنائها، بناء على انفساخ الإجاره، فإنه لا يجدى فى صحه الاستمرار إجازه الوارث.

نعم تجدى إجازه الوارث فى مثل الوصيه التى هى تصرف بعد الموت الذى هو محل تعلق حق الوارث، و فى مثل التنجيز فى المرض الذى تعلق فيه حق الوارث، و صحه الإجازه فى الأول قبل الموت إنما هو للدليل على أنه فى التصرف بعده، و كذا الثانى الذى قد عرفت الحق فيه و هو واضح.

بل لا يصح ابتداء القراض فى الفرض الذى قد عرفت امتزاج المال فيه بالعروض حتى فى النقد منه خاصه، لعدم ذكر الحصه له، و إنما ذكرت للجميع الذى منه العروض.

نعم لو فرض كون المال ناضا و أراد التجديد عليه لم يكن به بأس، حتى إذا كان بلفظ التقرير، لما عرفت من عدم اعتبار لفظ خاص فى مثل هذا العقد، و الله العالم.

و لو اختلفا فى قدر رأس المال، فالقول قول العامل مع يمينه سواء كان المال باقيا أو تالفا بتفريط أو غيره لأنه اختلاف فى المقبوض و فى الواصل إليه و الداخلى تحت سلطانه بالتصرف فيه، و لا ريب فى أن الأصل عدم ذلك بالنسبه إلى الزائد، بل هو فى صورته التلف بتفريط، غارم محض، و الأصل براءه ذمته، فيكون هو المنكر، بل ظاهر المتن و غيره أن ذلك كذلك حتى لو فرض ظهور ربح لذلك أيضا.

لكن قد يشكل حينئذ بأن ذلك يؤل من العامل إلى دعوى زياده استحقاقه فى المال المشخص، بل ذلك فى الحقيقه اختلاف فى قدر استحقاق العامل فى المال

المخصوص، و لا ريب فى أن القول قول المالك فيه، لأصالة عدم استحقاقه الزائد و أصالة عدم ربح للمال، و عدم زيادته، و لأن الأصل مع بقاء المال يقتضى كون جميعه للمالك، بل هو كذلك حتى فى صورته التلف بتفريط، إذ المضمون قدر مال المالك، و إذا كان الأصل يقتضى كون الجميع له إلا ما أقر به للعامل، فهو ضامن له حينئذ، إذ الضمان تابع للاستحقاق.

و من هنا جزم فى جامع المقاصد و المسالك بأن القول قول المالك فى الفرض و استحسنة فى الرياض، و لعله الأقوى، و منه يعلم ما عن فخر المحققين من أن القول قول المالك إلا مع التلف بتفريط، إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه.

و لو خلط العامل مال القراض بماله بغير إذن المالك خلطاً لا يتميز ضمن، لأنه تصرف غير مشروع له ضروره كونه أمانه فى يده، فلا يجوز خلطها كالوديعة، على أن الشركه عيب.

نعم لا يبطل العقد بذلك، فيبقى الربح حينئذ بينهما على حسب الشرط، و إن أثم بذلك العامل و ضمن، هذا كله مع إطلاق العقد، أما مع الإذن فى ذلك خصوصاً أو عموماً فلا بأس به مع المصلحه فى الأخير، كما هو واضح.

### [الأمر الثالث فى الربح]

الأمر الثالث فى الربح و يلزم الحصة منه بالشرط فى هذه المعامله إن نصفاً فنصف، و إن ثلثاً فثلث دون الأجره على الأصح الموافق لما هو المشهور، بل المجمع عليه من مشروعيتها، المدلول عليها بقوله تعالى (١) «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» و غيره و بالمتواتر من السنه المرويه من الطرفين، فما عن المفيد و الشيخ فى النهايه و سلار و ابن البراج و ظاهر أبى الصلاح من عدم مشروعيتها فليس للعامل حينئذ إلا أجره المثل، و إن وقع من المالك اشتراط الحصة من الربح، الا أنه من الوعد الذى لا يجب الوفاء به - معلوم البطلان و واضح الفساد. نعم لا بد أن يكون

جميع الربح مشاعا على جهة الشركه بينهما ف لو كان لأحدهما شىء معين منه و الباقي للآخر بطل إجماعا.

و كذا لو قال خذه قراضا و الربح لى فسد قراضا و ان كان يمكن هنا أن يجعل بضاعه

نظرا الى المعنى إذ قد عرفت أنها المال المدفوع ليعمل به، على أن الربح لمالكه بلا أجره للعامل، فهي حينئذ توكيل فى التجاره تبرعا، لا- تختص بلفظ، فمنه اللفظ المزبور، و ان ذكر فيه لفظ القراض الا انه يمكن إرادته البضاعه منه و لو مجازا فإنه أولى من الغائه و لكن مع ذلك فيه تردد من ذلك، و من ظهور اللفظ فى إرادته المعنى الحقيقى الذى هو أعم من الصحيح و الفاسد، و هو غير معنى البضاعه الذى هو الإقدام على التبرع فى العمل، و ليس فى الفرض ما يشعر بذلك بوجه، فدعوى اتحاد المعنى حينئذ واضحه الفساد، كدعوى كون اللفظ لغوا.

و كذا التردد لو قال خذه قراضا و الربح لك (١١) بين صيرورته قرضا فالربح كله للعامل، و بين كونه قراضا فاسدا فالربح كله للمالك، و عليه الأجره للعامل، إلا أنك قد عرفت ما يقوى منه كونه قراضا فاسدا كما هو المشهور، الا أن تقوم قرينه حاله أو مقالیه على إرادته الإقدام على التبرع فى الأول، و إنشاء التمليك للمال فى الثانى، و كأنه لمح الى ذلك فى المسالك بقوله هنا «و محل الإشكال إذا لم يقصد القرض و لا القراض، إما بأن لم يقصد شيئا، أو لم يعلم ما قصد، و الا لكان قرضا فى الأول، و قراضا فاسدا فى الثانى بغير اشكال.

لكن لا- يخفى عليك أنه لا دلالة على القصد إلا بظاهر اللفظ الصادر من الالفاظ و الفرض صدور اللفظ القراض منه، و المنساق من اللفظ حقيقته، فليس حينئذ إلا الحكم عليه بإرادته القسم الفاسد منه.

نعم بناء على اعتبار الشركه فى الربح فى مفهوم القراض يتجه احتمال إرادته التجوز منه، بإرادته البضاعه و القرض، إلا أن الظاهر اعتبار ذلك فى الصحه لا المفهوم، و مع الإغضاء عن ذلك كله فالأصل احترام عمل المسلم، و الأصل تبعيه النماء للمال، و عدم

إنشاء التمليك بعوض في الذمه، و بذلك يظهر لك ما في قول المصنف.

أما لو قال: خذه فاتجر به و الربح لى كان بضاعه: و لو قال: و الربح لك كان قرضا ضروره عدم الفرق بين هذا و بين ما تقدم، إلا بعدم وجود لفظ القراض فيه، و لكن ذلك لا يعين إرادته القرض و البضاعه منه، إلا بدعوى انصراف الإطلاق إليهما، أو حملة عليهما و لو لأصالة الصحه كما هو ظاهر المسالك، إلا أنها يمكن منعها.

نعم لو قصد القرض و البضاعه منه لم يكن ثم إشكال، بل لا إشكال فى جريان القراض الفاسد عليه إذا قصد به، فإن التصريح بالقراض و نحوه فى العقد ليس بشرط، بعد صلاحية العقد له.

و لو اختلفا فى العقد المبطل فى المسالك احتمال تقديم المالك، لأنه أعرف به و العامل نظرا إلى ظاهر اللفظ، و ترجيحاً للصحه، و لو اختلفا فى ضميمه اللفظ قدم قول مدعى ما يصح معه العقد، لأصالة الصحه و عدم الضميمه.

قلت: لا يخفى عليك عدم إتيان الوجهين بعد تسليم كون ظاهر اللفظ ذلك، ضروره عدم وجه لمن يدعى خلاف الظاهر بلا قرينه، و إلا لزم من ذلك فساد كثير، كما أنه لا يخفى عليك عدم كون الثانى من مقام مدعى الصحه و الفساد، ضروره عدم اتفاقهما على حصول المعامله المخصوصه بينهما، و اختلافهما فى الصحه و الفساد، كى يقدم مدعيها على مدعيه، وإنما اختلافهما فى أن الواقع بينهما قراض فاسد، أو بضاعه صحيحه، نحو الاختلاف فى أن الواقع بينهما بيع فاسد أو إجاره صحيحه، و لعل الوجه فى مثله التحالف، فلم يثبت العقد الصحيح حينئذ لمدعيه، و يبقى على الأصل الذى قد عرفت اتحاده فى الحكم مع القراض الفاسد، لقاعده احترام عمل المسلم، و تبعيه النماء.

اللهم إلا أن يقال: إن أصالة الصحه أيضا تجرى فى نحو الفرض، باعتبار اتفاقهما على كون الواقع بينهما أحدهما، و الفساد منهما ينفى بالأصل، فليس حينئذ إلا-الصحيح، أو يقال: إن محل الفرض فى عباره المسالك الاختلاف فى ضميمه اللفظ المقتضى للفساد و عدمها، و لا ريب فى موافقه الثانى للأصل.

نعم قد عرفت الإشكال فى الصحه مع عدم اللفظ، اللهم إلا أن يدعى انسياق ذلك من نحو اللفظ عرفا، و هو كما ترى خصوصا بعد ما عرفت من اقتضاء الأصول مع الشك، نتيجته القراض الفاسد و الله العالم.

و لو شرط أحدهما شيئا معينا و الباقي بينهما فسد لا لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلا تتحقق الشركه بل لعدم ثبوت ما يدل على الصحه فى الفرض، ضروره اقتصار النص و الفتوى على صحه المشتمل على اشتراك جميع الربح بينهما على جهة الإشاعه بنحو النصف و الثلث و الربع، و ما يؤدي مؤداها، و منهما ينقدح الشك فى تناول الإطلاقات له، هذا مع قطع النظر عن ظهور النصوص فى البطلان، و لو لظهورها فى اعتبار الشركه الإشاعيه فى جميع الربح، فضلا عن صريح الفتاوى، فحينئذ يبطل القراض و إن وثق بالزياده، لعدم اشتراك جميع الربح بينهما حينئذ، بعد اختصاص أحدهما بشىء معين منه، كما هو واضح.

و لو قال خذه على النصف صح لتبادر كون المراد من مثل هذه العبارة أن الربح بينهما نصفين، لا لأن المالك لا يفتقر إلى تعيين حصه للتبعيه، و إنما يفتقر إليها العامل الذى قد ذكر أن النصف له، فإنه المحتاج إلى الاشتراك، لما نظر فيه فى المسالك بأنه كما يحتمل ذلك، يحتمل أن يكون النصف المذكور للمالك، و الآخر لم يذكره اتكالا على التبعيه، فيبطل العقد، و حينئذ افتقاره إلى تعيين حصه العامل لا يقتضى كون اللفظ المشترك محمولا عليه، و ان كان ذلك لا يخلو من نظر، خصوصا بعد ما سلف منه من إمكان تشخيص أصاله الصحه نحو ذلك إلا أنه يسهل الخطب ما عرفته من تبادر المعنى المزبور من غير اختصاص لأحدهما و كذا لو قال: خذه على أن الربح بيننا للتبادر المذكور، و من هنا لو اتفقا على ذكر ذلك و اختلفا بالتفاوت يقتضى بالربح بينهما نصفين كما فى كل مقام ذكر فيه لفظ الاشتراك أو ما يؤدي مؤداه فى الإقرار و غيره، فإنه يفهم عرفا منه مع الإطلاق التساوى، فما عن بعض الشافعيه - من الحكم بالبطلان لمنع التبادر المزبور فيتجهل العقد - واضح الفساد و الله العالم.

و لو قال: خذه على أن لك النصف صح و أما لو قال: على أن لى النصف و اقتصر، لم يصح لأنه لم يعين للعامل حصه و قد قيل: فى وجه الفرق إن الربح لما كان تابعا للمال، و الأصل كونه للمالك، لم يفتقر الى تعيين حصته، فإن عينها كان تأكيدا، و أما تعيين حصه العامل فلا- بد منه، لعدم استحقاقها بدونها، فإذا قال: النصف لك كان تعيينا لحصه العامل، و بقى الباقي على حكم الأصل، بخلاف العكس فإنه لم يقتض ذلك كون النصف الآخر لغيره، بل هو باق على الأصل أيضا، فيبطل العقد.

قلت: قد يمنع ذلك بدعوى انسياق إرادته كون الربح بينهما نصفين من نحو هذه العبارة عرفا، من غير فرق بين ذكر النصف للمالك أو للعامل، فإن المراد النصف الآخر للآخر، كما هو واضح.

و لو شرط لغلامه أو غلام العامل حصه معهما صح، عمل الغلام أو لم يعمل بناء على أن العبد لا يملك شيئا، فاشتراطها حينئذ له اشتراط لسيدته و الفرض أنه أحدهما، و يجوز تساويهما فى الحصه و تفاوتهما.

نعم بناء على ملكه يتجه فيه ما سمعته من الاشتراط للأجنبي، لكن قد يناقش بعدم دلالة الاشتراط للعبد على إرادته الاشتراط للسيد، و عدم قابلية العبد للملك لا- يصلح قرينه لذلك، على أنه يمكن فرض العلم بعدم إرادته ذلك، و المتجه حينئذ فيه البطلان، إلا أن الإنصاف إمكان دعوى انسياق إرادته المالك عرفا على نحو الاشتراط للدابة أو السفينه.

و أما لو شرط لأجنبي و لو كان خادما لأحدهما فالمشهور أنه إن كان عاملا صح الشرط لأنه حينئذ يكون بمنزله العامل المتعدد و إن لم يكن عاملا فسد لأن الثابت من القراض ما كان تمام الربح فيه مشتركا بين المالك و العامل، هذا، و لكن فى المسالك «لا- بد من ضبط العمل بما يرفع الجهالة و كونه من أعمال التجاره لئلا يتجاوز مقتضاها، و إنما وصفه بالأجنبي مع كونه عاملا، لأن المراد بالعامل هنا من يكون إليه التصرف فى جميع ما يقتضيه العقد،



و هذا المشروط له، ليس كذلك، وإنما اشترط عليه عمل مخصوص بأن يحمل لهم المتاع إلى السوق، أو أن يدلل عليه، و نحوه من الأعمال الجزئية المضبوطة، فلو جعل عاملا في جميع الأعمال، كان العامل الذي هو أحد أركان العقد متعددا، و هو غير محل الفرض، و بهذا يندفع ما قيل من ان شرط العمل ينافى كونه أجنيا.

قلت: قد يقال: إن ظاهر النصوص أو المتيقن منها كون الربح في القراض بين المقارض، و المقارض، و العامل المذكور إن فرض كونه مقارضا صار من تعدد العامل، و هو غير ما نحن فيه، و لذا اعتبر فيه تعيين العمل الذي لا- يعتبر مع فرض كونه مقارضا، و إلا كان أجنيا لا يجوز الشرط له و إن عمل بعض مقدمات التجاره، فإن ذلك لا يجعله عاملا، بمعنى كونه مضاربا، و إلا لجاز الشرط مع العمل لغير التجاره، بل و مع عدم العمل أصلا، ضروره اشتراك الجميع في المصحح، بناء على أنه الاشرط المزبور.

و من ذلك يعلم ما في قول المصنف و فيه وجه آخر بناء على أنه ما حكاه في المسالك من صحه الشرط له و إن لم يعمل، لعموم (١)

«المؤمنون» (٢)

«و أوفوا» أو أن المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل، رجوعا إلى أصله، لثلا يخالف مقتضى العقد، و لإقدام العامل على أن له ما عين له خاصه، إذ قد عرفت أن ظاهر النصوص أو الثابت فيها ما سمعت على وجه لا يعارضه العموم المزبور، بناء على شموله لمثل المقام. و الله العالم.

و لو قال خذه قرضا و لك نصف ربحه صح بلا خلاف و لا إشكال و إنما ذكره مقدمه لقوله و كذا لو قال: لك ربح نصفه بناء على إرادته نصف ما يربح من المال قل أو أكثر، إذ هو حينئذ كالأول في المراد، و إن تغيرت العبارة و ذلك لأن الفرض إشاعه النصف، فكل جزء من المال إذا ربح فنصف ربحه للعامل، و نصفه للمالك، و لو فرض كون الربح للنصف خاصه، كان ذلك هو رأس المال، و الذي

١- ١ الوسائل الباب- ٢٠- من أبواب المهور الحديث- ٤.

٢- ٢ سورة المائدة الآية- ١.

لم يربح لا- اعتداد به، و كل جزء من النصف الذى ربح بين المالك و العامل، لما عرفت من الإشاعه المزبوره، و بذلك ظهر لك أن ما عن أحد قولى الشيخ من البطلان واضح الضعف، بناء على إرادته ما فرضناه، و ظنى أنه لا يريد، خصوصا بعد تعليقه البطلان بمنافاته لمقتضى القراض، من أن ربح كل جزء بينهما، و هنا قد شرط ربح النصف الواحد للمالك لا يشاركه فيه العامل، و الآخر بالعكس، و ربما ربح نصفه فيختص به أحدهما، أو ربح أكثر من النصف، فلا تكون الحصه معلومه، ضروره ظهوره فى فرض موضوع البطلان، أن حصه كل منهما فى النصف من حيث النصفيه و لا ريب فى البطلان مع هذا القصد، و ربما كان ذلك هو المنساق فى بادی النظر من مثل اللفظ المزبور، إلا أن التأمل الصادق يقضى بإرادته ما ذكرناه أولا فتأمل.

و الله العالم.

و لو قال لاثنين مثلا: ضاربتكما بهذا المال مثلا و لكما نصف الربح مثلا صح لإطلاق الأدله و السيره، و لفظ العامل فى النصوص يراد منه الجنس الشامل لما زاد على الواحد، أو المثال، كالمالك فإنه لا يعتبر فيه الاتحاد أيضا، فيجوز مضاربه الاثنين لواحد مثلا، كما أنه يجوز فى الصورتين تمييز كل من مالى العاملين، و عدمه، و بذلك ظهر لك الحكم فى جميع الصور المتصوره فى المقام، كما أنه ظهر لك مما تقدم سابقا أنه لو وقع عقد المضاربه مع العاملين على النحو الذى فرضناه صح و كانا فيه أى النصف سواء لما عرفته من اقتضاء الإطلاق ذلك و لو للتبادر.

نعم لو فضل أحدهما صح أيضا عندنا و إن كان عملهما فيه سواء و مختلفا، لأن غايته اشتراط حصه قليله لصاحب العمل الكثير، و الحصه على الشرط مع ضبط مقدارها، و لأن عقد الواحد مع الاثنين، كعقدين، فيصح كما لو قارض أحدهما فى نصف المال، بنصف الربح، و الآخر فى نصفه الآخر بثلث الربح، فإنه جائز اتفاقا، كما فى المسالك خلافا لبعض العامه، حيث اشترط التسويه بينهما فى الربح مع استوائهما فى العمل، قياسا على اقتضاء شركه الأبدان ذلك،

و الأصل و الفرع عندنا باطلان، كبطلان ما يحكى عن الجوينى منهم، من اعتبار الاستقلال لكل من العاملين فى صحه مضاربتهما، فلا يجوز اشتراط مراجعه أحدهما الآخر، إذ هو كما ترى، لا مستند له، بل إطلاق الأدله على خلافه.

إنما الكلام فى جملة من الفروع المتعلقة بالمسألتين التى لم نعثر على محرر لها منها- ما لو اتفق فسخ المضاربه بفاسخ قهرى أو اختيارى، و كان أحدهما قد عمل و ربح و الآخر بعد لم يعمل، فهل يستحق حصته من الربح و إن لم يكن له مال و لا عمل.

و منها- فيما لو قارض الاثنان واحدا بعقد واحد، و حصه مشاعه منهما، إلا أن مال كل منهما متميز، فعمل بأحدهما و ربح، و لم يعمل بالآخر، أو عمل و لم يربح، و اتفق انفساخ المضاربه، فهل يستحق من لم يربح ماله بربح مال الآخر، و هل تجبر خساره مال أحدهما بربح مال الآخر باعتبار اتحاد عقد المضاربه أو لا، بل هى بمنزله مضاربتين يلحق كلا منهما حكمها بالنسبه إلى ذلك، من غير مدخله للأخرى فيها، و إنما الاتحاد يؤثر بالنسبه إلى سرايه الفسخ أو الانفساخ من أحدهما إلى الآخر، لكون العقد واحدا فلا يتبعض، و الذى يقوى فى هذا، الثانى، كما أن الذى يقوى فى سابقه الأول، لأنه مقتضى عقد المضاربه، إلى غير ذلك من الفروع فى المقام التى تلحق الصور المتصوره فيه باعتبار تعدد المالك و العامل، و اتحاد المال و تعدده، و منشأ الاشكال فى الجميع اتحاد صيغه المضاربه و الله العالم.

و لو اختلفا فى نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه عند علمائنا كما فى التذكرة، لأنه منكر للزائد، و لأن الأصل تبعيه النماء للمال، فلا- يخرج عنه إلا- ما أقر المالك بخروجه عنه، من غير فرق فى ذلك بين ظهور الربح و عدمه، لكن فى جامع المقاصد «هذا واضح إن كان الاختلاف قبل حصول الربح، لأن المالك متمكن من منع الربح كله بفسخ العقد، و أما بعد حصوله فإن كلا منهما مدع و مدعى عليه، فإن المالك يدعى استحقاق العمل الصادر بالحصه الدنيا، و العامل ينكر ذلك» و ضعفه فى المسالك بأن نفس العمل لا تتناوله الدعوى، لأنه بعد

انقضائه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه، وكذا قبله، لأن العقد الجائر لا يستحق به العمل، وإنما المستحق المال الذي أصله للمالك، وحقيقه النزاع فيه، فيجىء فيه ما تقدم من الأصول.

قلت: أولاً: قد يتصور النزاع قبل ظهور الربح فيما لو اتفق لزوم المضاربه ولو بالاشتراط فى عقد لازم، وحينئذ يتجه دعوى المالك.

و ثانياً: أنه لا ريب فى أن كلا منهما مدع و منكر إذا كان نزاعهما فى تشخيص ما وقع عليه عقد المضاربه، ضروره اقتضاء الأصل عدم كل من الشخصين نعم بعد تعارض الأصول فى ذلك يرجع إلى أصل آخر، ولا ريب فى كونه مع المالك، لأن الأصل عدم استحقاق العامل الزائد، نحو ما ذكره فى الاختلاف فى الأجره فى عقد الإجاره، و الثمن فى البيع مع عين تلف المبيع، و غير ذلك من المقامات التى حكموا فيها بأن القول قول المالك، بل ظهر لك حينئذ أولويه ذلك فى حال ظهور الربح. و أما حال عدمه و فرض لزوم العقد، فإنه و إن كان قد يقال: إن المالك حينئذ مدع استحقاق العمل، لكن قد يدفع بأنهما قد اتفقا على استحقاقه، و إنما النزاع فى الحصة كالأجره و لا ريب فى أن مدعى زيادتها هو المدعى، بعد قطع النظر عن النزاع فى تشخيص العقد المتضمن لها و الله العالم.

و لو دفع قراضاً فى مرض الموت، و شرط ربها صح، و ملك العامل الحصة و إن كانت أزيد من أجره المثل، و قلنا بأن التبرعات من الثلث، لكن من المعلوم أن ذلك فيما إذا فات سببها على الوارث، بخلاف المقام الذى لا فوات، فإن الربح أمر معدوم متوقع الحصول، و ليس مالا للمريض، بل هو على تقدير حصوله أمر جديد حصل بسعى العامل، و حدث على ملكه بعد العقد، فلم يكن للوارث فيه اعتراض، و بذلك افترق عن مثل نماء الدابه و الشجره.

و لو قال العامل: ربحت كذا و رجع، لم يقبل رجوعه، و كذا لو ادعى الغلط لسبق إقراره الماضى عليه، لقاعده «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» و قاعده «عدم سماع الإنكار بعد الإقرار» السالمتين عن معارضه قاعده «سماع الأمين فى كل

ما يدعيه» بعد عدم ثبوت هذا العموم فيها، وإنما الثابت المسلم منها ما لم يسبق بإقرار، و على فرض العموم المزبور يمكن ترجيح قاعده «الإقرار» عليها، فتخص بها حينئذ، بل قد يقال: إن ما نحن فيه من تقديم أحد قولي الأمين على الآخر.

و على كل حال فلا- ريب فى تقديم إقراره السابق، من غير فرق فى ذلك بين ذكره و جهالته محتملا، و عدمه، خلافا لبعض العامه، بل ظاهر قول المصنف و غيره لم يقبل عدم سماع بينته على ذلك، لكونه مكذبا لها بإقراره السابق، و عموم (١)

«البينه على المدعى»

إنما هو ظاهر فى كون الدعوى مسموعه، لا ما إذا أسقطها الشارع بقاعده «الإقرار» فيبقى حينئذ شهاده البينه نفسها، بلا دعوى، و لا

ريب فى تقديم قوله المخالف لها عليها، لعدم ثبوت حجيتها فى هذا الحال، خصوصا بعد أن كان المشهود به حقا له، فلا ريب فى تقديم قوله فيه، فتأمل. هذا كله إذا كان ذلك منه رجوعا أو دعوى غلط أو نحو ذلك.

أما لو قال: ثم خسرت، أو قال: ثم تلف الربح، قبل لأنه أمين يصدق بالنسبه إلى ذلك. نعم قيده فى التذكرة فيما إذا كان دعوى الخسران فى موضع يحتمل، بأن عرض فى السوق كساد، و إلا لم يقبل، و لا بأس به.

و العامل يملك حصته من الربح بظهوره ملكا مترلزلا و لا يتوقف ذلك على وجوده ناضا على المشهور بين الأصحاب، بل لا يكاد يتحقق مخالف فيه منا، كما فى المسالك، بل لعله ظاهر التذكرة أيضا، لاتفاق اقتضاء العقد و النص و الفتوى على كون الربح بينهما، و لا ريب فى تحققه بمجرد ظهوره لغه و عرفا.

و خصوص

الصحيح (٢) «رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربه، فاشترى أباه و هو لا- يعلم قال: يقوم فإن زاد درهما واحدا انعتق، و استسعى فى مال الرجل»

إذ لو لم يكن مالكا لخصته بالظهور لم ينعتق، فلا وجه حينئذ لذلك إلا دخول الحصه فى الملك، و يسرى العتق فى الباقي كما هو القاعده فيه.

١- ١ الوسائل الباب- ٣- من أبواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٨- من أبواب أحكام المضاربه الحديث- ١.

ولأن الربح مع ظهوره مملوك، فلا بد له من مالك، و رب المال لا يملكه اتفاقاً، و لا يثبت أحكام الملك في حقه، فيلزم أن يكون العامل، إذ لا مالك غيرهما اتفاقاً.

ولأن العامل يملك المطالبه بالقسمه التي هي فرع الملك، إذ لا يكفي في استحقاقها مجرد العلقه، لأنها حينئذ ليست قسمه حقيقه، و إطلاقهم يقتضى أنها حقيقه.

لكن مع ذلك كله عن الفخر عن والده أن في المسأله أربعة أقوال، و إن كان لم يذكر القائل بها، أحدها: ما سمعت.

الثاني: الملك بالإنضاض، لأنه قبله غير موجود خارجاً، بل مقدر موهوم، و المملوك لا بد أن يكون محقق الوجود، نعم الظهور موجب لاستحقاق الملك بعد التحقق، و لهذا يورث عنه، و يضمن حصته من أتلف المال و إن كان المالك.

الثالث: الملك بالقسمه، لأنه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شائعا في المال، كسائر الأموال المشتركه، و التالي باطل، لانحصاره في الربح، و لأنه لو ملك لاختص بربحه، و لأن القراض معامله جائزه، و العمل فيها غير مضبوط، فلا يستحق العوض فيها إلا بتمامه كمال الجعالة.

الرابع: أن القسمه كاشفه عن ملك العامل، لأن القسمه ليست من الأسباب المملكه، و المقتضى للملك إنما هو العمل، و هي داله على تمام العمل الموجب للملك لكن في المسالك «عن التذكره أنه لم يذكر في المسأله عن سائر الفقهاء من العامه و الخاصه سوى القولين الأولين، و جعل الثانى للشافعى في أحد قولييه، و لأحمد في إحدى الروايتين، و وافقنا في الباقي على الأول، فلا يدري لمن ينتسب إليه هذه الأقوال، و هي مع ذلك ضعيفه المأخذ، فإننا لا نسلم أن الربح قبل الإنضاض غير موجود، لأن المال غير منحصر في النقد، فإذا ارتفعت قيمه العرض فرأس المال منه ما قابل قيمه رأس المال، و الزائد ربح متحقق الوجود، و لو سلم أنه غير متحقق الوجود لا يقدر في كونه ملكاً، فإن الدين مملوك، و هو غير موجود في الخارج،

بل هو فى الذمه أمر كلى، هذا ما على الثانى.

و على الثالث أنه لا ملازمه بين الملك و ضمان الحادث على الشىاع، إذ يجوز أن يكون مالكا، و يكون ما يملكه وقايه لرأس المال، فىكون الملك متزلزلا، و استقراره مشروط بالسلامه، و كذا لا منافاه بين ملك الحصه، و عدم ملك ربحها، بسبب تزلزل الملك، و لأنه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له، و لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه، و لأن القسمة ليست من العمل فى شىء، فلا معنى لجعلها تمام السبب فى الملك، فلا وجه للإلحاق بالجعله، كما نبه عليه فى الوجه الرابع، و من ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع، لأنه مرتب عليها.

و قد تبع بذلك كله أو أكثره ما فى التذكرة و جامع المقاصد، إلا أن الانصاف عدم خلو المسألة من إشكال إن لم يكن إجماعا، و ذلك لأن الربح حقيقه ما زاد على عين الأصل الذى هو رأس المال، و قيمه الشىء أمر وهمى لا وجود له ذمه، و لا خارجا و إنما هو من فروض الذهن، و بذلك افتقرت عن الدين الذى هو و إن كان كليا، إلا أنه مال - شرعا و عرفا - موجود فى الذمه، بخلاف قيمه الشىء، و عدم انحصار المال فى النقد، بل هو و العرض مال، لا يقتضى تحقق الربح حقيقه، بعد ما عرفت أنه حقيقه الزائد على عين رأس المال المتوقف على تحقق رأس المال فى الخارج، و لا يكفى فيه كون الشىء يسوى مقدار رأس المال، ضروره عدم صيرورته بذلك عين رأس المال.

نعم قد يطلق على مثل ذلك أنه ربح تسامحا بناء على أصل السلامه، و إمكان الإنضااض فى سائر الأوقات، و نحو ذلك مما يخرج من القوه إلى الفعل، و حيث كانت قريبه إليه أطلق عليه اسم الربح، و بذلك يظهر لك سقوط جملة من الأدله السابقه المبنيه على كون ذلك ربحا حقيقه، و طلب القسمة حقيقه انما يتم بعد الفسخ مع رضى المالك بالعروض عوضا عن رأس ماله، و هو خروج عما نحن فيه.

نعم لا بأس أن يقال: انه بالظهور ملك العامل أن يملك، بمعنى أن له الإنضااض و لو قدر رأس المال، فيتحقق الربح حينئذ و يتبعه تحقق الملك، و به يورث

و يضمن التالف له، و غير ذلك، فإن أراد الأصحاب بالملك حال الظهور هذا المعنى الذى لا ينافيه قواعد الشركه، و لا قاعده تبعيه النماء، و لا غير ذلك، كان متجها و الا فقد عرفت ما فيه ان لم يكن إجماعا، بل لعل الوجه فى خبر عتق الأب ذلك أيضا، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك فى العتق المبني على السرايه، فإن ملكك أن يملكك جزء من الأب أيضا موجب كالملك نفسه، فتأمل جيدا. فإن المسأله محتاجه إلى تأمل و حسن انتقاد.

و كيف كان فقد صرح غير واحد من الأصحاب- القائلين بالملك بالظهور- أن المراد به ملك متزلزل، بل لعله إجماع بينهم، و حينئذ فالكلام فيما يستقر به و فى المسالك «هو اما إنضاض جميع المال، أو إنضاض قدر رأس المال مع الفسخ أو القسمه أو لا معها، على قول قوى، و بدونه يجبر ما يقع فى التجاره من تلف أو خسران، سواء كان الربح و الخسران فى مره واحده أو مرتين، أو فى صفقه أو اثنتين و فى سفره أم سفرات، لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال فى زمن ذلك العقد فإذا لم يفضل شىء فلا ربح، و هو محل وفاق، و سيأتى بعض أحكام ذلك» و فى القواعد «و انما يستقر بالقسمه أو الإنضاض و الفسخ قبل القسمه».

و تفصيل الحال أن فى المسأله صورا، و ذلك لانه اما ينضم الى الظهور إنضاض جميع المال، أو قدر رأس المال مع الفسخ و القسمه، أو أحدهما، أو بدونهما، أو ينضم إليه القسمه دون الإنضاض، ثم القسمه إما للربح فقط، أو لجميع المال.

الأولى: أن ينضم إلى الظهور الإنضاض لجميع المال أو قدر رأس المال فقط مع الفسخ و القسمه، و لا ريب فى الاستقرار حينئذ، ضروره انتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيها بذلك.

الثانيه: الصوره بحالها لكن مع عدم القسمه، و فيه وجهان أصحهما فى جامع المقاصد و مقريهما فى التذكرة و مختارهما فى ظاهر القواعد الاستقرار، لان العقد قد ارتفع، و رأس المال حاصل نص، فيخرج عن كونه وقايه، لارتفاع حكم القراض بارتفاع العقد، و لوجوب صرف الربح إلى ما شرطه حيث ارتفع العقد.



و الثاني العدم، للاستصحاب و لظاهر

قوله (١) «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»

و لعله لذلك تردد الفاضل في محكى التحرير، لكن قد يجاب عنهما بحصول التأمل عن الأول بارتفاع العقد المقتضى لخروج المال عن كونه مال قراض، فيبقى أمانه، لأن اليد في الأصل لم تكن يد ضمان، فينتفى حكم جبرانه من الربح، لأنه دائر مع كونه قراضاً، و بأن وضع اليد على مال الغير و إن كان في العهده إلى الأداء إلا أنه لا يلزمه خسران التالف بغير تقصير من الربح في صورته النزاع، و إلا لا تنقض بما بعد القسمة قبل القبض.

و فيه منع ارتفاع صدق اسم مال القراض عليه و إن ارتفع بالفسخ صدق كون العامل مقارضا، و الأدله مطلقه في أن الوضعيه في مال المضاربه على الربح الذى هو بينهما مع عدمها، فالمتجه حينئذ بقاء حكم المضاربه

على مالها، خصوصا مع فرض عدم إنضاض بعض مالها، و قلنا بان للمالك مطالبه العامل بذلك، إذ هو ليس إلا لبقاء حكم العقد السابق و إن انفسخ، و ربما يرشد إلى ذلك ما تسمعه في الصورة الثالثه، بل قد يقال: إن تسليم رأس المال إلى المالك الذى أخذه منه من تتمه انتهاء عمل المضاربه، و الا لزم عدم كون الخسران من الربح فيما لو نض المال أجمع في بلد عمل العامل التى سافر إليها و فسخ هو عقد المضاربه، ثم تلف بعض المال قبل الوصول إلى المالك، و التزامه مناف لظاهر الأدله، إلى غير ذلك مما لا يخفى بأدنى تأمل، كزياده قيم عروض المضاربه قبل القسمة و قبل الوصول، فإن الظاهر استحقاق العامل فيها على شرطه في عقد المضاربه، و غير ذلك مما يعرف منه قوه الوجه الثانى.

الثالثه: أن يقع الفسخ، و المال عروض كله أو بعضه بحيث لم ينض رأس المال، فإن حصلت القسمة مع ذلك حصل الاستقرار، لانقطاع حكم القراض، و إلا- بنى على أن العامل هل يجبر على البيع و الإنضاض، فإن قلنا به فحكم القراض باق، لبقاء العمل، و إن قلنا بالعدم فوجهان كالوجهين السابقين في الصورة الثانيه.

الرابعه أن تكون القسمة للربح خاصه، و لا ريب في عدم مدخليته في الاستقرار

بل إن حصل شيء من الأمور المذكورة يقتضى الاستقرار، فثبوت به، وإلا فلا.

وبذلك كله ظهر لك ما فى عبارته القواعد من الحكم بالاستقرار بالقسمه فى مقابل الإنضاض المقتضى للاستقرار بها وإن كان المال عروضاً كله أو بعضه، فإن فيه عدم إيجابها الاستقرار بمجرد ما من دون فسخ القراض، إذ لا معنى لها حينئذ إلا قسمه الربح، لأن رأس المال لا شركه فيه إلا باعتبارها وقسمه الربح وحدها لا تخرجه عن كونه وقايه، إذ المدار فيه على ارتفاع القراض و انتهاء عمله، وكذا قوله أو الإنضاض و الفسخ يقتضى ظاهراً اعتبار إنضاض جميع المال، وقد عرفت أنه يكفى إنضاض قدر رأس المال، كما أنه يقتضى عدم الاستقرار إذا حصل الفسخ و المال عروض، لكنه صحيح على مختاره من وجوب الإنضاض على العامل.

و أما عبارته المسالك فلا ريب فى فسادها على ما حضرني من نسختها من عطف القسمه بأو، لكنها غير نقيه من الغلط، و المتجه كونها بالواو، و حينئذ يأتى فيما اختاره البحث السابق الذى ذكرناه فى الصورة الثانية.

و أما الصورة الثالثة فليست المذكوره فى كلامه، و ظاهره عدم الاستقرار فيها، و قد عرفت الحال، كما أنك عرفت الإشارة إلى صورته الفسخ مع القسمه قبل القبض و المتجه حصول القرار فيها، بل و يتجه القرار أيضاً بإتلاف المالك مال المضاربه الذى ظهر فيه الربح، لتمحض حق العامل حينئذ فى ذمه المالك، و انفساخ المضاربه حينئذ كما لو استرد المال منه، بخلاف ما لو أتلفه أجنبى، فإن الظاهر بقاء المضاربه فيما اشتغلت به ذمه الأجنبى، كما صرح به الفاضل فى التذكرة و الله العالم.

#### [الأمر الرابع فى اللواحق و فيه مسائل ]

##### إشاره

الأمر الرابع فى اللواحق: و فيه مسائل

#### [المسأله الأولى العامل أمين ]

الأولى لا خلاف و لا إشكال فى أن العامل أمين بل هو إجماعى:

ف لا يضمن حينئذ ما يتلف إلا عن تفريط أو خيانه و لو للتعدى فيه بأن فعل فيه ما لم يأذن له شرعاً فيه، و لعل منه السفر بلا إذن من المالك، و شراء شيء

نهاه المالك عنه، و نحو ذلك مما عرفت ضمان العامل فيه، و إن بقيت المضاربه، بل ظاهر الأدله كونه ضامنا للوضيعه التى تكون فى ذلك، بل صريح بعضهم أو ظاهره ضمانه بالثمن الذى يكون للشىء فى البلد التى سافر عنها، بل قد يقال: أو يقوى ضمانه الوضيعه المتجدده بعد التعدى. و بالسفر مثلا، و إن تساوى السعر فى البلدين على وجه لو بقى فى البلد التى سافر عنها لحصلت تلك الوضيعه أيضا، لإطلاق كونها على العامل مع مخالفته. نعم لو فرض كون الوضيعه سابقا على سفره فتعدى و سافر و باع بما فيه تلك الوضيعه أمكن حينئذ عدم الضمان، فتأمل.

و على كل حال فلا إشكال و لا خلاف فى أن قوله أى العامل مقبول فى التلف لأنه أمين و ذو يد على المال باذن المالك، من غير فرق عندنا بين دعواه التلف بأمر ظاهر يمكن إقامه البينه عليه أو خفى.

و هل يقبل فى الرد؟ فيه تردد من كونه أمينا كالودعى، و لما فى عدم قبول قوله من التكليف بما لا يطاق، لاحتمال صدقه، فتكليفه ثانيا بذلك من ذلك، أو التخليد بالسجن، و هو المحكى عن الشيخ، و من أصاله عدم الرد، فيكون المالك منكرا أظهره أنه لا يقبل بعموم

قوله عليه السلام (١) «البيهنه على المدعى»

و قبول قوله فى التلف مثلا- لا يقتضى القبول فى ذلك، و ليس فى الأدله ما يقتضى قبول قول الأمين فى جميع ما يدعيه على وجه يشمل ما نحن فيه، و القياس على الودعى غير جائز عندنا، خصوصا بعد الفرق بينهما بالقبض هناك لمصلحه المالك خاصة، بخلاف المقام الذى هو لمصلحتهما، و التكليف برد المثل أو قيمه يرفع التكليف بما لا يطاق، و التخليد بالسجن، إذ الكلام هنا فى القبول و عدمه من حيث الغرامه و عدمها، لا من حيث خصوص العين و عدمها.

فمن الغريب ما فى جامع المقاصد و المسالك من أنه إذا لم يقبل قوله فى الرد لزمه تخليده فى السجن لو أصر على إنكاره المحتمل الصدق، و هم قد تخرجوا من لك فى الغاصب حيث يدعى التلف، فضلا عن المقام الذى هو أمين، إلا أن يحمل على

مؤاخذته و مطالبته به، و إن أدت إلى الحبس، للاستظهار به إلى أن يحصل اليأس من ظهور العين، ثم يؤخذ منه البديل للحيلولة، إلا أن

مثل هذا يأتي في دعوى التلف خصوصا من الغاصب، و ليس في كلامهم تنقيح لهذا فينبغي النظر فيه.

قلت: لا بأس بالتزامه في المقام، و الغاصب مع فرض ثبوت العين عنده، في ظاهر الشرع، إلا أن يرضى المالك بالبديل، و يكون ذلك من جملة التعزيرات الشرعية.

لكن لا يخفى عليك أن ذلك كله خروج عما نحن فيه، و إن كان هو جيدا حيث تكون الدعوى في خصوص العين، فما أظن فيه صاحب الحدائق - من الإنكار عليه قائلًا أنى لا أعرف له وجهًا، إذ الدعاوى كلها من هذا القبيل - في غير محله، ضروره أنه ليس ذلك منهما في دعوى الغرامات و نحوها، و إنما هو في دعوى خصوص العين.

نعم فيه ما ذكرناه من أن المراد هنا من القبول و عدمه بالنسبة إلى الغرامه، و لو فرض إرادته المالك خصوص العين، لاتبه حينئذ ما ذكره فتأمل جيدا و الله العالم.

### [المسألة الثانية إذا اشترى العامل من ينعق على رب المال فإن كان بإذنه صح و ينعق ]

المسألة الثانية: إذا اشترى العامل من ينعق على رب المال، فإن كان بإذنه صح الشراء و ينعق قهرا عليه لعدم ملك الولد العمودين فإن فضل شىء من المال الذى دفعه للقراض عن ثمنه كان هو أى الباقي قراضا لعدم انفساخ عقده، و إلا بطل القراض، لأن مبنى عقد القراض على طلب الربح، فكل تصرف ينافيه يكون باطلا، و من جملة شراء من ينعق على المالك، لأنه تخسير محض، فضلا عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد، فمع فرض اذن المالك فيه و شراء العامل له بعنوان هذه الإذن لم يكن ذلك من تصرف المضاربه، و إنما هو من تصرف الوكاله الخارجه عنها، فتبطل حينئذ فى ثمنها الذى هو بمنزله استرداد المالك له، و يكون الباقي حينئذ رأس المال ان كان، و إلا بطلت المضاربه من أصلها، هذا كله إذا لم يكن فى العبد ربح حين الشراء.

و أما لو كان فيه أى العبد المذكور فضل فالمحكى عن بعض أنه متى كان كذلك ضمن رب المال حصه العامل من الزيادة (١١) لتحقق الملك بالظهور، و لا يقدح فيه العتق القهرى الصادر بإذن المالك الذى مرجعه الى استرداد طائفه من

المال بعد ظهور الربح و إتلافها، و ان سرى على العامل أيضا بناء على السرايه فى مثله، إلا أنه يغرم المالك له نصيبه مع يساره، و إلا استسعى العبد فيه.

و لكن مع ذلك كله الوجه عند المصنف و ثانى الشهيدين و غيرهما الأجره لا الحصه، لما عرفت من عدم كون ذلك من عمل المضاربه المعتبر فيه إمكان تقلب المال للربح، و أما الأجره فهى كما فى المسالك على هذا العمل، و على ما تقدمه من الحركات و السفر و غيره من المقدمات من حين العقد الى حين وقوع الشراء الذى هو مع اذن المالك فى قوه فسخه فيثبت للعامل عليه الأجره، كما إذا فسخ المالك قبل أن يشتري العامل، و لكن بعد أن سعى و سافر و عمل نحو ذلك، و أما العمل المزبور فهو و ان لم يكن من مقتضيات العقد، لكنه عمل مأمور به من المالك من فاعل معد نفسه للعمل بالعوض، فيجب أن يثبت له أجره مثله، بل على فرض انحصار العمل من حين العقد فيه، ففيه الأجره ان كان مثله مما يحتمل الأجره، و الا فلا و حكم المصنف رحمه الله و غيره بالأجره لا يسع أزيد من ذلك، بل المراد ان كان العمل له أجره، فإن الإحاله على أجره المثل تقتضى أن للمثل أجره قطعاً،- الى أن قال- و بهذا يحصل الفرق بين عمل هذا العامل، و عمل الوكيل الذى مبنى عمله على التبرع و الأجره ليست من مقتضياته، بخلاف القراض فإنه مبنى على طلب العوض على عمله، من حصه أو أجره.

قلت: هذا خلاصه ما فى المسالك، بل و جامع المقاصد، بل و غيرهما، لكن لا يخفى عليك أولاً- ان لم يكن إجماع- أنه لا مانع من جعل مثل هذا التصرف من مقتضى المضاربه، مع التصريح من المالك على جهه ضمان حصته من الربح، أو يسعى العبد فيها، أو صيروره العبد مشتركاً بينه و بين المالك، بناء على عدم السرايه، لإطلاق الأدله بل لعل صحيح (١) شراء العامل أباه الموجب لسرايه العتق أيضا على المالك مما يرمى اليه أيضا، و قد عرفت سابقاً عدم دليل على اعتبار إمكان التقلب فى كل جزء من مال المضاربه نعم قد يقال: ان كل ذلك و نحوه لا يندرج فى إطلاقها.

و ثانيا: ان المتجه عدم الحصة و الأجره معا، بناء على عدم كونه من تصرف المضاربه، ضروره سيورته بالإذن فى ذلك و كيلا محضا على ذلك إذا كانت هى المراد منها، و ان أدى ثمنه من مال المضاربه الذى هو أحد أموال المالك، و ما ذكره من الأجره على المقدمات خروج عما نحن فيه، ضروره كون الكلام فى الأجره على نفس العمل، كما أن دعواه الفرق المزبور بين العامل و الوكيل كذلك أيضا، إذ هو فى عمل العامل فيما عقد عليه من العمل، لا فى عمل أجنبى خارج عن المضاربه على ما هو المفروض.

نعم يبقى احتمال الأجره باعتبار كونه عملا- مأذونا فيه، و لم يظهر من العامل له التبرع، لتصريح بوكاله أو غيرها، و كان العمل مما له أجره من غير فرق فى ذلك، بين عامل المضاربه أو غيره، كما أنه لا فرق فى المقام بين ظهور الربح و عدمه بناء على ذلك فجعل الأجره من المصنف و غيره فيما لو يظهر الربح فى غير محله، بناء على ان ذلك ليس من عمل المضاربه كما هو واضح.

و ثالثا: أن ما ذكره من أن ذلك من المالك فى قوه فسخ المضاربه فى ثمن العبد، قد يناقش فيه، بأنه يقتضى انفساخ العقد أجمع، لعدم تبعض العقد بالنسبه إلى ذلك، لا أن المضاربه باقيه فيما بقى، إذ ليس هو كتلف بعض رأس المال، إذ ليس ذلك فسخا للعقد، بل خروج عن قابليه جريان أثر العقد فيه، فالأولى حينئذ جعل المقام منه لا- من فسخ المالك فى بعض مال المضاربه باسترداد و نحوه، و الأمر سهل. و الله العالم.

هذا كله إذا كان الشراء من العامل باذن المالك و إن كان بغير إذنه و كان الشراء بعين المال بطل أى كان موقوفا على الإجازة فيصح الشراء حينئذ و يقع العتق، و إن لم يكن من المضاربه، بناء على عدم اندراج مثلها فى تصرفها مع التصريح بالإذن، فضلا عن الإطلاق، و احتمال البطلان- و عدم تأثير الإجازة فى مثل هذا التصرف للنهى عنه- كما ترى، ضروره عدم نهى عنه لذاته أو لبعض أركانها كى يترتب عليه الفساد، و إنما هو لعدم ترتب حكم المضاربه عليه، و ذلك لا ينافى الفضوليه، خصوصا إذا كان قد أوقعه بعنوانها كما هو واضح.

و على كل حال فظاهر المصنف عدم الفرق فى ذلك، و فيما يأتى من الشراء بالذمه

بين العلم بالنسب و حكم الشراء المذكور، و الجهل بهما، أو بأحدهما لما عرفت من عدم دخول هذا التصرف فى المضاربه حتى مع التصريح بالإذن، و التباس الأمر ظاهراً لا يقتضى الإذن، لكن احتمال بعضهم الفرق أو مال إليه، فحكم مع الجهل بصحة البيع، و الانعتاق على المالك قهراً، و لا ضمان على العامل، لان العقد المذكور إنما يقتضى شراء ما ذكر بحسب الظاهر، لا فى نفس الأمر لاستحاله توجه الخطاب إلى الغافل، لاستلزامه التكليف بما لا يطاق، كما لو اشترى معيباً لم يعلم بعيبه فتلف بذلك العيب.

و الفرق بين المعيب و ما نحن فيه، بجواز شراء المعيب اختياراً دونه، لا- يدخل فيما نحن فيه لأن الكلام فى حاله لا ربح فيها بفرض إتيان العيب على النفس، و الحال أنه جاهل به، و افتراقه عنه فى حاله أخرى لا دخل له فى المطلوب، و بالجمله حكمهم بصحة العقود التى يظن فيها الربح و إن ظهرت على خلاف ذلك، بل على ضده يقتضى كون الحكم هنا كذلك.

و من هنا استشكل فى المقام ثانى الشهيدى بل قال: «و يقوى الإشكال فى جاهل أحدهما خصوصاً جاهل الحكم لانه غير معذور، لقدرته على التحفظ، فإن العلم مقدور لنا، أما جاهل النسب فمعذور بما تقدم، كما أنه فى جامع المقاصد مال إلى بطلان البيع فى المقام، و فى غيره من شراء المعيب و نحوه، قال: «فإن قيل: فلو كان شراء المعيب باعتبار العيب خالياً من الغبطه، و إنما ظنها العامل بظن السلامه و كذا كل موضع ظن الغبطه فظهر خلافها، قلت: لا أعلم الآن تصريحاً فى حكم ذلك، و المتجه عدم صحه البيع، فيأتى الأحكام السابقه».

قلت: قد يفرق بين المقام و المعيب و نحوه بأن مبنى المضاربه على الاجتهاد بالنسبه إلى العيب و عدمه، و الرغبه فيها و عدمها، و نحو ذلك مما يكون فى ماله الشىء، فالخطأ و الصواب فيه حيثئذ كله من توابع المضاربه، ضروره جريانها على المتعارف فى أعمال التجار التى لا ريب فى اتفاق ذلك فيها، بخلاف المقام الذى لم يكن حاضراً فى الذهن، و لا هو من متعارف التجاره، فمع فرض عدم كون شرائه

من تصرف المضاربه، و لا- إذن فيه صريحا لم يكن الجهل به أو بحكمه موجبا للاذن من المالك، ضروره عدم كون عنوان الإذن فى المضاربه المجهول حاله على وجه يشمل المقام، فلا يبعد كون العلم طريقا فى المفروض، بخلاف المعيب و نحوه، فإنه من عنوان المأذون فيه.

و من الغريب ما سمعته من جامع المقاصد من دعوى فساد البيع فيه، نحو المقام الذى ربما ظهر من ثانى الشهيدين الإجماع على خلافه، حيث نسب الصحه فيه الى حكمهم، و ان كان قد عرفت أن اندراج ما نحن فيه فيه- على وجه يترتب عليه صحه البيع و الاعتاق و ان قلنا أنه ليس من تصرف المضاربه- محل منع، فالمتجه حينئذ الفرق بين المقامين، كما هو ظاهر المصنف و الفاضل حيث أطلقا الحكم بالبطلان من غير فرق بين حالى العلم و الجهل.

و كيف كان هذا كله إذا وقع الشراء بالعين و أما ان كان فى الذمه التى قد عرفت عدم اندراجه فى إطلاق المضاربه فى غير المقام، فضلا عنه، فحينئذ متى كان كذلك وقع الشراء للعامل ظاهرا و باطنا إلا أن يذكر رب المال لفظا، فيكون فضولا أو نيه فكذلك، و ان الزم به ظاهرا إلا أنه فى الواقع موقوف على اجازة المالك، فمع فرض عدمها كان له يبعه و ان كان أباه مقاصه كما هو واضح.

و كذا الكلام فيما لو اشترى من نذر المالك عتقه، بمعنى صيرورته حرا بدخوله فى ملكه، من غير فرق فى جميع ما ذكرناه، و ان أطلق فى القواعد هنا صحه الشراء و العتق على المالك، لكن التحقيق عدم الفرق فى المسألتين و الله العالم.

### [المسأله الثالثه لو كان المال لامرأه فاشترى العامل زوجها فإن كان بإذنها بطل النكاح ]

المسأله الثالثه: لو كان المال لامرأه فاشترى العامل زوجها فإن كان بإذنها بطل النكاح لعدم اجتماعه مع الملك كما حققناه فى محله و ان كان بغير اذنها قيل: يصح الشراء و لم نعرف قائله، لكونه من موضوع العمل المأذون فيه إذ لا تلف فيه لرأس المال مع إمكان طلب الربح فيه، فهو حينئذ كسواء غير الزوج.

و قيل: يبطل الشراء، لأن عليها فى ذلك ضررا بانفساخ النكاح المفوت للمهر فى بعض الأحوال، و للنفقه و للاستمتاع و نحو ذلك، فيكون تقييدا للإطلاق



الإذن و هو أشبه عند المصنف، بل و عند ثانى المحققين و الشهيدين أيضا، بناء على اراده الوقوف على الإجازة، من البطلان، لا هو مطلقا حتى معها و ان كان هو محتملا، بل حكي قولاً إلا أنه كما ترى، مع أنا لم نعرف قائله، و ان حكي عن ظاهر مبسوط الشيخ، لكن الحكم عليه واضح. كوضوحه بناء على الوقوف على الإجازة، و قد أبطلته، بل و ان أجازته ضروره بطلان النكاح، و عدم ضمان ما فاتها من المهر و النفقة، لاستناده الى اختيارها.

أما على القول بالصحة ففي المسالك الجزم بضمان ما فات بسببه مع علمه بالزوجيه لأن التفويت جاء من قبله، قال: «لكن ضمانه للمهر ظاهر، أما النفقة فمشكل، لأنها غير مقدره بالنسبه إلى الزمان، و لا موثوق باجتماع شرائطها، بل ليست حاصله، لأن من جملة التمكين في الزمان المستقبل، و هو غير واقع الآن، الا أن يقال:

بأنه يضمنها على التدريج، و هو بعيد، و الظاهر اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول و هو الذي ذكره جماعه».

و نحوه في جامع المقاصد قال: «لا ضمان على العامل لو أجازت المالكه البيع لما يفوت من المهر و النفقة، لأن ذلك باختيارها، أما على الثالث أى الصحة فيضمن إذا كان عالما، لان التفويت جاء من قبله».

قلت: هو من الغرائب ان أراد ضمان النفقة، ضروره عدم كونها مالا لها قد فوته عليها، كما هو واضح. و الا لضمنها القاتل للزوج، و أما المهر فهو و ان أرسل ضمانه في كلامهما إرسال المسلمات كالفاضل في القواعد، بل قد سمعت ما في المسالك من كون الحكم بضمانه ظاهرا، لكن قد يناقش أولا: بحصول الإذن منها على فرض الصحة، و لو في ضمن الإطلاق، و الا لم يكن للحكم بها وجه، و هي ترفع الضمان عن العامل، كما لو وقعت صريحه، ضروره عدم الفرق بين استفادتهما من صريح اللفظ أو إطلاقه.

و ثانيا بمنع فوات المهر عليها مع فرض عدم الفسخ من قبلها، لكونه مستحقا لها بالعقد، و لعل مرادهما ضمانه المهر لسيد العبد الذي هو الزوج، و هل هو مهر

المثل أو الذى دفعه؟ احتمالان، كما أنهما يأتیان بالنسبه إلى الجميع أو النصف مع فرض الحال فيما قبل الدخول.

و ثالثا: أنه بناء على أن ذلك من أسباب الضمان لم يكن للتقييد بالعلم وجه إذ لا تفاوت فيها بين العلم و الجهل.

و بالجمله هذا الكلام منهما لا يخفى ما فيه، خصوصا مع بناء الصحه على حصول الإذن منها الرافعه لضمان العامل، و قد ذكرنا تحقيق الحال فى نظير المسأله و هو الفسخ بالرضاع فى كتاب النكاح، من أراده فليلاحظه.

كما أنه لا- يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرنا حكم ما لو كان المال لرجل فاشتري العامل زوجته، حتى ما حكاها فى جامع المقاصد عن التذكرة، من أنه على الصحه لو كان الشراء قبل الدخول، فقد قال فى التذكرة: إن فى لزومه نصف المهر للزوج وجهين، فإن قلنا يلزم رجوع به على العامل، لأنه سبب تقريره عليه، فيرجع به عليه، كما لو أفسدت امرأته النكاح بالرضاع، قال: و لم يذكر حكم ما بعد الدخول، و كأنه يرى عدم جواز الرجوع به، لأنه قد تقرر بالدخول.

قلت: قد عرفت الحال فى ذلك كله خصوصا مع ملاحظه ما ذكرنا فى كتاب النكاح و الله العالم.

### [المسأله الرابعه إذا اشترى العامل أباه صح الشراء]

المسأله الرابعه: إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممن ينعق عليه و لا ربح صح الشراء، و كان من مال القراض، فإن كان قد ظهر فيه ربح حين الشراء أو بعده و قلنا بملك العامل بالظهور انعتق نصيبه من الربح و يسرى فى الباقي و لكن ليس عليه بل يسعى المعق فى باقى قيمته سواء كان العامل مؤسرا أو معسرا بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد، بل عن الغنيه و السرائر الإجماع عليه و هو الحجج بعد

صحيح (١) ابن أبى عمير عن محمد ابن قيس «عن الصادق عليه السلام فى رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربه، فاشتري أباه و هو لا يعلم، قال: يقوم فإن زاد درهما واحدا أعتق و استسعى فى مال الرجل»

الذى قد ترك الاستفصال فيه عن اليسار و الإعسار، مع أن المسؤول عنه مطلق الرجل لا رجل مخصوص، كى يحتمل علم الإمام عليه السلام بحاله، بل أطلق فيه الحكم أيضا بالنسبه إلى ظهور الربح حال الشراء، و تجدده بعده.

لكن مع ذلك احتمال أو قيل بالسرايه مع التقويم على العامل المؤسر، لاختياره السبب

الموجب لها، فيحمل الصحيح المزبور على الإعسار، جمعا بين الأدله أو على تجدد الربح بعد الشراء، بناء على عدم التقويم عليه فيه كما سيأتى، بل فى جامع المقاصد و المسالك احتمال بطلان البيع من أصله، لأنه مناف لمقصود القراض الذى هو السعى للتجاره، القابله للتقليب للاسترباح المنافى لهذا الشراء المتعقب للعتق، فيكون حينئذ باطلا، أو موقوفا على الإجازة، إلا أن الجميع كما ترى اجتهاد فى مقابله النص و الفتوى و الإجماع، بل من ذلك يعرف قوه القول بجواز شراء أب المالك مضاربه مع الإذن، كما أوأنا إليه سابقا، بل قد عرفت أن مقتضى الجميع عدم الفرق هنا بين الربح حال الشراء، و تجدده بعده، فإنه لا ريب فى اعتناق نصيبه معه.

و لكن فى جامع المقاصد و المسالك فى سرايه العتق حينئذ و عدمها وجهان:

أحدهما نعم، لاختياره السبب و هو الشراء، إذ لولاه لم يملك شيئا بارتفاع السوق و هو اختيار للمسبب. و ثانيهما لا، لأن الشراء ليس هو مجموع السبب، بل جزؤه و السبب القريب إنما هو ارتفاع السوق، و لا دخل لاختياره فيه، فلا يكون مختارا للسبب، لان جزئه غير مقدور، فهو حينئذ كالإرث الذى لا يوجب سرايه.

و فيه ما عرفت من أنه أيضا اجتهاد فى مقابله النص و الفتوى و معقد الإجماع التى لم يفرق فيها أجمع بين الأمرين.

نعم قد يقال بعدم اندراج مثل هذا الشراء فى إطلاق المضاربه مع العلم بالنسب للضرر على المالك بانتظار سعى العبد الذى قد يعجز عن الأداء، و الصحيح مختص بحال الجهل، و الفتوى و معقد الإجماع لا وثوق بإرادته هذا الفرد من إطلاقهما، و حينئذ فالوقوف فى مثله على الإجازة لا يخلو من قوه.

بقى الكلام فى شيئين أحدهما: هو أنه ربما ظهر من النص و الفتوى جعل مناط الحكم المزبور تقويمه، ثم النظر فى زيادته على رأس المال و عدمها، و لا-ريب فى عدم اعتبار ذلك، ضروره إمكان زياده غيره من أعيان المضاربه على وجه يملك العامل حصته المشاعه المتحققه فى الأب و إن لم تزد قيمته، فإنه حينئذ لا ريب فى جريان الحكم المزبور عليه، و الصحيح منزل على ما إذا كان الأب هو جميع مال المضاربه، لا ما يشمل الفرض، كما أنه لا يشمل ما لو زادت قيمه الأب، إلا أنه نقصت باقى أعيان المضاربه على وجه تكون تلك الزيادة جابره أو أقل، إذ لا ربح حينئذ، و المراد من الصحيح الزيادة التى تكون ربحا.

الثانى: إذا فرض كون الأب أحد أعيان المضاربه، و لم يظهر ربح، و أراد المالك و العامل الإنضاض، لكن قد يحتمل فى أثناء ذلك وجود راغب أو تجدد زياده لبعض أعيانها، فهل للعامل تأخير بيع الأب إذا أراد المالك تقديمه، و جهان:

أقواهما العدم، ضروره كونه ملكا للمالك الذى هو متسلط عليه، و لم تظهر زياده يتسلط بها العامل، فلا ريب فى أن المالك حينئذ مقدم على العامل فى ذلك، خصوصا مع احتمال الضرر عليه، بوجود الراغب لبعض الأعيان على وجه يوجب العتق، و انتظار المالك إلى السعى المحتمل عدم حصوله، و ليس هذا الفرض من ظهور الربح بعد خفائه الذى به ينكشف سبق ملك العامل، بل هو من تجدده باتفاق حصول راغب فى بعض الأعيان، و إن لم يكن قيمه لها، و نحو ذلك مما لا يوجب سبق ملك للعامل كما هو واضح.

### [المسأله الخامسه إذا فسخ المالك أو العامل أو هما صح ]

المسأله الخامسه: إذا فسخ المالك أو العامل أو هما صح بلا خلاف و لا إشكال، لما عرفته من كون العقد جائزا و كان الربح بينهما مع وجوده على حسب شرطهما، فإن لم يكن ربح و كان المال ناضبا أخذه المالك، و لا شىء للعامل إلا أن يكون الفسخ من المالك فإن للعامل أجره المثل إلى ذلك الوقت عند المصنف و بعض، على ما حكى، لأن عمله محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرع.

و يشكل بأنه لم يقدم إلا على الحصه على تقدير وجودها، و لم توجد و لا شىء

له، و المالك مسلط على الفسخ حيث شاء، و احتمال دفعه- بأنه إنما جعل له الحصة خاصة على تقدير استمراره إلى أن يحصل، و هو يقتضى عدم عزله قبل حصولها، فإذا خالف فقد فوتها عليه، فتجب عليه أجرته، كما إذا فسخ الجاعل بعد الشروع فى العمل- كما ترى، لا ينبغى صدوره من فقيه، ضروره اقتضائه ضمان المالك الأجره لو فسخ، و إن قلبه العامل مرارا متعدده و لم يحصل ربح، بل و إن خسره، و هو مناف للمعلوم من شرع المضاربه المبنيه على استحقاق العامل حصه من الربح إن حصل، و إلا فلا شىء له و أغرب منه ما يحكى عن إطلاق التذكرة من أن له الأجره فى الفرض حتى لو كان الفسخ من العامل.

نعم قد يقال: بالأجره فيما لو عمل العامل و فسخ المالك قبل إتمام عمله المحتمل حصول الربح به، باعتبار احترام عمله، و إقدامهما على الربح المترتب عليه، و الفرض احتمالاه، فبالفسخ تفوت الحصة، و لكن العمل على احترامه، و رضاهما بهذا العقد الجائز المسلط على الفسخ فى جميع الأوقات لا ينافى ثبوت الأجره له من جهة أخرى و يمكن حمل مثل عبارته المصنف على ذلك، كما أن منه يظهر لك ما فى المسالك من عدم الفرق بين صورتى الفسخ قبل الإنضاض و بعده.

و كيف كان ف لو كان بالمال عروض بعد الفسخ قيل: كان له أن يبيعه من دون رضا المالك، و إن لم يكن قد ظهر فيه ربح، لتعلق حقه به، و احتمال وجود زبون يزيد فى الثمن فيحصل الربح.

وفيه: أنه لا- حق له مع فرض عدم الربح، و الاحتمال المعارض باحتمال نقصان المال لا يكفى فى دعوى تعلق الحق كما هو واضح.

نعم فى المسالك «لو كان الزبون المذكور موجودا بالفعل توجه الجواز، لأنه فى قوه ظهور الربح».

مع إمكان المناقشه فيه أيضا أولا: بمنع كونه فى قوه ظهور الربح المتوقف صدقه عرفا على زياده قيمه المال فى نفسه، أو فعلية الثمن من الراغب، لا وجوده و إن لم يكن قد وقع منه ذلك، و خصوصا إذا حصل الراغب بعد الفسخ.

و ثانيا: بمنع تسلطه على ذلك فى صورته ظهور الربح الذى لا يزيد به على كونه شريكا، و من المعلوم عدم سلطته له على بيع مال الشركه بغير إذن الشريك.

و بذلك ظهر لك أن الوجه المنع من البيع مطلقا، لقاءه منع التصرف فى مال الغير بغير إذنه و غيرها و لو انعكس الحال بأن ألزمه المالك بالبيع قيل: يجب عليه أن ينض المال لأنه أخذه نقدا فيجب أن يرده كذلك لإطلاق

قوله عليه السلام (١) «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»

و لحدوث التغيير فى المال بفعله، فيجب رده، و فيه منع دلالة الخبر المذكور على وجوب رد المال المأخوذ بالاذن المتغير بها كما أخذه أولا، و الأصل البراءة ف الوجه حينئذ أنه لا يجب عليه الإجابة هذا كله فى صورته عدم ظهور الربح.

أما معه و كان المال عروضاً و طلب المالك إنضاضه، فقد جزم فى جامع المقاصد و المسالك بوجود الإجابة على العامل، لأن استحقاقه

الربح و إن كان ثابتا بظهوره إلا أن استقراره مشروط بالإنضاض، فيحتمل عروض ما يقتضى سقوطه.

و قد تقدم سابقا ما يعلم به قرار هذا الملك على القول به، فبناء على أنه بالفسخ يحصل - لانتهاه المضاربه حينئذ، و يتحقق حينئذ الشركه بين المالك و العامل بمقدار حصته من الربح المفروض ظهوره عند الفسخ، و كل ما يتجدد حينئذ من تلف و خساره فهو حينئذ عليهما، لا يختص به الربح - يتجه حينئذ عدم وجوب إجابة العامل للإنضاض و إن ألزمه المالك به، لعدم ضمانه ما يعرض مع عدم وجوب الإرجاع نقدا كما عرفت.

و منه يعلم أيضا الحال فيما لو طلب العامل البيع خاصه، الذى ذكر فى المسالك فى وجوب إجابة المالك له وجهين، ضروره كون المنتج بناء على ما ذكرناه عدم الوجوب بل لعله كذلك حتى على القول الآخر، لإمكان وصوله إلى حقه بقسمه العروض، و الإرجاع نقدا إنما هو حق المالك فله إسقاطه، و لأن حال العامل لا يزيد على حال الشريك الذى من المعلوم أنه لا يكلف إجابة شريكه إلى البيع، كل ذلك مع طلب

## العامل البيع فى الحال.

أما لو طلب تأخيره إلى وقت متأخر كموسم متوقع، فليس له ذلك قطعاً للضرر، كالقطع بعدم ثبوت تسلط للعامل بناء على توقف ملكه على الإنضاض أو غيره. و مما ذكرنا يعلم الحال فيما لو كان الفسخ من العامل فى هذه الصورة، إذ الحكم كذلك، بل ينبغى الجزم بعدم استحقاقه الأجره لو كان ناضاً لا ربح فيه، و بعدم وجوب إجابته المالك إلى بيعه، لأن المانع من قبله كما هو واضح.

و لو كان بعض المال ناضاً فإن كان قدر رأس المال، اتجه عدم إجبار العامل على إنضاض الباقي، لرجوع المال إلى المالك- كما كان، و أولى منه لو كان أزيد.

أما لو كان ناقصاً ففى المسالك «توجه جواز إجباره على إنضاض قدره، لو قلنا بإجباره على الإنضاض فيما سبق».

قلت: لكن قد عرفت الحال فى ذلك و غيره على وجه تبين لك أن جميع ما فى جامع المقاصد و المسالك هنا غير منقح. فلاحظ و تأمل.

و كيف كان ففى المتن و غيره أنه إن كان المال سلفاً، كان عليه أى العامل جبايته و إن فسخ المالك، و كذا غيره من الديون المأذون فيها لاقتضاء المضاربه رد رأس المال على صفته، و الديون لا يجرى مجرى المال، و لأن الدين ملك ناقص، و الذى أخذه ملك تام،

و «على اليد ما أخذت»

و لكن فيه ما عرفت، من أن الأصل البراءة بعد عدم دلالة الخبر المزبور على ذلك، مع فرض وقوع الدين بإذن المالك، و انفساخ المضاربه، فالمتجه حينئذ أيضاً عدم الوجوب، و منه يعلم أيضاً ما فى قول المصنف و غيره و كذا لو مات رب المال و هو عروض، كان له أى العامل البيع، إلا أن يمنعه الوارث بل هو مناف لما ذكره سابقاً، من أن الوجه المنع ضروره عدم الفرق بين الفسخ الاختيارى و القهرى، فليس له التصرف إلا- بإذن المالك من غير فرق بين ظهور الربح و عدمه، كما ذكرنا الكلام فيه مفصلاً و إليه أشار المصنف و فيه قول: آخر و هو ما ذكرناه من عدم جواز البيع إلا بالإذن، لبطلان العقد و قد استوجهه فى المسالك، و هو فى محله. و الله العالم.

### [المسألة السادسة إذا قارض العامل غيره فإن كان بإذنه و شرط الربح بين العامل الثاني و المالك صح ]

المسألة السادسة: إذا قارض العامل غيره، فإن كان بإذنه أى المالك و شرط الربح بين العامل الثاني و المالك صح لانه يكون حينئذ بمنزله الوكيل عن المالك فى ذلك، و سبق عقد القراض معه لا ينافى ذلك، بل لا يقتضى فساد، لعدم ما يدل على اعتبار خلو المال عن وقوع عقد قراض عليه فى صحه الثانى، و ان كان هو لا يستحق شيئاً من الربح، بعدم العمل منه، أما لو فرض عمل كل منهما صح و أخذ كل منهما ربح ما عمل به من المال على حسب ما شرط له.

و على كل حال ف لو شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح لأنه لا عمل له و إيقاع عقد القراض، و لو بالأقل من الحصه التى جعلها المالك له، ليس من اعمال التجاره التى شرع جعل بعض الربح عوضاً عنها، فلا يصح اشتراط شىء من الربح له، حتى لو أذن المالك له فى ذلك، فإن إذنه لا- تفيده فى شرعيه غير المشروع اللهم الا أن يدعى دخول مثل ذلك فى عمل المضاربه المشروعه، لأنه مما يترتب عليه ربح للمال، بل هو داخل فى عمل التجاره و التكسب، خصوصاً مع التصريح به فى ضمن غيره، فتأمل هذا.

و فى المسالك «اذن المالك للعامل فى المضاربه قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثانى، و العامل الأول إذا أراد ذلك بمنزله وكيل المالك، و قد يكون بمعنى إدخال من شاء معه، و جعلهما عاملين، و قد يكون بالأعم- الى أن قال- بعد الاعتراف بأن مراد المصنف هنا الأول: و لو كان الإذن بالمعنى الثانى أو بالأعم و جعل الثانى شريكاً له فى العمل و الحصه بينهما صح، لانتفاء المانع فى الأول، و هو عدم العمل».

قلت: لكن يكون ذلك فسحاً للمضاربه السابقه، و إنشاءً جديداً من العامل باذن المالك أو أن المضاربه الأولى بحالها، و لكن الحصه الأولى المشروطه للأول فى المعنى مشروطه باستقلاله بالعمل، أما مع فرض وضع شريك معه فلا يكون حينئذ تشريك الثانى مع الأول بإذن المالك فى حصته الأولى مضاربه على تلك المضاربه الأولى بلا فسح لها، و لا مانع من ذلك- وجهان و ليس فى كلامه تحرير لذلك، و



إنما اقتصر على الصحة معللا لها بانتفاء المانع، و أنت خبير بأن انتفاء المانع فى الأول لا يكون مقتضيا للصحة هنا.

و كيف كان ف لو كان بغير اذنه لم يصح القراض الثانى و

فى خبر احمد بن محمد بن عيسى (١) المروى عن نوادره و عن أبيه «سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل أخذ مالا مضاربه أ يحل له أن يعطيه غيره بأقل مما أخذ، قال: لا»

و لكنه فضولى إن أجاز ترتب عليه حكمه، و إلا- بطل القراض فإن فرض حصول ربح حينئذ كان نصف الربح للمالك، و النصف الآخر للعامل الأول بناء على أن القراض كان كذلك و عليه أى العامل الأول أجره العامل الثانى و بها صار عمله الذى قد عمله، للأول الذى كان قد وقع القراض معه، فيستحق حينئذ ما شرط له، إذ ليس فى عقد القراض ما يقتضى مباشره العمل بنفسه، ضروره الإكتفاء بمتبرع عنه، و بأجره و نحو ذلك.

و قيل: و القائل بعض الشافعية النصف الآخر للمالك أيضا لأنه نماء ملكه، و الفرض أن الأول لم يعمل (١١) شيئا و الثانى غير مأذون عنه.

و قيل: (١٢) كما عن بعض آخر منهم أيضا أنه بين العاملين، و يرجع الثانى (١٣) منهما على الأول بنصف الأجره (١٤) لأنه قد فاته بغيره منه نصف ما جعل له من الربح.

و لهم وجه رابع على ما حكى و هو أن جميع النصف للعامل الثانى عملا بالشرط، و لا شىء للأول إذ لا ملك له و لا عمل.

و الأول حسن (١٥) لما عرفت، و لا ينافيه فرض عدم إجازة المالك إذ هى للقراض، أما ما وقع منه من الشراء و البيع فهو بإذن العامل الأول الذى لم يشترط عليه مباشره ذلك بنفسه،

أقصى ما هنا لك أن العامل الثانى أوقعه بعنوان أنه مقارض، و قد بان فساده، فاستحق على من غره أجره المثل، و فساد القراض يقتضى فساد الإذن

الحاصل من العامل، إذ الظاهر عدم كون ذلك قيدها هنا كما في نظائره.

و من ذلك يظهر لك ضعف الثاني، ضرورة عدم استحقاق المالك له مع عدم فساد القراض الأول، و صيروره عمل العامل الثاني للأول و لو بغرم الأجره له. و كذا الثالث، فإن كونه بين العاملين مع فساد القراض غير متصور، اللهم إلا أن يدعى أن العامل الأول له المضاربه بمعنى التشريك فيما له من الحصه، فإذا فرض أنه قد جعل له النصف من المجموع الموزع عليه و على المالك الذى لم يجز مضى فيما له، بطل فيما يرجع إلى المالك الا انه لغروره إياه يغرم له الأجره، و منه ينقذ وجه الرابع المبني على تنزيل النصف على الراجع له، لا الموزع منه و من المالك، لكن الجميع كما ترى، ضرورة عدم صحه المضاربه له من دون إذن المالك، و لو بالتشريك فى حصته، ففوق ذلك منه حينئذ مقاوله غير مشروع، هذا.

و لكن فى المسالك «إن هذه الأقوال ليست لأصحابنا، و لا نقلها أحد عن أحد منهم، و إن كان ظاهر التعبير ب «قيل و قيل» ذلك، و إنما هى وجوه للشافعيه، ذكرها المصنف و العلامه فى كتبه، و نقل الشيخ فى المبسوط قريباً منها بطريقه أخرى غير منقحه - إلى أن قال تبعا لجامع المقاصد -: و التحقيق فى هذه المسأله المرتب على أصولنا أن المالك إن أجاز العقد فالربح بينه و بين الثاني على الشرط، و إن لم يجره بطل، ثم الشراء إن كان بالعين وقف على إجازة المالك، فإن أجاز فالملك له خاصه، و لا شىء لهما فى الربح، أما الأول فلعدم العمل، و أما الثاني فلعدم الإذن له، و لكن له أجره مثل عمله على الأول مع جهله، لا مع عمله، و إن كان الشراء فى الذمه و نوى صاحب المال فكذلك، و إن نوى عن عامله وقع الشراء له، لانه و كيله، و إن لم ينو شيئاً أو نوى نفسه فالعقد له، و ضمان المال عليه، لتعديه بمخالفه مقتضى المضاربه، و حيث لا يقع العقد للعامل الثاني فله الأجره على الأول مع جهله إن لم يتعد مقتضى المضاربه».

ثم إنهما قبل ذلك قد أطنبا فى ذكر حكم الضمان لو تلف المال فى يد العامل الثانى و ذكرا جملة من أحكام الغصب، و لا يخفى عليك خروج جميع ذلك عما نحن

فيه، ضروره كون المراد بيان حكم القراض الثانى فيما إذا ربح المال، و هو لا يستلزم تسلّم المال إذ يمكن قراضه و عمله و المال فى يد العامل الأول، كما أنه لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه عدم الفضوليه فيما أوقعه العامل الثانى بإذن الأول و إن لم يجز قراضه، بناء على أن للعامل الأول الإذن لغيره فى العمل، و أن فساد قراضه لا ينافى ثبوت الإذن له فى ذلك، كما فى غير هذه الصوره مما فسد فيه القراض فإنه يثبت للعامل أجره المثل، و المال و نماؤه للمالك، و ليس هو إلا لبقاء الإذن مع فساد القراض، و ما نحن فيه من ذلك.

و من الغريب دعوى خروج هذه الوجوه عن أصولنا مع تصريح المصنف بحسن الأول منها، بل مفروغيته من صحه البيع و ملك المالك النصف، و عدم ذكر الفضوليه هنا فى شىء مما فعله العامل الثانى، و نحو ذلك مما هو كالصريح فى أن موضوع المسأله عنده غير ما ذكرناه، و ان اعتراضه هما بنحو ما سمعته منهما هنا، لكن الانصاف عدم وروده عليه، و عدم مدخله لكثير مما ذكرناه هنا فى مفروض المسأله كما لا يخفى على من لاحظ المقام و تأمل. و الله العالم.

### [المسأله السابعه إذا قال المالك دفعت إليه مالا قراضاً فأنكر العامل ذلك فأقام المدعى بينه فادعى العامل التلف قضي عليه بالضمان ]

المسأله السابعه: إذا قال المالك: دفعت إليه مالا قراضاً، فأنكر العامل ذلك فأقام المدعى بينه على أنه دفع إليه مالا قراضاً فادعى العامل التلف قضي عليه بالضمان، و كذا لو ادعى عليه وديعه أو غيرها من الأمانات لثبوت كونه خائناً بإنكاره المال الذى قامت البينه عليه، و أقر هو أيضاً به بعد ذلك بدعواه تلفه، و لا ريب فى كونه خيانه، بل قد يقال: إنه لم تقبل دعواه حتى لو أقام بينه على تلفه منه بلا- تعد و لا- تفریط، لتكذيبه إياها بإنكاره الأول الذى هو أيضاً إقرار فى حقه، و من هنا عبر الفاضل فى القواعد بعدم قبول دعواه.

لكن فى المسالك «إن عبارته المتن أجود منها، لاستلزام عدم القبول حبسه إلى أن يدفع العين، و قد تكون تلفه، إلا أن يتكلف نحو ما تقدم من حبسه مده يظهر فيها اليأس من وجود العين».

و فيه أن المقصود عدم قبول دعوى التلف التى كانت تقبل منه سابقاً بيمينه فى

إسقاط الضمان عنه، و أما التكليف بالعين نفسها و عدمه فهو غير مقصود لهما، فليس تعبير المصنف بالضمان تحريزا عن ذلك، ضروره عدم تصديق مجرد قوله بالنسبه إلى ذلك، من دون استظهار بيمين أو بينه، أو حبس أو نحو ذلك، و على كل حال فهو مقام آخر غير ما نحن فيه، يجرى فى الغاصب و نحوه، هذا كله فيما إذا كان جوابه فى الدعوى الأول ما سمعت.

أما لو كان جوابه: لا يستحق عندي شيئا أو ما أشبهه لم يضمن و إن قامت البينه على دفع المال إليه قراضا، لكون ذلك أعم من ضمانه، بل لو ادعى التلف بعد ذلك سمع منه بيمينه، لعدم التنافى بينه و بين كلامه الأول كما هو واضح.

### [المسألة الثامنة إذا تلف مال القراض أو بعضه بعد دورانه فى التجاره احتسب التالف من الربح ]

المسألة الثامنة: إذا تلف مال القراض أو بعضه، بعد دورانه فى التجاره، احتسب التالف من الربح الذى هو وقايه لرأس المال فى شرع المعامله و فى عرفها، و كذا لو تلف قبل ذلك كما لو أذن له فى الشراء فى الذمه فاشترى ثم تلف المال و نقد الثمن عنه، فإن القراض يستمر و يمكن جبره حينئذ بالربح المتجدد و لكن فى هذا تردد عند المصنف مما عرفت، و من أن التلف قبل الشروع فى التجاره يخرج التالف عن كونه مال قراض، إلا أن الأقوى عدم الفرق، لأن المقتضى لكونه مال قراض هو العقد، لا دورانه فى التجاره، فمتى تصور بقاء العقد و ثبوت الربح، جبر ما تلف مطلقا، بل لا- يخفى على من أعطى التأمل حقه، عدم صدق الربح الذى وقع الشرط بين المالك و العامل عليه إلا على ما يبقى بعد جبر جميع ما يحدث على المال، من أول تسلمه إلى انتهاء المضاربه، من غير فرق فى النقصان بين انخفاض السوق و الغرق و الحرق و أخذ الظالم و السارق و غير ذلك، مما هو بآفه سماويه و غيرها، فما عساه يقال أو قيل:- من اختصاص الحكم بما لا يتعلق فيه الضمان بذمه المتلف، لأنه حينئذ بمنزله الموجود، فلا- حاجه إلى جبره، و لانه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل و تجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق و نحوه- لا ينبغى أن يصغى إليه لما عرفت، نعم لو فرض حصول العوض من التلف كان العوض من جملة المال. و الله العالم.

## [المسألة التاسعة إذا قارض اثنان واحدا و شرطا له النصف منهما و تفاضلا في النصف الآخر مع التساوى في المال كان فاسدا لفساد الشرط]

المسألة التاسعة: إذا قارض اثنان مثلا واحدا مثلا و شرطا له النصف منهما و تفاضلا في النصف الآخر مع التساوى في المال أو تساويا فيه مع التفاوت في المال، كان فاسدا لفساد الشرط المقتضى زياده لأحدهما على الآخر مع تساوى المالكين، أو التساوى مع التفاوت في المالكين بلا- عمل من ذى الزيادة، ضروره كون العامل غيرهما، و قد عرفت سابقا عدم جواز ذلك في الشريكين، فكذا هنا، إذ لا فرق بين امتزاج المالكين و عدمه، و لكن قال المصنف هنا فيه تردد و لعله من ذلك، و من احتمال كون اشتراط الزيادة هنا من العامل بمعنى أن صاحبها قد شرط له في العمل بما له أقل مما شرط له الآخر، و لا ريب في جواز ذلك، ضروره عدم المانع المزبور منه.

لا يقال:- إن محل المسألة مع الإطلاق الذى هو كما يحتمل ذلك يحتمل كونها من المالك الآخر، و لا ترجيح- لأننا نقول: إن أصل الصحة يرجح الأول بل لعله كذلك حتى مع فرض عدم خطور هذا التفصيل فى قصدهم، حملا لفعل المسلم على الصحيح فى نفس الأمر.

نعم لو صرح باستحقاق العامل من نصيب كل منهما نصفه، اتجه الفساد حينئذ، بناء على ما سمعته فى الشركه، مع أنه قد يقال بالصحة هنا، بدعوى كون ذلك من عمل المضاربه، كما يومى إليه ما عساه يستفاد من إطلاق عبارته المتن و القواعد من عدم الفرق فى الحكم المزبور بين امتزاج المالكين و عدمه، كما اعترف به الكركى فى شرحه.

و لا ريب فى أن استحقاق كل منهما فى ربح مال الآخر- المفروض تميزه مع أنه قد يختلف قلبه و كثره، بل قد يحصل بالخسران فى أحدهما دون الآخر الذى يجبر منه شىء- لا- تقتضيه الضوابط، بل هو إن كان، فليس إلا من صدق كون المجموع مال مضاربه واحده، و لذا جعل الربح بينهما مشاعا، و إذا كان ذلك و نحوه من مقتضى عقد المضاربه، فلتقتضى أيضا التفاوت فى ربح النصف، و إن تساويا فى المال، أو التساوى فيه مع التفاوت فيه، و يكون ذلك من أحكامها، نحو ما لو قارض الواحد مثلا اثنين

مثلا على التفاوت فيما شرط لهما من الربح، فإنه يصح، وإن كان المشروط له الأكثر، الأقل عملا، لإطلاق الأدله، خلافا لمالك فلم يجوز التفاوت بينهما و قد تقدم الكلام فيه سابقا.

### [المسألة العاشرة إذا اشترى عبدا مثلا للقراض فتلغ الثمن قبل القبض قيل يلزم صاحب المال ثمنه دائما]

المسألة العاشرة: إذا اشترى عبدا مثلا- للقراض فتلغ الثمن قبل القبض قيل: والقائل الشيخ في محكى المبسوط يلزم صاحب المال ثمنه دائما، ويكون الجميع رأس ماله بجبر التالف منه بالربح وقيل والقائل ابن إدريس فيما حكى عنه إن كان أذن له في الشراء في الذمه فكذلك، وإلا كان باطلا، ولا يلزم الثمن أحدهما وقد عرفت فيما مضى تفصيل الحال، من أنه إن كان الشراء في الذمه بإذن المالك لزم دفع الثمن ثانيا وثالثا دائما، وإلا فإن صرح بكون الشراء له وقف على إجازته، فإن أجاز لزمه الثمن، وإلا- بطل البيع، وإن لم يذكره لفظا وقع الشراء للعامل ظاهرا مع فرض كونه قد نوى المالك، وإلا فواقعا أيضا، وإن كان الشراء بالعين فهلك قبل دفعها بطل العقد، وهذا كله واضح.

نعم في المسالك بعد أن ذكر جميع ذلك قال: «و حيث يلزم المالك الثمن ثانيا يكون الجميع رأس ماله بجبر جميعه بالربح، و هو جيد في غير صورته الفضولى، أما فيها فلا- يخلو من إشكال، ضروره عدم وقوع عقد المضاربه، فمع فرض إجازته المالك لذلك يلحق الثمن حكم المضاربه» و لكن الإنصاف عدم خلوه عن الإشكال أيضا.

### [المسألة الحادية عشره إذا نض قدر الربح فطلب أحدهما القسمه فإن اتفقا صح ]

المسألة الحادية عشره: إذا نض قدر الربح فطلب أحدهما القسمه لقدر الربح فإن اتفقا صح لانحصار الحق فيهما و ان امتنع المالك لم يجبر لما فيه من الضرر عليه، لاحتمال خساره مال القراض، فيحتاج الجبر به، أما العامل فقد يظهر من العبارة أنه ليس له الامتناع، لأنه متى احتاج إلى الجبر احتسب على المالك، لكن في القواعد «ان امتنع أحدهما لم يجبر على القسمه».

و في جامع المقاصد «أما المالك فظاهر، و أما العامل فلأنه لا يأمن أن يطرد الخسران، و ان أتلف ما وصل اليه فيحتاج الى غرم ما وصل إليه بالقسمه، و ذلك ضرر».

و فيه منع كون ذلك ضررا، ضروره إمكان المحافظه عليه، بعدم التصرف، بل

لو أغرمه لم يكن عليه ضرر، لأنه في مقابل ما تصرف فيه، والله العالم.

و على كل حال فلو اقتسما و بقى رأس المال معه أى مقداره فخرس، رد العامل أقل الأمرين مما وصل اليه من الربح، و مما يصيبه من الخسران، لأن الأقل ان كان هو الخسران فلا يلزمه سوى جبر المال و الفاضل له، و ان كان الأقل هو الربح فلا يلزمه الجبر الا به و كذلك احتسب على المالك أقل الأمرين من رأس المال، هذا هو الظاهر من العبارة، بل جزم به ثانى الشهيدين لكن عن الشهيد «أن المردود أقل الأمرين التى هى مما أخذه العامل من رأس المال لا من الربح، فلو كان رأس المال مائة و الربح عشرين، فاقسما عشرين، فالعشرون من الربح مشاعه فى الجميع، نسبتها الى رأس المال نسبة السدس، فالعشرون المأخوذه سدس الجميع، فيكون خمسه أسداسها من رأس المال، و سدسها من الربح، فإذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح، و هو نصف سدس العشرين، و ذلك درهم و ثلثان، يبقى معه ثمانيه و ثلث من رأس المال، فإذا خسر المال الباقي رد أقل الأمرين مما خسر و من ثمانيه و ثلث، و الحامل له عليه، كما قيل: حكمهم بأن المالك إذا أخذ من المال شيئا و قد ظهر ربحه يحسب ما أخذه منهما على هذه النسبه» و أفسده فى المسالك «بأن المأخوذ و ان كان مشاعا الا أن المالك و العامل انما أرادا به الربح، و حيث كان المال منحصرا فيهما فالتمييز منوط بهما، و لو كان يدخل فى ذلك من رأس المال شىء لم يصح للعامل التصرف فيه، لأن المالك لم يأذن إلا فى التصرف فى الربح، و لم تقع القسمة و الاتفاق الا عليه- الى أن قال- و أيضا فتوقف رد العامل رأس المال على ظهور الخسران لا- وجه له لأنه لا يملك شيئا من رأس المال، و انما حقه فى الربح، و أما حمله على أخذ المالك فليس بجيد، لأن المالك لا يأخذ على وجه القسمة، و انما يأخذ ما يعده ملكه، فلما كان فيه ربح و هو شائع دخل فيه جزء من الربح على نسبة المأخوذ، فيحسب رأس المال بعد ذلك على حساب ما يبقى بعد توزيع المأخوذ على الأصل و الربح، و أين هذا من أخذ العامل الذى لا يستحق إلا فى الربح، و لا يقاسم المالك الا عليه خاصه».

قلت: قد يكون منشأ كلام الشهيد عدم تشخيص الربح عن رأس المال باتفاقهما على أنه ربح، لعدم دليل على ذلك، والأصل بقاء إشاعته حتى تنفسخ المضاربه و يتسلم المالك رأس ماله، و حينئذ يتجه كلامه.

لكن يشكل بأنه لا دليل على استقرار ملكهما للحصه من الربح بذلك، ما دامت المضاربه غير منفسخه حتى لو رضى المالك بأن يكون الباقي رأس مال، فإنه لا يلتزم بذلك، بل له الرجوع عنه، لعدم استقرار كون ذلك ربحاً، الى أن ينتهى عمر المضاربه، و الفسخ أو الانفساخ كما تقدم الإشاره الى ذلك فيما تقدم.

نعم لهما الاتفاق على التصرف فى المقدار الذى تراضيا عليه سواء وجدا معه صوره القسمة أو لا برضى منهما و ما يتبعه من رأس المال يكون تصرف العامل فيه برضى المالك، كما إذا لم يكن ثم ربح.

اللهم الا- أن يقال: ان ذلك من المالك فسخ للمضاربه فيما يخصه من رأس المال، لأنه برضاه قد أخرجه عن المضاربه، حتى الذى قبضه العامل، فيستقر حينئذ ملكهما على ما خص ذلك من الربح، لانفساخ المضاربه، كما تعرفه إنشاء الله تعالى فى المسأله الرابعه عشر، و به حينئذ يتم كلام الشهيد، فتأمل جيداً، كما أنه ينبغى التأمل فيما سمعت من أن للمالك و العامل الاتفاق على تشخيص الربح من رأس المال، و إخراجة عن الإشاعه مع بقاء المضاربه على حالها، بحيث يكون الباقي رأس المال و ما شخصاه ربحاً، فإنه محتاج إلى التأمل.

### [المسأله الثانيه عشره لا يصح أن يشتري رب المال من العامل شيئاً من مال القراض ]

المسأله الثانيه عشره لا يصح أن يشتري رب المال من العامل شيئاً من مال القراض بلا خلاف و لا إشكال لأنه ماله و لا أن يأخذ منه بالشفعه لذلك أيضاً بخلاف العكس، فان للعامل الشراء من المالك و له الأخذ بالشفعه منه، كما هو واضح.

لكن فى القواعد «إن ظهر ربح بطل البيع فى نصيبه منه» و لعل المراد إذا كان الربح ظاهراً وقت الشراء، لعدم جواز شراء ملكه، لا ما إذا تجدد، فإنه حينئذ له و الثمن صار من مال المضاربه كما هو واضح.

و كذا لو ظهر فى المال ربح جاز للمالك شراء ما يخص العامل، بناء على ملكه



بالظهور، و إن كان متزلزلا، فإن تزلزله لا يمنع من بيعه، بل يقوى في النظر وقوعه لازما و إن تجدد الخسران بعد ذلك و احتاج إلى الجبر، فيجبر حينئذ بقيمته كما لو أتلفه، و ربما احتتمل انفساخ البيع، لكنه في غير محله، و أما الأخذ بالشفعة ففي المسالك «هو ممكن» أى بعد ظهور الربح على نحو ما سمعته في شرائه، لكن قد يناقش بمنع ذلك فيما لو كان الربح مقارنا للشراء، فضلا عما لو تجدد، لعدم ملك العامل حينئذ بعض الشقص بالشراء، بل هو بالشرط الحاصل في المضاربه، فلا شفعه حينئذ فيما ملكه بذلك، و إن صار شريكا مع المالك لم يقاسم إلا أنه ليس بالشراء الذى هو موجب الشفعه، و الله العالم.

و كذا لا يشتري من عبده القن لما عرفت في محله أنه لا يملك شيئا

و «لا بيع إلا في ملك»

من غير فرق بين المأذون و غيره، لكن حكى عن الشيخ قولاً - بأن المأذون إذا ركبه الديون جاز للسيد الشراء منه، و هو قول لبعض الشافعية، لأنه لا حق للسيد فيه، و إنما هو حق الغرماء و فساد ظاهر، كما في المسالك قال: «فإن استحقاق الغرماء ما في يده لا - يقتضى خروج ذلك عن ملك السيد، كتعلق حقهم في مال المفلس نعم للسيد أخذ ذلك بقيمته، لأنه أحق بماله مع بذلك العوض، إلا أن ذلك لا يعد بيعا، كما يأخذ العبد الجاني خطأ و يبذل قيمته».

و على كل حال ف له الشراء من المكاتب المطلق و المشروط، لأن ما في يده ملك له، و سلطنه المولى قد انقطعت عنه، فساوى غيره من الملاك، و لهذا لو انتعق لم يكن للمولى ما في يده، و إن كان الملك في المشروط أضعف منه في المطلق من حيث إمكان رده في الرق أجمع، فيرجع ما في يده إلى ملك السيد، و ليس كذلك المطلق الذى يحسب ما في يده من مال الكتابه لو احتيج إليه و الله العالم.

### [المسألة الثالثة عشره إذا دفع مالا قراضا و شرط أن يأخذ له بضاعة قيل لا يصح ]

المسألة الثالثة عشره: إذا دفع مالا قراضا و شرط أن يأخذ له بضاعة قيل: كما عن الشيخ في المبسوط لا يصح لأن العامل في القراض لا يعمل ما لا يستحق عليه اجرا فيفسد الشرط و يتبعه العقد، و لو لأن قسط العامل حينئذ يكون مجهولا لاقتضاء الشرط قسطا من الربح، و قد بطل فيبطل ما يقابله فتجهل الحصه.

و قيل يصح القراض و يبطل الشرط خاصه، لأن البضاعه لا يلزم القيام بها، فلا يفسد اشتراطها، بل يكون لاغيا لمنافاته العقد.

و لو قيل بصحتها معا كان حسنا لإطلاق الأدله و عمومها التي منها(١)

«المؤمنون عند شروطهم»(٢)

«و تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ» و غيرهما، و القراض إنما يعتبر عدم خلو عمله نفسه عن جزء من الربح، لا مطلق العمل - و إن لم يكن من القراض، و لكنه قد اشترط في عقد القراض.

نعم يبقى الكلام في معنى صحه الشرط، في العقد الجائر الذي قد تقدم البحث فيه سابقا.

لكن قد يقال:- في خصوص المقام الذي هو شبه المعاوضه و أن المالك لم يجعل الحصه المزبوره للعامل إلا في مقابله أخذ البضاعه- إنه لو ربح و لم يف بالشرط كان للمالك الفسخ، و يأخذ الربح كله، و للعامل أجره المثل في وجهه، و لا شىء له في آخر.

إلا أنه كما ترى لا ينطبق على القواعد، و على ما اشتهر فيما بينهم من عدم لزوم الوفاء بالشروط في العقود الجائزه، و أن حالها كحال الوعد، و ليس فائده الشرط فيها فائدته في العقد اللازم من التسلط على الفسخ، مع عدم الوفاء به الذي هو واجب على من اشترط عليه، لعموم الأمر بالوفاء في العقد، فتأمل جيدا، خصوصا ما في جامع المقاصد و المسالك

هنا، فإنه لا يخلو من شىء، و قد تقدم منا سابقا ما له نفع في المقام.

### [المسألة الرابعة عشره إذا كان مال القراض مائة مثلا فخره عشره و أخذ المالك عشره كان رأس المال تسعه و ثمانين إلا تسعا]

المسألة الرابعة عشره: إذا كان مال القراض مائة مثلا فخره عشره مثلا و أخذ المالك منه بعد الخساره عشره مثلا ثم عمل ب ما بقى من ها الساعى فربح، كان رأس المال تسعه و ثمانين إلا تسعا، لأن المأخوذ محسوب من رأس المال، فهو كالموجود فإذا المال في تقدير تسعين، فإذا قسم الخسران، و هو

١- ١ الوسائل الباب - ٢٠- من أبواب المهور الحديث - ٤.

٢- ٢ سورة النساء الآية ٢٩.

عشره على تسعين، كانت حصه العشره المأخوذه ديناراً و تسعاً، فيوضع ذلك من رأس المال و يجبر الباقي، لأن الربح إنما يجبر خسران المال الذى ربح، أى مال المضاربه الباقي على المضاربه، لا مطلق الخسران، فإذا أخذ المالك شيئاً بعد الخسران كان من جملة رأس المال، فلا بد أن يخصه من الخسران شىء، فيسقط من أصل الخسران لأنه خسران غير المال الذى ربح أى مال المضاربه الباقي فى يد العامل، ضروره أن أخذ المالك العشره منه استرداد من العامل، و إبطال للمضاربه فيها فلا بد أن يتبعها ما خصها من الخساره السابقه على أخذها، و الضابط فى معرفه ذلك نسبه المأخوذ إلى الباقي، و توزيع الخسران عليه أجمع، فيخصه على مقتضى نسبه، ففى المقام نسبه تسع، فيخصه تسع العشره التى هى الخساره، و هو واحد و تسع، فيبقى منه تسعه إلا تسع، تجبر من الربح المتجدد، و لو فرض أنه أخذ نصف التسعين الباقيه بعد خساره العشره، بقى رأس المال خمسين، منها خمسه و أربعون موجوده، و يتبعها نصف الخساره، و هو خمسه، و هى التى تؤخذ من الربح المتجدد لو فرض.

و كذا فى طرف الربح، بمعنى أنه يحسب المأخوذ من رأس المال و الربح، فلو كان المال مائة و ربح عشرين، فأخذها المالك بقى رأس المال ثلاثه و ثمانين و ثلث، لأن المأخوذ سدس المال جميعه الأصل و الربح، و سدس أصل المال ستة عشر و ثلثان، و سدس الربح ثلاثه و ثلث، و هى حظه من الربح، إلا أنه يستقر ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح، و هو درهم و ثلثان، و ذلك لبطلان المضاربه فى أصله، و هو السدس الذى استرده المالك، و حينئذ فلو انخفض السوق و عاد ما فى يده الى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذه من العامل إذا فسخ المضاربه، ل يتم مع ما أخذه سابقاً المأه، بل للعامل من الثمانين درهم و ثلثان، و هما نصف الربح الذى قد أخذه المالك فى ضمن العشرين، و قد عرفت استقرار ملك العامل عليه بفسخ المالك المضاربه فى العشرين، هذا.

و لكن الإنصاف عدم خلو المسأله الأولى عن إشكال، باعتبار عدم ثبوت ما يقتضى شيوع الخساره على المال كله، على وجه لو أخذ المالك بعض المال يلحقه

بعض الخساره، و إنما المنساق احتساب ما يأخذه المالك من رأس المال، و أما الخساره السابقه على ذلك فتجبر بما بقى من مال المضاربه، إذ المالك قد أخذ العشره مثلا مستحقه للجبر، و دعوى- أن الذى يجبر هو المال الذى ربح- واضحه الفساد، ضروره جبر المال الذى وقعت عليه المضاربه بربح أى جزء من مالها، من غير فرق بين ما ربح منه و ما لا يربح، بل قد يعمل العامل ببعض دون بعض، كما أنه قد يربح بعض دون آخر، و أخذ المالك لا يزيد على دفع العامل له بعنوان رد رأس المال له شيئا فشيئا، و ربما يشهد لبعض ما ذكرنا من السيره على تناول المالك و العامل من مال المضاربه ثم الحساب بعد ذلك من دون أن يلحق ما عند المالك أو العامل من الخساره أو غيرها، و لكن يحتسب ما عنده من رأس ماله عليه، ثم يقسم الباقي إن كان فتأمل جيدا. و الله العالم.

### [المسأله الخامسه عشره لا يجوز للمضارب أن يشتري جاريه يطأها و إن أذن له المالك ]

المسأله الخامسه عشره: لا يجوز للمضارب أى العامل أن يشتري جاريه يطأها، و إن أذن له المالك بذلك، إلا أن يستفاد منه التوكيل على التحليل أو العقد عليها بعد الشراء، بناء على صحه مثل هذا التوكيل، نحو الإذن فى شراء عبد له و عتقه عنه، أو دار و وقفها، و غيرهما.

و لعل ذلك هو المراد مما قيل: و القائل الشيخ فى المحكى عن نهايته أنه يجوز مع الإذن فلا يرد عليه حينئذ أن الإذن السابقه لا تثمر، لأن التحليل إما عقد أو تملك، و كلاهما لا يقعان قبل الملك، بل يمكن حمل الخبر الذى ذكره مستندا للشيخ على ما ذكرنا.

و هو

خبر الكاهلى (١) عن أبى الحسن عليه السلام «قال: قلت: رجل سألنى أن أسألك إن رجلا أعطاه مالا مضاربه ليشتري له ما يرى من شىء، و قال له: اشتر جاريه تكون معك، و الجاريه إنما هى لصاحب المال، إن كان فيها وضيعه فعليه و إن كان ربح فله، فللمضارب أن يطأها؟ قال: نعم»

فلا حاجه حينئذ إلى المناقشه فى سنده- مع أنه من الموثق الذى هو حجه عندنا، بعد انصراف ابن زياد فى سنده

إلى ابن أبي عمير، لغلبيه التعبير به عنه، و لا- في متنه بظهوره في كون الجارية من غير مال المضاربه، و لذا كان ربحها للمالك و وضيعتها عليه، و عدم الإذن فيه بالوطى -

لإمكان دفعها بأنه يدل على تأثير الإذن السابق على الشراء، و لا فرق بين مال المضاربه و غيره، و ظهور معك في ذلك.

نعم حمله على ما ذكرنا أولى من الجراء به على مخالفه القواعد و الضوابط، و خصوصا بعد تفرد الشيخ بالعمل به على الوجه المنسوب إليه، هذا كله في الاذن السابقه.

أما لو أحلها له بعد شرائها و لم يكن ثم ربح فيها صح قطعا مع القطع بعدم ربح فيها فعلا، لإطلاق الأدله، و لو كان فيها ربح بنى على جواز تحليل أحد الشريكين للآخر، و قد ذكرناه في كتاب النكاح، بل في الرياض هنا «يشكل التحليل مع عدم القطع بعدم الربح إن قلنا بالمنع في صورته، لاحتمال الشركه الموجبه للمنع في نفس الأمر، فيجب الترك من باب المقدمه- قال:-

و يحتمل الجواز مطلقا كما قالوه لأصالة عدم حصول الظهور، و لا ريب أن الأحوط تركه» قلت: و إن كان الأقوى الجواز لأصالة عدم الشركه.

### [المسأله السادسة عشره: إذا مات و في يده أموال مضاربه فإن علم مال أحدهم بعينه كان أحق به ]

المسأله السادسة عشره: إذا مات و في يده أموال مضاربه لمتعديدين فإن علم مال أحدهم بعينه كان أحق به بلا خلاف و لا إشكال، و إن جهل مال كل واحد منهم بخصوصه كانوا فيه سواء بمعنى أنه يقسم بينهم على نسبه أموالهم، كما في اقتسام غيرهم من الشركاء، كما سمعته في نظائره في كتاب الصلح هذا، إذا كانت مجتمعه على حده، أما إذا كانت مع ماله ففى المسالك «إن الغرماء بالنسبه إلى جميع الشركه كالشريك، إن وسعت أموالهم أخذوها، و إلا تحاصوا».

قلت: الأصل في ذلك

خبر السكونى (1) «عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن على عليهم السلام أنه كان يقول: من يموت و عنده مال مضاربه قال: إن سماه بعينه قبل موته فقال: هذا لفلان فهو له، و إن مات و لم يذكر فهو أسوه الغرماء»

و فيما حضرني

من نسخه الرياض شارحا لمتن النافع «و لو كان فى يده أموال مضاربه لمتعدددين فمات و علم بقاؤها فى تركته فلو كان عينها لواحد منهم، أو علمت منفرده بالقرائن المفيده للعمل، فلا بحث، و إلا تحاص فيه أى فى المجتمع من أموال المضاربه الغرماء و أرباب الأموال على نسبة أموالهم للخبر، إلى آخره.

قلت: ليس فى الخبر سوى أنه إذا لم يذكر الميت مال المضاربه المعلوم كونه فى يده فرب المال كباقي الغرماء، و هذا غير ما ذكره من تحاص الغرماء و أرباب الأموال فى المال المعلوم كونه مال مضاربه لمتعدددين، بل أقصاه يكون مشتركاً بينهم ثم قال متصلاً بما سمعت: «هذا إذا كانت أموالهم مجتمعه فى يده على حده، و أما إذا كانت ممتزجه مع

جملة ماله مع العلم بكونه موجوداً فالغرماء بالنسبه إلى جميع التركة كالشريك، إن وسعت التركة أموالهم أخذوها، و إن قصرت تحاصوا، كذا قيل، و الوجه فى حرمان الورثه- مع قصور التركة عن مالهم أو مساواتها له مع فرض وجود مال للمورث- غير واضح، إلا- مع ثبوت موجب ضمان التلف من أموالهم من تعد أو تفريط، لثبوت أما نيته و عدم ضمانه للتلف إلا- مع أحد الأمرين، كما مر، و الإكتفاء فى الضمان باحتمال أحدهما مدفوع بالأصل، و عموم (١)

«على اليد»

مخصص بما دل على أماتته، فالوجه ضرب الورثه- مع الغرماء فى التحاص، و أخذهم جميع ما لمورثهم مع العلم بعدم تلف شىء منه، و مع احتمال يتحاصون معهم بنسبه مالهم و يمكن حمل كلام القائل عليه بتعميم الغرماء فى كلامه للورثه بضرب من التغليب.

و لكن يشكل بتوقف ذلك على معرفه مقدار مال الميت، و معلوميه نسبهه بالإضافة إلى أموالهم، و لو جهل أشكال الحكم فى ضربهم معهم فى التحاص.

قلت: يمكن أن يكون المستند فى الأول ما سمعته من النص المؤيد بالفتوى الذى قد تضمن الحكم بكون رب المال غريماً مع العلم بكون مال المضاربه فى التركة و عدم ذكر الميت له بعينه.

و على كل حال فهذا كله مع العلم بكون المال فى التركة و أما مع

عدمه ب أن جهل كونه أى ما فى يد الميت مضاربه لاحتمال التلف أو غيره قضى به ميراثا عند المصنف و ثانى الشهيدين و سيد الرياض، قضاء لحكم اليد بل لا ضمان عليه للمضاربه، لأصالة البراءة و كونه أمانه لا يضمنها إلا مع التعدى أو التفريط، و لم يثبت، و أصالة بقاء المال لا يقتضى ثبوته فى ذمته مع كونه امانه، بل و لا فى تركته، و عدم الوصيه به أعم من اقتضاء الضمان، إذ لعله تلف من غير تفريط.

لكن قد تقدم فى كتاب الرهن ما يستفاد منه وجه الضمان، أو الحكم بالبقاء فى التركة و إن كان لا يخلو من صعوبه، بل منع، أما الأول فقد يقال: إن الأصل الضمان، لعموم (١)

«اليد»

و إنما خرج الأمين الذى يدعى التلف بغير تعد و لا تفريط أما مع عدم دعواه فتبقى قاعده الضمان بحالها، لا أقل من الشك فى شمول أدله الأمين لمثل هذا الفرد، و الأصل الضمان و الله العالم.

إلى هنا تم الجزء السادس و العشرون من كتاب جواهر الكلام بحمد الله و منه و قد بذلنا غاية الجهد فى تصحيحه و مقابله للنسخه المصححه التى قوبلت بنسخه الأصل المخطوطه المصححه بقلم المصنف طاب ثراه. و يتلوه الجزء

السابع و العشرون فى أحكام المزارعه و المساقاه إنشاء الله تعالى على الآخوندى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات



الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز  
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية  
الغمامة اصحمان



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم

[www.Ghaemiyeh.com](http://www.Ghaemiyeh.com)

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩