



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليكم يا صبا
الربا

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

تحریر المجلد الثامن

من مؤلفات

امام

المفتی آیة الله

محمد رفیع الرحمن صاحب الفیاض

مطبعات

مکتبہ المصنوعہ و مکتبہ الفیروز آبادیہ
طبران، قلم،

جلد دوم قسم (1)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تحرير المجله

كاتب:

محمد حسين آل كاشف الغطاء

نشرت في الطباعة:

مكتبة المرتضويه

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٩	تحرير المجله المجلد ٣
١٩	اشاره
١٩	اشاره
٢١	الكتاب السادس فى الأمانات
٢١	اشاره
٢٢	المقدمه فى بيان «لاصطلاحات الفقهيّه المتعلقه بالأمانات»
٢٢	الأمانات:
٢٥	الوديعة:
٢٥	العاريه:
٣٢	(ماده: ٧٧٠) يلزم الملتقط ان يعلن أنه وجد لقطه و يحفظ المال فى يده أمانه
٣٤	(ماده: ٧٧١) إذا هلك مال شخص فى يد آخر
٣٦	(ماده: ٧٧٢) الاذن دلالة كالاذن صراحه،
٣٨	«الباب الثانى» فى الوديعة
٣٨	اشاره
٣٨	الفصل الأول فى «بيان المسائل المتعلقه بعقد الإيداع و شروطه»
٤٠	«الفصل الثانى» (فى أحكام الوديعة و ضمانها)
٤٠	(ماده: ٧٧٧) الوديعة امانه فى يد الوديع
٤٢	(ماده: ٧٧٩) فعل ما لا يرضى به المودع فى حق الوديعة تعد من الفاعل.
٤٤	«ماده: ٧٨٠» الوديعة يحفظها المستودع بنفسه أو يستحفظها أمينه كمال نفسه فإذا هلكت فى يده أو عند أمينه فلا ضمان عليه و لا على أمينه.
٤٤	(ماده: ٧٨١) للمستودع ان يحفظ الوديعة فى المحل الذى يحفظ فيه ماله.
٤٥	(ماده: ٧٨٣) إذا كان المستودع جماعه متعددين
٤٧	(ماده: ٧٨٤) الشرط الواقع فى عقد الإيداع إذا كان ممكن الاجراء و مفيدا يكون معتبرا و الا فهو لغو
٤٩	(ماده: ٧٨٥) إذا كان صاحب الوديعة غائبا غيبه منقطعه
٤٩	(ماده: ٧٨٦) الوديعة التى تحتاج إلى النفقه كالخيل و البقر نفقتها على صاحبها،
٥٠	(ماده: ٧٨٧) إذا هلك الوديعة أو نقصت قيمتها بسبب تعدى المستودع أو تقصيره لزمه الضمان،

- (ماده: ٧٨٨) خلط الوديعه بمال آخر بحيث لا يمكن تمييزها و تفريقها عنه، بدون اذن المودع يعد تعديا، ٥٢
- (ماده: ٧٨٩) إذا خلط المستودع الوديعه بإذن صاحبها على الوجه الذي ذكر في الماده السابقه -..... ٥٣
- (ماده: ٧٩٠) ليس للمستودع إيداع الوديعه عند آخر بدون اذن و إذا أودعها فهلكت صار ضامنا، ٥٤
- (ماده: ٧٩١) إذا أودع المستودع الوديعه عند آخر ٥٥
- (ماده: ٧٩٢) كما انه يسوغ للمستودع استعمال الوديعه بإذن صاحبها فله ان يؤجرها أو يعيرها و ان يرهنها أيضا، ٥٥
- (ماده: ٧٩٣) إذا أقرض المستودع دراهم الوديعه لآخر بلا اذن و لم يجز صاحبها ضمنها المستودع، ٥٥
- (ماده: ٧٩٤) يلزم رد الوديعه إلى صاحبها إذا طلبها ٥٦
- (ماده: ٧٩٥) يرد المستودع الوديعه بذاته أو على يد أمينه ٥٦
- (ماده: ٧٩٦) إذا أودع رجلان مالا مشتركا لهما عند شخص ٥٦
- (ماده: ٧٩٧) يعتبر مكان الإيداع في تسليم الوديعه ٥٧
- (ماده: ٧٩٨) منافع الوديعه لصاحبها ٥٧
- (ماده: ٧٩٩) إذا كان صاحب الوديعه غائبا ففرض الحاكم من الدراهم نفقه ٥٨
- (ماده: ٨٠٠) إذا عرض للمستودع جنون بحيث لا نرجى إفاقتة ٥٨
- (ماده: ٨٠١) إذا مات المستودع و وجدت الوديعه عينا في تركته تكون امانه في يد وارثه فيردها لصاحبها -..... ٥٩
- (ماده: ٨٠٢) إذا مات المودع تسلم الوديعه لوارثه ٦٠
- (ماده: ٨٠٣) الوديعه إذا لزم ضمانها -..... ٦٠
- الباب الثالث (في العاربه) ٦٣
- اشاره ٦٣
- (الفصل الأول) في (المسائل المتعلقة بعقد الإعاره و شروطها) ٦٣
- اشاره ٦٣
- (الأول) ان (المجله) أدمجت العاربه في مباحث الوديعه، ٦٣
- (الثاني) انهم ذكروا ان (العاربه) تشدد و تخفف- من التعاور ٦٤
- (الثالث) ان الظاهر من مصاديق العاربه المتداوله بين الناس انها إباحه الانتفاع بالعين مجانا ٦٥
- ماده «٨٠٥» سكوت المعير لا يعد قبولا ٦٦
- ماده (٨٠٨) يشترط كون المستعار صالحا للانتفاع به ٦٧
- ماده (٨٠٩) يشترط كون المعير و المستعير عاقلين مميزين ٦٧
- ماده (٨١٠) القبض شرط في العاربه ٦٨
- ماده (٨١١) يلزم تعيين المستعار ٦٨

- الفصل الثاني (في بيان أحكام العاربه و ضماناتها) ٦٩
- ماده (٨١٢) المستعير يملك منفعه العاربه بدون بدل ٦٩
- ماده (٨١٣) العاربه امانه في يد المستعير ٦٩
- ماده (٨١٥) نفقه المستعار على المستعير، ٧٠
- ماده (٨١٦) إذا كانت الإعاره مطلقه اى لم يقيدها ٧٠
- ماده «٨٢٢» إذا طلب شخص من امرأه اعاره شىء هو ملك زوجها فاعارته إياه بلا اذن الزوج فضاع ٧٢
- ماده (٨٢٣) ليس للمستعير ان يؤجر العاربه و لا ان يرهنها ٧٣
- ماده (٨٢٤) للمستعير ان يودع العاربه عند آخر ٧٣
- الكتاب السابع في الهبه ٧٦
- اشاره ٧٦
- المقدمه في بيان الاصطلاحات الفقهيه المتعلقه بالهبه ٧٧
- اشاره ٧٧
- الهبه: ٧٧
- الهديه: ٧٩
- الصدقه: ٨٠
- الإباحه: ٨٠
- اشاره ٨٠
- الباب الأول (في بيان المسائل المتعلقه بعقد الهبه) ٨١
- ماده (٨٣٧) تنعقد الهبه بالإيجاب و القبول و تتم بالقبض،،، ٨١
- ماده «٨٣٨» الإيجاب في الهبه هو الألفاظ المستعمله في تملك المال مجانا كاکرمت و وهبت و أهديت. ٨٢
- ماده (٨٤٥) للمشتري ان يهب المبيع قبل قبضه من البائع ٨٥
- ماده (٨٤٧) إذا وهب أحد دينه للمديون أو أبرأ ذمته من الدين و لم يرد المديون تصح الهبه و يسقط عنه الدين في الحال ٨٧
- ماده «٨٤٨» من وهب دينه الذى هو فى ذمه أحد لآخر و اذنه صراحه بالقبض ٨٨
- ماده (٨٤٩) إذا توفى الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبه، ٨٨
- ماده (٨٥٠) إذا وهب أحد لابنه الكبير العاقل البالغ شيئا فيلزم التسليم، ٨٨
- ماده (٨٥٤) الهبه المضافه ليست صحيحه، مثلا لو قال وهبتك الشىء الفلانى فى رأس الشهر الآتى لم تصح. ٨٩
- الباب الثاني في بيان شرائط الهبه ٩٤
- اشاره ٩٤

- ٩٤ (اما الموهوب)
- ٩٥ (اما عقد الهبه)
- ٩٩ ماده (٨٥٩) يشترط ان يكون الواهب عاقلا بالغاً
- ٩٩ ماده (٨٦٠) يلزم فى الهبه رضا الواهب فلا يصح بالجبر و الإكراه.
- ١٠٠ الباب الثالث (فى بيان أحكام الهبه،
- ١٠٠ اشاره
- ١٠٠ الفصل الأول فى [بيان الرجوع عن الهبه]
- ١٠٠ اشاره
- ١٠٣ و قد شرعت (المجله) فى ذكر أسباب اللزوم
- ١٠٣ اشاره
- ١٠٣ (الأول) هبه ذى الرحم
- ١٠٤ «الثانى» الزوجيه
- ١٠٤ «الثالث» التعويض
- ١٠٦ ماده (٨٦٩) إذا كان الموهوب أرضاً و أحدث الموهوب له فيه بناء أو غرس شجراً أو حصل للموهوب زياده متصله
- ١٠٦ اشاره
- ١٠٧ بقى فى المقام أمور مهمه يلزم التنبيه عليها
- ١٠٧ اشاره
- ١٠٨ (١) قد عرفت ان انتقال العين من ملك الموهوب له الى آخر يمنع من الرجوع
- ١٠٨ «٢» لو شك ان العين هل تغيرت أم هي قائمه بحالها
- ١٠٩ (٣) قد يقال ان وطئ الجاريه و ان لم يحصل به حمل تصرف للرجوع
- ١١٠ «٤» لو باع الواهب بعد الهبه و القبض العين الموهوبه
- ١١٠ (السبب الخامس) من أسباب لزوم الهبه- تلف العين الموهوبه
- ١١٢ «السادس» من أسباب اللزوم موت الواهب أو المتهب بعد القبض
- ١١٢ «السابع» كون الموهوب ديناً على الموهوب له
- ١١٣ «الثامن» ماده (٨٧٤) لا يصح الرجوع عن الصدقه بعد القبض بوجه من الوجوه.
- ١١٣ ماده (٨٧٥) إذا أباح الرجل لآخر شيئاً من مطعماته
- ١١٥ الفصل الثانى فى (هبه المريض)
- ١١٩ الكتاب الثامن (فى الغصب و الإتلاف)

- اشاره ١١٩
- المقدمه (في بيان الاصطلاحات الفقهيّه المتعلقه بالغصب و الإلتاف) ١٢٠
- اشاره ١٢٠
- الغصب: ١٢٠
- ماده (٨٨٢) قيمه الشىء قائما هي قيمه الابنيه أو الأشجار حال كونها قائمه في محلها ١٢٢
- ماده (٨٨٣) قيمه الشىء مبنيا ١٢٢
- ماده (٨٨٤) قيمه الشىء مقلوعا ١٢٢
- ماده (٨٨٥) قيمه الشىء حال كونه مستحقا للقلع ١٢٢
- ماده (٨٨٦) نقصان الأرض هو الفرق و التفاوت الذى يحصل بين أجره الأرض قبل الزراعه و بعدها. ١٢٢
- (٨٨٨) الإلتاف تسببا هو التسبب لتلف شىء ١٢٣
- ماده (٨٨٩) التقدم هو التنبيه و التوصيه بدفع الضرر الملحوظ و إزالته قبل وقوعه. ١٢٥
- الباب الأول في (الغصب) ١٢٧
- اشاره ١٢٧
- الفصل الأول « (في بيان احكام الغصب)» ١٢٧
- اشاره ١٢٧
- ماده (٨٩٢) إذا سلم الغاصب عين المغصوب في مكان الغصب الى صاحبه برىء الغاصب من الضمان. ١٤٠
- ماده (٨٩٥) إذا اعطى الغاصب، الرجوع الى الحاكم على الظاهر ١٤٣
- ماده (٨٩٦) إذا كان المغصوب منه صبيا و رد الغاصب إليه ١٤٣
- ماده (٨٩٧) إذا كان المغصوب فأكفه فتغيرت عند الغاصب ١٤٤
- اشاره ١٤٤
- (الاولي) ١٤٤
- (الثانيه) ١٤٤
- (الثالثه) ١٤٤
- ماده (٨٩٩) إذا غير الغاصب المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضامنا و يكون له المال المغصوب. ١٤٧
- ماده «٩٠٠» إذا تناقص سعر المغصوب و قيمته بعد الغصب فليس لصاحبه ان لا يقبله الى آخرها». ١٤٨
- ماده «٩٠١» الحال الذى هو مساو للغصب في إزاله التصرف حكما يعد من قبيل الغصب ١٤٩
- ماده «٩٠٢» لو خرج ملك أحد من يده بانهدام جبل بما عليه الى آخره. ١٥٠
- ماده «٩٠٣» زوائد المغصوب لصاحبه. ١٥١

- ١٥٢ الفصل الثاني في (بيان المسائل المتعلقة بغصب العقار)
- ١٥٢ ماده «٩٠٥» المغصوب ان كان عقارا يلزم الغاصب رده،،
- ١٥٣ ماده «٩٠٦» ان كان المغصوب أرضا و أشاد الغاصب عليها بناء أو غرس أشجارا،،،
- ١٥٦ الفصل الثالث في (بيان حكم غاصب الغاصب)
- ١٥٨ الباب الثاني في (بيان الإلتاف)
- ١٥٨ اشاره
- ١٥٨ الفصل الأول في (مباشرة الإلتاف)
- ١٥٨ ماده (٩١٢) إذا أتلف أحد مال غيره الذي هو في يده أو في يد أمينه قصدا أو من غير قصد يضمن.
- ١٦٠ ماده «٩١٦» إذا أتلف صبي مال غيره.
- ١٦٠ ماده (٩١٨) إذا هدم أحد عقار غيره بدون حق فصاحبه مخير ان شاء ترك،،،
- ١٦١ ماده (٩١٩) لو هدم أحد دارا بلا إذن لأجل وقوع حريق في المحله
- ١٦١ ماده (٩٢٠) لو قطع أحد الاثمار التي في روضه غيره.
- ١٦٢ الفصل الثاني في (بيان الإلتاف تسببيا)
- ١٦٢ ماده «٩٢٢» و هذا أيضا واضح و ان نسب الى بعض فقهاء الجمهور انه لا يضمن بمجرد فتح الباب
- ١٦٢ ماده «٩٢٣» لو جفلت دابه أحد.
- ١٦٤ ماده «٩٢٥» لو فعل أحد فعلا يكون سببا،،،
- ١٦٤ الفصل الثالث (فيما يحدث في الطريق العام)
- ١٦٤ اشاره
- ١٦٥ ماده «٩٢٦» لكل أحد حق المرور من الطريق لكن بشرط السلامة
- ١٦٦ ماده «٩٢٧» فذلكه التحقيق في هذا المقام ان ظاهر الفقهاء و لعله من الفريقين كما تشعر به هذه الماده بناؤهم ان التصرف المشروع
- ١٦٨ في ماده (٩٢٨) لو سقط حائط و أورث غيره ضررا لا يلزم الضمان
- ١٦٨ الفصل الرابع في (جنابه الحيوان)
- ١٦٨ اشاره
- ١٦٩ ماده «٩٢٩» الضرر الذي أحدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه،،،
- ١٧٠ ماده «٩٣٢» لكل أحد حق المرور في الطريق العام مع حيوانه بناء عليه،،،
- ١٧٠ ماده «٩٣٣» بل هما اقدر على التحفظ من الراكب
- ١٧٠ ماده «٩٣٤» ليس لأحد حق توقيف دابه أو ربطها في الطريق العام.
- ١٧٠ ماده «٩٣٥» من سبب دابته في الطريق العام يضمن الضرر الذي أحدثته.

- ١٧١ و ماده «٩٣٧» لو كانت الدابه جموحا و لم يقدر الراكب على ضبطها و أضرت لا يلزم الضمان،
- ١٧٢ الكتاب التاسع فى (الحجر و الإكراه و الشفعه -
- ١٧٢ اشاره
- ١٧٣ المقدمه فى (الاصطلاحات الفقهيه المتعلقه بالحجر)
- ١٧٣ الحجر:
- ١٧٤ الإذن:
- ١٧٤ الإكراه:
- ١٧٤ اشاره
- ١٧٤ و فى ماده (٩٤٩) الإكراه على قسمين
- ١٧٥ الشفعه:
- ١٧٧ الباب الأول
- ١٧٧ [الفصل الأول]
- ١٧٧ ماده (٩٥٧) الصغير و المجنون و المعتوه محجورون.
- ١٧٧ ماده (٩٦١) إذا حجر السفیه و المديون من طرف الحاكم يلزم بيان سببه للناس،
- ١٧٨ ماده «٩٦٢» لا يشترط حضور من أريد حجره من طرف الحاكم و يصح حجره غيابا،
- ١٧٨ ماده «٩٦٣» لا يحجر على الفاسق بمجرد سبب فسقه ما لم يبذره،
- ١٧٨ اما ماده (٩٦٤) يحجر على بعض الأشخاص الذين تكون مضرتهم للعموم كالطبيب الجاهل
- ١٧٩ الفصل الثانى فى (المسائل المتعلقة بالصغير و المجنون و المعتوه)
- ١٧٩ ماده (٩٦٦) لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القوليته،،،،،
- ١٧٩ ماده (٩٦٧) يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان فى حقه نفع محض
- ١٨٠ ماده (٩٦٨) للولى أن يسلم الصغير المميز مقدارا.
- ١٨٠ ماده (٩٦٩) العقود المكرره التى تدل على انه قصد منها الربح
- ١٨٢ ماده (٩٧١) كما يكون الإذن صراحه يكون دلالة -
- ١٨٣ ماده (٩٧٦) إذا توفى الولى الذى جعل الصبى مأذونا فيبطل اذنه
- ١٨٤ ماده (٩٧٨) المعتوه فى حكم الصبى المميز.
- ١٨٥ ماده (٩٨٧) من أدرك سن البلوغ و لم تظهر فيه آثار البلوغ يعد بالغا حكما،،،،،
- ١٨٥ ماده «٩٨٨» الصبى الذى لم يدرك سن البلوغ إذا ادعاه لا تقبل دعواه،،،،،
- ١٨٦ ماده (٩٨٩) إذا أقر المراهق أو المراهق فى حضور الحاكم ببلوغه فإن كذبه ظاهر الحال إلخ.

- ١٨٦----- الفصل الثالث في (السفيه و المحجور)
- ١٨٦----- ماده «٩٩٠» السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز الى الآخر.
- ١٨٨----- ماده «٩٩١» تصرفات السفيه التي تتعلق بالمعاملات القولية الواقعه بعد الحجر لا تصح،،،،،
- ١٨٩----- ماده (٩٩٧) إذا اكتسب السفيه المحجور صلاحا
- ١٨٩----- الفصل الرابع في (المديون المحجور)
- ١٩٤----- الباب الثاني في (بيان المسائل التي تتعلق بالإكراه)
- ١٩٤----- اشاره
- ١٩٦----- ماده (١٠٠٧) كما ان الإكراه الملجئ يكون معتبرا إلخ
- ١٩٧----- الباب الثالث في (بيان الشفعه
- ١٩٧----- اشاره
- ١٩٧----- الفصل الأول في (بيان مراتب الشفعه)
- ١٩٧----- ماده (١٠٠٨) أسباب الشفعه ثلاثه
- ١٩٨----- و ماده (١٠١٠) إذا لم يكن مشاركا في نفس المبيع أو كان و ترك ..
- ١٩٨----- ماده (١٠١٣) إذا تعدد الشفعاء يعتبر عدد الرؤوس.
- ١٩٩----- و اما ماده (١٠١٤) و ما بعدها الى آخر الفصل.
- ١٩٩----- الفصل الثاني في (بيان شرائط الشفعه)
- ١٩٩----- (الأول) ماده (١٠١٧) يشترط ان يكون المشفوع به ملكا عقاريا ..
- ٢٠٠----- «الثاني» (١٠١٨) يشترط ان يكون المشفوع به ملكا أيضا
- ٢٠١----- (الثالث) ماده (١٠٢١) الشفعه لا تثبت الا بعقد البيع ..
- ٢٠١----- اشاره
- ٢٠١----- ماده (١٠٢٣) لا تجرى الشفعه في العقار الذي ملك لآخر بلا بدل
- ٢٠١----- (الرابع) ماده (١٠٢٤) يشترط ان يكون للشفيع رضا،،،،،
- ٢٠٢----- الخامس (ماده ١٠٢٥) يشترط ان يكون البديل مالا معلوم المقدار
- ٢٠٣----- (الشرط السادس). ماده «١٠٢٦» يشترط ان يزول ملك البائع عن البيع بناء عليه،،،،،
- ٢٠٤----- ماده (١٠٢٧) لا تجرى الشفعه في تقسيم العقار.
- ٢٠٥----- الفصل الثالث يلزم في الشفعه ثلاث مطالبات.
- ٢٠٧----- الفصل الرابع في (بيان حكم الشفعه)
- ٢٠٧----- ماده «١٠٣٦» يكون الشفيع مالكا للمشفوع.

- ماده [١٠٣٩] لو بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع - يسقط حق شفيعته، - - - - - ٢١٠
- ماده «١٠٤٠» لو بيع ملك عقارى آخر متصل بالملك المشفوع لا يكون شفيعا لهذا العقار الثانى،، - - - - - ٢١٠
- ماده «١٠٤١» الشفيع اما ان يأخذ الجميع أو يترك الجميع و ليس له التبويض - - - - - ٢١٠
- ماده (١٠٤٢) ليس لبعض الشفعاء ان يهبوا حصتهم لبعض و ان فعل أسقط حق شفيعته،، - - - - - ٢١٠
- ماده «١٠٤٣» ان أسقط أحد الشركاء حقه قبل حكم الحاكم فللشفيع الآخر ان يأخذ تمام العقار،، - - - - - ٢١١
- ماده «١٠٤٤» لو زاد المشتري على البناء المشفوع. - - - - - ٢١١
- و قد بقى بحثان مهمان تعرض لهما الفقهاء - - - - - ٢١٢
- اشاره - - - - - ٢١٢
- (الأول) الحيل الشرعيه الموجهه لسقوط الشفعه - - - - - ٢١٢
- (البحث الثانى) مسائل النزاع و الخلاف - - - - - ٢١٢
- اشاره - - - - - ٢١٢
- (و منها) ما لو أقر أحد الشريكين بأنه قد باع حصته من أجنبى و أنكر الأجنبى الابتاع - - - - - ٢١٤
- (و منها) ما لو اختلف الشريكان فى التقدم و التأخر - - - - - ٢١٥
- (و منها) ما لو اعترف البائع و المشتري ان الثمن المعين غصب و البيع فاسد و أنكر الشفيع و لا بينه - - - - - ٢١٥
- الكتاب العاشر (فى أنواع الشركات - - - - - ٢١٧
- اشاره - - - - - ٢١٧
- المقدمه فى (بيان بعض الاصطلاحات الفقهيه المتعلقه بأنواع الشركات) - - - - - ٢١٨
- اشاره - - - - - ٢١٨
- الشركه: - - - - - ٢١٨
- الباب الأول فى (بيان شركه الملك - - - - - ٢٢٣
- اشاره - - - - - ٢٢٣
- «الفصل الأول» فى (تعريف شركه الملك و تقسيمها) - - - - - ٢٢٣
- (الفصل الثانى) [فى] (بيان كيفيه التصرف فى الأعيان المشتركه) - - - - - ٢٢٥
- اشاره - - - - - ٢٢٥
- ماده (١٠٦٩) كيف ما يتصرف صاحب الملك المستقل فى ملكه يتصرف أيضا فى الملك المشترك أصحابه بالاتفاق كذلك. - - - - - ٢٢٥
- ماده (١٠٧٣) الأموال المشتركه شركه الملك تقسم حاصلاتها بين أصحابها على قدر حصصهم. - - - - - ٢٢٦
- ماده (١٠٧٤) الأولاد فى الملكيه تتبع الام مثلا إذا كان لواحد حسان فعلا على فرس آخر - - - - - ٢٢٦
- ماده (١٠٧٥) كل واحد فى شركه الملك (بل و فى غيرها) أجنبى فى حصه الآخر. - - - - - ٢٢٧

- ماده (١٠٧٩) انتفاع الحاضر بالملك المشترك بوجه لا يضر الغائب يعد رضا من الغائب. ----- ٢٢٩
- ماده «١٠٨٠» لا يوجد من الغائب رضا دلالة على الانتفاع بالملك المشترك المختلف باستعمال المستعمل ----- ٢٢٩
- و مثلها ماده (١٠٨١) السكنى فى الدار لا تختلف،،، ----- ٢٣٠
- اما- ماده (١٠٨٢) لا يجوز للحاضر ان يسكن فى حصه الغائب المشتركه إذا كانت الحصص مفرزه،،، ----- ٢٣٠
- (تمه) إطلاق الشركه يتصرف إلى الإشاعه ----- ٢٣٢
- «الفصل الثالث» فى (بيان الديون المشتركه) ----- ٢٣٣
- اشاره ----- ٢٣٣
- ماده «١١٠٠» و ان كان الدين مشتركاً فكل واحد من الدائنين له طلب حصته من المديون ----- ٢٣٥
- ماده (١١٠٣) أحد الشريكين إذا اشترى بحصته متاعاً من المديون و لم يقبض منه شيئاً فلا يكون الدائن الآخر شريكاً فى ذلك المتاع ----- ٢٣٥
- ماده (١١٠٦) أحد الدائنين إذا قبض حصته من الدين المشترك الذى قد عرفت انه لا يختص به ----- ٢٣٧
- ماده «١١٠٧» إذا استأجر أحد الشركاء المديون بمقابل حصته من الدين المشترك فللآخر ان يضمن شريكه مقدار ما أصاب حصته من الأجره. ----- ٢٣٨
- ماده «١١١٢» ليس لأحد الدائنين ان يؤجل الدين و لكن له ان يؤجل خصوص حصته فقط و لا يتوقف على اذن الآخر،،، ----- ٢٣٩
- (لاحقه) «١١١٣» إذا باع واحد مالا الى اثنين يطالب كل واحد بحصته على حده ----- ٢٣٩
- الباب الثانى فى (بيان القسمة ----- ٢٤٠
- اشاره ----- ٢٤٠
- الفصل الأول فى (تعريف القسمة و تقسيمها) ----- ٢٤٠
- ماده (١١١٤) القسمة هى تعيين الحصه الشائعه بعضها عن بعض كالذراع و الوزن و الكيل. ----- ٢٤٠
- ماده «١١١٥» القسمة تكون على وجهين اما جمع الحصص الشائعه فى كل فرد .. ----- ٢٤١
- ماده (١١١٧) جهه الإفراز فى المثليات راجحه ----- ٢٤٢
- ماده (١١١٨) جهه المبادله فى القيميات راجحه إلى آخرها ----- ٢٤٣
- ماده «١١١٩» المكيلات و الموزونات و العدديات المتقاربه كالجوز و البيض كلها مثليات الى آخرها. ----- ٢٤٣
- الفصل الثانى فى (بيان شرائط القسمة) ----- ٢٤٤
- ماده (١١٢٣) كون المقسوم عيناً شرط فلا يصح تقسيم الدين المشترك الى الآخر. ----- ٢٤٤
- ماده (١١٢٤) لا تصح القسمة إلا بإفراز الحصص و تمييزها ----- ٢٤٤
- اما (ماده: ١١٢٥) شرط المقسوم كونه ملك الشركاء حين القسمة فإذا ظهر مستحق للمقسوم الى آخرها. ----- ٢٤٥
- «الفصل الثالث» فى (بيان قسمة الجميع) ----- ٢٤٧
- اشاره ----- ٢٤٧
- ماده (١١٣٤) القيميات المتحدده الجنس- الى قولها مثلاً خمسائه شاه مشتركه بين اثنين إذا قسمت نصفين فكأنما أخذ كل واحد منهما عين حقه. ----- ٢٤٧

- ٢٤٨ الفصل الرابع ماده (١١٣٩) تفريق العين المشتركة و تبعيضها ..
- ٢٤٩ الفصل الخامس في (بيان كيفية القسمة) ..
- ٢٥٠ الفصل السادس في (بيان الخيارات) ..
- ٢٥١ الفصل السابع (في بيان فسخ الإقالة) ..
- ٢٥٢ الفصل الثامن (في بيان أحكام القسمة) ..
- ٢٥٣ الفصل التاسع «في بيان المهايأه» ..
- ٢٥٣ ماده «١١٧٤» المهايأه عباره عن قسمة المنافع ..
- ٢٥٣ ماده (١١٧٤) المهايأه نوعان الى آخره ..
- ٢٥٥ ماده «١١٨٦» بعد ان حصلت المهايأه على استيفاء المنافع بدء الى آخرها،،، ..
- ٢٥٥ ماده (١١٨٧) لا تجوز المهايأه على الأعيان فلا تصح المهايأه على ثمره الأشجار المشتركة و لا على لبن الحيوانات و صوفها إلخ،،، ..
- ٢٥٦ ماده (١١٨٨) و ان جاز فسخ المهايأه الحاصله بالتراضى لأحد الشريكين ..
- ٢٥٧ ماده (١١٨٩) و ان لم يجز لواحد من الشركاء ان يفسخ المهايأه الجاريه بحكم الحاكم فلكلهم فسخها بالتراضى ..
- ٢٥٨ الباب الثالث في (بيان المسائل المتعلقة بالحيطان و الجيران ..
- ٢٥٨ اشاره ..
- ٢٥٨ الفصل الأول في (بيان بعض قواعد في أحكام الاملاك) ..
- ٢٥٨ ماده (١١٩٢) كل واحد يتصرف في ملكه كيف شاء ..
- ٢٥٨ ماده (١١٩٣) واضحه و قد تقدم حاصلها في مباحث الشركه ماده (١١٩٤) كل من ملك محلا صار مالكا ما فوقه و ما تحته ..
- ٢٥٩ ماده «١١٩٦» من امتدت أغصان شجر بستانه الى دار جاره فللجار ان يكلفه بتفريغ هوائه بالربط أو القطع ..
- ٢٦٠ الفصل الثاني في (بيان حق المعاملات الجواريه) ..
- ٢٦٢ «الفصل الثالث» في (الطريق) ..
- ٢٦٣ الفصل الرابع في (بيان حق المرور و المجرى و المسيل) ..
- ٢٦٥ الباب الرابع في (بيان شركه الإباحه) ..
- ٢٦٥ اشاره ..
- ٢٦٥ الفصل الأول في (بيان الأشياء المباحه و غير المباحه) ..
- ٢٦٥ ماده (١٢٣٤) الماء و الكلاء و النار مباحه و الناس في هذه الأشياء الثلاثه شركاء. ..
- ٢٦٧ ماده «١٢٤٧» الصيد مباح. ..
- ٢٦٧ الفصل الثاني ..
- ٢٦٧ ماده «١٢٤٨» أسباب التملك ثلاثه (الأول) النقل من مالك الى مالك آخر كالبيع ..

- ماده (١٢٥٠) كون الإحراز مقرونا بالقصد لازم. ----- ٢٤٨
- الفصل الثالث في (بيان أحكام الأشياء العموميه المباحه) ----- ٢٧٠
- الفصل الرابع في (بيان حق الشرب و الشفعه) ----- ٢٧٠
- الفصل الخامس في (إحياء الموات) ----- ٢٧١
- ماده (١٢٧٠) الأراضي الموات هي التي ليست ملكا لأحد و لا هي مرعى و لا محتطب إلخ. ----- ٢٧١
- ماده «١٢٧٢» إذا أحيأ شخص أرضا مواتا بالاذن السلطاني صار مالكا لها إلخ،،، ----- ٢٧٢
- ماده «١٢٧٧» وضع الأحجار أو الشوك- ليس بإحياء و لكنه تحجير. ----- ٢٧٣
- الفصل السادس (في بيان حریم الآبار المحفوره و المياه المجراه و الأشجار المغروسه) (بالاذن السلطاني في الأراضي الموات) ----- ٢٧٣
- ماده «١٢٨١» حریم البئر يعنى حقوقها من جهاتها من كل طرف أربعون ----- ٢٧٣
- ماده (١٢٨٨) إذا حفر شخص بئرا في خارج حریم بئر فذهب ماء البئر الاولي الى الثانيه فلا شى ء عليه. ----- ٢٧٥
- الفصل السابع في (بيان المسائل العائده إلى أحكام الصيد) ----- ٢٧٥
- ماده «١٢٩٢» الصيد جائز،،، ----- ٢٧٥
- ماده (١٣٠٠) في ساقيه شخص و جدوله سمك لا يمסק من غير صيد فلآخر ان يمסקه. ----- ٢٧٧
- (١٣٠١) شخص هياً محلا في حافه الماء لأجل صيد السمك الى آخرها،،، ----- ٢٧٨
- (١٣٠٢) إذا دخل صيد دار إنسان فأغلق بابه لأجل أخذه يصير مالكا لكن لا يكون مالكا بلا إحراز. ----- ٢٧٨
- ماده «١٣٠٣» إذا وضع شخص شيئا ما كالشرك و الشبكه لأجل الصيد فوقع فيه صيد يكون لذلك الشخص ----- ٢٧٨
- ماده (١٣٠٤) إذا اتخذ حيوان وحشى في بستان عشا الى آخرها. ----- ٢٧٨
- الباب الخامس في (بيان النفقات المشتركه) ----- ٢٧٩
- اشاره ----- ٢٧٩
- الفصل الأول في (بيان عمارات الأموال المشتركه و سائر مصارفها) ----- ٢٧٩
- الفصل الثاني في (حق كرى النهر و المجارى و إصلاحها) ----- ٢٨٠
- ماده «١٣٢١» كرى النهر الذى هو غير مملوك إصلاحه على بيت المال ----- ٢٨٠
- ماده (١٣٢٥) النهر العام مملوكا أو غير مملوكا ان كان في حافه ارض لأحد و ليس من غيرها طريق فللعامه المرور من تلك الأرض ----- ٢٨١
- الباب السادس في (بيان تعريف شركه العقد و تقسيمها) ----- ٢٨٢
- [الفصلان الأولان] ----- ٢٨٢
- الفصل الثالث في (بيان الشرائط المخصوصه في شركه الأموال) ----- ٢٨٦
- ماده (١٣٣٨) كون رأس المال من قبيل النقود شرط ----- ٢٨٦
- ماده (١٣٤٣) إذا كان لواحد برذون و لآخر؟؟ ممر؟؟ ----- ٢٨٧

٢٨٧	الفصل الرابع في (بعض ضوابط تتعلق بشركة العقد)
٢٨٧	ماده (١٣٤٥) العمل يكون متقوما بالتقويم
٢٨٨	ماده (١٣٤٦) ضمان العمل نوع من العمل إلخ.
٢٨٨	ماده (١٣٤٨) إذا لم يوجد أحد الأمور الثلاثة السالفه الذكر المال و العمل و الضمان فلا استحقاق للربح
٢٨٨	«١٣٤٩» استحقاق الربح انما هو بالنظر الى الشرط المذكور في عقد الشركة و ليس هو بالنظر الى العمل الواقع- إلخ.
٢٨٩	ماده (١٣٥٠) الشريكان كل واحد منهما أمين الآخر.
٢٨٩	ماده (١٣٥١) رأس المال في شركة الأموال
٢٩٠	الفصل الخامس في (بيان شركة المفاوضه)
٢٩٠	ماده (١٣٥٦) المفاوضات أحدهما كفيل الآخر كما بين في الفصل الثاني إلى آخرها،
٢٩٠	ماده (١٣٥٧) المأكولات و الألبسه و سائر الحوائج الضرورية التي يأخذها أحد المفاوضين لنفسه و اهله و عياله خاصة له لا حق لشريكه فيها
٢٩١	ماده «١٣٥٨» المفاوضات في شركة الأموال كما ان كونهما متساويين بمقدار رأس مالهما و حصتهما من الربح شرط كذلك عدم وجود فضله عن رأس مال أحدهما، إلى آخرها،،،
٢٩١	ماده (١٣٥٩) الشريكان في شركة الاعمال إذا عقدا- إلخ.
٢٩٢	الفصل السادس (في حق شركة العنان)
٢٩٢	اشاره
٢٩٢	(المبحث الأول) (في بيان المسائل العائده إلى شركة الأموال)
٢٩٢	ماده «١٣٦٥» لا يشترط في الشريكين بشركة العنان كون رأس مالهما متساويا،،،
٢٩٢	ماده (١٣٦٦) كما يجوز كون عقد الشركة على عموم التجارات كذلك يجوز عقدها على تجاره خاصة كتجاره الذخيره مثلا.
٢٩٥	ماده (١٣٧٦) إذا اشترى أحد الشريكين بdraهم نفسه شيئا ليس من جنس تجارتهما يكون له خاصة.
٢٩٥	ماده (١٣٧٧) حقوق العقد انما تعود للعائد إلخ
٢٩٧	ماده «١٣٨٤» إقرار أحد الشريكين شركة عنان بدين في معاملتها لا يسرى الى الآخر،،،
٢٩٨	المبحث الثاني (في بيان مسائل عائده إلى شركة الأعمال)
٢٩٩	المبحث الثالث (في بيان مسائل عائده إلى شركة الوجوه)
٣٠٠	ثم انه قد بقيت أبحاث مهمه في أحكام عقد الشركة لم توضحها مواد (المجله) يلزم التنبيه عليها
٣٠٠	اشاره
٣٠٠	«الأول» ان عقد الشركة جائز كما عرفت
٣٠٠	(الثاني) ان هذا العقد كسائر العقود الجائزه يبطل بموت أحدهما أو موتهما
٣٠٠	«الثالث» الشريك المأذون بالتصرف أمين لا يضمن ما يتلف بيده إلا بالتعدى أو التفريط
٣٠١	«الرابع» إذا باع الشريكان المال المشترك بعقد واحد

الباب السابع في (حق المضاربه) ٣٠٣

اشاره ٣٠٣

الفصل الأول ٣٠٣

الفصل الثاني (في بيان أحكام المضاربه) ٣٠٥

ماده: (١٤١٣) المضارب أمين - رأس المال في يده في حكم الوديعة ٣٠٥

ماده (١٤١٤) المضارب في المضاربه المطلقه بمجرد العقد يكون مأذونا في العمل إلخ، ٣٠٥

ماده (١٤١٨) المال الذي أخذه المضارب بالنسيئه زياده على رأس المال بإذن رب المال يكون مشتركا شركه وجوه. ٣٠٦

ماده (١٤٢٣) إذا وقت رب المال المضاربه بوقت معين فيمضي ذلك الوقت تنفسخ المضاربه،،، ٣٠٦

ماده (١٤٢٤) إذا عزل رب المال المضارب يلزم اعلامه بعزله و تكون تصرفات المضارب مواقعه معتبره حتى يقف على العزل - إلخ. ٣٠٦

ماده (١٤٢٦) استحقاق رب المال للربح بماله فيكون جميع الربح له في المضاربه الفاسده- إلخ: ٣٠٦

ماده (١٤٢٨) على كل حال يكون الضرر و الخسار عائدا على رب المال، و إذا شرط كونه مشتركا بينه و بين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط. ٣٠٨

ماده (١٤٣٠) إذا مات المضارب مجهلا فالضمان في تركته ٣٠٩

الباب الثامن في (بيان المزارعه و المساقاه) ٣١٠

اشاره ٣١٠

الفصل الأول (في بيان المزارعه) ٣١٠

اشاره ٣١٠

ماده «١٤٣١» المزارعه نوع شركه على كون الأراضى من طرف و العمل من طرف آخر يعنى ان الأراضى تزرع بينهما. ٣١١

ماده «١٤٣٣» كون العاقدين عاقلين في المزارعه شرط و كونهما بالغين غير شرط فيجوز للصبي المأذون عقد المزارعه. ٣١١

«١٤٣٤» يشترط تعيين ما يزرع. ٣١١

ماده «١٤٣٥» يشترط حين العقد تعيين حصه الفلاح جزء شائعا من الحاصلات كالنصف و الثلث الى آخرها. ٣١٢

ماده «١٤٣٦» يشترط كون الأراضى صالحه للزراعه و تسليمها الى الفلاح. ٣١٢

الفصل الثاني في (في بيان المساقاه) ٣١٥

ماده (١٤٤١) المساقاه نوع شركه على ان يكون أشجار من طرف و تربيه من طرف آخر و يقسم ما يحصل من الثمر بينهما. ٣١٥

و هي عقد (المغارسه) ٣١٦

تعريف مركز ٣١٨

اشاره

شماره بازيابی : ۸۱۰۶۰-۵۱

وضعیة نمایه سازی : اطلاعات ثبت

شماره کتابشناسی ملی : ۲۸۷۰۸۱۹

عنوان و نام پدیدآور : تحریر المجله، تالیف آیهااله فقید محمدحسین آل کاشف الغطاء

مقطع و رشته تحصیلی : قضائی. عربی

ملاحظات: این کتاب در کتاب فروشی نجاح در تهران و کتابفروشی فیروزآبادی در قم افسست شده است.

مشخصات نشر : عراق. نجف اشرف، المكتبه المرتضویه. ۱۳۵۹. ج ۵

مشخصات ظاهری : ۱۱۴۶ ورق.

ص: ۱

اشاره

ص: ٣

بِسْمِ اللَّهِ وَ لَهُ الْحَمْدُ وَ الْمَجْدُ

الكتاب السادس في الأمانات

إشاره

و يشتمل على مقدمه و ثلاثه أبواب

المقدمه فى بيان «الاصطلاحات الفقيهه المتعلقه بالأمانات»

الأمانات:

«تمهيد مفيد» اعلم ان كل إنسان وقع فى يده مال غيره فاما ان يكون استيلاؤه عليه بإذن المالك، أو بإذن الشارع، أو بدون اذن واحد منهما، و الأول اما ان يكون لمصلحه المالك فقط أو لمصلحه القابض أو لمصلحتهما، و من الأول الامانه بالمعنى الأخص و هى الوديعة التى هى القيام بحفظ مال الغير باذنه بغير جعل و لا فائده، و من الثانى العاربه التى هى إباحه للانتفاع أو تمليك للمنفعه بغير عوض، و من الثالث الإجاره فإنها لمنفعه المالك من حيث أخذ الأجره و لمنفعه المستأجر من حيث استيفاء المنفعه و كل هذه تعد من الأمانات و لكن بالمعنى الخاص و هى أعم من

الوديعة التي هي أمانه بالمعنى الأخص، و كلها أيضا أمانات مالكيه لأنها اجمع بإذن المالك، اما القسم الثاني و هو ما كان بإذن الشارع فقط فمنه اللقطه و مجهول المالك كالذئ أطارته الريح الى دار إنسان و ما دخل الى ملك الغير من طائر أو حيوان و ما أشبه ذلك، و كل هذه الأنواع تعد أيضا من الأمانات و لكنها بالمعنى الأعم و هي أمانات شرعيه.

و جميع الأمانات تشترك فى حكم و ينفك بعضها عن بعض فى حكم دون آخر، و الحكم العام المشترك بين جميع الأمانات أمران- عدم الضمان إلا بالتعدى و التفريط. و وجوب الرد الى المالك- و تفرق الشرعيه عن المالكيه بوجوب طلب المالك و المبادرة إلى رد ماله اليه و لو من غير طلب منه بخلاف المالكيه فان الواجب دفع ماله اليه عند طلبه و لا يجب أن يتطلبه كما فى الأولى.

و هناك أحكام اخرى يمتاز بها بعض الأمانات عن بعض تذكر فى مواضعها، أما القسم الثالث و هو الاستيلاء على مال الغير من دون اذن المالك و لا الشارع فأظهر افراده المال المغصوب بجميع أنواعه و أسبابه من سرقة أو نهب أو خيانه أو تدليس أو نظائر ذلك، و يمتاز هذا عن القسمين السابقين بأنه مضمون مطلقاً حتى مع التلف بغير تعد و لا تفريط، و يقابله الأمانه بالمعنى الأعم الشامله للاستيلاء على مال الغير بإذنه أو بإذن الشارع.

و حيث عرفت أنواع الأمانات يتضح لك أن (المجله) ذكرت من أنواع الأمانات هنا خصوص الأمانه بالمعنى الأخص و هو الوديعة و العاريه

أعنى ما كان لمصلحة المالك فقط أو لمصلحة القابض فقط و ما عدا ذلك من الأنواع فهي المذكوره فى خلال أبواب المعاملات بالمعنى الأعم و عبرت عن الامانه كما فى ماده (٧٦٢) بأنها هى الشىء الذى يوجد عند من يتخذ أميناً، و هذا التعريف لا يخلو من فكاكه فإن الذى يتخذ أميناً عنده أشياء كثيره فهل كلها امانه؟ و يهون هذا بناء هذه التعاريف على التساهل، و التعريف القريب للأمانه بالمعنى الخاص هو انها المال الذى صار فى يد غير مالكة، بإذنه أو اذن الشارع، و الأمانه بالمعنى الأخص - اى الوديعه - هو المال الذى دفعه مالكة لغيره لينوب عنه فى حفظه، و المعروف فى تعريفها عندنا استنابه فى الحفظ و إليها أشارت (المجله) بقولها: سواء كان امانه بعقد الاستحفاظ كالوديعه!! و الاستحفاظ تاره يكون تمام المقصود من العقد كما فى الوديعه. و اخرى يكون لائم العقد و المقصود بالعقد أصاله غيره كالإجاره و العاربه و غيرهما. فالاستحفاظ ملحوظ فى الجميع اما أصاله أو تبعاً و باللائم. فان كان المراد من الاستحفاظ ما هو من النوع الأول فلا وجه لكاف التشبيه فان العقد الذى لا يقصد منه الا الاستحفاظ ليس إلا الوديعه و ان كان ما يعمه و النوع الثانى لم يتجه قولها: أو كان امانه ضمن عقد كالمأجور و المستعار، بل حقه أن تقول: كالوديعه و كالمأجور و المستعار أو دخل بطريق الأمانه بيد شخص بدون عقد و لا قصد كما لو القت الريح فى دار أحد مال جاره فحيث كان بدون عقد لا يكون وديعه بل أمانه فقط.

و بهذا ظهر ان الوديعة أخص و الأمانة أعم فإن المأجور و المستعار و الذى ألقته الریح كلها أمانة لا وديعه، غايته أن الأولين أمانة مالكيه و الأخير أمانة شرعيه، و منه ظهر ماده (٧٦٣)

الوديعة:

هى المال الذى يوضع عند شخص لأجل الحفظ، و لا حاجه بعدها الى توضيح الواضح فى ماده (٧٦٤) الإيداع هو احواله المالك محافظه ماله لآخر و يسمى المستحفظ مودعا- بكسر الدال- و الذى يقبل الوديعة وديعا و مستودعا- بفتح الدال- و باصطلاح فقهاءنا وديعا.

(ماده ٧٦٥)

العاريه:

هى المال الذى تملك منفعته لآخر مجاناً اى بلا بدل- و يسمى معاراً و مستعاراً.

تباعدت حقيقه العاريه على أكثر الفقهاء كما ضاع عليهم حقائق أكثر العقود فقال بعضهم: انها تمليك المنفعه مجاناً، و قال آخرون: انها إباحه المنفعه و إباحه الانتفاع (و الفرق بينهما نادر) و الحقيقه انها لا هذا و لا ذاك و انما هى: سلطنه خاصه على العين للانتفاع بها، كما ان الإجاره كذلك، و الفرق بينهما: ان العاريه تسليط على العين بلا عوض، و الإجاره تسليط بعوض، و كلاهما تسليط على العين للانتفاع و لازم هذا إباحه المنفعه أو إباحه الانتفاع، و كأن القوم عبروا عن هذا العقد يلازمه كما هو عادتهم فى أغلب العقود بل و غيرها، اما احتمال كونها تمليك المنفعه ذاتا أو لازماً فهو بعيد عن التحقيق جداً و الاستدلال عليه بان المستعير له ان يعير و لو كان لا الملكيه لما كان له ذلك- مدفوع بالإعارة الثانيه ان كانت بإذن المعير الأول- أى المالك

صحت ولا- تدل على الملكية، و ان كانت بغير اذنه منعنا جوازها أو تقع باطله، بل و دفعها بغير اذن المالك الى المستعير الثانى حرام، فالحق ما ذكرنا من انه عقد أو إيقاع يفيد تسليط المالك غيره على العين للانتفاع بها مجاناً، و ليس للمستعير أن يتجاوز مقدار الاذن من المعير فلو تجاوز ضمن و فعل حراماً، و مع عدم التجاوز هى أمانه بيد المستعير لا يضمنها لو تلفت إلا بالتعدى و التقصير كما فى ماده (٧٦٨) الأمانه لا تكن مضمونه يعنى إذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين و لا تقصير منه لا يلزمه الضمان!! و بعد ان ذكرت (المجله) أشهر احكام الامانه و هو عدم الضمان أخذت فى ذكر بعض مصاديقها و مواردنا فى ماده (٧٦٩) إذا وجد رجل فى الطريق أو فى محل آخر شيئاً فأخذه على سبيل التملك يكون حكمه حكم الغاصب، و على هذا إذا هلك المال أو ضاع و لو بلا صنع أو تقصير منه يصير ضامناً!! كأنها تشير الى ان من استولى على مال الغير بغير اذنه ان أزال يده الحقه فهو غصب و ان لم يزل يده بل وصل اليه بغير القهر من الأسباب فهو بحكم الغصب و من هذا النوع من وجد مالا فى الطريق- أى اللقطه- فأخذه بنيه التملك فإنه و ان لم يكن غصباً أى الأخذ قهراً و لكن تترتب عليه احكام الغصب من الحرمة و الضمان مع التلف و لو بغير تعد و لا تقصير، و وجوب الرد مع عدمه، و أما لو أخذه على أن يرد له لملكه فان كان معلوماً كان فى يده امانه و يلزم تسليمه الى مالكة، و ان لم يكن معلوماً فهو لقطه و هو فى يد ملقطه أمانه.

و هذا البيان غير مستوعب لأقسام العنوان.

و «تحرير البحث» ان ما يقع بيد الإنسان من مال الغير بغير اذنه ان أخذه قهراً أو اختلاساً فهو الغصب، و ان أخذه بغير ذلك و بغير قصد رده الى مالكه فهو بحكم الغصب تترتب عليه جميع أحكامه وضعيه و تكليفيه، و ان أخذه بقصد رده إليه فإن كان مالكه معلوماً و جب المبادره الى رده اليه و هو في ذلك الحال امانه لا ضمان فيه الا بالتعدى و لو توانى خرج عن الامانه و صار ضامناً مطلقاً، و ان لم يكن معلوماً فان كان قد وجده في الطريق أو في الصحراء أو غيرهما من المواضع العامه فهو اللقطه و تجرى عليه أحكامها، و ان وجده في داره أو خزائنه أو دكانه و نحو ذلك من المواضع الخاصه به و لا- يعرف صاحبه كان من مجهول المالك و تجرى عليه احكامه، و قصارى اللقطه و المجهول المالك ان مرجعهما أخيراً لحاكم الشرع.

و حيث ان اللقطه من مهمات مباحث الفقه، و هي عامه البلوى، و لم تستوف (المجله) أحكامها مع انها من صلب الأمانات، فاللازم ان نوفيها حقها و قد تبين لك موضوعها في المجله و تفصيله: انه عباره عما يؤخذ من المواضع العامه من مال أو غيره من غير علم صاحبه به و لا- اذنه و هو إما حيوان أو جماد و الحيوان اما إنسان أو غير إنسان، فالإنسان هو اللقيط و قد عرفوه بأنه إنسان ضائع لا كافل له و لا يستقل بنفسه و يشتمل المنبوذ و الضائع، و الحر و العبد، فالحر يرد إلى اهله، و العبد الى مالكه، و أخذه مستحب فان خيف عليه التلف و جب و إذا أخذه

الملتقط وجب عليه حضانته بالمعروف و ينفق عليه من بيت المال، و ان لم يكن فمن الزكاه، و الا استعان بالمسلمين، و إلا أنفق عليه و رجع به عليه بعد بلوغه، أو على اهله ان وجدهم، و هو مسلم إذا التقط في بلاد المسلمين أو في بلاد الكفر و فيها مسلم يحتمل كونه منه، و ولاؤه للإمام لا- للملتقط، و لو اختلف هو و اللقيط بعد بلوغه أو أهله في أصل الإنفاق أو قدره يقدم قول الملتقط فيما يوافق المعروف و هذا من موارد تقديم الظاهر على الأصل و هو ظاهر، و لو التقطه اثنان و تشاحا أقرع بينهما و يشترط في الملتقط البلوغ و العقل بل و الرشيد على الأحوط، و كونه حراً و إسلامه ان كان اللقيط مسلماً، بل و عدالته على الأحوط. فلو فقد أحد هذه لم يكن لالتقاطه اثر. و جاز للغير ان يأخذه منه. هذا كله في اللقيط- أى الإنسان الملقوط-. اما لقطه الحيوان و تعرف بالضال و هى الدابه التى لا يعرف مالکها. فقد وردت أخبار تشعر بحرمه التقاطها و هى محموله على الكراهه جمعاً بينهما و بين ما دل على الجواز و ترتفع الكراهه بخوف التلف عليها و ان كان صحيحاً فى ماء و كلاء فى غير مسبعه فالأولى تركه لامتناعه و لو أخذها فتلفت قيل يضمن و هو مسلم ان أخذها بنيه التملك أو مع التفريط و الا فلا. و لو ترك من جهد فى غير ماء أو كلاء كان أخذه مباحاً. فإن أنفق عليها الملتقط حتى أصلحها كانت له و ليس لمالكها لقول أمير المؤمنين سلام الله عليه ان تركها فى غير ماء و لا- كلاء فهى للذى أحياها و أوضح منها صحيحه ابن سنان و غيرها و العمل بها وفاقا لجمهور الأصحاب متعين و ان كانت على خلاف

القاعده، و لعل الشارع جعل الاعراض هنا بالخصوص مزيلا للملكيه السابقه رفقا بالحيوان و يكون من المباحات فيملكه الملتقط بالحيازه، أما الشاه في الفلاه التي لا تمتنع من الوحش المفترس فيجوز أخذها بنيه التملك كما في الخبر المشهور «هي لك أو لأخيك أو للذئب» إنما الكلام في الضمان لو ظهر صاحبها كما يدل عليه بعض الاخبار أو عدمه كما هو ظاهر إطلاق «هي لك ..» في الخبر المشهور مضافا الى الأصل و الأول أحوط ان لم يكن أقوى، و لو دفعها لحاكم الشرع برئ من الضمان قطعاً، و هل يتوقف تملكها على تعريفها سنه أو أقل أو لا لإطلاق الخبر المتقدم و لعله الأقوى؟ و كذا حكم كل ما لا يمتنع من السباع بعد و أو طيران حتى مثل الدواجن كالدجاج و نحوه، و لو وجدت الشاه في العمران حبسها ثلاثه أيام فان لم يجد صاحبها باعها و تصدق بثمانها، فان ظهر مالکها و لم يمض غرم له القيمه و ليس له تملكها بل اما ان يبقيا امانه لمالكها و ينفق عليها و يقاص من لبنها و صوفها أو يبقيا و يبقى الثمن أمانه أو يتصدق به و لو دفعها أو قيمتها الى الحاكم سلم من ذلك كله.

هذا موجز الكلام في لفظه الحيوان إنسان و غير إنسان، أما لقطه المال الصامت فقد وردت جملة أخبار ظاهره في حرمة التقاط المال في الحرم مطلقا ففي روايه عن الكاظم سلام الله عليه «لقطه الحرم لا- تمس بيد و لا- رجل، و لو ان الناس تركوها لجاها صاحبها و أخذها» و لكن المشهور الكراهه، و موضع البحث قصد التملك، إما أخذها لحفظها أو ردها الى صاحبها فالظاهر الاتفاق على جوازه و هو امانه لا تضمن حينئذ إلا

بالتفريط، ثم إذا أخذه بهذا القصد عرف به سنه فان لم يظهر تصدق به عن صاحبه و يضمن له لو ظهر بعد ذلك، و القاعده تقتضى عدم الضمان لأنه أمانه شرعيه و قد أنفقها بإذن الشارع، و لو دفعها للحاكم فلا شىء عليه و ما ذكرناه يطرد فى القليل و الكثير، أما لقطه غير الحرم فيحل منه ما كان دون الدرهم من غير تعريف، و لو ظهر مالكة و عينه باقيه أخذها قطعاً فهي ملكيه مراعاة، اما لو كانت تالفه ففي الضمان وجهان بل قولان أقواهما العدم لإذن الشارع بذلك التصرف و هو كإذن المالك أو أقوى أما الدرهم فما زاد فالواجب تعريفه حولاً فلان لم يظهر صاحبه تخير بين ان يملكه مع الضمان لو ظهر و بين الصدقه به على مستحق الزكاه عن صاحبه و فى الضمان الوجهان السابقان و عدم الضمان هنا أقوى، و بين إبقائه أمانه لمالكه فلا يضمن الا مع التفريط، و الدفع الى الحاكم الشرعى أصح و أسلم، و الحكم العام فى لقطه المال من الدرهم فما زاد هو التعريف حولاً فيما يمكن فيه التعريف، اما ما لا- يمكن كالدراهم و الدنانير الغير المصروره و لا- فى محفظه فقد يقال بسقوط تعريفها، و جواز تملكها بمجرد التقاطها و هو مشكل، و لو تحقق هذا الفرض فى بعض الأموال كان من مجهول المالك و يجرى عليه حكمه و لا يجوز تملكه بوجه مطلق كما انه لو وجد فى المواقع العامه كالحمام أو المساجد و المعابد بدل ثيابه أو حذائه أو كتابه فإن علم انها لآخذ كتابه كانت من مجهول المالك لا- اللقطه، و ان لم يعلم أو علم العدم فهي لقطه، و ما لا يبقى أو يحتاج بقاؤه إلى علاج باعه أو قومه على نفسه و حفظ قيمته و الأحوط مراجعه الحاكم فى ذلك

لأنه الولي العام.

و أخذ اللقطه بوجه عام مكروه، و فى بعض الأخبار

«لا يأخذ الضالاه إلا الضالون»

و قد توجد خصوصيات مقاميه تخرج عن الكراهه بل قد تصير مستحبه أو واجبه، و ذكروا: ان الكراهه تتأكد فيما تكثر منفعته و تقل قيمته كالعصا و النعل و الإداوه و أمثالها: كما تتأكد الكراهه فى الفاسق و المعسر و يصح التقط المال من كل من يصح منه التكسب حتى الصبى و المجنون و يتولى حفظهما و التعريف بها الولي. و يستحب الاشهاد بل قد يحب فى أخذها و ردها. مضافا الى الإعلان و الإنشاد فى الحول حسب المتعارف.

و حيث ان اللقطه - كما عرفت - امانه يجب ردها الى مالكةا الواقعى فلا يجوز دفعها الى مدعيها ما لم يثبت ملكه لها بالعلم أو ما يقوم مقامه شرعاً من الشاهدين العدلين. أو الشاهد و اليمين و لا يكفى إعطاء أوصافها و ان كان خفيه الا مع حصول الاطمئنان بصدقه المتأخم للعلم. و إذا دفعها بالأوصاف و قدم غيره اليه انها له انتزعت من الاولى و دفعت لذى اليه و ان كانت تالفه تخير فى الرجوع على الدافع أو المتلف فإن رجع على الأول رجع الأول على الثانى لأن قرار الضمان عليه. و لذا لو رجع عليه رأسا لم يرجع على الأول.

و من وجد مالا فى فلاه من الأرض أو مدفونا فى أرض ليس لها مالك و لم يكن عليه أثر الإسلام ملكه الواجد و ان كان فى

أراضى الإسلام، و ان وجد عليه أثر الإسلام كان لقطه يجب تعريفها و لو كان للأرض مالك عرفه فان ادعاه دفع له و الا فلو أجده مع انتفاء أثر الإسلام و الا فهو لقطه و مثله ما يوجد فى جوف الدابه أو السمكه ان كانت أهليه أما الوحشيه و التى أخذت من المياهم العامه جديداً لا- يراجع بها المالك فان كان عليه أثر الإسلام فلقطه و الا فلو أجده، و من وجد مالاً فى صندوقه أو دكانه أو داره فان كان له شريك فيه عرفه فان ادعاه أخذه بلا بينه و لا يمين، لانه مدع بلا معارض، و ان نفاه فهو لقطه لواجده، و ان لم يكن له شريك فقد ذكروا. انه يكون لمالك الدكان و الدار و نحوهما لانه من توابع ملكه و لم يجعلوه لقطه و هو محل نظر فليتأمل.

□

هذا موجز البحث فى اللقطه موضوعاً و حكماً، و فيه على اختصاره غنى و كفايه و سيأتى لهذا البحث تتمه إن شاء الله تعالى.

و (المجله) بمناسبه بحث الامانه استطردت الى ذكر اللقطه استطراداً خفيفاً، فلم توف حق الامانه، و لم تميز بين الامانه الشرعيه و الامانه المالكيه، كما انها لم تستوف رءوس مباحث اللقطه فضلاً عن دير لها و توابعها، و لم تخصص لها سوى ماده واحده، و هى:

(ماده: ٧٧٠) يلزم الملتقط ان يعلن أنه وجد لقطه و يحفظ المال فى يده أمانه

الى أن يوجد صاحبه و إذا ظهر أحد و أثبت ان تلك اللقطه ماله لزمه تسليمها.

و فى هذا أيضاً من التسامح أو الخلل ما لا يخفى، إذ ليس اللازم

إعلان انه وجد لقطه، بل اللازم طلب من ضاع له مال، و هو المعبر عنه بالإنشاد أى طلب صاحب المال و نشدانه فى الجوامع و المحافل و الأندية العامه و نحوها، و يقول مثلاً- نداء أو كتابه:- انه من ضاعت له دراهم فليراجع المحل الفلانى. و نحو ذلك، و لا- يبعد ان اجره المنادى و الناشد و ما يتصل بذلك على صاحب المال لا على الملتقط لانه محسن و (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) ثم يبقى المال بيده أمانه إلى نهاية الحول أو حتى يحصل اليأس و لو قبل الحول، و النهاية هو الحول- و بعده التفاصيل السابقة، و اليه أشارت بقولها: و يحفظ المال بيده أمانه الى ان يوجد صاحبه، و إذا حضر و أثبت ان تلك اللقطه ماله لزمه تسليمها!!.

و «تحرير البحث» فى موجبات تسليم اللقطه انه يجب بأمور.

أحدها:- و أقواها حكم الحاكم و ثبوت ذلك عنده، فإذا سلمها بحكم الحاكم خرج من العهده و لم يبق عليه شىء حتى لو ظهر خطأ الحاكم أو فساد حكمه.

ثانيها:- قيام البينه عند الملتقط نفسه فإنه يجب عليه تسليمها بشهادة العدلين أو العدل الواحد مع اليمين، و يخرج بذلك من كل تبعه.

ثالثها:- إقرار الملتقط بأنها للمدعى فإذا أقر و جب تسليمها للمقر له و لكن لا يخرج من العهده و لو اقام آخر البينه انها له انتزعت من المقر له و دفعت لصاحب البينه و ان كانت تالفه رجوع على أى منهما يشاء

و لا يرجع المقر على المقر له لو أخذت قيمتها منه حسب إقراره كما لا يرجع أيضاً الثاني على الأول لو أخذت منه.

رابعها-: بيان الأوصاف الخفيه الموجهه للاطمئنان كما تقدم قريباً و لكن لا يخرج بها عن العهده و حالها حال الإقرار.

□
و ذكر شيخنا الشهيد- أعلى الله مقامه- في «اللمعه» ما نصه:-

و لا تدفع إلا بالبينه لا بالأوصاف و ان خفيت، نعم يجوز الدفع بها هـ.

و قد يشكل بان الدفع إذا جاز و جب فإن الأوصاف اما ان تكون اماره و حجه كالبينه فيجب الدفع و الا فلا يجوز، و يمكن دفع هذا بأن البينه حجه شرعيه قاطعه يجب العمل بها بخلاف الاعتماد على الأوصاف فإنها لا تفيد سوى الظن، و أقصاه جواز العمل به ما لم ينكشف الواقع و يظهر الخلاف، فليتأمل.

(ماده: ٧٧١) إذا هلك مال شخص في يد آخر

فان كان أخذه إياه بدون اذن المالك ضمن بكل حال، و ان كان أخذ ذلك المال بإذن صاحبه لا يضمن لأنه امانه في يده إلا إذا كان أخذه على سوم الشراء و سمى الثمن فهلك المال لزمه الضمان، مثلاً إذا أخذ شخص إناء «بلور» من دكان البائع بدون اذنه فوقع من يده فانكسر ضمن قيمته، و أما إذا أخذه بإذن صاحبه فوقع من يده بلا قصد أثناء النظر و انكسر فلا يلزمه الضمان، و لو وقع ذلك الإناء على آنيه أخرى فانكسرت تلك الآنيه أيضاً لزمه ضمانها فقط، و أما الإناء الأول فلا

يلزمه ضمانه لأنه امانه في يده، و أما لو قال لصاحب الدكان بكم هذا الأناه؟ فقال له: بكذا قرشا خذه، فأخذه بيده فوقع على الأرض فانكسر ضمن ثمنه، و كذا لو وقع كأس (الفقاعى) من يد أحد فانكسر و هو يشرب لا يلزمه الضمان لأنه أمانه من قبيل العاريه، و أما لو وقع بسبب سوء استعماله فانكسر لزمه الضمان.

خرج من قضايا اللقطه إلى أصل باب الأمانات، و بهذا تريد (المجله) إعطاء الضابطه الكليه، و القاعده الأصليه لضمان اليد، و تحرير ذلك ان يقال: ان تلف مال إنسان بيد غيره لا يخلو اما ان يكون حصوله بيده كان بإذن المالك أو بإذن الشارع أو بدون إذن واحد منهما، و على الثانى فهو ضامن مطلقا سواء كان بالتعدى أو بدونه، و الأول اما ان يكون الإذن اذن معاوضه أو إذنا مجردا، و الثانى لا يوجب الضمان الا مع التعدى، و الأول يقتضى الضمان مطلقا بالمثل أو القيمه بقاعده (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) فتحصل ان الاستيلاء على مال الغير لا يخلو من ثلاثه أنواع.

(الأول) ما خلى عن الاذن مطلقا، و يدخل فيه الغصب و السرقة و الجحود و التعدى عن الامانه و الغش و التدليس و أشباه ذلك، و هو كثير و حكمه الضمان مطلقا، و منه المال المقبوض اشتباها كما لو دفع القصار ثوب زيد لغيره فتلف في يده، و لزيد حق الرجوع به على القصار حينئذ إلا مع الغرور، و كذا لو تخيل ان مال زيد ماله فأخذه فتلف في يده فإنه ضامن له بقاعده اليد.

(الثانى) ما كان عن اذن و لكن اذن معاوضه و هى أما على العين باعتبار ذاتها أو عليها باعتبار بعض شئونها، و من هذا النوع الإجاره و المزرعه و المساقاه و أضرابها، و هذه تلحق بالأمانات و لا ضمان فيها الا مع التعدى و التفريط، و من الأول المقبوض بالعقد الفاسد، و المقبوض بالسوم، و هو ضمانى مطلقا للقاعده المتقدمه (ما يضمن بصحيحه ..)

(الثالث) ما كان عن اذن مجرد عن كل معاوضه و هو باب الأمانات بجميع أنواعها شرعيه أو مالكيه، و من أظهر أنواع الثانى الوديعه و العاريه، و من أظهر أنواع الأول اللقطه و مجهول المالك و باب الحسبه كقبض عدول المؤمنين للوقف الذى لا متولى له و مال اليتيم الذى لا قيم له، و الغائب الذى لا وكيل له، حيث لا يوجد الولى العام و هو الحاكم أو الى زمن إمكان مراجعته و لا ضمان فى الجميع الا مع التعدى و التفريط.

هذا تمام أنواع الاستيلاء على مال الغير و أحكامها و منه تعرف عدم استيفاء (المجله) لأنواع هذا البحث كما يتضح بما ذكرناه من الأمثله المدرجه فى هذه ماده بقولها مثلا- إذا أخذ شخص إناء بلور إلخ ..

(ماده: ٧٧٢) الاذن دلالة كالاذن صراحه،

و اما إذا وجد النهى صراحه فلا عبره بالإذن دلالة مثلا- إذا دخل شخص دار آخر باذنه فوجد إناء معدا للشراب فهو مأذون دلالة بالشرب به فإذا أخذ ذلك الإناء ليشرب به فوقع من يده و هو يشرب فلا ضمان عليه و اما إذا نهاه صاحب الدار عن الشرب به ثم أخذه ليشرب به فوقع من

يده و انكسر فيضمن قيمته.

و ملاك كل ذلك القواعد المقرره فى الاستعمال، و أصول الفهم و التفاهم منها قاعده تقديم النص على الظاهر و الأظهر على الظاهر.

«الباب الثانى» فى الوديعه**اشاره**

و يشتمل على فصلين

الفصل الأول فى «بيان المسائل المتعلقة بعقد الإيداع و شروطه»

«، الوديعه كما عرفت هى الأمانه الخاصه و أحسن تعريف لها انها استتابه فى الحفظ و حيث انها تتقوم بطرفين و لا يتحقق أثرها بطرف واحد لذلك كانت من العقود المتوقفه على إيجاب و قبول كما فى ماده «٧٧٣» ينعقد الإيداع بالإيجاب و القبول صراحه أو دلالة، و لا إشكال فى انعقاده بالقول الصريح مثل: أودعتك، أو: احفظها عنى و يقول الآخر: قبلت، و باللازم اجعلها عندك أو صيرها مع أموالك و أمثال ذلك مما ذكرته «المجله» مثلا- إذا قال صاحب الوديعه أودعتك هذا الشىء أو جعلته امانه عندك، فقال المستودع: قبلت انعقد الإيداع صراحه، و كذا لو دخل شخص خانا فقال لصاحب الخان: اين أربط دابتي، فأراه محلا فربط الدابه فيه انعقد الإيداع دلالة، و كذلك إذا وضع رجل ماله فى دكان فرآه صاحب الدكان

و سكت ثم ترك الرجل ذلك المال و انصرف صار ذلك المال عند صاحب الدكان وديعه، و أما لو رد صاحب الدكان الإيداع بأن قال لا اقبل فلا ينعقد الإيداع حينئذ، و كذا إذا وضع رجل ماله عند جماعه على سبيل الوديعة و انصرف و هم يرونه و بقوا ساكتين صار ذلك المال وديعه عند جميعهم فإذا قاموا واحدا بعد واحد و انصرفوا من ذلك المحل فبما انه يتعين حينئذ على من بقى منهم أخيرا يصير المال وديعه عند الأخير فقط كل ذلك حيث يكون السكوت دالا على الرضا و الالتزام فيكون وديعه معاطاته و يترتب عليها الحكم التكليفي و هو وجوب الحفظ و الوديعة العقديه و المعاطاته سواء في عدم اللزوم كما في ماده «٧٧٤» لكل من المودع و المستودع فسخ عقد الإيداع متى شاء.

و إذا فسخ أحدهما وجب رد الوديعة ان طالب بها صاحبها كما هو حكم الأمانه المالكيه فإذا طلبها و لم يدفعها الودعي صار بحكم الغاصب و ضمنها مطلقا، و حيث عرفت انها عقد فيتعبر فيها ما يعتبر في سائر العقود من كونها مقدوره التسليم من عاقلين بالغين أو مميزين كما نصت عليه ماده «٧٧٥» يشترط كون الوديعة قابله لوضع اليد عليها و صالحه للقبض فلا يصح إيداع الطير في الهواء.

إلا إذا كان مما تعود على العود.

و ماده (٧٧٦) يشترط كون المودع و المستودع عاقلين مميزين و أما كونهما بالغين فليس بشرط فلا يصح إيداع المجنون و الصبي غير المميز

و لا قبولهما لهما الوديعه، و أما الصبى المميز المأذون فيصح إيداعه و قبوله الوديعه.

فلو أودع الصبى أو المجنون و قبض الودعى كان غاصبا و يضمن مطلقا، اما الإيداع عند الصبى أو المجنون فان وجدها صاحبها أخذها و ان تلفت فلا ضمان أصلا لأنه هو الذى أسقط حرمه ماله، اما لو كان جاهلا بجنونه أو عدم بلوغه فلا يبعد الضمان من ماله مطلقا و إذا مات أخذه من تركته.

«الفصل الثانى» (فى أحكام الوديعه و ضمانها)

(ماده: ٧٧٧) الوديعه امانه فى يد الوديع

بناء عليه إذا هلكت بلا تعد من المستودع و بدون صنعه و تقصيره فى الحفظ فلا يلزم الضمان الا انه إذا كان الإيداع بأجره على حفظ الوديعه أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه لزم المستودع ضمانها مثلا- لو وقعت الساعه المودعه من يد الوديع بلا صنعه فانكسرت لا يلزم الضمان، اما لو وطئت الساعه بالرجل أو وقع من اليد عليها شىء فانكسرت لزم الضمان.

لا- نعرف وجهها لهذا الاستثناء فان الامانه مطلقا يجب حفظها حسب الإمكان فإذا هلكت و كان يمكنه التحرز من هلاكها فهو مقصر في حفظها و يكون ضامنا سواء كان بأجره أو بغير أجره، و إذا هلكت و كان لا يمكنه التحرز فهو معذور و لا ضمان عليه، فأين موضع الاستثناء؟ ثم لا يخفى ان الوديعة و الأجره لا يجتمعان و هو أشبه بجمع الضدين أو النقيضين كقضية الهبه و العوض فإن الوديعة مأخوذ في حقيقتها اعتبار المجانيه كالهبه، اما إذا أخذت الأجره على الوديعة- اى على حفظها- فقد خرجت عن كونها وديعه و دخلت في باب الإجاره و جرى عليه أحكامها فتدبر و لا يشبه عليك الأمر، و العين المستأجره أيضا هي أمانه يجب التحرز عن هلاكها بكل ما يمكن فلو قصر في ذلك فهو ضامن لها كضمانه للوديعة.

اما الأمثله التي ذكرتها (المجله) فهي تختلف حسب الظروف و الأحوال و الخصوصيات المقاميه، و ليس لها ضابطه كليه، فقد يكون وقوع الساعه من يد المستودع في بعض الأحوال تقصيرا أو تفريطا يوجب الضمان و قد لا يكون كما ان وطئها بالرجل أو وقوع شىء من اليد فينكسر قد لا يكون تقصيرا و قد يكون.

كذلك إذا أودع رجل ماله عند آخر و أعطاه أجره على حفظه فضاع بسبب يمكن التحرز منه كالسرقة فيلزم المستودع الضمان و في هذا المثال خلل من جهات أوضحها أن السرقة تختلف فقد تكون من تساهل المسروق و عدم أخذه بالاحتياط في التحفظ

فيكون تقصيرا موجبا للضمان، و قد تقع مع غايه التحفظ، فالإطلاق غير متجه كما انها فى المورد الذى تكون فيه موجه للضمان لا فرق بين إعطاء الأجره و عدمه.

و هكذا الكلام فى ماده (٧٧٨) إذا وقع من يد خادم المستودع شىء على الوديعه فتلفت لزم الخادم الضمان.

فان هذا الإطلاق ليس فى محله بل قد يكون تفريطا فيضمن و قد لا يكون.

(ماده: ٧٧٩) فعل ما لا يرضى به المودع فى حق الوديعه تعد من الفاعل.

شاع عند الفقهاء فى باب الأمانات استعمال لفظى التعدى و التفريط أو التقصير، و (المجله) كأنها تريد إعطاء الضابطه للتعدى و لكن الضابطه التى ذكرتها مع إجمالها ناقصه بتراء فان ما لا- يرضى به المودع ان صرح به فى العقد لزم على الودعى ان لا يتجاوزه فلو خالفه كان تعديا و الا لا يكون تعديا فيما لو كان الودعى لا يعلم ما يوافق رضا المالك و ما لا يوافق.

و (بالجمله) فهذه الضابطه قليله الفائده مع انها غير جامع.

و (و تحرير البحث) ان التعدى أفعال، و التفريط تروك فلبس الثوب و ركوب الدابه بغير الاذن أو بغير المتعارف تعدى، فلو تلفت فى ذلك الحال و لو تلفا سماويا كان ضامنا لخروجه عن الأمانه بالتعدى، و لكن إهمال حفظها و عدم وضعها فى مكان حريز تروك و هى

توجب الضمان، و اليه ترجع أكثر الأفعال فإن أخذ الوديعة معه في السفر أو لبس الثوب و أضرابه و ان كانت أفعالاً و لكن ترجع الى التقصير في الحفظ و ترك التحرز.

إذا فالضابطه الكليه، و القول الجامع، هو ان يقال: ان كلما يعد عرفاً إهمالاً، و تركاً للتحفظ و التحرز، فهو تعد و تفريط، و هو يختلف باختلاف الزمان و المكان و الأشخاص، و أنواع الأمانات في الحفظ و الفيصل فيه العرف:

نعم لا اشكال ان شرط المودع لازم فلو تعداه كان تعدياً سواء كان إهمالاً بنظر العرف أم لا، و بعد هذا فلا حاجه بل لا فائده في تكثير الأمثله، و ان أخذ الامانه معه في السفر تعد أو تفريط، أو ليس كذلك؟ و كذا إذا وضع الدابه في الإصطبل و ترك الباب مفتوحاً و كذا إذا وضع الثوب أو الجواهر في الغرفه و لم يضعه في الصندوق أو الخزانه و هلم جرا.

نعم لا ريب في انه لو أنكر الوديعة خرج عن الامانه و ضمير مطلقاً، و لو رجع الى الاعتراف فهل ترجع صفه الامانه فلا يضمن لو تلفت بتلك الحال تلفاً سماًوياً أو لا- ترجع فيبقى الضمان على إطلاقه؟ المسأله في غايه الاشكال و الأول أقرب من حيث القواعد، و الثاني أحوط و الله اعلم.

اما لو كان الإنكار لمصلحه كدفع ظالم، أو رد تهمه، أو خوف سارق و ما أشبه ذلك، فهو عين الامانه.

«ماده: ٧٨٠» الوديعه يحفظها المستودع بنفسه أو يستحفظها أمينه كمال نفسه فإذا هلكت في يده أو عند أمينه فلا ضمان عليه و لا على أمينه.

اعلم ان الأصل الاولي، و القاعده الكليه، هي حرمه كل تصرف يتصرفه المستودع في الوديعه إلا مقدار ما نص عليه المودع و اذن فيه أو كان الإطلاق أو الانصراف يقتضيه، و معنى هذا ان كل تصرف يشك المستودع في حليته فهو حرام، و لو فعله مع الشك خرج عن الامانه، و صار ضامنا حتى مع عدم التعدي و التفريط، و عليه فالقدر المتيقن لحفظ بنفسه اما الحفظ بأمينه من عيال أو غيرهم فان كان من غير دفعها لهم بل كانت في حوزته- كما لو وضعها في صندوقه أو خزائنه- و أمرهم بالمحافظه عليها من غير دفع لهم و تسليم فلا ينبغي الإشكال في جوازه و لا ضمان عليه و لا عليهم لو تلفت من غير تفريط، اما تسليمها لهم بغير اذن صريح أو مع الشك في رضاه فغير جائز و لو كانوا أمناء و حينئذ فلو تلفت كانت مضمونه، و للمودع الرجوع على الودعي و على أمينه الذي تلفت عنده و هو يرجع على الودعي ان كان قد غره كما لو كان جاهلا، اما مع علمه فلا رجوع و يكون قرار الضمان عليه، اما لو رجع على الودعي فلا- رجوع له على أمينه مع جهله و الا- رجوع عليه، و من كل هذا يظهر لك الخلل في عبارته (المجله) بإطلاق قولها فإذا هلكت في يده أو عند أمينه فلا ضمان عليه و لا على أمينه.

(ماده: ٧٨١) للمستودع ان يحفظ الوديعه في المحل الذي يحفظ فيه ماله.

تختلف مواضع حفظ الأموال، باختلاف أنواع الأموال، فموضع حفظ الدابه و هو الإصطبل - مثلا- غير محل حفظ الثياب و هو الصندوق أو الدولاب، و محل حفظ الدراهم و الجواهر و هو الحقيقه و صندوق الحديد غير محل حفظ الكتب و هو الخزانة، و هكذا فالواجب على الودعي أن يحفظ الوديعة في المحل المتعارف لحفظها فلو تعدها ضمن، و المراد من المحل الذى يحفظ ماله هو هذا المعنى لا انه المحل الذى يحفظ ماله و ان لم يكن من المتعارف حفظها فيه فلو تسامح فى ثيابه فوضعها فى الغرفه و حقها ان تحفظ فى الخزانة كان ضامنا كما لا يجوز له ان يضع الوديعة أيضا فى الغرفه كما هو واضح، و لو كانت داره خربه أو قصيره الجدران فاللازم وضعها فى دار اخرى و هكذا سائر الجهات و الى ما ذكر تنظر ماده (٧٨٢) يلزم حفظ الوديعة فى حرز مثلها، بناء عليه وضع مثل النقود و الجواهرات فى إصطبل الدواب أو التبن تقصير فى الحفظ و بهذه الحال إذا ضاعت الوديعة أو هلكت لزم الضمان.

(ماده: ٧٨٣) إذا كان المستودع جماعه متعددين

فان لم تكن الوديعة قابله للقسمه يحفظها أحدهم بإذن الباقين أو يجعلونها مناوبه و بهاتين الصورتين إذا هلك الوديعة بلا تقصير فلا ضمان على أحدهم و ان كانت قابله للقسمه يقسمها المستودعون بينهم بالسويه و كل منهم يحفظ حصته منها، و بهذه الصوره ليس لأحدهم أن يسلم

حصته لمستودع آخر بدون اذن المودع،

الميزان الصحيح هنا- هو ما أشرنا إليه من ان المدار على مقدار ما يستفاد من اذن المودع و رخصته لا على قضيه قابليه الوديعه للقسمه و عدم قابليتها فإنه مما لا اثر له فى المقام أصلاً، فإن ظهر من مقال أو حال انه يريد التوزيع أو الشركه على نحو المجموع أو الجميع البدلى أو الشمولى لزم ذلك و لا- يجوز التعدى، اما لو لم يظهر خصوص بعض الوجوه فالإطلاق يقتضى وجوب تحرى الأصلح فى حفظها عليهم جميعاً، فان وجدوا القسمه أصلح قسموها مع الإمكان و الا فالمنابيه أو غيرها من الأساليب و لا ضمان عليهم لو تلفت بغير تفريط و أقصى ما عليهم اليمين انهم قد تحروا الأصلح بقسمه أو غيرها، و مع تعيين القسمه من إطلاق أو تقييد فلو دفع أحدهم حصته للآخر و هلكت من غير تعد فهل يضمن أولاً؟ و على الأول فعلى من يكون الضمان على المسلم أو المستلم؟ أما أصل الضمان فلا ينبغى الإشكال فى لزومه و ان نسب الى بعض فقهاء المذاهب عدمه، و لعله فى غير صورته التقييد، و اما الضامن فقد جعلته (المجله) المسلم حيث قالت:

و إذا سلمها فهلكت فى يد المستودع الآخر بلا تقصير منه فلا يلزمه الضمان، بل يلزم الذى سلمه إياها ضمان حصته منها.

و يعلل ذلك بان المستلم أمين المسلم عند أبى حنيفه- و الأمين لا يضمن.

و لو صح هذا لاقتضى سقوط الضمان عنهما معاً، فان المسلم أيضاً

أمين للمالك المودع، ولكنه لما خرج عن الأمانة بالمخالفة صارت يده و ما يتفرع عنها من الأيدي ضمانيه و المالك حينئذ- كما عرفت- مخير بين الرجوع على أى شاء منهما على قاعده توارد الأيادي أو الأيدي، أما رجوع أحدهما على الآخر فقد عرفت قريبا بيانه.

(ماده: ٧٨٤) الشرط الواقع فى عقد الإيداع إذا كان ممكن الاجراء و مفيدا يكون معتبرا و الا فهو لغو

الذى تقتضيه القواعد كما سبق قريبا ان كل شرط يشترطه المالك المودع و يقبله الودعى و هو مقدور فهو لازم سواء كان مفيدا أو غير مفيد لان العقد وقع على هذه الصفه فيلزم العمل به و ما عداه لا رخصه فيه و لا اذن من المالك فيكون حراما و ضامنا، و لكن القوم لما كان باب الاستحسان مفتوحا عندهم على مصراعيه و كثيرا آخذون بالاستحسان و يطرحون النص فما نحن فيه يوشك ان يكون من هذا القبيل، و هو اجتهاد فى مقابله النص، و على كل فالحق هو الضمان إذا تخطى مورد الشرط، الامع العجز عن العمل على حد ان (الضروريات تبيح المحظورات) نعم لو اشترط شرطا و تبين انه لو عمل الودعى به لا وجب تلف العين يمكن القول بلغويته و عدم وجوب اتباعه على تأمل أيضا، و لعل من هذا القبيل ما ذكرته (المجله) بقولها:

مثلا إذا كان قد شرط وقت العقد ان يحفظ المستودع الوديعه فى داره فنقلها المستودع الى محل آخر بسبب وقوع حريق فى داره لا يعتبر ذلك الشرط، و بهذه الصوره

إذا نقلها فهلكت بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان، وكذا إذا أمر المودع المستودع بحفظ الوديعة ونهاه عن ان يسلمها لزوجته أو ابنه أو خادمه أو لمن يأمنه على حفظ مال نفسه فإذا كان ثمه أمر مجبر على تسليم الوديعة لأحد هؤلاء كان ذلك النهى غير معتبر، وبهذه الصورة أيضا إذا هلك الوديعة بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان، وإذا سلمها بلا- مجبوريه فهلكت لزمه الضمان، كذلك إذا شرط ان تحفظ في حجره معينه فحفظها المستودع في حجره غيرها فان كان حجر تلك الدار متساويه في الحفظ لا يكون ذلك الشرط معتبرا، وحيث إذا هلك الوديعة فلا ضمان و أما إذا كان بين الحجر تفاوت كان كانت احدى الحجر بنيت بالأحجار و الأخرى بالأخشاب فيعتبر الشرط ويكون المستودع مجبورا على حفظها في الحجره التي تعينت وقت العقد و إذا وضعها في حجره دون تلك الحجره في الحفظ فهلكت يكون ضامنا.

فان الحريق في المثال الأول، و المجبوريه المفروضه في الثانى يصلح ان يكون وجهها لمخالفه الشرط، نظرا الى ان مثل هذه الشروط مقيده بقيد عقلى ارتكازى، فإن اشترط وضعها بالدار مقيد بما إذا كانت الدار احفظ لها، وكذا حفظه بنفسه، أما مع اليقين بتلفها لو بقيت في الدار فلا- محل للشرط، و لكن لا- يتم هذا في المثال الثالث فإنه إذا عين حجره تعينت سواء تساوت الحجر أو اختلفت.

نعم لو حصل اليقين بان بقاءها في تلك الحجره يوجب تلفها جاز أو وجب مخالفه الشرط، اما لو تساوى بقاءها و نقلها تعين بقاءها بالشرط

(ماده: ٧٨٥) إذا كان صاحب الوديعة غائبا غيبه منقطعه

بحيث لا يعلم موته ولا حياته يحفظها المستودع الى ان يعلم موت صاحبها أو حياته.

ولا يجوز ان يسلمها للوارث ولا لغيره، نعم يجوز ان يسلمها لحاكم الشرع لولايته العامه وقد يتعين ذلك كما لو كانت مما يفسد بالمكث و دار الأمر بين ان تملك أو تباع و يحفظ ثمنها، فان اللازم دفعها اليه ليتولى ذلك، كل هذا حيث لا يكون للمودع وكيل خاص و الا وجب دفعها اليه لا لحاكم الشرع، و لو كان بقاؤها يفضى الى هلاكها فلم يبيعها و لم يدفعها لحاكم الشرع أو لو كيله الخاص ضمن بلا اشكال لتقصيره فلا وجه لما ذكرته (المجله) بقولها فى ذيل هذه ماده:

إلا أنه إذا كانت الوديعة مما يفسد بالمكث فيبيعها المستودع بإذن الحاكم و يحفظ ثمنها امانه عنده، لكن إذا لم يبيعها ففسدت بالمكث لا يضمن.

(ماده: ٧٨٦) الوديعة التي تحتاج إلى النفق كالخيل و البقر نفقتها على صاحبها،

و إذا كان صاحبها غائبا فيرفع المستودع الأمر إلى الحاكم، و الحاكم حينئذ يأمر بإجراء الأنفع و الأصلح فى حق صاحب الوديعة فإن كان يمكن إيجار الوديعة يؤجرها المستودع برأى الحاكم و ينفق عليها من أجرتها أو يبيعها بثمان مثلها، و إذا لم يمكن

إيجارها فيبيعها فوراً بثمن المثل، أو ينفق عليها المستودع من ماله ثلاثة أيام ثم يبيعها بثمن مثلها، ثم يطلب نفقه تلك الأيام الثلاثة من صاحبها وإذا أنفق عليها بدون إذن الحاكم فليس له مطالبه صاحبها بما أنفقه عليها.

فلو تعسر أو تعذر مراجعته الحاكم ولم يتبرع هو ولا غيره مجاناً أو بالعوض باعها بنفسه وأشهد عدلين على البيع والثلث، و التقييد بثلاثة أيام لا وجه له، كل ذلك في الغيبه المنقطعه، أما مع إمكان مراجعته المودع وإذاره فان لم يرسل النفقه - إلى ثلاثة أيام أو أكثر حسب اختلاف الموارد - راجع المستودع الحاكم - إلى آخر ما سبق.

(ماده: ٧٨٧) إذا هلك الوديعة أو نقصت قيمتها بسبب تعدى المستودع أو تقصيره لزمه الضمان،

مثلاً - إذا صرف المستودع نقود الوديعة في أمور نفسه أو استهلكها ضمنها، وبهذه الصورة إذا صرف النقود التي هي أمانه عنده على الوجه المذكور ثم وضع بدل تلك النقود في الكيس المعد لها فهلكت أو ضاعت وهو ذاهب بها ضمن قيمتها سواء كان هلاكها بسبب سرعه السير فوق الوجه المعتاد أو بسبب آخر أو بلا سبب، وكذا يضمنها إذا سرقت، وكذا إذا وقع حريق ولم ينقل الوديعة إلى محل آخر مع قدرته على ذلك فاحتقرت ضمنها.

هذا كله مما لا اشكال فيه، انما فيما لو خرج عن الامانه و تاب و أعاد بدلها مثلاً أو قيمه كما في (المجله): ثم وضع بدل تلك

النقود فى الكيس المعد لها إلخ .. فلو تلفت بعد ذلك بدون تعد فهل يضمونها لارتفاع الائتمان بذلك أو لا يضمّن لأنها عادت بالقصد الثانى - قضيه مشكله- و التحقيق فيها انك عرفت قريبا ان الأمانات على ثلاثه أنواع.

الأول ما يكون القبض لمصلحه المالك فقط كالوديعة، و الوكيل بلا أجره، و عاربه الرهن، و ما فى هذا السبيل.

و هذا النوع مما تكون به يد القابض كيد المالك لا ينبغى الإشكال فى عدم ضمانه لو صدقه المالك بالتلف و ادعى عليه التقصير فليس عليه الا- اليمين، و مثل هذا فيما لو ادعى السرقة أو الرد أو نحوهما فان القول قوله بيمينه فى جميع ذلك لانه محسن و أمين و (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) الا ان يثبت خلاف ما يقول بالبينه.

الثانى:- ما يكون لمصلحه القابض فقط، و القول هنا أيضا قول المالك لا القابض عكس الاولى، فلو خان المستعير ثم عاد لا يرتفع الضمان عنه، لانه صار كالغاصب، و صارت يده ضمانيه و لا سبب لعود تلك اليد الزائله و (الزائل لا يعود) و هذا أيضا مما لا ينبغى الإشكال فيه، انما الإشكال فى:

الثالث:- و هو ما كان القبض فيه لمصلحه الطرفين و ذلك كالإجاره و المضاربه و الوكاله بالأجره و ما جرى على هذا النهج، فلو تعدى المستأجر فى العين المستأجره ثم عاد الى ما استحقه بالعقد أو شرط عليه شرطا فخالفه ثم عاد الى العمل به، ثم تلفت بغير تفريط فهل يضمونها

لانه صار كالغاصب أو لا لانه عاد إلى الأمانة؟ المسألة جد مشكله، و الذى ظهر لى من التتبع فى كلمات فقهاءنا انهم لا يرتبون احكام الامانه أصلا على هذين القسمين، حتى قبل المخالفه، فلو ادعى السرقة أو الرد أو النقص يلزمه الإثبات و لا يقبل قوله بيمينه، بل القول قول المالك، و لا يقبل قول الأمين إلا فى القسم الأول الذى هو محسن و أمين نعم لو ادعى المالك عليه التفريط بعد تصديقه فى التلف أمكن الحكم بقبول قوله بيمينه فى جميع الأقسام الثلاثة، و وجه الفرق بين هذا و بين تلك واضح يظهر بالتأمل.

(ماده: ٧٨٨) خلط الوديعه بمال آخر بحيث لا يمكن تمييزها و تفريقها عنه، بدون اذن المودع يعد تعديا،

بناء عليه لو خلط المستودع دنانير الوديعه بدنانير له أو دنانير وديعه عنده لآخر متماثله بلا اذن فضاعت أو سرقت لزمه الضمان، و كذا لو خلطها غير المستودع على الوجه المشروح ضمن الخالط.

«تحرير هذا» ان فاعل الخلط اما المالك المودع أو المستودع أو الأجنبى فإن كان هو المالك فقد أبطل الإيداع و برئت ذمه المستودع من العهده، و ان كان هو المستودع أو الأجنبى فلا يخلو اما ان يكون بالمماثل جنسا المساوى قيمه أو الأعلى أو الأدنى و اما ان يكون بالمغاير جنسا و على كل التقادير اما ان يمكن التمييز و الإفراز، أو يتعذر أو يتعسر، فان كان الخلط بالجنس المساوى قيمه كخلط الحنطه بالحنطه المساويه، أو الدراهم بالدراهم، فالامانه بحالها إذ

لم يحدث بنظر العرف ما ينافي الحفظ فيقسمها و تبقى وديعه كما كانت و لو تلفت بلا تفريط لم يضمن، و ان كان بالجنس المتفاوت كحنطه جيده برديئه أو العكس فإن أمكن القسمة بالنسبه كثلث و ثلثين فكالأول و الا- فكالخلط بالمغاير إن أمكن التمييز تعين كخلط الحنطه بالشعير الذى يمكن إفراز أحدهما بالماء فالشعير يطفو و الحنطه ترسب حيث لا يضر الماء و ان لم يمكن كان بحكم التلف و يتخير المودع حينئذ بين تغريم المستودع أو الأجنبى المثل أو القيمه أو البقاء على الشركه مع تغريمه أرش النقيصه أو عيب الشركه، و إذا غرم المثل أو القيمه صار المستودع أو الأجنبى شريكا مع صاحب المال المختلط انتقالا قهريا أو شركه قهريه هذا إذا بقى المال المختلط اما لو تلف بعد الخلط فالخالط ضامن للمودع مطلقا، سواء كان هو المستودع أو الأجنبى، لأن المستودع بتصرفه الغير المأذون به خرج عن الامانه و صار ضامنا، و لا ينافيه عدم الضمان لو تلفت بعد القسمة لأن الأمانه تعود بعد القسمة و إفراز المالين فليتدبر.

ثم ان الخلط و الامتزاج اما ان يكون اختياريا أو قهريا و الاختيارى اما ان يكون بإذن المودع أو بغير إذنه، اما بغير اذنه فقد تقدم و اما الواقع بإذنه أو قهرا فهو ما أنبأت عنه.

(ماده: ٧٨٩) إذا خلط المستودع الوديعه بإذن صاحبها على الوجه الذى ذكر فى الماده السابقه

أو اختلطت مع مال آخر بدون صنعه بحيث لا يمكن تفريق أحد المالين عن الآخر، مثلا-

إذا تهرى الكيس الذى فيه دنانير الوديعه داخل صندوق فيه دنانير آخر للمستودع مماثله لها فاختلفت المالان اشترك صاحب الوديعه و المستودع بمجموع الدنانير كل منهما على قدر حصته، و بهذه الصوره إذا هلكت أو ضاعت بلا تعد و لا تقصير فلا يلزم الضمان.

و حاصلها ان الوديعه إذا اختلفت بمال المستودع أو غيره بإذن المودع أو قهرا صارت شركه اختياريه أو قهريه و حكم الشركه ان تلفت- كلا أو بعضا- يكون على الشريكين و لا يضمن أحدهما للآخر إلا مع العدوان و حيث لا عدوان فلا ضمان.

و قد اختلفت مذاهب القوم، فالمنسوب الى أبى حنيفه: ان المال كله يكون للمستودع أو الأجنبي و يضمن حصه المودع و صاحبه أبو يوسف يقول: ان الكل يكون تابعا للأكثر و صاحبه يملك الجموع و يغرم للآخر.

و كلها أقاويل عاربه عن الدليل، و الحق ما ذكرناه فى الشركه و تجرى فى الفرض المزبور أحكامها.

(ماده: ٧٩٠) ليس للمستودع إيداع الوديعه عند آخر بدون اذن و إذا أودعها فهلكت صار ضامنا،

ثم إذا كان هلاكها عند المستودع الثانى بتقصير أو تعد منه فالمودع مخير ان شاء ضمنها للمستودع الأول و ان شاء ضمنها للثانى فإذا ضمنها للمستودع الأول فيرجع على الثانى بما ضمنها.

ظاهر العبارة ان الضمان على المستودع الأول فقط و هو قول

الحنفيه، لأن الثاني أمين الأول فلا رجوع عليه لا من المودع ولا من المستودع، أما بقيه فقهاء المذاهب فقد ذهبوا إلى أن المودع مخير بين الرجوع على الأول أو الثاني، فإن رجع على الثاني رجع الثاني على الأول ولا عكس، وهو قول الإماميه قاطبه، على قاعده توارد الأيدي على العين الواحده، هذا إذا هلك عند الثاني بغير تفريط، اما لو هلك بتفريطه أو تعديه فللمودع الرجوع على كل منهما اتفاقا و قرار الضمان على الثاني كما صرحت هذه ماده

(ماده: ٧٩١) إذا أودع المستودع الوديعة عند آخر

يأذن المودع خرج المستودع الأول من العهده و صار الثاني مستودعا.

فلا رجوع على الأول لو تلفت عند الثاني مطلقا.

(ماده: ٧٩٢) كما انه يسوغ للمستودع استعمال الوديعة بإذن صاحبها فله ان يؤجرها أو يعيرها و ان يرهنها أيضا،

و اما لو آجرها أو أعارها لآخر أو رهنها بدون اذن صاحبها فهلكت أو نقصت قيمتها في يد المستأجر أو المستعير أو المرتهن ضمن لو اختصر كل ذلك بكلمتين لكان أصح و أفصح فقال: كل تصرف من استعمال أو عقد على الوديعة بإذن صاحبها نافذ و بدونه باطل بل و ضامن ان دفعها الى المستأجر أو المستعير، و لا حاجه الى هذه التطويلات الممله أو المخله مثل:

(ماده: ٧٩٣) إذا أقرض المستودع دراهم الوديعة لآخر بلا اذن و لم يجز صاحبها ضمناها المستودع،

و كذا

لو أدى المستودع دين المودع الذى بذمته من الدراهم المودعه التى بيده فلم يرض المودع ضمن أيضا.

(ماده: ٧٩٤) يلزم رد الوديعه إلى صاحبها إذا طلبها

و مثونه الرد و التسليم اى مصارفهما و كلفتها عائده إلى المودع و إذا طلبها المودع فلم يسلمها له المستودع و هلكت أو ضاعت ضمنها المستودع لكن إذا كان عدم تسليمها وقت الطلب ناشئا عن عذر كان تكون حينئذ فى محل بعيد ثم هلكت أو ضاعت فلا يلزم الضمان.

عرفت قبلا- ان الوديعه أمانه مالكيه فلا- يجب ردها الا- مع الطلب بنفسه أو وكيله فيردها له أو لو كيله فى خصوص الرد و كان ينبغى ان يضم إليها.

[ماده: ٧٩٥] يرد المستودع الوديعه بذاته أو على يد أمينه

و إذا أرسلها و ردها بواسطه أمينه فهلكت أو ضاعت قبل وصولها للمودع بلا تقصير فلا ضمان

(ماده: ٧٩٦) إذا أودع رجلان مالا مشتركا لهما عند شخص

ثم جاء أحد الشريكين فى غيبه الآخر و طلب حصته من المستودع فان كانت الوديعه من المثليات إعطاء المستودع حصته و ان كانت من القيميات لا يعطيه إياها.

منع أبو حنيفه من إعطاء أحدهما بدون حضور الآخر مطلقا و فصل صاحبا هذا التفصيل، و لعل نظرهما الى ان إعطاء حصته من المثلى كالطعام و نحوه لا ضرر فيه و قسمته ممكنه بسهولة بخلاف القيمى

كالعبد و الجوهر، و يؤخذ عليهما ان اللازم حينئذ جعل المدار على إمكان القسمة و عدمها لا على المثلى و القيمي إذ رب مثلى لا يمكنه كالثوب و نحوه.

و على كل فالحق هو المنع مطلقا لأن إعطاء حصه أحدهما قسمه و المستودع حسب الفرض غير مفوض عليها و لا مأذون بها فيضمن نعم لو اذنا له في ذلك صح بلا اشكال، و لو دفع لأحدهما حصته في صوره عدم الجواز فتلفت اشترك الاثنان في الباقي و استقر الضمان على من تلفت الحصه في يده و يشتركان أيضا في بدلها.

(ماده: ٧٩٧) يعتبر مكان الإيداع في تسليم الوديعة

مثلا- لو أودع مال في (استانبول) يسلم في (استانبول) أيضا و لا يجبر المستودع على تسليمه في «ادرنه». و هذا واضح.

(ماده: ٧٩٨) منافع الوديعة لصاحبها

مثلا- نتاج حيوان الوديعة- أى فلوه و لبنه و شعره- لصاحب الحيوان.

هذا واضح لان منافع العين لمالكها و لا- فرق في ذلك بين المنافع العينية كاللبن و الصوف و النتاج و بين الاعتباريه كسكنى الدار و ركوب الدابه.

و من الغريب هنا قول بعض الشراح.

أما غير المتولده كبديل الإيجار فهى إلى المستودع فإذا آجر المستودع الوديعة و أخذ أجرتها تكون له دون المودع و ان كانت غير طيبه و كذا إذا اتجر المستودع بالنقود المودعه و ربح بها فالربح له دون

(ماده: ٧٩٩) إذا كان صاحب الوديعة غائبا ففرض الحاكم من الدراهم نفقه

لمن يلزم صاحب الوديعة الإنفاق عليه بطلبه فصرف المستودع تلك النفقه المفروضه من الدراهم المودعه لا يلزم الضمان، و أما إذا صرف بدون أمر الحاكم فيضمن.

و من المعلوم ان الحاكم لا يحكم بهذا الحكم الا بعد تحقق مقدمات.

(منها) استحقاق النفقه.

و (منها) عدم إمكان مراجعه المودع.

و (منها) عدم وجود مال آخر له و هكذا.

كما انه لو تعذر أو تعسر مراجعه الحاكم كان لنفس المستودع ان ينفق منها على واجب النفقه و لكن مع أخذ الوكيل على دفع بدلها لو تبين ان المودع كان قد دفع النفقه أو كان المنفق عليه غير مستحق.

(ماده: ٨٠٠) إذا عرض للمستودع جنون بحيث لا يرجى إفاقته

و لو صحوه منه و كان قد استودع مالا قبل جنونه ثم لم يوجد عنده المال المذكور بعينه كان للمودع ان يعطى كفيلا ماليا و يضمونها من مال المجنون، ثم إذا أفاق المجنون فادعى رد الوديعة لصاحبها أو هلاكها بلا تعد و لا تقصير يصدق بيمينه و يسترد ما أخذ من ماله بدل الوديعة.

هذه القضييه الفرضيه مرجعها الى الحاكم الذى هو ولى المجنون و هى منوطه إلى نظره، و كل تصرف يكون فى ماله من غير اجازة الحاكم

فهو حرام باطل حتى لو وجد المودع عين ماله- أى الوديعة- لا يجوز له أخذها إلا بمراجعته الحاكم على الأحوط الا فى بعض الصور.

(ماده: ٨٠١) إذا مات المستودع و وجدت الوديعة عينا فى تركته تكون امانه فى يد وارثه فيردها لصاحبها

و اما إذا لم توجد عينا فى تركته فإن أثبت الوارث ان المستودع قد بين حال الوديعة فى حياته كان قال: رددت الوديعة لصاحبها، أو قال: ضاعت بلا تعد، فلا يلزم الضمان، و كذا لو قال الوارث: نحن نعرف الوديعة، و فسرنا ببيان أوصافها ثم قال: انها هلكت، أو ضاعت بعد وفاه المستودع، صدق بيمينه و لا ضمان حينئذ، و إذا مات المستودع بدون ان يبين حال الوديعة يكون مجهلا فتؤخذ الوديعة من تركته كسائر ديونه، و كذا لو قال الوارث، نحن نعرف الوديعة بدون ان يفسرها و يصفها لا يعتبر قوله: انها ضاعت، و بهذه الصورة إذا لم يثبت انها ضاعت يلزم الضمان من التركة.

لا- ريب ان الوديعة كالوكالة تبطل بموت كل من المودع و المستودع و حينئذ يجب على وارث المستودع بمجرد موته ان يرد العين الى المودع كما يجب على نفس المستودع ان يردها على وارث المودع لو مات لأنها خرجت عن الأمانة المالكية و صارت شرعية فلو لم يبادر الى ردها و تلفت ضمنها مطلقا حتى مع عدم التعدى و لا يصدق بدعوى التلف من غير تفريط حتى مع يمينه بل يلزمه الإثبات لو ادعى عدم التقصير فى المبادره على تأمل

و على كل فإطلاق (المجمله) انها تكون امانه فى يد وارثه على إطلاقه غير سديد.

و كذا قولها: لو قال الوارث نحن نعرف الوديعه و فسرها إلخ.

فلو مات المستودع و لم يعلم حال الوديعه لا تؤخذ من تركته الا بعد إقرار الورثه أو إثباتها عند حاكم الشرع و يمين المودع انه لم يسترجهها

(ماده: ٨٠٢) إذا مات المودع تسلم الوديعه لوارثه

لكن لو كانت التركه مستغرقة بالدين فيرفع الأمر إلى الحاكم فان سلمها المستودع الى الوارث بدون اذن الحاكم فاستهلكها هو ضمن المستودع.

(ماده: ٨٠٣) الوديعه إذا لزم ضمانها

فان كانت من المثليات تضمن بمثلها و ان كانت من القيميات تضمن بقيمه يوم لزوم الضمان.

عرفت مكررا انهم قسموا الأموال إلى مثليه و قيميه، و حكموا بأن المثلى يضمن بالمثل و القيمى بالقيمه، و عرفوا كلا- منهما بتعاريف لا- تخلو من نقاش، و ذكرنا ما عندنا فى هذا الموضوع، و ان الأصل فى ضمان كل مال هو المثل، فحيث يوجد مثله و جب مثليا كان أو قيميا و الا و جبت القيمه أيضا كذلك راجع (الجزء الأول) و لو أودع عنده سند الدين أو قبالة المهر أو صك ملكيه الدار أشكل قضيه الضمان، و لكن إذا كان ضياع السند يوجب فوات الدين و جحود الدائن فيمكن دعوى لزوم ضمان الدين عليه لانه قد فات

عليه بسببه و ان كان لا يخلو من اشكال.

و قد أهملت (المجله) على عاداتها مسائل الخلاف و التخاصم بين المودع و المستودع و غيرها و ها نحن نذكر المهم فى مواد.

(١) لو ادعى فى المال الذى بيد شخص أنه وديعه فأنكر فالقول قوله بيمينه.

(٢) لو اعترف بالوديعة و ادعى الرد أو التلف أو عدم التفريط أو الإنفاق عليها لحفظها أو اجره نقلها الى مكان حريز، أو ما يجرى هذا المجرى، ففي كل ذلك القول قول المستودع لما عرفت من انه محسن و أمين فيصدق بيمينه و ان كان مدعيا و لكن خرج عن قاعده المدعى بالإحسان.

(٣) لو أنكر الوديعة ثم اعترف بها و ادعى التلف لم يقبل قوله و عليه الإثبات لأنه خرج بالجحود عن الائتمان، و لكن لو ادعى ان الجحود كان لنسيان أو غرض آخر معقول يحلف على ذلك و على التلف أو الرد و يبرأ من الضمان، و هكذا لو ادعى الرد ثم ادعى التلف أو العكس (٤) لو اعترف ان المال لزيد و لكنه ادعى الوديعة و تلف بلا تفريط فلا ضمان، و لو ادعى زيد انه قد غصبه منه فالقول قول المقر بيمينه، و على مدعى الغصب الإثبات.

(٥) لو اعترف انه له و لكنه عاربه يملك منافعها و ادعى المالك انه وديعه فمنافعها له فالقول قول مدعى العاربه بيمينه على تأمل (٦) لو اعترف انه له و ادعى المالك انه إجاره و ادعى

المعترف أنه وديعه فالقول قوله بيمينه.

(٧) لو كان له عليه دين و له عنده وديعه بقدره فدفع ذلك المبلغ و قال: هو دينك و الوديعة تلفت يقبل قوله بيمينه.

(٨) لو ادعى اثنان ان العين التي هي بيد زيد وديعه لهما فاما ان يصدقهما فيدفعها لهما أو يعترف بها لأحدهما المعين أو المردد أو ينكرهما معا، فان اعترف بها لمعين دفعها له و انحصرت بينه و بين الآخر الدعوى ان ادعى كل منهما الاختصاص و الا اشتركا.

و ان اعترف لأحدهما المردد بقيت بيده الى ان تنتهي الدعوى بينهما فيدفعها لمن حكم له الحاكم، و ان أنكرهما معا توجه اليمين عليه لكل واحد منهما، فان لكل حلفا و كان المال بينهما ان ادعيا الاشتراك، و الا بقي بيده أو يدفعه للحاكم الى ان تنتهي الخصومة بينهما، و ان حلف لواحد و نكل عن الآخر حلف و أخذ المال، و لو نكل حلف الآخر و أخذه (٩) لو تنازعا فقال أحدهما للآخر: ان الذي دفعته لي هو ديني عليك، و قال الآخر: بل هو وديعه يلزمك ان تردّها لي و المسألة لا تخلو من غموض و لا يبعد ترجيح قول مدعى الوديعة لأصالة عدم الدين و لاعترافه بان يده متفرعه و مسبوقه بيد الآخر، و مع ذلك فهي محتاجة إلى التأمل.

و لعل هناك صوراً أخرى للخلاف و في ما ذكرنا كفايه.

الباب الثالث (فى العارىه)

اشاره

(و يشتمل على فصلين)

(الفصل الأول) فى (المسائل المتعلقة بعقد الإعاره و شروطها)

اشاره

[و هاهنا مباحث]

(الأول) ان (المجله) أدمجت العارىه فى مباحث الوديعه،

و جعلتها- أى العارىه- بابا من أبواب الوديعه نظرا للقدر الجامع بينهما، و انهما من أصل واحد- و هو الامانه- و غفلوا عن البون الشاسع بينهما، و الفرق العظيم، و ان الوديعه ضد العارىه تماما ضروره أن الوديعه ائتمان المالك، و العارىه ائتمان لمصلحه القابض و لهذا اختلفا فى الأحكام فدعوى الرد يقبل باليمين فى الوديعه، و لا يقبل فى العارىه، و كذا دعوى التلف و نحوه.

و «الحاصل» الاولى أفراد العارىه بكتاب مستقل كما صنعه

عامه فقهاثنا، و هذا سهل لا أهميه له، انما المهم و المشكل جدا معرفه ان العاريه عقد يحتاج إلى إيجاب و قبول، أو هو إيقاع يكفى فيه الصيغه من المالك، و لعل هذا يبتنى على قضيه تعرف حقيقه هذا العقد و انه هل هو تمليك المنافع أو إباحه و رخصه فى الانتفاع لا غير فهى على الأول عقد و على الثانى إيقاع، و عند تدقيق النظر، و تعمق الفكر لا تجد العاريه عند العرف تفيد أكثر من جواز الانتفاع لا أقل و لا أكثر و ليس لها نظر الى قضيه التمليك أصلا، و كذا لو ان المستعير وهب المنافع أو صالح عليها أو نقلها بغير اذن المالك أو إجازته إلى الغير بأحد الأسباب الناقله كان ذلك عدوانا منه و عملا باطلا، و لو انه ملك المنافع بالعاريه لجاز له كل ذلك فليتدبر.

(الثانى) انهم ذكروا ان (العاريه) تشدد و تخفف - من التعاور

بمعنى التداول من يد الى يد مثلها العاره و الجمع عوارى و فعلها اعتور أو من أعاره اعاره بمعنى أخذه و ذهب بسرعه و ربما رجع الى الأول أو من عراه بمعنى قصده أو من العار و هو اروهن الجميع فان العار بائى و العاريه و أوى و لذا تجمع على عوارى و لا- يحسن اطاله البحث فى هذا فان معنى العاريه استعمالا عند الشرع و العرف اجلى من كل تلك المآخذ، و له اطلاقان (أحدهما) عند المشرعه اعنى الفقهاء حيث يقولون كتاب العاريه و احكام العاريه و أمثال ذلك فإنهم يريدون به ذلك العقد أو الإيقاع الذى يفيد تمليك المنافع أو إباحتها مجانا (ثانيهما) عند

العرف حيث يقولون هذا الثوب عاريه و هذا الكتاب مستعار أو عاريه و يريدون به العين التي أباح المالك منافعها أو ملكها لغيره مجاناً فهي تطلق على اسم المعنى مره و على اسم العين اخرى و أصح مأخذها التعاور بمعنى التداول سواء جعلناها مصدراً أو اسم مصدر أو اسم عين.

(الثالث) ان الظاهر من مصاديق العاريه المتداوله بين الناس انها إباحه الانتفاع بالعين مجاناً

فهي إلى الإيقاع أقرب منها إلى العقد و لكن المشهور بين الفريقين انها من العقود و هو صريح المجله ماده «٨٠٤» الإعارة تنعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى مثلاً لو قال شخص لآخر أعرتك مالى هذا أو قال أعطيتك إياه عاريه فقال الآخر قبلت أو قبضه و لم يقل شيئاً أو قال رجل لإنسان أعطني هذا المال عاريه فأعطاه إياه انعقدت الإعارة، و هذا هو الذى يظهر من «المحقق» فى الشرائع حيث قال رضوان الله عليه: و هي عقد ثمرته التبرع بالمنفعه- و لكنه أصاب حيث قال فى آخرها: و لا يجوز اعارة العين المستعارة إلا بإذن المالك و لا إجارتها لأن المنافع ليست مملوكة للمستعير و ان كان له استيفاؤها (انتهى) و قد رد بهذا كل من توهم أو عبر عن العاريه بأنها تمليك المنفعه للمستعير و من تأمله وجده كالصريح فى ان حقيقتها إيقاع و ان وقعت بصوره العقد و اشتملت على الإيجاب و القبول فإنه صوره عقد لا عقد حقيقه و لا ينبغى الريب فى هذا كما لا ريب فى جريان المعاطاه فيها عقداً كانت أو إيقاعاً فالعقد يقع كما تشعر به هنا عبارته «المجله»

بكل ما دل عليها من الألفاظ شأن العقود الجائزه عموما و ان كان أقصى ما تنتهى العاريه إليه هو الأذن- و الاذن لا يحتاج إلى إيجاب و قبول، و أيضا فإن العقود التزامات و تعهدات و العاريه لا التزام فيها و لا تعهد نعم لا مانع من وقوعها بصورة العقد كما عرفت. و من الغريب ان السيد الأستاذ قدس سره فى (العروه) تردد فى جمله من العقود التى لا- ينبغى الريب فى عقيدتها كالضمان و الحوالة و الوكاله ثم جزم أخيرا بأنها إيقاعات و لم يذكر العاريه منها و هى أحق بالذكر و الجزم بكونها إيقاعا أما تلك العقود فلا- ريب فى كونها عقودا و لا- سيما الضمان و الحوالة، و على كل فأحراز الرضا الفعلى من المالك قولا و فعلا بانتفاع شخص بماله كاف فى جواز التصرف و الانتفاع و يكون عاريه و تجرى عليه أحكامها سواء كانت عقدا أو إيقاعا كما صرح به المحقق فى عبارته المتقدمه فتدبره جيدا.

ماده «٨٠٥» سكوت المعير لا يعد قبولا

فلو طلب شخص من آخر اعاره شىء فسكت ثم أخذه المستعير كان غاصبا،،، السكوت لا يعد قبولا و لا يدل على الرضا الا فى موارد مخصوصه يكون شاهد الحال فيها دليلا على الرضا اما السكوت بذاته فلا يدل على شىء و قد تقدم فى الجزء الأول فى القواعد الكلبيه، ماده (٦٧) لا ينسب الى ساكت قول لكن السكوت فى معرض الحاجه بيان.

و القصارى انه لا خصوصيه فى العاريه و لا غيرها فى عدم الاكتفاء بالسكوت و ان المدار فى جميع مواردده على القرائن الحاليه فإن دلت على

الرضا فهو و الا- فالسكوت ليس له أى أثر، و من هنا يندفع سؤال الفرق بين الوديعة و بين العاربه حيث اكتفت (المجله) بالسكوت فى الأولى دون الثانيه كما نصت عليه ماده (٧٧٣) فان القرينه هناك دلت على الرضا لا السكوت و لو حصل فى العاربه لكفى لكنها فى الغالب لا تحصل فافهم هذا جيدا.

ثم ان من المتفق عليه ان العاربه كالوديعة عقدا كانت أو إيقاعا جائزه بمعنى ان للمعير أن يرجع متى شاء لأنها فى الحقيقه ليست إلا الاذن بالتصرف كما عرفت و تعرف فى ماده (٨٠٦) و للمستعير أن يرجع عن الإعاره متى شاء، و ماده (٨٠٧) تنسخ الإعاره بموت المعير و المستعير.

بل يرتفع الاذن بموت أحدهما لزوال الموضوع و التعبير بالانفساخ تسامح

ماده (٨٠٨) يشترط كون المستعار صالحا للانتفاع به

بناء عليه لا تصح اعاره الحيوان النادر الفار و لا استعارته،، ان كان الحيوان الفار مما يستبعد فى العاده عوده كالطير الوحشى الذى صاده ثم طار أو السمك الذى رجع الى الماء كانت العاربه لغوا لعدم موضوع لها و ان كان مما يمكن عوده عاده أو يمكن و لو للمستعير تحصيله فلا مانع من صحه العاربه.

ماده (٨٠٩) يشترط كون المعير و المستعير عاقلين مميزين

و لا يشترط كونهما بالغين بناء عليه لا يجوز اعاره المجنون و لا الصبى غير المميز أما الصبى المأذون فيجوز إعارته و استعارته

اعتبار قيد التمييز بعد اعتبار قيد العقل مستدرك عند اولى التمييز اما عند الإماميه فالبلوغ معتبر فى جميع المعاملات ولا يكفى التمييز إلا- فى موارد مخصوصه كوصيه من بلغ عشرا و نحوها من اعمال البر و المعروف و يمكن على القول بأن العاريه إباحه اندراجها فى ذلك على تأمل.

ماده (٨١٠) القبض شرط فى العاريه

فلا حكم لها قبل القبض، لم نجد لفقهاءنا و لا لفقهاء المذاهب نصا على هذا الشرط و بناء على كونها عقدا فحال القبض بالنسبه إليها حال سائر العقود اما بناء على كونها إباحه و رخصه فلا معنى لاعتبار القبض فيها أصلا كما هو واضح

ماده (٨١١) يلزم تعيين المستعار

و بناء عليه إذا أعار شخص احدى دابتين بدون تعيين و لا تخيير لا تصح الإعاره بل يلزم ان يعين المعير منهما الدابه التى يريد إعارتها لكن إذا قال المعير للمستعير خذ أيهما شئت عاريه و خيره صحت العاريه،، ليس معنى هذا لزوم التعيين بل معناه ان الإبهام مفسد للعاريه فإذا أعاره احدى الدابتين و جعل الخيار له أو للمستعير صح لعدم الإبهام فتتوجه العاريه الى ما يقع عليه الاختيار اما لو أعاره واحده منهما من دون تعيين و لا تخيير بطلت للإبهام فتأمله فإنه لا يخلو من دقه.

الفصل الثاني (في بيان أحكام العاربه و ضماناتها)

ماده (٨١٢) المستعير يملك منفعه العاربه بدون بدل

بناء عليه ليس للمعير ان يطلب من المستعير اجره بعد الاستعمال،، هذا هو قوام حقيقه العاربه و هو اما إباحه المنافع أو تملكها بلا عوض و هذا هو الفارق بينها و بين الإجاره

ماده (٨١٣) العاربه امانه في يد المستعير

فإذا هلكت أو ضاعت أو نقصت قيمتها بلا تعد و لا تقصير لا يلزم الضمان مثلا إذا سقطت المرآه المعاره من يد المستعير قضاء بلا عمد أو زلقت رجل المستعير فانصدمت على مرآه فانكسرت لا يلزمه الضمان و كذا لو وقع على البساط المعار شىء فتلوث به و نقصت قيمته فلا يضمن،، من الشائع المعروف على السنه المتفقهه عندنا ان العاربه لا تضمن إلا عاربه الذهب و الفضه و الا مع الشرط و هى العاربه المضمونه و الظاهر ان هذا مما تفردت به الإماميه فقد تظافت نصوص أهل البيت (ع) ان العاربه لا تضمن الا ما كان من ذهب أو فضه فهى مضمونه الا ان يشترط عدم ضمانها فأسباب ضمان العاربه ثلاثه (الأول) التعدى

و التفريط (الثاني) اشتراط ضمانها (الثالث) كونها من ذهب أو فضه و ان لم يشترط الا ان يشترط عدمه و موارد التعدي لا تعد و قد أشارت المجله الى بعضها فى ماده (٨١٤) إذا حصل من المستعير تعد أو تقصير بحق العاربه ثم هلكت أو نقصت قيمتها فبأى سبب كان الهلاك أو النقص يلزم المستعير الضمان الى قولها: و كذلك إذا استعار إنسان حليا فوضعه على صبى و تركه بدون ان يكون عند الصبى من يحفظه فسرق الحلى فإن كان الصبى قادرا على حفظ الأشياء التى عليه لا يلزم الضمان و ان لم يكن قادرا لزم المستعير الضمان،، كل ذلك لان التقصير و التجاوز يخرج عن الامانه فيكون ضامنا مطلقا سواء كان التلف سماويا بعد ذلك أو غير سماوى كما ان وضع الحلى المستعار على الصبى بغير اذن المعير تقصير يوجب الضمان بالتلف مطلقا.

ماده (٨١٥) نفعه المستعار على المستعير،

بناء عليه لو ترك المستعير الدابه المعاره بدون علف فهلكت ضمن، تقدم فى صفحه ١٦٦ من الجزء الثانى احتمال ذلك و لكنه محل نظر بل الأصل الأولى يقتضى كونها على المالك و الا كانت أشبه بالإجاره التى هى تمليكك بعوض هذا مع الإطلاق اما مع الشرط فلا ريب انه هو المتبع.

ماده (٨١٦) إذا كانت الإعاره مطلقه اى لم يقيدها ..

حاصل هذه ماده و التى بعدها ان العاربه تاره تقع مطلقه فتقيد بالعرف و العاده فلو تجاوزهما و عطبت ضمن و تاره تقع مقيده فلو تجاوز القيد

ضمن مطلقا سواء تجاوزه إلى المساوى أو الأعلى أو الأدنى و لا حاجة الى كل ذلك التطويل، و من هنا تعرف الخلل فى ماده (٨١٨) إذا قيدت الإعاره بنوع ..

فان ذكر المعير لنوع من الأنواع ان كان على نحو القيد لا يجوز التجاوز عنه حتى إلى الأدنى و الأخف لعدم الاذن فيه غايته ان قرائن المقام غالبا تدل على ان المراد بالقيد هو التحديد بالنسبه إلى الأشد لا-الأخف و ان الملحوظ رعايه العنايه بالعين و المحافظه عليها اما مع الشك و عدم القرينه المفيده للعلم فلا يجوز التعدى. و أوهى من هذا كله ما فى ماده (٨١٩) إذا كان المعير أطلق الإعاره بحيث لم يعين ..

فقد مرت عليك الإشاره الى أن إطلاق العاريه يقتضى اقتصار المستعير فى الانتفاع بنفسه و لا يجوز التعدى إلى غيره الا ان يصرح له بالتجاوز فإن العاريه سواء كانت تمليكا أو إباحه هى على خلاف الأصل لأنها تمليك مجاني، فالقدر المتيقن من قول المالك أعرتك حجرتى جواز سكنه فيها بنفسه أو مع من يتصل به عادة و لا يشمل الأجنبى قطعا و لو أعاره الفرس لا يجوز ان يدفعها المستعير ليركبها غيره الا مع تصريح المالك، و من هذا يظهر الاضطراب فى ماده (٨٢٠) يعتبر تعيين المنتفع فى إعاره الأشياء التى تختلف باختلاف المستعملين و لا يعتبر فى إعاره الأشياء التى لا تختلف به الا انه ان كان المعير نهى المستعير عن ان يعطيه لغيره فليس للمعير ان يعيره لآخر يستعمله، مثلا

لو قال المعير للمستعير أعرتك هذا الفرس لتركبه أنت فليس له ان يركبه خادمه، و أما لو قال له أعرتك هذا البيت لتسكنه أنت كان للمستعير ان يسكنه و ان يسكن فيه غيره، لكن إذا قال له أيضا لا تسكن فيه غيرك فليس له حينئذ ان يسكن فيه غيره.

و مجال النظر فيها من وجهين (الأول) ان اعتبار تعيين المنتفع فى إعارة الأشياء التى تختلف باختلاف المستعملين ممنوع بل غايته ان المعير ان عين شخصا تعين و ان أطلق انصرف الى المستعير بنفسه و لا يجوز ان يتجاوز الى غيره (الثانى) ان جعل الفرس مما يختلف و البيت مما لا يختلف أيضا محل منع فان الساكنين أيضا يختلفون باستعمال البيوت فلو قال له أعرتك البيت فظاهر هذا اختصاص العاربه به فلا يجوز ان يسكنها صديقه أو قريبه إلا بإجازة صريحه خاصه أو عامه (و القصارى) ان المتبع مقدار الأذن و أخذ المتيقن من كلامه، و كل مورد يشك فيه فالأصل عدم الجواز و عليه يبنى ماده (٨٢١) لو استعير فرس بان يركب الى محل معين الى آخرها.

فإن العاربه و الأذن مع الإطلاق ينصرف الى المتعارف و يبقى غيره مشكوكا و الأصل عدم الجواز فلو تجاوز المتعارف ترتب الضمان عليه بالتلف حتى مع عدم التعدى و التفريط.

ماده «٨٢٢» إذا طلب شخص من امرأه اعارة شىء هو ملك زوجها فاعارته إياه بلا اذن الزوج فضاع

فان كان ذلك الشىء

مما هو داخل البيت و فى يد الزوج عاده لا يضمن المستعير و لا الزوجه أيضا و ان لم يكن ذلك الشىء من الأشياء التى تكون فى يد النساء كالفرس فالزوج مخير ان شاء ضمنه لزوجه و ان شاء ضمنه للمستعير.

العباره مضافا الى سوء التعبير من حيث العرييه فى ضمنه لزوجه- قاصره عن بيان المراد، و محصلها ان المرأه إذا أعارت شيئا من أثاث البيت الذى هو فى ملك الزوج و لكنه فى يدها لانه من مرافق الحياه البيتيه فاعارته و تلف عند المستعير من غير تقصير فلا ضمان عليها و لا على المستعير و ان لم يكن فى يدها كالفرس و الكتاب مثلا فالزوج مخير بين تضمين الزوجه و ترجع على من تلف المال بيده أو تضمين المستعير فان كان مغرورا منها رجع عليها و الا فلا و لكن عدم الرجوع فى الشق الأول مشروط بوجود اذن الفحوى و قرائن الحال برضا الزوج ان تعير شيئا مما فى يدها من أمواله و الا فهى ضامنه أيضا و من هنا تعرف القصور أيضا فى عباره المجمله هنا لفظا و معنى.

ماده (٨٢٣) ليس للمستعير ان يؤجر العاريه و لا ان يرهنها

بدون اذن المعير فإذا استعار مالا- ليرهنه على دين فى بلد فليس له ان يرهنه على دين فى بلد أخرى فإذا رهنه فهلك لزمه الضمان.

و هذا يكشف عن عدم ملكيه المستعير للمنافع و الا فلو كان مالكا لها لجاز نقلها الى غيره بإجاره و صلح أو غيرهما اما الرهن فلا يصح بدون الأذن الصريح لان الرهن يقف على المالك و المستعير غير مالك

ماده (٨٢٤) للمستعير ان يودع العاريه عند آخر

فإذا

هلكت فى يد المستودع بلا تعد و لا تقصير لا يلزم الضمان مثلا إذا استعار دابه على ان يذهب بها الى محل كذا ثم يعود فوصل الى ذلك المحل فتعبت الدابه و عجزت عن المشى فأودعها عند شخص ثم هلكت حتف أنفها فلا ضمان، هذا على إطلاقه ممنوع بل هو مقيد بصوره الحاجه و الضروره و حيث يتوقف الحفظ على إيداعها اما مع عدم ذلك فلا يجوز له ان يودعها عند الغير فإنه تصرف غير مأذون فيه فلو تلف كان مضمونا.

ثم ان المواد المذكوره هنا فى المجله من ماده (٨٢٥) إلى (٨٣١) كلها واضحه لا تعليق لنا عليها سوى ماده الأخيره «٨٣٢» إذا كانت إعاره الأرض للزرع سواء كانت موقته أو غير موقته ليس للمعير ان يرجع بالإعاره و يسترد الأرض قبل وقت الحصاد،، هذا يوشك ان يكون تهافتا مع ماده التى قبلها الظاهره فى أن له الرجوع فى الموقته مطلقا غاية انه يضمن التفاوت.

ثم ان العاربه إذا كانت موقته الى شهر مثلا و تأخر وقت الحصاد بعده الى شهرا و اثنين ثم رجع المعير فاللازم على المستعير اما ان يقلع الزرع و يجعله قصيلا أو يعطى اجره المده الباقية إلى الحصاد و كذا لو كانت غير موقته فإن عدم التوقيت لا يجعلها لازمه على المعير بل له الرجوع متى شاء على أصل قاعده العاربه المطلقه نعم فى الموقته يمكن ان يقال انه لا يجوز له الرجوع فى أثناء المده لأن التوقيت كالترام

ضمنى فلا بد من الوفاء به و يمكن المناقشه فيه بأنه و ان كان التزاما لكنه غير لازم و لا وقع شرطا فى ضمن عقد لازم،، الى هنا
انتهت مباحث العاريه (و لله الحمد و المنه)

ص: ٥٨

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَ لَهُ الْحَمْدُ

الكتاب السابع في الهبه

اشاره

يشتمل على مقدمه و بايين

المقدمه فى بيان الاصطلاحات الفقهيه المتعلقه بالهبه

اشاره

ماده (٨٣٣)

الهبه:

تمليك مال لآخر بلا عوض و يقال لفاعله واهب، اعلم ان معنى الهبه و مشتقاتها حسب استعمالها اللغويه واسع الى مدى شاسع و أقرب عبارته تعرب عنه هو العطاء و النحله المشوب برشحه من الإحسان و التفضل سواء كان المعطى مالا أو غيره عينا أو غيرها فيصح ان تقول بلا تكلف و عنايه وهبتك ودى كما تقول وهبتك مالى و يصح ان تقول وهبنى الله ولدا كما تقول وهبنى عزا و ملكا (فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا يَرْتِي) - (وَ وَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَ يَعْقُوبَ) كلها استعمالات حقيقيه لا تجوز فيها أصلا، نعم اختصت الهبه فى لسان الشرع و المتشرعه بتمليك العين بلا عوض كما سيأتى و هو المراد هنا،، و كما ان البيع و الإجاره هما أصل عقود المعاوضات أى الأصل فى مبادله المال

بالمال فكذلك الهبه و العاريه هما الأصل فى عقود المجانيات و هما أظهر و أشهر ما يقع به تملك العين أو المنفعه بلا عوض بناء على اندراج العاريه فى العقود على المشهور- و ان كان الأصح عندنا ان حقيقتها اذن و إباحه كما سبق، و على كل - فالهبه هى الأصل فى تملك الأعيان بلا عوض. فالهبه فى الأعيان كالعاريه فى المنافع، و العاريه- الأصل فى إباحه المنافع أو تملكها مجانا. و قد شاع عند الفقهاء تعريف الهبه بأنها تملك مال بلا عوض و فيه نوع تسامح و إجمال يحتاج الى توضيح و تشریح فنقول- ان تملك المال عينا أو منفعه بل أو حقا حيث يكون من الحقوق القابله للانتقال- اما ان يكون بإزاء عوض مالى أولا- فالأول يقع بعقد البيع و الإجاره و الصلح- و الثانى و هو التملك بغير عوض مالى اما ان يكون بعوض لنفس التملك فهو الهبه المعوضه فإن العوض فيها كما عرفت لنفس الهبه لا للعين الموهوبه- و من هنا دخلت الهبه المعوضه فى مطلق الهبه و صارت من أقسامها.

و اما ان يتجرد عن العوض المالى فاما ان يكون بقصد الأجر و الثواب و هو الصدقه بالمعنى العام- فان كان تملكها طلقا فهو الصدقه بالمعنى الخاص. و ان كان تملك العين مقيدا ببقائها و دوامها اى وقوفها و عدم نقلها فهو الوقف. و ان كان للمنفعه فقط مدته عمر أحدهما أو مدته معينه فهى العمرى أو الرقبى و اما ان يتجرد حتى عن الأجر فإن كان بصوره العقد إيجابا و قبولا فهى الهبه و اما ان يكون بصوره الإرسال من غير عقد فهو الهديه و ان لم يكن لا هذا و لا ذاك فهو العطيه و ان

كانت لرحم فهو النحلة، هذه أصول معانى هذه الألفاظ بحسب وضعها اللغوى، و قد يقوم بعضها مقام بعض بحسب استعمالها العرفى، و لكن قد اتضح لك ان تملك المال بلا عوض الذى عرفوا به الهبه هو القدر الجامع و المقسم الكلى الذى يعم الهبه و غيرها حتى الصدقه و الوقف فضلا عن الهديه و العطيه و الأمر فى كل ذلك سهل انما المهم ان تعرف ان جميع هذه الأقسام داخله فى التملك المجانى فلا يشته عليك الأمر بالإباحه و الرخصه و الاذن بالانتفاع فإنها اجمع أجنبيه عن تلك الأنواع بالكليه و هى فى قبالها حتى الرخصه فى أكل المال و استهلاكه فتدبره.

و قد تحصل من جميع ذلك ان الهبه عقد يفيد تملك المال فعلا بلا عوض له أصلا، فيخرج الهديه و العطيه و النحلة لأنها ليست عقودا.

و الوصيه فإنها و ان أفادت التملك المجانى و لكن معلقا على الموت لا فعلا كما خرج بقيد عدم العوض البيع و الإجاره و الصلح و الوقوف و الصدقات و دخلت الهبه المعوضه فإنها تملك مال بلا عوض للمال. اما الرشوه فهى عطيه و لكنها عطيه محرمة و العطايا المحرمة كثيره. نعم يبقى الكلام فى العاريه فإن جعلناها عقد تملك للمنافع و عمنا الهبه للمنافع تداخلتا و ان خصصنا الهبه بالأعيان أو جعلنا العاريه إذنا و إباحه لا عقدا و لا تملك افترقنا.

(ماده: ٨٣٤)

الهديه:

هى المال الذى يعطى لأحد أو يرسل إليه إكراما، و قد عرفت ان الغالب فى الهديه الإرسال و هو غير العطيه و قد يستعمل الهديه فى مورد الإعطاء تسامحا.

الصدقه:

هي المال الذي وهب لأجل الثواب.

يعني العطاء الذي يقصد به القرب الى الله جل شأنه و طلب المثوبه منه و لا- يلزم فيها الإيجاب و القبول و تلزم بمجرد الدفع بقصد القربه مع القبض و هذه هي الصدقه بالمعنى الخاص بل الأخص الذي يمتاز عن الوقف و أخواته من الصدقات التي لا تتحقق الا بالعقد عند المشهور

الإباحه:

اشاره

عباره عن إعطاء الرخصه و الاذن لشخص ان يأكل أو يتناول شيئاً بلا عوض، و هذا غير التمليك و الفرق مثل الصبح واضح فان المالك يتصرف كيف شاء و المأذون لا يتصرف الا على حد الاذن و مقدار الرخصه فلا يقدر على البيع فضلا عن غيره الا بإذن خاص.

الباب الأول (فى بيان المسائل المتعلقة بعقد الهبه

و يشتمل على فصلين) الفصل الأول فى بيان المسائل المتعلقة بركن الهبه و قبضها الكلام فى الهبه يلزم ان يقع فى أربع نواح-
الواهب- الموهوب له العين الموهوبه- عقد الهبه و شروطه و حكمها من جواز أو لزوم أو غيرهما و قد تعرضت «المجله» للعقد
أولا و هو ركنها الأعظم فى

ماده (٨٣٧) تنعقد الهبه بالإيجاب و القبول و تتم بالقبض،،،

اعلم ان جميع العقود المجانيه التى مر عليك عناوينها لا- يترتب عليها أى أثر إلا- بعد القبض فهو ركنها الأعظم و شرطها أو
شرطها الأهم، اى أهم حتى من الإيجاب و القبول الا ترى- ان الهبه مثلا يترتب عليها أثرها المهم و هو التملك بغير إيجاب و
قبول كما لو أنشأ الهبه بالإعطاء مع القبض فإنها تفيد الملكيه كما تفيدها المعاطاه فى البيع على المشهور بخلاف ما لو حصل
الإيجاب و القبول بدون قبض فإنه لا اثر لهما أصلا فركنيه القبض فى هذه العقود أهم من ركنيه الإيجاب و القبول بل ينسب الى
بعض عدم الحاجه الى القبول و كفايه الإيجاب، وحده فتكون عنده من

الإيقاعات و هو شاذ. اما اعتبار القبض فى مطلق العقود المجانيه و خصوص الهبه فالظاهر انه موضع اتفاق المسلمين و عند عامه المذاهب و اخبار الفريقين به متطافره. و فى النبوى المشهور (لا- تجوز الهبه إلا- مقبوضه) و لعل حكمه التشريع فى ذلك ان الشارع الحكيم حيث وجد المجانيات محض تفضل و إحسان و بذلا للمال بلا عوض أراد ان يعطى الواهب الباذل فسححه للرؤيه. و مجالاً للتدبر و ربما بدا له العدول بعد الإيجاب و القبول، فلو لزم عليه بالقول وحده لكان ضيقاً و حرجاً عليه و تضييعاً لماله لذلك لم يكتف بالقول حتى يتبعه بالفعل اعنى الدفع من الباذل و القبض من المبذول له «و لو قيل» يكفى لهذا الغرض جعل العقد جائزاً فيرجع متى شاء (قلنا) أ ليس الرجوع بعد حصول الملكيه قبيحاً شرعاً كما هو كذلك عرفاً، و الراجع فى هبته كالراجع فى قيئه فدفعا لهذا القبح و هذه الحزازه لم يجعل العقد بنفسه مؤثراً أصلاً كى لا يحتاج الى الرجوع كما فى العقد الجائز فإن أقبض نفذ و الا فلا، و هذا كله بخلاف عقود المعاوضات لمكان العوض فيها بخلافه هنا فليتدبر، و ظهر بما ذكرنا ان حق التعبير فى (المجله) ان تقول: لا تنعقد الهبه بالإيجاب و القبول قبل القبض أو ما يؤدى ذلك

ماده «٨٣٨» الإيجاب فى الهبه هو الألفاظ المستعمله فى تمليك المال مجاناً ككرمت و وهبت و أهديت.

و قد مر غير مره ان خاصيه العقود الجائزه كفايه كل لفظ يدل عليها حقيقه أو مجازاً مع القرينه و قصد إنشاء معنى ذلك العقد بل يمكن

دعوى ذلك حتى فى العقود اللآزمه و انهما لا- تختص بصيغ خاصه كما سبق فى الجزء الأول و كيف كان فالهبه و الصدقه بالمنقول لا تختص بصيغه معينه و يكفى فيها كل ما دل عليها مثل خذه و هو لك مجاناً و ما أشبه ذلك و لا فرق فى ذلك بين الزوج و الزوجه أو غيرهما و المدار على القرائن حاله أو مقالیه بل يكفى قصد إنشاء التملك بالفعل اعنى العطاء فيكون هبه معاطيه كما فى ماده «٨٣٩» تنعقد الهبه بالتعاطى أيضاً،، و لو قال بالعطاء أو الإعطاء لكان أحسن.

و انما تنعقد بالعطاء حيث تكون هناك قرينه قاطعه و الا- فلا فمجرد الإعطاء لا يكفى فى الحكم بأنه هبه بل يبقى على ملك الأول بالاستصحاب حتى يحصل اليقين كما ان بالعطاء تتم الهبه و لا حاجه الى القبول؟؟؟

القبض قبول فعلى كما فى ماده (٨٤٠) الإرسال و القبض فى الهبه يقوم مقام الإيجاب و القبول لفظاً، و ماده «٨٤١» القبض فى الهبه كالقبول فى البيع.

و كان الأولى جمع هذه المواد الثلاث فى ماده واحده بل بكلمه واحده فتقول مثلاً: تنعقد الهبه بالعقد و القبض و تتحقق أيضاً بالعطاء و القبض و كل ما ذكرته المجله هنا زياده مستدركه.

ثم ان المشهور عند فقهاء الإماميه ان القبض المعتبر فى صحه الهبه يشترط فيه ان يكون بإذن الواهب فلو قبضه المتهب بدون اذنه لم يكن له أثر فى الصحه و عللوه بعلمه معقوله و هى ان العين بعد العقد قبل القبض حيث انها باقيه على ملك الواهب فقبض المتهب لها تصرف بمال الغير

بدون اذنه و هو حرام فلا- يترتب عليه أثر شرعى، و هى و ان أمكن المناقشه فيها و لكنها ببعض الاعتبارات التى مرت بالإشاره إليها متجهه بل و قويه، فما قواه السيد الأستاذ (ره) فى ملحقات العروه من عدم لزوم الاذن هو الى الضعف أقرب منه الى القوه وفاقا لما نصت عليه (المجله) فى ماده (٨٤٢) يلزم اذن الواهب صراحه أو دلالة فى القبض.

و وجهه ما عرفت من بقاء ملكيه الواهب فلا- يجوز للمتهب قبض العين بدون اذن مالکها و لو تلفت فى يده كان ضامنا و لو اعترف الواهب بالاذن و أنكر الإذن بالقبض كان القول قوله- فما ذكرته (المجله) من اعتبار الاذن صحيح و لكن ما فى ماده (٨٤٣) إيجاب الواهب اذن بالقبض دلالة.

على إطلاقه ممنوع بل ان اقترن الإيجاب بقرينه تدل على الاذن كفى و الا- فلا- اما صرف الإيجاب فلا دلالة فيه على الاذن بالقبض أصلا بشىء من الدلالات الثلاث إذ الدلالة فرع التلازم و لا تلازم بين الأمرين بجميع الوجوه «و دعوى» ان مقصود الواهب لما كان هو إثبات ملكيه الموهوب بعقد الهبه فيكون الإيجاب تسليطا على القبض تحصيليا لمقصوده ففى الإيجاب دلالة على الاذن بالملازمه (مدفوعه) بان كون قصده إثبات الملكيه إنشاء مسلم و لكن كون قصده تحقيقها بالفعل غير مسلم و الملازمه تأتى على الثانى لا الأول فتدبره.

و قول (المجله) و اما إذنه صراحه فهو قوله خذ هذا المال فانى وهبتك الى آخره هو من الواضحات الغنيه عن البيان انما البحث فيما ذكره في ماده (٨٤٤) إذا اذن الواهب صراحه بالقبض فيصح قبض الموهوب له المال الموهوب في مجلس الهبه و بعد الافتراق و اما إذنه بالقبض دلالة فمقيد بمجلس الهبه و لا يعتبر بعد الافتراق مثلا لو قال وهبتك هذا و قبضه الموهوب له في ذلك المجلس يصح و اما لو قبضه بعد الافتراق فلا يصح. كذلك لو قال وهبتك المال الذى هو فى المحل الفلانى و لم يقل اذهب و خذه فإذا ذهب الموهوب له و أخذه لا يصح فإن التفرقه بين الاذن صراحه فيصح القبض حتى بعد الافتراق و بين الاذن دلالة فمقيد بمجلس الهبه تحكم صرف و تفرقه من غير وجه فارق إذ المدار على الاذن و وجود ما يدل عليه و بعد حصول الدلالة فأى فرق بين الكنايه و التصريح و لعلها أبلغ، و الحق عندنا معشر الإماميه ان المعتبر هو الاذن فإذا حصل العلم به من اى طريق كفى فى الصحه سواء قبض فى مجلس الهبه أو فى مجلس آخر و سواء كان الاذن فى مجلس الهبه أو بعده بل ربما يظهر من بعض أخبار أئمتنا (ع) امتداد الأجل إلى الأجل فلو اذن و قبض قبل الموت صحت الهبه التى سبقت بأمد طويل.

ماده (٨٤٥) للمشتري ان يهب المبيع قبل قبضه من البائع

الظرف الأخير ان تعلق بالفعل كان المعنى ان المشتري له ان

يهب ما اشتراه للبائع قبل قبضه منه و هذا صحيح نافذ فان المعبر قبض الموهوب له و هو حاصل لا الواهب الذى اشترى و لم يقبض، و توهم بعضهم ان هذا يرجع الى الإقامه واضح الفساد إذ هى حل لعقد البيع و لذا يرجع بالثمن و الهبه هنا تؤكد البيع و ليست حلا- له و لذا لا- يرجع بالثمن و ان تعلق الظرف بالمصدر كان معناه ان المشتري له ان يهب للغير ما اشتراه قبل قبضه من بايعه فيكون أعم من الأول يعنى له ان يهبه للبائع أو لغيره و هذا أيضا صحيح لما عرفت من عدم اعتبار قبض الواهب بل تتوقف على قبض الموهوب له. و عليه يتفرع ماده (٨٤٦) من وهب ماله الذى هو فى يد آخر تتم الهبه و لا حاجه الى القبض و التسليم مره أخرى و المقصود بهذه ماده بيان ان قبض المتهب لازم لصحة الهبه حيث لا يكون مقبوضا له و فى يده اما لو كان فى يده فلا حاجه الى قبض جديد بأن يأخذه منه و يرده عليه، و القبض السابق كاف مهما كان سواء كان بوجه صحيح أو لا كالغصب و نحوه و سواء كان ضمانيا كالمقبوض بالسوم و نحوه أو غير ضمانى كالأمانات و سواء كان مضمونا بالمثل أو القيمه أو المسمى كالمبيع المستأجر فالقبض السابق فى جميع هذه الموارد يقوم مقام القبض الجديد فى الهبه حتى لو وهب المالك غاصبه المغصوب الذى فى يده صح. و ظاهر الأصحاب عدم الحاجه أيضا الى الاذن باستمرار القبض، و استدلوا بوجوه أو جهها انصراف أدله القبض أو الاذن به عن هذه الصوره و قد ناقش السيد الأستاذ رحمه الله فى تلك ثم عول على الانصراف أخيرا.

ماده (٨٤٧) إذا وهب أحد دينه للمديون أو أبرأ ذمته من الدين و لم يردده المديون تصح الهبة و يسقط عنه الدين فى الحال

قيد عدم رد المديون لا محل له أصلاً، و تحرير هذا البحث ان هبه الدين اما ان تكون للمدين أو لغيره فان كانت لغيره فهى هبه محضه يلزمها القبول كما يلزمها القبض و الا فلا اثر لها بدونها كما تنص عليه المادة الآتية، و ان كانت للمديون فهى على نحوين لان الواهب يقصد تاره إسقاط الدين و إبراء ذمته منه و لا تكون له حاله منتظره بل يوقعه ناجزا فهذا إبراء و إسقاط محض و ان وقع بصورة الهبة و لا اثر للرد و القبول فى هذه الصورة أصلاً لأن حقيقته إيقاع لا عقد و الإيقاعات تتحقق معانيها بمجرد إنشائها ان صدرت من أهلها و فى محلها. و تاره يكون صميم قصده الهبة بمعنى انه يريد ان يملكه الدين الذى له عليه كما يملكه للغير و ينتظر قبوله و عدمه فهذه هبه محضه بأى عباره وقعت، و هذا موضع ما يقال (ان العقود تابعه للقصود) و فيه يكون مجال للرد و القبول فان قبل المديون صح العقد و تمت الهبة لأن ما فى الذمه مقبوض حقيقه أو كالمقبوض و ان رد لم يقع شىء و بقى مشغول الذمه بالدين ففى الاولى لا موضع للرد و القبول بخلاف الثانية و لا صورته ثالثه فى المقام.

و فى هذه المادة خلل من وجهين (الأول) ان ظاهرها عدم لزوم القبول فى هذه الهبة و لكنها ترد بالرد و هذا تهافت و كجمع بين المتنافيين (الثانى) انها جعلت الإبراء كالهبة فى انها تبطل بالرد مع ان الإبراء إيقاع كما عرفت و لا معنى للرد و القبول أصلاً و كان أرباب المجله اعتبروا

هبة الدين للمديون ذات وجهين فمن وجه هي ترد بالرد و من أخرى إبراء فلا تحتاج الى قبول، و قد ظهر ان المدار على قصده اما هبة أو إبراء و هما معنيان متغايران و المرجع في تشخيص أحدهما ما يظهر منه من حال أو مقال فتدبره جيدا.

و على كل حال فبعد القبول يشتركان في سقوط الدين حالا كان أو مؤجلا

ماده «٨٤٨» من وهب دينه الذي هو في ذمه أحد الآخر و اذنه صراحه بالقبض

بقوله اذهب فخذة فذهب الموهوب له و قبضه تتم الهبة، يعنى و تبرأ ذمه المديون من دائنه و هي أشبه ما تكون بالحواله و ان فارقتها من بعض الوجوه.

ماده (٨٤٩) إذا توفى الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة،

يعنى لا- ينتقل حق القبض إلى ورثة الموهوب له لان المال قد انتقل إلى ورثة الواهب و ليسوا هم الواهبين كما ان ورثة الموهوب له غير موهوب لهم حتى يعتبر قبولهم أو قبضهم، نعم لو جعلنا القبض بعد اذن الواهب حقا لا- حكما أمكن القول بانتقاله إلى ورثة الموهوب و لا يضر انتقاله إلى ورثة الواهب فإنه قد انتقل على هذه الصفة و لكنه مشكل

ماده (٨٥٠) إذا وهب أحد لابنه الكبير العاقل البالغ شيئا فيلزم التسليم،

حال الولد الكبير حال غيره من رحم و غيره في اعتبار القبض و عدم صحه الهبة بدونه و لكن الهبة إلى الصغير و المجنون لا يخلو اما ان تكون من غير الولي فلا تصح الا بقبض الولي. و اما ان تكون منه لأحدهما و هي في يده و حيثئذ فيكفى قبضه و لا حاجة الى تجديد قبض.

و لكن الأصح اعتبار تجديد القصد بان يقصد بان الموهوب مقبوض عن الصغير الموهوب له و اما إذا و هبه ما ليس فى يده فلا إشكال فى اعتبار قبضه فلا يصير ملكا للصغير حتى يقبضه و ليه الواهب، عنه، و الى بعض ما ذكر أشارت ماده (٨٥٢) إذا و هب أحد شيئا لطفل تتم الهبه بقبض و ليه أو مربيه.

و لا فرق عندنا فى ذلك بين المميز و غيره و ان لم يكن من البعيد كفايه قبض المميز و لا سيما بإذن و ليه.

ماده (٨٥٤) الهبه المضافه ليست صحيحه، مثلا لو قال وهبتك الشىء الفلانى فى رأس الشهر الآتى لم تصح.

يظهر ان مرادهم بالهبه المضافه- الهبه المعلقه على وصف محقق الوقوع ك رأس الشهر الآتى أو عند طلوع الشمس أو على شرط غير معلوم الحصول مثل ان جاء و لى من السفر يوم الجمعة، أو إذا عوفى مريضى و نحو ذلك، و قد مر عليك غير مره ان التنجيز عندنا شرط فى جميع العقود لازمها و جائزها و ان التعليق مفسد للعقد مطلقا، و عليه فان كان الشرط فى الهبه ينافى تنجيزها بطل الشرط و تبطل الهبه أيضا الا من جهه ان الشرط الفاسد يفسد العقد إذ ليس المقام منه و لكن لفقد شرط العقد و هو التنجيز، اما الشرط بذاته فليس بفساد و انما فسد من هذه الناحيه، و ان كان غير مناف لتنجيزها و هى لازمه لزوم الشرط أيضا و ان كانت جائزه كان الشرط تابعا لها، و لزوم الهبه المشروطه بالعوض انما هو الدليل الخاص و الا فحقها ان تكون جائزه هى و العوض.

و من هنا قد تشبته الشروط بين ما ينافى التنجيز و ما لا ينافيه مثلا لو قال وهبتك كتابي هذا بشرط ان يعود لى بعد وفاتك أو لورثتى أو قال وهبته لك بعد وفاتى فإن جعلناه وصيه صح لان طبع الوصيه التعليق على الموت اما الهبه فيشكل فيها ذلك كما ان الاسقاط و الإبراء لا- يحتمل شيئا من التعليق أصلا فلو قال أنت برى ء من دينى بعد موتى لم يصح قطعا لأن الإبراء إيقاع كالعق و الطلاق و لا يصح التعليق فيهما اتفاقا نعم صح ذلك فى خصوص التدبير لدليله الخاص و لا يقاس عليه و على مناسبه ذكر الشروط فى الهبه ذكرت «المجله» الهبه بشرط العوض أى الهبه المعوضه فى ماده (٨٥٥) تصح الهبه بشرط العوض و يعتبر الشرط و قد انبأناك من قريب ان العوض فى الهبه يلزم عندنا ان يكون لنفس الهبه فلو جعله للموهوب كان اما هبه فاسده لأن حقيقه الهبه التملك المجانى أى تملك الموهوب بلا عوض له فلو شرط العوض له كان شرطا منافيا لطبيعته العقد فيبطل هو و العقد، و اما بيعا فاسدا بناء على عدم جواز استعمال صيغه عقد فى عقد آخر أى فى إنشاء حقيقه عقد آخر اما أرباب «المجله» فيظهر منهم انهم يجعلون العوض لنفس الموهوب تبعا لأ- كثر فقهاءهم فيكون كما صرح به بعضهم هبه فى البدايه و بيعا فى النهايه و يعتبرون فيها التقابض فى المجلس و الاذن بعده و يسحبون عليها جمله من خصائص البيع كالشفعه و خيار الرؤيه و جمله من الخيارات العامه كخيار العيب و نحوه و كل ذلك لا يستقيم على مذهب الإماميه من ان المعوضه هبه محضه لا تخرج عن طبيعته الهبه

بالتعويض نعم لا ريب في اعتبار التقابض فيها من الجانبين فلو أقبض أحدهما و لم يقبضه الآخر كانت جائزه و لو تقابضا لزم من الجانبين و هو اى العوض المقبوض أحد أسباب لزوم الهبه و سيأتى بقيه الملزومات و عليه يبتنى الأمثله التى ذكرت فى المتن و هى: مثلا- لو وهب أحد لآخر شيئا بشرط ان يعطيه كذا عوضا أو يؤدى دينه المعلوم المقدار إذا راعى الموهوب له الشرط و الا فللواهب الرجوع عن الهبه، و كذلك لو وهب أحد عقارا مملوكا لآخر بشرط ان يقوم بنفقات الواهب الى وفاته ثم ندم و أراد الرجوع عن الهبه و استرداد ذلك العقار فليس له ذلك ما دام الموهوب له راضيا بإنفاقه وفق ذلك الشرط.

و الموهوب له يملك الموهوب بمجرد دفع العوض ان كان عينا أو عملا دفعيا اما لو كان تدريجيا كالإنفاق و عدم الطلاق لو وهبته صداقها و اشترطت عدم طلاقها فإنه يملك الموهوب من حين شروعه بالعمل و تبقى الملكيه مراعاها بإتمامه فيكون ملكا متزلزلا- كالمبيع بالخيار فإن أتم لزم و الا كان له حق الرجوع فلو طلقها استردت المهر منه، و لو مات الموهوب له المشروط عليه الإنفاق على الواهب الى حين موته و جب على ورثته ان يقوموا مقام أبيهم فى الإنفاق عليه لانه حق مالى تعلق بدمه مورثهم كدين من ديونه فيجب عليهم تفرغ ذمته منه فان لم يفعلوا كان للواهب ان يرجع بهبته و يدفع لهم ما استوفاه من النفقه الماضيه و يسترد منهم قيمه ما استوفاه مورثهم من المنافع هذا ما تقتضيه القواعد فى هذا الفرع و أمثاله و قد غفل بعض الشراح عن ذلك فقال: و إذا توفى

الواهب يتعذر على الموهوب له أداء العوض و يكون القيام بذلك خارجا عن إمكانه و درجه اقتداره فيجب على الواهب ان يرد قيمه ما صرف عليه و يسترد ملكه على ما ارى و ان كان لا نص على ذلك بدليل ان الموهوب له إذا اشترط على نفسه إعطاء عوض مقداره عشر ليرات فاعطى بعضه و تمنع من دفع الباقي فقد قال الفقهاء بان للواهب استرداد الموهوب و رد العوض المقبوض، انتهى.

و قد أخطأ الرجل القياس و قاس مع الفارق فان في صورته الموت ينتقل الحق إلى تركته و يجب على ورثته إخراجه منها و يقوم كل واحد منهم بقسطه فإذا امتنع أو امتنعوا و لم يمكن جبرهم جاءت قضيه الرد و الاسترداد كما في صورته الامتناع التي ذكرها، اما في صورته الإمكان و عدم الامتناع فيجب الوفاء بالعقد و شروطه و لا يجوز الفسخ و إذا امتنعوا أو امتنع هو فعلوا حراما، و أوجبوا للأخر خيارا فكيف يقاس هذا بذاك و هكذا حكم بقيه ما ذكره من الأمثله مثل ما لو ظهر مستحقا فان اللازم اما دفع المثل أو القيمه و المحافظه على العقد و شروطه و مع الامتناع فالاسترداد، و من الغريب انه عقب ذلك بقوله: و ليس لورثه الموهوب له ان يطلبوا بقاء الهبه و الإنفاق على الواهب من مالهم الى حين وفاته لأنهم لم يتفقوا معه في الأصل، انتهى و قد عرفت انه هو المتعين و لا يصح غيره مع إمكانه و الإنفاق يكون من التركة لا من أموالهم و لو امتنعوا يلزمون به و قوله لأنهم لم يتفقوا معه في الأصل واضح الضعف بان الاتفاق مع مورثهم يسرى مفعوله

إليهم بل الى تركته نعم لو لم يكن له تركه فلا- حق على الورثه و يتعين التراد و الحقوق الماليه على المورث أو له تنتقل الى الوارث أو عليه، فلو اشترى دارا فيها خيار للبائع و مات انتقلت الدار للورثه و فيها خيار للبائع فلو فسخ يستردها منهم و ان كان الإنفاق لم يكن معهم و هكذا نظائر ذلك و ما نحن فيه من هذا القبيل.

الباب الثانى فى بيان شرائط الهبه

اشاره

أركان الهبه التى تتحقق بها كما سبق- الواهب- الموهوب له- المال الموهوب- عقد الهبه- و حسن التحرير يقتضى ذكر شرائط كل واحد منها متميزا عن الآخر و لكن (المجله) داخلت بعضا ببعض و تحرير البحث هنا على الإيجاز، انه يشترط فى الواهب مضافا الى الشروط العامه من العقل و البلوغ و الرشده و عدم الحجر و الخلو من مرض الموت عند جماعه و القصد و الاختيار- ان يكون حرا مالكا أو مأذونا منه فلو وهب العبد أو مال الغير وقف على الإجازة، اما الموهوب له فلا يشترط فيه العقل و لا البلوغ و لا الحريه و لا الرشده بل تصح الهبه لفاقدها و يقبل عنهم الولى أو المولى و لا عبره بقبول المجنون أو الطفل أو السفیه أو الساهى أو المكروه و لا بقبضه، و أهم الشروط فى الموهوب له ان يكون موجودا حال الهبه فلا تصح للمعدوم الذى سيوجد و فى صحتها للجنين اشكال و لا يبعد الصحه مع قبول الولى و قبضه كالوصيه له.

(اما الموهوب)

فيشترط ان يكون موجودا فى العين أو فى الذمه

و ان يكون مالا- متقوما مملوكا مقدورا على قبضه لا حق فيه للغير من رهن و نحوه معيناً أو متعينا لا مجهولا مطلقا أو لا واقع له فلا- يصح وهبتك شيئا أو مالا و يصح وهبتك ما فى الصندوق أو صاعا من صبره أو أحد هذين الثوبين و يتعين بالقبض اما المشاع فسيأتى.

(اما عقد الهبة)

فيتقوم بالإيجاب و القبول و يشترط فيه القبض و التنجيز، هذا ما يقال فى هذا المجال، و إذا عرفته و نظرت ما فى المجله يتضح لك قصور البيان و ضعف التحرير فيها و عدم الاستيفاء و قد قدمت بعض شرائط الموهوب فى ماده (٨٥٦) يشترط لصحة الهبة وجود الموهوب وقت الهبة و مدركه واضح فان المعدوم المطلق لا يجرى عليه تمليك و لا تملك و لا غيرهما من الاحكام الا فى موارد مخصوصه يتحقق له نحو من الوجود ببعض الاعتبارات، بناء عليه لا- تصح هبة عنب بستان سيدرك أو ولد فرس سيولد، ماده (٨٥٧) يلزم ان يكون الموهوب مال الواهب، بناء عليه لو وهب أحد مال غيره لا تصح و لكن بعد الهبة لو أجازها صاحب المال تصح ماده (٨٥٨) يلزم ان يكون الموهوب معلوما و معيناً بناء عليه لو وهب أحد من المال شيئا أو من الفرسين أحدهما لا على التعيين لا تصح.

اعلم ان الهبة ليست كالبيع فى لزوم المعلوميه التامه للمبيع و ارتفاع الجهاله عنه من كل جهه بل حالها فى ذلك أمر بين الأمرين فلا تصح الجهاله المطلقه و لا تلزم المعلوميه التامه و لما كان هبه شىء أو مال من المجهول المطلق لم يصح و لكن هبه عبد من عبيد و لا سيما إذا كانا

متساويين من جميع الجهات أو ثوب من ثوبين كذلك فحيث ان الجهاله المطلقه مرتفعه و لا غرر فى البين إذ ليست الهبه من عقود المعاوضات و لو كانت على الفرض منها فالمفروض التساوى فالقاعده تقتضى صحه أمثال هذه الهبات و انما لم يصح مثل ذلك لدليل خاص من إجماع و نحوه، على ان أرباب «المجله» صححوا نظيره حتى فى مثل البيع كما سبق فى محله، و لو قيل بعدم الصحه فلا فرق بين ان يقول أيما أردت من هذين الفرسين أو قال وهبتك أحد هذين الفرسين و إذا كان التعيين مصححا للهبه فليكن مصححا لها فى الصورتين و الا- فالفرق بينهما فى الحكم تحكم؟؟؟؟؟ غير فارق كما ان قبول التعيين فى المجلس دون خارجه تحكم آخر و الكل بلا دليل (و الحق) ما عرفت من الصحه فى الجميع بعد القبض سواء كان فى مجلس الهبه أو فى خارجه مع الاجتماع أو بعد المفارقه و كل تلك التفاصيل استحسانات لا تركز على وجه مستحسن هذا كله فى هبه الأعيان أو المنافع لو قيل بصحه هبتها، اما هبه الديون فلا إشكال فى صحه هبه المجهول منها فلو كان له دين على إنسان لا يعلم مقداره صحت هبته لأنه بمنزله الإبراء بل لو وهبه لآخر صح بعد قبضه ان كان المديون يعرف قدره و إلا صالحه عليه و صار بمنزله الحواله.

و هذا كله سهل لا عقده فيه انما الاشكال و العقده عند الفقهاء من الفريقين (فى هبه المشاع) فممنع بعضهم منه لعدم إمكان القبض حتى مع اذن الواهب لمكان مزاحمه الشريك فلا يتمكن المتهب من الاستيلاء

التام عليه و لا قبض بدونه، و تحرير المقام بحيث تتضح الأقسام و يتميز موضع الاشكال منها من غيره- ان الهبه فى المشاع اما ان تكون لحصه مشاعه أو للحصه المشاعه- و الأول اما ان تكون العين فى يد الموهوب له بإجاره أو عاريه أو نحوهما أو لا تكون فى يده و فى الأول لا إشكال فى صحه هبته لتحقق القبض و الاستيلاء حسب الفرض كما لا إشكال فى الثانى إذا أقبض الواهب تمام العين للموهوب له و لو باعتبار جعله كوكيل أو أمين على الحصه الباقية. و أما الثانى و هو هبه الحصه المشاعه فإن كانت العين فى يد الموهوب له أيضا فلا اشكال و كذا لو كانت بأجمعها فى يد الواهب فسلطه عليها و لو بإذن الشريك، اما لو كانت بيدهما معا كما هو الغالب فى المشاع و لعل هذا هو موضع الإشكال فى عدم إمكان القبض و الاستيلاء التام و لكنه لا يخلو من حالين بعد اذن الواهب بالقبض بالنسبه إلى حصته الموهوبه- اما ان يأذن الشريك أيضا فيقوم المتهب مقام الواهب و تكون يده بموضع تلك اليد منضمه إلى يد الشريك و لا يعتبر فى القبض أكثر من هذا فلا ينبغى الإشكال فى صحته- و إما أن لا يأذن و يمنع الموهوب له من الاستيلاء على حصه شريكه الواهب فالهبه هنا و ان لم تتحقق لعدم تحقق القبض و لكن علاج هذا هو العلاج فيما لو امتنع الشريك من تمكين شريكه أليس هو الحاكم فيجبره اما على القسمة أو البيع أو غير ذلك مما هو محرر فى محله و منع الموهوب له فى الحقيقه منع لسلطه الواهب عن التطرف فى ملكه و الناس مسلطون على أموالهم- و هو كما لو باع و منع المشتري فلا بد

لرفع هذا العدوان من الرجوع الى الحاكم وقوه السلطان و الا بقيت الهبه معلقه حتى يحصل القبض، نعم قد يقال ان الاشكال فى هبه المشاع ليس من هذه الناحيه بل من جهه ان هبه المشاع بجميع اقسامه لا يحصل فيه القبض المعترف فى الهبه و هو السلطنه المطلقه من غير مزاحم و لما كان المشاع ليس لأحد الشريكين فيه تلك السلطنه لمزاحمه كل منهما للآخر و تصرف كل منهما مقيد برضا الآخر فلا يصح هبته لعدم إمكان ذلك القبض المعترف- و لكن هذه الدعوى مدفوعه بإطلاق أدله القبض و ان قبض كل شىء بحسبه، و كونه بحيث لا- يتصرف شريكه إلا بإذنه نحو من السلطنه و لا دليل على اعتبار ذلك القبض الخاص بل الإطلاقات تدفعه و لم يذكروا ذلك فى شىء من المعاملات التى يعتبر فيها القبض كالوقف و السلم و غيره.

(و القصارى) أن عقده هذه الاشكال تنحل بكلمه واحده و هى ان هبه المشاع يعتبر فيها اذن الواهب و اذن شريكه فان اذن و الا أجبره الحاكم «و انتهى كل شىء».

و كان على المانع ان يقولوا ان هبه المشاع لا تصح إلا بإذن الشركاء جميعا بقبضه الا ان يمنعوا من صحته مطلقا.

ثم لا فرق فيما ذكرنا من صحه هبه المشاع بين ان يكون قابلا للقسمه أم لا منقولاً أم لا يهبه لواحد أو أكثر من واحد لصغير أو كبير رحم أو لا و الإشاعه بين اثنين أو أكثر و قد أطال بعض الشراح و أسهب فى هذه التقاسيم و صحح بعضا و كله تطويل بلا طائل و ملاك المسأله ما ذكرنا

فتدبره و اغتتمه فلعلك لا تجده فى غير هذه المهارق و المنه لله وحده □

ماده (٨٥٩) يشترط ان يكون الواهب عاقلا بالفا

بناء عليه لا تصح هبه الصغير و المجنون و المعتوه أما الهبه لهؤلاء فصحيحه.

تقدم ذلك بل لا- حاجه الى ذكره لأنهما من الشرائط العامه المعتبره فى تمام العقود بل و الإيقاعات أما المجنون فلا قصد له غالبا و اما الصغير فلا اثر لقصده إلا إذا كان مميزا فيصح بإذن وليه، و من الغريب هنا ان بعض الشراح صرح هنا بكفايه عقل السكران الذى شرب الخمر فقال انه كاف لأهليه التصرف بالهبه و هو كما ترى و عدم تعرض المجله للسكران و تخصيص عدم الصحه بالصغير و المجنون و المعتوه يشعر بدهابهم إلى صحه هبه السكران و نحن نترك التعليق عليه للصحاه من أرباب العقول لا للسكرارى و المجانين.

ماده (٨٦٠) يلزم فى الهبه رضا الواهب فلا يصح بالجبر و الإكراه.

هذا أيضا من الشرائط العامه التى كان الأولى ذكرها فى محل واحد و الاستغناء عن إعادتها فى كل عقد و معامله نعم لو أجبره على الهبه ثم رضى بعد الإكراه أمكن القول بالصحه على تأمل شعر به متن المجله فليتأمل.

و قد اقتصررت على هذا المقدار من الشرائط و أهملت كثيرا منها فتدبره

الباب الثالث (فى بيان أحكام الهبه،

اشاره

و يشتمل على فصلين)

الفصل الأول فى [بيان الرجوع عن الهبه]

اشاره

يعنى فى جواز الهبه و لزومها، و لعلك عرفت كما ان الأصل فى عقود المعاوضات المبنيه على التغابن هو اللزوم الا- ما خرج بالدليل- فكذلك الأصل فى عقود المجانيات هو الجواز الا ما خرج، و كما ان أشهر عقود المعاوضات اللازمه و أهمها هو البيع و كل فرد يشك فيه انه وقع جائزا أو لازما يبنى على لزومه و كذا لو شك فى حكم نوع منه شرعا يعنى ان الأصل هو اللزوم سواء كانت الشبهه مصداقيه أو حكميه فكذا أهم و أشهر العقود المجانيه هو الهبه و هى عكس البيع فكل نوع منها يشك ان حكمه اللزوم أو الجواز و كل فرد يشك انه من الجائز أو اللازم يبنى على جوازه للأصل فاصل الهبه بعد تحققها بالقبض هو جواز الرجوع الا ما خرج باليقين كما ان الأصل فى البيع بعد تحققه بمجرد العقد هو اللزوم الا ما علم خروجه، و هذا أهم ما فى هذا الفصل و قد ذكر ماده (٨٦١) يملك الموهوب له الموهوب بالقبض.

توطئه لما بعده و الا فهذا الحكم قد تقدم فى ماده (٨٤١) و ما بعدها و من لوازم عدم الملكيه إلا بالقبض ان المنافع الحاصله ما بين العقد و القبض هى للواهب و له المنع من القبض و العدول إذا الموهوب لا- يزال فى ملكه لرحم كانت الهبه أو لغيره و لو توفى أحدهما قبل القبض بطل العقد و انتقل المال إلى ورثه الواهب فلو وافقوا على الهبه فلا بد من عقد جديد، و للواهب التصرف بالعين قبل القبض كيف شاء و كل هذا و نظائره متفرع على عدم تأثير العقد أى أثر سوى صلاحيته للحقوق القبض فتحصل الملكيه نقلا لا كشفا بخلاف إجازة الفضولى على المشهور عند المحققين، و مما ذكرنا يتضح ان هذه ماده بمدلولها تغنى عن ماده (٨٤٢) للواهب ان يرجع عن الهبه قبل القبض بدون رضا الموهوب له.

بل فى الحقيقه لم يحصل شىء ناجز حتى يحتاج الى الرجوع و انما هو أى العقد استعداد كما عرفت فرجوعه و عدمه سواء من حيث الأثر الفعلى و عدم القبض و الإقباض يغنى عن الرجوع فلا- حاجه أيضا الى ماده (٨٤٣) نهى الواهب عن القبض بعد الإيجاب رجوع فإن الإيجاب بل و مع القبول لم يؤثر شيئا حتى يكون النهى رجوعا و انما الحاصل هو الاستعداد و هو باق حتى مع النهى عن القبض فلو اذن له بالقبض بعد ذلك فقبض تمت الهبه، نعم موضع الرجوع حقيقه بعد العقد و القبض فى الهبه الجائزه كما فى ماده (٨٤٤) للواهب ان يرجع عن الهبه و الهديه بعد القبض برضا الموهوب و القيد الأخير عندنا مستدرك بل

فى غير مواضع اللزوم مطلقا رضى الموهوب له أم لا- و لو كان منوطا برضاه لكانت من العقود اللازمه كالبيع و قد عرفت ان طبيعتها الجواز عكس البيع و يدل عليه الحديث المشهور [الواهب أحق بهبته ما لم يشب عنها] و أخبارنا به مستفيضه، و الرجوع الى الحاكم كما فى المجله.

و ان لم يرض الموهوب له راجع الواهب الحاكم و للحاكم فسخ الهبه ان لم يكن ثمة مانع من موانع الرجوع التى ستذكر فى المواد الآتية و ان كان مانع فلا يفسخ- فضله مستغنى عنه فان تشخيص كونها هبه لازمه أو جائزه واضح لا حاجه فيه الى الرجوع الى الحاكم و أسباب اللزوم محصوره معلومه كما سيأتى بيانها و قد تقدم بعضها و لا خصومه حتى تحتاج إلى حكمه فالهبه ان كانت جائزه جاز الرجوع للواهب فيها رضى الموهوب له أم لا- حكم الحاكم أم لم يحكم فإنه حكم كلى الهى و ليس من التطبيقات الشخصيه التى تتوقف على حكم الحاكم، و كأن أرباب المجله لم يتميز عندهم مورد حكم الحاكم عن حكم الشارع فاشتبه عليهم الأمر أو بالأحرى- لم يتضح لهم الفرق بين الفتوى و القضاء و ان كانت لازمه اى واجده لبعض أسباب اللزوم فلا رجوع للواهب و لا حكم للحاكم.

أفليس من الغريب مع هذا قولهم فى ماده (٨٦٥) لو استرد الواهب الموهوب بعد القبض بدون حكم الحاكم و قضائه و بدون رضا الموهوب له يكون غاصبا و بهذه الصوره لو تلف أو ضاع فى يده يكون ضامنا.

وقد عرفت ان حكم الحاكم أجنبي في المقام ولا محل له أصلا و ان المدار على نوع الهبة فإن كانت جائزه له الرجوع و يأخذه قهرا من الموهوب له لأن الملكيه رجعت له و لا ضمان أصلا حكم الحاكم أم لا، و ان كانت لازمه لم يجز له الرجوع الا برضا الموهوب له فيكون من قبيل الإقالة و لو أخذه بدون رضاه كان غاصبا و ضامنا لانه ملك للموهوب له حكم الحاكم أيضا أم لا- هذا هو العلم المشذب. و ما ذكرته المجله هنا و بعض شراحها محلول العرى مشبع بألوان الضعف و الركاهه،، ثم إذا رجع الواهب في موضع الجواز فهي ملكيه جديده لا فسخ للملكيه السابقه و لذا يسترجع نفس العين دون منافعها فإنها للموهوب له، و سيأتي توضيح ذلك

و قد شرعت (المجله) في ذكر أسباب اللزوم

اشاره

و قد تقدم بعضها و هي أمور

(الأول) هبه ذى الرحم

كما في ماده «٨٦٦» من وهب لأصوله و فروعه أو لأخيه و أخته أو لأولادها أو لعمه و عمته شيئا فليس له الرجوع.

و هذه الضابطه مع طولها مختلفه و كان الأصح جعل العنوان هبه ذى الرحم كما في الحديث المشهور (إذا كانت الهبه لذى رحم محرم لم يرجع فيها) فيشمل الخال و الخاله و أولادهم و الجد و الجده و أخواتهم و فى اخبار أهل البيت سلام الله عليهم (الهبه و النحله يرجع فيها ان شاء الا- لذى رحم) و لا- يختص عندنا بالمحرم بل يعم كل ما يصدق عليه القرابه و الرحم عرفا محرما أو غير محرم لوجود لفظ القرابه فى بعض الاخبار و لا فرق فيه بين الصغير و الكبير بل و المسلم و الكافر لإطلاق

«الثانى» الزوجيه

كما فى ماده (٨٦٧) لو وهب كل من الزوج و الزوجه صاحبه شيئا حال كون الزوجيه قائمه بينهما فبعد التسليم ليس له الرجوع. فعنوان الزوجه يستوجب لزوم الهبه و ان لم يكن بينهما قرابه ففى اخبارهم سلام الله عليهم «لا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته و لا المرأه فيما تهب لزوجها حيزا و لم يحز أ ليس الله تعالى يقول وَ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا، و قال تعالى فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا» و المراد حازها الواهب فلو وهبها شيئا قبل ان يقبضه أو قبضته هى بإذنه لم يجز له الرجوع و لا- فرق فيهما بين الكبير و الصغير و العاقل و غيره و المسلم و غيره للإطلاق أيضا و لا يبعد لحوق المطلقه الرجعيه بها دون البائنه،

«الثالث» التعويض

و قد سبق مفصلا فى ماده (٨٥٥) و اعاده هنا ماده «٨٦٨» إذا اعطى للهيه عوض فقبضه الواهب فهو مانع للرجوع. و المذكور سابقا شرطيه العوض و الملحوظ هنا الأعم إذ لا فرق فى اللزوم بين ان يشترط العوض فى الهبه الأولى أو يكون ابتداء من الموهوب له من غير شرط عليه كما لا- فرق بين وقوع الثانيه بنحو الهبه أو العطيه أو غيرهما و لكن يلزم فى الجميع قصد العوضيه أى قصد ان دفع هذا المال أو العمل عوض للواهب عن هبته فلو أعطاه لا بقصد العوضيه لم تصر لازمه بل له الرجوع فيها، و مع قصد التعويض و التقابض من الطرفين فقد لزمنا معا و ليس لأحدهما

الرجوع فيما اعطى بدون رضا نعم لو رضيا صح و كان نظير الإقالة في البيع، و لا مانع ان يشترط الواهب ان يعوضه الموهوب و لو ببعض هبته فضلا عما لو عوضه بشئ ء منها بدون الشرط و يجرى عليها بعد التقابض حكم الهبة المعوضه، نعم لا محل و لا معنى للزوم فيما لو اشترط عليه ان يعوضه بها أجمع لأنه راجع الى الجواز أو الفسخ، ثم لا فرق في العوض بين ان يكون من مال الموهوب له أو من غيره كما نصت عليه (المجله) بقولها: فلو اعطى للواهب شيئا على ان يكون عوضا لهبته فليس له الرجوع ان كان من جانب الموهوب له أو الغير اما عدم رجوع الواهب و الموهوب بعد التقابض فواضح، انما الكلام في الغير لو دفع العوض فهل له الرجوع على الموهوب له بعوض ما دفع؟ و التحقيق ان دفعه ان كان بغير طلب المتهم و لا- باذنه فلا إشكال في عدم استحقاق الرجوع عليه بالبدل لانه متبرع و اما لو كان بطلبه أو بإذنه فإن طلب منه التبرع صراحه فلا رجوع أيضا و الا فله حق الرجوع و هذا الحكم مطرد في كل من دفع مالا- عن غيره سواء كان مما يطلب بالحبس و الملازمه كالديون و نفقه الزوجه أو كان مما لا يطلب بذلك كالزكوات و الكفارات و النذور و نحوها.

و سواء كان مما جرت العاده برجوعه أم لا فإن الأصل في دفع المال عن شخص بطلبه ضمانه لأصالة احترام مال المسلم الا ان يتبرع به صريحا فيسقط حرمة، و التفاصيل المذكوره هنا في كتب القوم لا تعتمد على دليل.

ماده (٨٦٩) إذا كان الموهوب أرضاً وأحدث الموهوب له فيه بناءً أو غرس شجراً أو حصل للموهوب زيادة متصله

اشاره

مثل كونه حيواناً ضعيفاً و سمن بتربيته الموهوب له أو تبدل اسمه بتغيير الموهوب له ككونه حنطه و جعله دقيقاً فليس للواهب الرجوع و اما الزيادة المنفصله فلا تمنع من الرجوع.

(هذا هو السبب الرابع) من أسباب اللزوم و عدم الرجوع و حقه ان يعنون بعنوان التصرف و التغيير، و هى من المسائل الخلافيه عند فقهاءنا بل و عند غيرهم فى الجملة، و تحرير البحث فيها- ان العين الموهوبه اما ان تتغير عند الموهوب له عما كانت عليه عند الواهب أو لا- و التغيير اما ان يكون زياده أو نقيصه و كل منهما اما ان يكون زياده أو نقيصه متصله أو منفصله و المتصله سوقيه أو عينيه و العينيه اما ان تكون بفعل الواهب أو الموهوب له أو أجنبى أو سماوى فالزياده السوقيه أو النقيصه و ان حصلت فى ملك الموهوب له و لكن لا- ينبغى الإشكال فى انها غير مانعه من الرجوع أصلاً- لأن معيار صحه الرجوع عندنا هو معيار الرجوع فى باب خيار العيب و هو كما فى الاخبار هنا و هناك كون المال الموهوب أو المبيع قائماً بعينه و لا اشكال ان ارتفاع قيمه و هبوطها لا يمنع صدق كونها قائمه بعينها كما لا إشكال فى ان الزيادة و النقيصه العينيه تمنع من ذلك سواء كانت بفعل إنسان مطلقاً أو بسبب سماوى، و اما إذا لم تتغير فاما ان يكون قد تصرف بها بما لا يوجب التغيير.

كر كوب الدابه و ليس الثوب و مطالعه الكتاب أولاً و الثانى هو القدر

المتيقن لجواز الرجوع كما لا- ينبغي الإشكال فى صحه الرجوع فى الأول أيضا لصدق كونها قائمه بعينها و اما المنفصله فإن أوجبت تغيير العين كما لو هزلت الدابه بالولاده فلا رجوع و ان لم توجب التغيير صح الرجوع لأنها قائمه بعينها كما فى (المجله) فلو حملت الفرس التى وهبها أحد لغيره فليس له الرجوع عن الهبه لكن له الرجوع بعد الولاده و بهذه الصوره يكون فلوها للموهوب له.

اما الأقوال فى أصل مسأله التصرف فهى عندنا ثلاثه (١) مطلق التصرف مانع من الرجوع حتى مثل لبس الثوب و ركوب الدابه و لعل مدركهم ظواهر الأخبار المانعه من الرجوع بالهبه مثل (الراجع فى هبته كالراجع فى قيئه) التى لا محيص من حملها على الكراهه و الا لزم كون الهبه مطلقا لازمه حتى مع عدم التصرف فالدليل أعم من المدعى مضافا الى كونه مصادما للضروره فى أن الأصل فى الهبه الجواز (٢) بعكسه و هو ان مطلق التصرف لا- يمنع الرجوع و لعل مدركهم استصحاب الجواز و هو منقطع بالدليل و كلاهما إفراط و تفريط (٣) الوسط و هو خيرها التفصيل بين النافل كالبيع و الصلح و نحوها أو المغير كطحن الحنطه و خياطه الثوب و غرس الأرض أو بنائها دارا و بين ما ليس بناقل و لا مغير كلبس الثوب و نحوه و هذا هو الذى يساعد عليه الدليل و المعيار المذكور فى الاخبار، ففى صحيحه الحلبي إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله ان يرجع فيها و الا فليس.

بقى فى المقام أمور مهمه يلزم التنبيه عليها

اشاره

(١) قد عرفت ان انتقال العين من ملك الموهوب له الى آخر يمنع من الرجوع

كما فى ماده «٨٧٠» إذا باع الموهوب له الموهوب أو أخرجه عن ملكه بالهبه و التسليم فلا يبقى للواهب صلاحية الرجوع. و هذا مما لا- اشكال فيه انما الإشكال لو عادت الى ملكه ثانيا بشراء أو إقاله أو إرث أو غير ذلك فهل يعود جواز الرجوع أم لا وجهان- من ان المانع إذا زال يعود الممنوع و من ان مناط جواز الرجوع بقاء العين فى يد الموهوب له على ما كانت و الفرض هنا انها قد تغيرت صفه ملكيتها «و بعبارة اجلى» ان حق الرجوع كان فى تلك الملكية الحاصلة بالهبه و قد زالت و هذه ملكيه جديده لم يتحقق فيها حق الرجوع لأحد، و بعبارة ثالثه أو وجه آخر ان الواهب له حق الرجوع فى الملكية التى نشأت منه و هذه ملكيه.

اخرى لا- سلطه له عليها، و من هنا ذهب السيد الأستاذ قدس سره الى المنع من الرجوع و لكن اللازم بين ما إذا كانت الملكية العائده هى الأولى كما فى الإقاله و الفسخ فله الرجوع، و بين ما لو كانت غيرها كسواء و نحوه فلا رجوع، و مع ذلك فالمسأله من أصلها لا- تخلو من نظر لادن رجوع الموهوب الى الموهوب له على حاله يحقق صدق قيام الهبه بعينها المحقق لموضوع الرجوع شرعا و المدار فيه على صدق القيام و العرف ينظر الى تغير العين و عدم تغيرها لا إلى الملكية و تبدلها و عدم تبدلها أما قضيه ان الملكية العائده هى الزائله أم غيرها فلا اثر له فى المقام أصلا بل المدار على صدق القيام و عدمه.

«٢» لو شك ان العين هل تغيرت أم هى قائمه بحالها

اما للشك

فى ان تبدلها من تلك الحال الى الحال التى هى فيه فلا يوجب صدق عدم القيام أو من جهه الشك فى أصل التبدل فالظاهر انه لا رجوع لعدم إحراز تحقق الموضوع و مع الشك فى تحقق الموضوع لا مجرى للاستصحاب نعم يمكن ان يقال ان هذه العين كان يجوز للواهب الرجوع فيها و الآن كما كان و ملك الصفه الزائله ما كانت قيذا فى الموضوع بل هى بسبب الشك كالتغير فى الماء النجس فان زوال التغير لا يمنع من استصحاب نجاسته

(٣) قد يقال ان وطئ الجاربه و ان لم يحصل به حمل تصرف مسقط للرجوع

بدعوى انه تغيير فى الصفات النفسانيه و هو كما ترى ممنوع صغرى و كبرى نعم لو حملت و كانت بكرا فافتضها أو تكرر منه الوطاء كان من التصرفات المسقطه للرجوع لعدم قيامها بعينها، و من هنا يظهر الكلام فى الإجاره فإنها لا تمنع الرجوع لان العين قائمه على حالها و الإجاره لا تغير من العين المستأجره شيئاً حسياً فضلاً عن مثل العاريه و الوديعة، و لو آجر الموهوب له العين الموهوبه ثم رجع الواهب فى الأثناء فهل تبقى الإجاره بحالها و يسترجعها الواهب بعد انقضاء المده أو تنفسخ الإجاره و يسترجعها حالاً أو لا يصح الرجوع أصلاً، و جوه أوجهها الأول لأنه عقد صحيح صدر من أهله فى محله فلا وجه لبطلانه غايته ان الواهب له حق الاسترجاع و مقتضى الجمع بين الحقين ان يسترجعها مسلوبه المنفعه، اما مثل التدبير و المكاتبه فضلاً عن مثل العتق و الرهن أو غرس الأشجار أو بناء الأرض داراً أو مزج العين بمثلها بحيث لا تتميز فلا إشكال فى عدم الرجوع فى الجميع.

«٤» لو باع الواهب بعد الهبه و القبض العين الموهوبه

فإن كانت الهبه لازمه فلا- إشكال فى انه فضولى موقوف على اجازة المتهب و ان كانت جائزه، فقيل يقع باطلا ان قصد به الرجوع عن الهبه و التملك لانه لا بيع إلا فى ملك فلو توقف الملك على البيع- دار- و ان شئت قلت ان السبب الواحد لا يعقل ان يكون مملكا للواهب و ناقلا هذه الملكيه إلى المشتري فيكون عقدا و فسخا، و لكن تصحيحه و دفع هذين المحذوران بان توقف ملكيته على البيع المحقق للرجوع مما لا اشكال فيها فلا يملك الا بالبيع و لكن يكفى فى الملكيه المصححه للبيع اقترانها بالبيع لا- تقدمها و سبقها، و قاعده لا- بيع إلا- فى ملك، لا تقتضى أكثر من لزوم كون البيع مع الملك أعم من كونه سابقا أو مقارنا، توضيح ذلك ان الرجوع فى الهبه كالرجوع فى الطلاق لا يحتاج الى عقد و لا إيقاع بل يكفى فيه القول الدال عليه كما يكفى أى فعل من الأفعال الظاهره فى قصد الرجوع فالبيع الصادر من الواهب بما هو فعل قصد به الرجوع يكون فسخا و مملكا له و بما هو عقد بلحوق القبول يكون ناقلا و مملكا للمشتري فعند شروعه بالإيجاب انفسخت الهبه و رجع ملكا للواهب و عند تماميه العقد إيجابا و قبولا- يعود ملكا للمشتري و ينتقل اليه من الواهب فاندفع المحذوران مع المحافظه على القواعد و اتجه القول بالصحه و له نظائر منها بيع ذى الخيار لنفسه ما انتقل عنه بقصد الفسخ، و منها عتق العبد الموهوب بقصد الرجوع فى الهبه فتدبره و اغتتمه فإنه من نفائس العلم

(السبب الخامس) من أسباب لزوم الهبه- تلف العين الموهوبه

كما

نصت عليه ماده [٨٧١] إذا استهلك الموهوب فى يد الموهوب له فلا يبقى للرجوع محل يعنى ان حق الرجوع قائم بشخص العين فيذهب بذهابها لا- بماليتها حتى ينتقل الى المثل أو القيمه كما فى الفسخ بالخيار بعد تلف العين و لا فرق فى التلف المسقط للرجوع بين كونه سماويا أو بشريا من الواهب أو المتهب أو أجنبى كل ذلك لما تكرر من ان المعيار كون الهبه قائمه بعينها نعم يمكن القول بان تلف البعض لا يمنع حق الرجوع فى الباقي لأنه قائم بعينه و لا يخلو من نظر و الحق هو التفصيل بين ما إذا كان الموهوب متعددا حقيقه كثوب و كتاب فتلف أحدهما لا- يسقط حق الرجوع فى الآخر لأنه قائم بعينه و يرجع فى الحقيقه إلى هبتين و بين ما يكون واحدا بحسب الصدق العرفى و ان كان مركبا ذا أجزاء فى الحقيقه كالثوب الواحد المؤلف من قطعات مختلفه أو متفقه فلو تلف بعض اجزائه سقط حق الرجوع فى الباقي لعدم قيام الهبه بعينها و هى هبه واحده و منه يتضح لك حال نقص العين مطلقا فان المعيار فيه صدق القيام فان انتفى فلا رجوع و الا فحق الرجوع باق و الحكم الكلى واضح و انما الإشكال فى التطبيق و معرفه حال المصاديق و هى التى يقع الشك و الاشتباه فيها غالبا فمثل نسيان الكتابه و أمثالها من الصفات النفسانيه يقع الشك انها مغيره للعين أو لا بل هى قائمه بعينها و منشأ ذلك ان المدار على التغيير الحسى فقط أو الأعم منه و من النفسى و الموارد تختلف و المدار على العرف أو نظر الحاكم ان كان منهم.

و يلحق بالتلف الحقيقى و هو هلاك العين التلف الحكمى و هو انتقالها

بيع أو صلح فضلا عن مثل العتق و الانعتاق بالتنكيل و الأسباب الخاصه المعروفه، نعم يشكل فى مثل التدبير و الكتابه و الأقرب فيها بقاء حق الرجوع فليتدبر، هذا كله فى الهبه الجائزه المجرده عن الشرط اما الهبه اللازمه التى اشترط الواهب فيها خيار الفسخ كما لو وهب قرابته و اشترط ان له الرجوع متى شاء فان له الفسخ حتى بعد التلف و يسترد المثل أو قيمه.

و الفرق بين حق الرجوع المجعول بأصل الشرع فى العين- و بين الفسخ المجعول بشرط الواهب فى العقد ظاهر بعد قليل من التأمل.

«السادس» من أسباب اللزوم موت الواهب أو المتهب بعد القبض

و لو لأ-جنبى فتلزم الهبه و لا- رجوع لورثه الواهب و لا- له على ورثه المتهب لا-ن الرجوع حكم شرعى لا- حق مالى حتى ينتقل كالخيار و نحوه إلى الورثه أو عليهم و لو سلم كونه حقا فهو قاصر على ذات الواهب و لا- أقل من ان الأصل عدم الانتقال و العين بموت الموهوب له قد انتقلت الى ورثته و قد عرفت ان الانتقال أحد أسباب اللزوم فلا رجوع للواهب و لا سيما و الورثه ملكوه بالايث لا بالهبه، و بهذا يستبين ما فى ماده «٨٧٢» وفاه كل من الواهب و الموهوب له مانعه من الرجوع بناء عليه ليس للواهب الرجوع عن الهبه إذا توفى الموهوب له كذلك ليس للورثه استرداد الموهوب إذا توفى الواهب

«السابع» كون الموهوب ديناً على الموهوب له

كما فى ماده (٨٧٣) إذا وهب الدائن للمدينون منجزاً فليس له الرجوع.

فإنها فى الحقيقه إسقاط و إبراء و يقولون: ان الساقط لا يعود- يعنى إلا بسبب جديد و هذا يطرد فى كل كلى فى الذمه و ان لم يكن قرضاً كئمن مبيع أو وجه إجاره أو نحو ذلك اما لو وهبه لغير المديون و لم يكن رحماً و لا زوجيه فله الرجوع حتى بعد القبض و تخيل انه قد وهبه الكلى و المقبوض المصداق و هو شىء آخر واضح الضعف

«الثامن» ماده (٨٧٤) لا يصح الرجوع عن الصدقه بعد القبض بوجه من الوجوه.

و كان الاولى ان يدخل هذا فى الهبه المعوضه فإن الثواب هو العوض و قد استحقه و كتب له فصار بحكم المقبوض و بحكم المعوضه، و لا فرق بين ان يجعلها بلفظ الصدقه و مشتقاتها أو بلفظ الهبه و متفرعاتها كما لا فرق بين كونها على الفقير أو الغنى أو المجهول و على مسلم أو كافر ان تحققت القربه ببعض الجهات.

ماده (٨٧٥) إذا أباح الرجل لآخر شيئاً من مطعماته

فليس له التصرف فيه بوجه مما يتوقف على المالك كبيع و هبه و صلح و لكن له الأكل و تناول من ذلك الشىء و بعد هذا ليس لصاحبه مطالبه قيمته مثلاً إذا أكل أحد من بستان آخر بإباحته مقداراً من العنب فليس لصاحب البستان مطالبه قيمه ذلك،،، من المعلوم ان الإباحه ليست تمليكا بل هو تسليط على التصرف فيقتصر على مقدار الأذن و الرخصه فلو اذن له بجميع التصرفات حتى الناقله كان من قبيل المعاطاه عند القائلين بالإباحه و الاشكال هناك يأتى هنا بالأولى. و لو رخصه على

نحو مخصوص و تصرف معين معين و ليس له التجاوز فلو تجاوز كان باطلا و لما كانت قرينه الحال فى إباحه المطعومات ظاهره فى إرادته إباحه الأكل خاصه تعينت كالمدعوين فى الولايم و نحوها و لا يجوز غير الأكل من التصرفات و له نظائر قد تقدم بعضها فليراجع و منها ما فى ماده (٨٧٦) الهدايا التى ترد فى الختان و العرس تكون لمن ترد باسمه من المختون و العروس و الولد و الوالده و ان لم يذكر أنها وردت لمن و لم يمكن السؤال عنها و التحقيق فعلى ذلك يراعى عرف البلد و عاداتها يعنى إذا خصها المالك اختصت و الا فالمتبع هو العرف الخاص و على كلا التقديرين فهى من مصاديق التملك المجانى و لا إشكال فى هذا انما الإشكال أنها هل هى من الهبه الجائزه التى يجوز الرجوع فيها و الحكم بذلك و لا سيما مع تبنى العرف على عدم الرجوع فيها مشكل و الحكم بلزومها مع عدم وجود أحد الأسباب الملزمه أشكال فالمسأله تحتاج الى مزيد دقه و تأمل.

و نظير هذا الهدايا المرسله الى المسافرين عند قدومهم أو منهم الى أصدقائهم و أقربائهم و أمثال ذلك و هو كثير و منه ما يعطى بعنوان الاعانات و المساعدات فان الجميع تملكات مجانيه و حالها من حيث جواز الرجوع و عدمه ما عرفت.

الفصل الثاني في (هبه المريض)

يعنى مرض الموت التى تتوقف فيه تصرفات المريض المجانيه الزائده على الثلث على اجازة الورثه عند كثير من الفقهاء و عند آخرين تنفذ من حينها و لا تتوقف و المسأله مشهوره و محرره فى محالها من كتب الفقه ككتاب الحجر و الوصيه و الغرض هنا ذكر ما يتعلق بالهبه لأنها من أشهر التصرفات المجانيه و أكثرها وقوعا.

ماده (٨٧٨) إذا وهب من لا- وارث له جميع أمواله لأحد فى مرض موته و سلمها فيصح بعد وفاته و ليس لأمين بيت المال المداخله فى تركته.

الهبه فى مرض الموت كالهبة فى غيره لا- تخرج عن حقيقه الهبه و لا- ترجع إلى الوصيه كما توهمه بعض الشراح فإن الهبه تملك منجز و الوصيه تملك معلق على الموت فأين هذا من ذاك، نعم الفرق بين الهبتين ان التى تقع فى حال الصحه تصح بعد القبض و لا سلطه الا للواهب على حلها ان كانت جائزه و التى تقع فى مرض الموت يراعى فيها

قضية الثلث عند أرباب هذا القول فان ساوت أو قصرت نفذت من حينها و ان زادت فان كان هناك وارث غير الإمام فأجاز جازت و الا- بطلت في الزائد و ان لم يكن سوى الإمام فالأمر اليه ان شاء أنفذها في الجميع و ان شاء أبطلها في الزائد و كذا الكلام في نائبه العام و الخاص، و كذلك هبه كل من الزوجين للآخر حيث لا وارث سواه غير الإمام فإن المال كله للآخر منهما على كل حال اما هبه أو ميراثا فرضا أو ردا على القول بأن الزوجه يرد عليها، اما لو كان وارث غير الموهوب له فالمدار في الزائد على اجازته كما عرفت و عليه ماده (٨٧٩) إذا وهب أحد في مرض موته شيئا لأحد ورثته و بعد وفاته لم تجز الورثة الباقيون فلا تصح تلك الهبه.

و هذا صحيح و لكن لا وجه لتخصيص الموهوب له بأحد الورثة بل و لو لأجنبي و تنفذ بإجازه الورثة سواء كانت قبل موته أو بعده و توهم عدم صحتها قبل موته لأنها إسقاط ما لم يتحقق مدفوع بان مرض الموت موجب لتعلق حق للورثة بتركة مورثهم في الزائد على الثلث عند أرباب هذا القول كتعلق حق الغرماء و لذا يكون محجورا عليه في الزائد و باعتبار ذلك الحق تصح إجازتهم و يعتبر ان يكون المجيز عاقلا- بالغيا غير مريض مرض الموت و للولي أو الوصي الإجازة مع المصلحة لا- مطلقا نعم المعبر هو الوارث عند الموت لا عند الهبه فلو أجاز الوارث عند الهبه ثم مات قبل الواهب لغت اجازته طبعاً.

و تصح الهبه للوارث و لغيره كما تصح الوصيه كذلك من صحيح

□

و مريض، و ما يرويه الجمهور من حديث (ان الله قد اعطى كل ذى حق حقه فلا وصيه لوارث) غير معمول به عندنا و محمول على عدم وجوب الوصيه للوارث لأن إرثه الذى فرضه الله يدفع وجوب الوصيه و فى بعض الروايات ما يشير الى ذلك، نعم لا ريب ان ترجيح الورثه على بعض فى الهبات و التمليكات الصلحيه أو البيوع المحاباتيّه- جور و إجحاف على باقى الورثه كما فى كثير من الاخبار و هو مكروه كراهه شديده تكاد تلحقه بالحرام نعم و قد يبلغ الحرمة إذا استلزم حصول الشحناء و البغضاء بين الاخوه و الأولاد، و فى بعض الاخبار ان أحد الصحابه اشهد النبى «ص» على تمليك عقار لبعض ولده فقال له النبى صلى الله عليه و آله هل أعطيت بقيه ولدك مثل ما عطيتك فقال لا فقال (ص) هذا جور و انا لا اشهد على جور- هذا كله مع تساوى الأولاد من سائر الجهات اما لو تميز أحدهم ببعض المرجحات فقد يستحب الترجيح بل قد يجب مع الأمن من المفسده كما لو كان أحدهم فقيرا أو مريضا أو عاجزا عن الكسب أو مشغولا بطلب العلم أو نحو ذلك من المميزات و هذا باب واسع و له إغلاق و أقفال كثيره مفاتيحها العقل و العدل و الوجدان هذا كله فى الهبه للوارث (اما لو وهب و سلم لغير الورثه فإن كان ثلث ماله مساعدا و افيا بتمام الموهوب تصح و ان لم يكن و افيا و لم تجز الورثه الهبه تصح فى المقدار الوافى و يكون الموهوب له مجبورا على رد الباقي).

و قد عرفت انه لا فرق فى ذلك بين الهبه للوارث و غيره و يلحق

بالهبة جميع معاملات المحاباته كما لو باع أو آجر أو صالح بأقل من ثمن المثل فإنها جميعا تتوقف على اجازة الورثة لأنها تراحم حقوقهم في الثلثين اما ما كان بثلث المثل أو أزيد فينفذ من حينه بلا توقف و كذا الكلام في حق الغرماء فيما لو كانت الديون تستغرق التركة فإن تصرفات مرض الموت المحاباته لا تنفذ إلا بإجازه الغرماء فلو وهب بغير عوض مساوى كان لهم رد الهبة و استرداد الموهوب و لو كانت الديون تقابل نصف أمواله أو ثلثها لوحظت النسبه فإن كانت الهبة أقل من النصف توقفت على اجازة الورثة فقط و ان كانت أزيد توقفت على إجازتهم و اجازة الغرماء و الى بعض هذا أشارت ماده (٨٨٠) إذا وهب المستغرق تركته بالديون أمواله لوارثه أو لغيره و سلمها ثم توفى فللغرماء ان يدخلوا أمواله في قسمتهم ان لم يمضوا الهبة،، و هى مجمله و التحقيق الوافى ما ذكرناه.

(و الى هنا تم كتاب الهبة و يليه كتاب الغصب و الإلتلاف)

ص: ١٠١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَ لَهُ الْحَمْدُ

الكتاب الثامن (فى الفصب والإتلاف)

إشاره

و يشتمل على مقدمه و بايين)

المقدمه (فى بيان الاصطلاحات الفقيهه المتعلقه بالغصب و الإتلاف)

إشاره

ماده (٨٨١)

الغصب:

هو أخذ مال أحد و ضبطه بدون اذنه و يقال للآخذ غاصب و للمال المضبوط مأخوذ و لصاحبه مأخوذ منه، جرت طريقه الفقهاء من العامه و الخاصه أن يفردوا فى كتبهم الفقيهيه كتابا خاصا للغصب مع ان المباحث التى يذكرونها فى هذا الكتاب ليست من آثار الغصب أصلا و انما هى من آثار اليد- و الغصب فرع من فروعها و هى الأصل و سيأتى ان الغصب انما يمتاز عن سائر موارد اليد فى الحرمة التكليفيه فقط و كان الأصح ان يجعل عنوان هذه المباحث (كتاب أسباب الضمان) و أولها اليد و لعله من تسامح الأولين و اقتفى أثرهم جل الآخريين.

و تحرير البحث كما هو حقه- ان أسباب الضمان و نعى به صيروره مال شخص فى عهده آخر بأن يؤديه إليه عينا أو بدلا مثلا أو قيمه و أسباب

هذا و ان كانت كثيره و لكن أشهر أصول الضمانات و أكثرها وقوعا و أوسعها فروعا- أربعة «١» اليد «٢» الإلتلاف «٣» الإلتزام «٤» الغرور. و المراد باليد الاستيلاء على مال الغير بغير حق يعنى بغير اذن من المالك و لا الشارع فان كان عالما عامدا مختارا فهو عدوان محرم مضاف إلى أثره الوضعى من لزوم دفع غرامته لو تلف و هو الغصب المعروف و ان لم يكن كذلك فلا حرمه بل عليه الضمان فقط اى وجوب رد العين موجوده ورد بدلها مفقوده،، و قد اختلفت عبارات الفقهاء فى تعريف الغصب فى المجله هو الأخذ. و فى جملة من متون فقهائنا هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا و هذا التعبير أقربها إلى الحقيقه و ان كان لا يخلو من خدشه و هناك تعبيرات اخرى كلها قاصره و تعريف المجله أشدها قصورا إذ لا يعتبر فى الغصب الأخذ بل لو استولى على المال و هو فى يد صاحبه كان غصبا كما لو سكن الدار معه و صيره مأمورا بأمره، و كذا التعبير بالاستقلال فان وضع اليد على الشىء مع يد المالك كما لو ركب الدابه معه غصب و ان لم يكن هناك استقلال، و مثله التعبير عنه بإزاله اليد المحقه و وضع اليد المبطله و كيف كان فقد ظهر لك ان أحسن ما يمكن التعبير عنه بالمعنى العام انه اى الغصب الاستيلاء على مال الغير بغير حق و بالمعنى الخاص و هو المحرم عقلا- و شرعا الاستيلاء على مال الغير عدوانا، و الفرق بينهما واضح و من الغريب ان المجله جعلت الأخذ هو الغاصب ثم غفلت عن جعل المأخوذ مغصوبا و المأخوذ منه مغصوبا منه، و يشبه ان يكون هذا من

قبيل ما يسمونه فى البديع «بالإطاعه و العصيان».

ماده (٨٨٢) قيمه الشىء قائما هي قيمه الابنيه أو الأشجار حال كونها قائمه فى محلها

و هو ان تقوم الأرض مع الابنيه و الأشجار و تاره تقوم على ان تكون خاليه عنهما فالتفاصيل و التفاوت الذى يحصل بين القيمتين هو قيمه الابنيه و الأشجار قائمه.

و أسهل من ذلك ان تقوم نفس الابنيه من حيث هي متراصه و مجتمعته و الأشجار من حيث كونها نابته ناميه و هذا شىء قد يعرفه أهل الخبره بسهولة. و من هذا القبيل تقويم ثمن الزوجه من الابنيه و الأشجار على المشهور عندنا من انها لا ترث من أعيانها بل من قيمه.

ماده (٨٨٣) قيمه الشىء مبني

هي قيمه البناء قائما.

ماده (٨٨٤) قيمه الشىء مقلوعا

هي قيمه انفاض الابنيه و الأشجار بعد القلع.

ماده (٨٨٥) قيمه الشىء حال كونه مستحقا للقلع

هي للقيمه الباقيه بعد تنزير اجره القلع من قيمه المقلوع.

هذه المواد مع انها من الواضحات قليله الجدوى ضئيله الفائده

ماده (٨٨٦) نقصان الأرض هو الفرق و التفاوت الذى يحصل بين أجره الأرض قبل الزراعه و بعدها.

يعنى إذا زرع الغاصب أو غيره و نقصت الأرض بذلك التصرف و أريد معرفه قدر النقيصه بنظر التفاوت بين أجرتها قبل الزراعه و بعدها و لو جعلوا المعيار التفاوت بين قيمتها قبل ان تزرع و بعدها لكان أهون

(٨٨٨) الإلتلاف تسببا هو التسبب لتلف شىء

يعنى إحداث أمر فى شىء يفضى الى تلف شىء آخر على جرى العاده و يقال لفاعله متسبب كما ان قطع حبل قنديل معلق يكون سببا مفضيا لسقوطه على الأرض و انكساره و يكون قد ألتف الحبل مباشره و كسر القنديل تسببا و كذلك إذا شق أحد طرفا فيه سمن و تلف ذلك السمن يكون قد ألتف الطرف مباشره و السمن تسببا،، تشير المجله بهذا الى ان الإلتلاف الذى هو أحد أسباب الضمان نوعان لان المتلف اما ان يتلفه مباشره أو تسببا و قد أشارت إلى تعريف التسبب و هو إحداث أمر فى شىء يفضى الى تلف شىء آخر و ساق له تلك الأمثله التى هى مثال للتسبب كما هى مثال للمباشره التى لم يذكر تعريفها و ضابطتها و قد تكثرت العبارات فى إعطاء الضابطه الفارقه بين المباشره و التسبب فان الحكم و هو الضمان حيث يجتمع المباشر و السبب يختلف فتاره يكون على المباشر و اخرى على السبب فلا بد من ضابطه يمتاز بها أحدهما عن الآخر، و الضابطه المذكوره فى المجله مختله و توضيح ذلك يستدعى تمهيد (مقدمه) و هى ان الافعال التى تسند إلى الإنسان نوعان (قياميه) و هى التى تقوم بالفاعل قيام حلول مثل النوم و الموت و الحياه إلى كثير من نظائرها فإن نسبه الموت الى زيد فى قولك مات زيد ليس لان الموت صدر منه بل لانه حل به و قام فيه و هكذا القول فى أمثاله و نسبه هذه الأحداث إلى الموضوعات القائمه بها انما بضرب من التوسع و الا فحقيقه النسبه تقتضى صدور الفعل

من الفاعل لا حلوله فيه و ليست تلك الاحداث الفاعليه من أفعالنا بل لها أسباب و علل خاصه توجد بوجودها انما أفعالنا حقيقه
هى القسم الثانى و هى «الصدوريه» أى التى تصدر من الشخص حقيقه و تسند اليه بلا- عنايه مثل القتل و الأكل و الشرب و
أضرابها و هى أيضا نوعان «توليديه» و هى التى يوجد الفاعل أسبابها فيسند اليه مسباتها مثل الإحراق حيث يقال فلان أحرق
البيت يعنى انه القى النار عليه أو ألقاه فيها فاحترق و أكثر أفعال البشر من هذا القبيل «و غير توليديه» و هى التى يوجد الفاعل
المسبب بلا واسطه بل يكون السبب صرف إرادته و هو قليل مثل الكلام و القيام و اضرابهما و كلا النوعين هى من أفعالنا مباشره
فالفاعل المباشر هو موجد الشئ ء رأسا بإرادته أو موجد سببه.

و حيث ان تأثير الأسباب فى الغالب لا يكون الا بانضمام الشروط و سبق المعدات فربما يوجد السبب بفعل شخص و يوجد غيره
الشرط أو المعد فموجد السبب هو المباشر و موجد الشرط أو المعد اصطلاحا عليه اصطلاحا خاصا فى هذا الباب انه المسبب مع
ان فاعل السبب غيره مثلا من حفر بئرا فى الطريق لغرض له فالقى فيها شخص رجلا آخر أو دابه فالمباشر هو الملقى و حافر البئر
هو فاعل الشرط أو المعد فإذا تغاير المباشر و فاعل الشرط أو المعد فالضمان على المباشر إلا فى موردين كما سيأتى اما إذا
اتحد بان كان المباشر هو فاعل الشرط أو المعد كما لو كان الملقى هو الحافر فالضمان عليه على كل حال، و مما ذكرنا يظهر
لك الخلل فيما ذكرته المجله و ذلك من وجهين (الأول) ان قاطع الحبل المعلق به القنديل

إذا وقع و انكسر هو كاسر القنديل مباشره غايته انه فعل أحدهما بإرادته و الآخر بإيجاد سببه و كلا الفعلين كما عرفت هما من أفعال المباشره لغه و عرفا بل و عقلا.

(الثانى) حيث ان الفاعل لهما واحد فليس هو من موارد الفاعل مباشره أو تسبيبا. و انما موردهما حيث يتعدد الفاعل فيكون فاعل السبب غير فاعل الشرط أو المعد، فتدبر هذا و اغتنمه فقد اشتبه على كثير من الفريقين.

ماده (٨٨٩) التقدم هو التنبيه و التوصيه بدفع الضرر الملحوظ و إزالته قبل وقوعه.

هذه ماده غير واضحه المراد، و لا معلومه المفاد. و فسرنا البعض بما حاصله ان جدار الجار إذا مال الى الانهدام فللشخص ان يقول لجاره ان جدارك متصدع فاهدمه فان لم يفعل فسقط و أتلّف شيئا ضمن انتهى.

«أقول» و هذا ما لا جدوى فيه فان صاحب الجدار المنهدم إذا أتلّف على جاره شيئا كان ضامنا إذا عد مقصرا كما هو الغالب سواء أُنذره جاره أم لا، و الذى ينبغى التنبيه عليه فى هذه القضية اعنى قضيه الإنذار هو ان المتلف إذا نبه صاحب المال و أُنذره بالتحفظ فلم يتحفظ فلا ضمان على المتلف مثلا لو وجد راكب الدابه امامه فى الطريق متاعا لشخص فانذره و قال له قبل ان يصل اليه ارفع متاعك من الطريق فلم يرفعه و سحقته الدابه و أتلّفته فلا ضمان على الراكب لان صاحب المتاع هو الذى فرط فى حفظ متاعه نعم لو لم يندره

و أتلفه كان ضامنا. وهذا كله يرجع الى قضيه التسبب ففي الصوره الأولى المتلف صاحب المتاع و في الثانيه راكب الدابه فتدبره.

الباب الأول فى (الغصب)

اشاره

و يحتوى على ثلاثه فصول)

الفصل الأول « فى بيان احكام الغصب»

اشاره

قد عرفت ان الاستيلاء على مال الغير بغير اذنه أو اذن الشارع يترتب عليه أحكام فإن كان عالما و العالم عامد كان غاصبا و عدوانا و ترتب عليه حكمان (أحدهما) تكليفى و هو الحرمة و استحقاق العقوبه (و ثانيهما) وضعى و هو كون المال فى عهده واضح اليد و معنى كونه فى العهده وجوب رده ان كان موجودا و دفع غرامته مثلا أو قيمه ان كان تالفا و ان كان جاهلا بأنه مال الغير و وضع يده عليه ترتب الأثر الثانى فقط و لم يكن حرمة و لا- عقوبه و الغصب هو الأول لا- الثانى و لذا ذكرنا ان عنوان الكتاب بالغصب ليس فى محله فإن الاحكام التى نذكر فى هذا الكتاب لا شىء منها يتعلق بالغصب بعنوانه الخاص و انما هى للعنوان

العام سواء كان غضبا أم لا و أول تلك الاحكام التى هى للعنوان الجامع و هو الاستيلاء على مال الغير ما ذكروا، فى ماده «٨٩٠» يلزم رد المال المغصوب عينا و تسليمه الى صاحبه فى مكان الغصب ان كان موجودا و ان صادف الغاصب صاحب المال فى بلده اخرى و كان المغصوب فيها فان شاء صاحبه استرده هناك و ان طلب رده الى مكان الغصب فمصاريف نقله و مئونه رده على الغاصب،، اعلم ان للمال الذى صار فى يد الغير بغير وجه شرعى ثلاث حالات (الاولى) أن يكون باقيا على حاله لم يتلف و لم يتغير ثم لا- يخلو، اما ان يكون باقيا فى بلد الغصب أو نقل الى أخرى و على كلا التقديرين اما ان يحتاج نقله الى المحل الذى غصب فيه الى مئونه أو لا يحتاج و على تقدير انتقاله الى بلد أخرى فاما ان يطالبه صاحبه فى تلك البلد أو لا اما مع طلب المالك فلا إشكال فى وجوب رده له مطلقا و لا يجوز الامتناع من تسليمه له أينما كان نعم لو غصبه من بلد و نقله الى غيرها و طلبه المالك فى بلد ثالثة لا يبعد عدم وجوب نقله الى بلد الغصب أو تسليمه فى البلد الذى هو فيه و هو واضح، و اما مع عدم الطلب فالواجب رده الى المحل الذى أخذ منه و لا حق له فى جبر المالك على تسلمه فى بلد آخر نعم لو كان نقله الى بلده التى غصب فيها لا يحتاج إلى مئونه كالدراهم و الخاتم و أشباه ذلك لم يبعد وجوب قبوله لو دفعه الغاصب فى بلد اخرى و لا يجوز له الامتناع اما المحتاج إلى مئونه فهى على الغاصب بلا اشكال، هذا كله فى الأحوال الاعتيادية اما لو طلبه و الطريق خطر أو فيه على الغاصب أو غيره ضرر كان له الامتناع الا بتحمل المالك

التدارك أو يلقي عنه تبعه الضمان كما ان للمالك الامتناع من تسلمه مع شىء من تلك الأحوال «الحاله الثانيه» ان يكون قد تلف و هلكت عينه و المتلف اما ان يكون المالك أو الغاصب أو أجنبي أو أمر سماوى و الحكم فى جميع هذه التقادير واحد و هو الضمان بدفع المثل أو قيمه إلا إذا كان المتلف هو المالك فإنه لا ضمان على الغاصب طبعاً لأنه بمنزله الاستيفاء سواء كان المالك عالماً حين التلف انه ماله أم لا، اما لو كان المتلف هو الأجنبي فالمالك مخير بين الرجوع عليه و بين الرجوع على الغاصب ثم يرجع الغاصب على الأجنبي لأن قرار الضمان على من تتلف العين فى يده و لا فرق فى التلف السماوى بين كونه بتفريط الغاصب و تعديه أم بغير ذلك كما نبهت عليه ماده «٨٩١» كما انه يلزم الغاصب ان يكون ضامناً إذا استهلك المال المغصوب كذلك إذا تلف أو ضاع بتعديه أو بدون تعديه يكون أيضاً ضامناً قيمته يوم غصبه،، و قد اتفق فقهاء الفريقين على الفرق فى الضمان بين المثلى فيضمن بالمثل و القيمى فيضمن بالقيمه و قد مر عليك فى أوائل الجزء الأول بيان ضابطه الفرق بينهما، انما المهم الكلام فيما لو اختلفت قيمه بين يوم الغصب و يوم التلف أو بين أحدهما و بين يوم الدفع فهل اللازم دفع قيمه يوم الغصب مطلقاً أو يوم التلف كذلك أو يوم التسليم كذلك أو أعلى القيم من الأول الى الثانى أو الى الثالث، و الفرق بين باب الغصب و غيره من أنواع الضمانات وجوه بل أقوال و الخلاف قائم بين عامه أرباب المذاهب فالمنقول عن أبى حنيفه ضمان قيمته يوم الغصب و هو ظاهر إطلاق المجله و نسب

الى أكثر فقهاءنا اعتبار يوم التلف لانه يوم الانتقال من وجوب رد العين إلى قيمه ضروره ان العين لما كانت موجوده عند الغاصب كان الواجب عليه ردها عينا فلما تلفت انتقل الحق من العين إلى قيمه و لكن يشكل هذا بأنه مخالف لروايه صحيحه في هذا الباب ظاهرها اعتبار قيمه يوم الغصب و حيث ان هذه الصحيحه تشتمل على كثير من احكام الضمانات و ضمان منافع العين المغصوبه و هي غريزه الفائده عظيمه البركه فاللازم هنا نقلها بنصها ثم النظر فيما يستفاد منها:

□
 روى الشيخ الطوسى رحمه الله فى الصحيح عن أبى ولاد قال اكرتيت بغلا- الى قصر بنى هبيره ذاهبا و جائيا بكذا و كذا و خرجت فى طلب غريم لى فلما صرت قرب قنطره الكوفه خبرت ان صاحبى توجه الى النيل فتوجهت الى نحو النيل فلما أتيت النيل خبرت انه توجه الى بغداد فاتبعته و ظفرت به و فرغت مما بينى و بينه و رجعت الى الكوفه و كان ذهابى و مجيئى خمسه عشر يوما فأخبرت صاحب البغل بعذرى و أردت أن أتحلل منه فيما صنعت و ارضيه فبدلت له خمسه عشر درهما فأبى أن يقبل فتراضينا بأبى حنيفه و أخبرته بالقصه و أخبره الرجل فقال لى ما صنعت بالبغل قلت أرجعته سليما قال نعم بعد خمسه عشر يوما قال فما تريد من الرجل قلت أريد كراء بغلى فقد حبسه على خمسه عشر يوما فقال انى ما ارى لك حقا لانه اكرتاه الى قصر بنى هبيره فخالف فركبه الى النيل و الى بغداد فضمن فيه البغل و سقط الكراء فلما رد البغل سليما و قبضته لم يلزمه الكراء قال فخرجنا من عنده و أخذ صاحب

□
 البغل يسترجع فرحمته مما افتي به أبو حنيفة و أعطيته شيئاً و تحللت منه و حججت تلك السنه فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام بما افتي به أبو حنيفة فقال فى مثل هذا القضاء تحبس السماء ماءها و تحبس الأرض بركاتهما فقلت لأبى عبد الله عليه السلام فما ترى أنت جعلت فداك قال ارى له عليك مثل كرى البغل ذاهبا من الكوفه إلى النيل و ذاهبا من النيل الى بغداد و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفه و توفيه إياه قال قلت جعلت فداك فقد علفته بدراهم فلى عليه علفه قال لا لأنك غاصب قلت أ رأيت لو عطب البغل أو نفق ليس كان يلزمنى قال نعم قيمه بغل يوم خالفته قلت فإن أصاب البغل عقر أو كسر أو دبر قال عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده عليه قلت فمن يعرف ذلك قال أنت و هو اما ان يحلف هو فيلزمك و ان رد عليك اليمين فحلت على القيمه لزمك ذلك أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمه البغل حين اكرى كذا و كذا فيلزمك فقلت انى كنت أعطيته دراهم و رضى بها و حللنى فقال إنما رضى بها و حللك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم و لكن ارجع اليه فأخبره بما أفيتتك فإن جعلك فى حل بعد معرفته فلا شىء عليك بعد ذلك (انتهى).

و ذكر بعض اعلام فقهاءنا المتأخرين ان موضع الدلاله منها كلمتان [الاولى] ظهور قوله نعم قيمه بغل يوم خالفته فان الظاهر ان اليوم قيد للقيمه سواء أضفنا البغل الى اليوم أو جعلناه منونا عوض اللام فيكون التقدير قيمه البغل يوم المخالفه و سقوط اللام حينئذ للإضافه

لا للتكثير ليكون موهما أنها قيمه بغل مثل البغل لو تلف فيدل على ضمان القيمي بالمثل و القيمه هي قيمه المثل لا قيمه التالف، و احتمال جماعه تعلقه بالفعل المستفاد من نعم اى يلزمك يوم المخالفه قيمه بغل فلا يدل على قيمه يوم المخالفه، ثم قال و هو بعيد جدا بل غير ممكن لأن السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفه بعد العلم بكون زمان المخالفه زمان حدوث الضمان كما يدل عليه أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمنى فقوله نعم يعنى يلزمك بعد التلف بسبب المخالفه قيمه بغل يوم خالفته [الثانيه] قوله أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمه البغل يوم اكترى كذا و كذا فإن إثبات قيمه يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه فلا بد ان يكون الغرض منه إثبات قيمه يوم المخالفه لأنه هو يوم الاكتراء فان المخالفه على ظاهر الروايه كانت بمجرد خروجه من الكوفه و معلوم عدم اختلاف القيمه فى تلك المده القليله أى ما بين الخروج من الكوفه و التوجه الى نحو النيل المحقق للمخالف (انتهى ملخصا).

و أقول ان فيما افاده قدس سره مواقع للنظر أما «أولا» فقوله و اما ما احتمله جماعه إلى قوله فبعيد جدا بل غير ممكن - غريب جدا فان الاستفهام فى كلام الراوى أ ليس يلزمنى - لم يكن حقيقيا و انما هو تقريرى أو انكارى و لم يقصد به السؤال عما يضمن به بل عن أصل الضمان فإن الإمام عليه السلام لما الزمه بالكراء من الكوفه إلى النيل و منها الى بغداد ثم منها إلى الكوفه استنكر السائل ذلك، و استفهم إنكارا

- أليس - يلزمنى ضمان العين يغنى فكيف أضمن الأجره مع انى ضامن العين لو تلفت مشيرا الى فتوى أبى حنيفه المستنده إلى قاعده (الضمان بالخراج) فليس فى السؤال تعرض للقيمة أصلا و ليست هى من محل البحث فى شىء فضلا عن التعرض لقيمة أى يوم من يومى الغصب أو التلف و انما ذكر الامام عليه السلام يوم المخالفه و قال قيمه بغل يوم خالفته إشاره إلى رد الاستنكار و انك بمخالفتك و غضبك خرجت عن الامانه فصرت ضامنا للعين و تعلق الضمان يوم المخالفه و من أجل المخالفه و لو كنت مستمرا على اجارتك و لم تخالفها كنت أمينا و لم تكن ضامنا فحاصل الجواب نعم يلزمك يوم المخالفه قيمه البغل لو عطب و لا اشعار فيها فضلا عن الظهور بان المدار على قيمته يوم التلف أو يوم الغصب أو غيرهما (و ثانيا) ان من الممكن منع اتحاد يوم الاكتراء مع يوم المخالفه إذ من الجائز انه قد اكتره قبل خروجه بأيام و لو سلم انه اكترى يوم سفره و لكن يمكن منع قرب عدوله الى نحو النيل من ساعه خروجه من الكوفه و لو كان قريبا منها لرجع الى صاحب البغل و راجعه فى الإجاره إلى النيل و الظاهر ان قنطره الكوفه بعيده عنها، و لو سلم كل ذلك فلا دلالة فيها على ان اعتبار يوم الاكتراء كان من جهه وقوع المخالفه فيه بل لعله من أجل ان يكون هو الأصل المحفوظ فاما ان يتفقا على بقاءه على تلك القيمة إلى يوم التلف أو يدعى المالك الزيادة أو المستأجر النقيصه فيرجعان الى من يحكم بينهما حسب الأصول و القواعد و تعيين المدعى و المنكر و الأخذ بوظيفه كل منهما كما يشعر به ذيل الروايه و أغرب من

هذا انه قدس سره بعد استظهاره اعتبار يوم المخالفه قال ما نصه- نعم يمكن ان يوهن ما استظهرناه من الصحيحه بأنه لا يبعد ان يكون معنى الحكم فى الروايه على ما هو الغالب فى مثل مورد الروايه من عدم اختلاف قيمه البغل فى مده خمسه عشر يوما و يكون السر فى التعبير بيوم المخالفه دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام من ان العبره بقيمه ما اشترى به البغل الى آخره.

و هذا من الغرابه بمكان فان الحكم الواقعى لو كان هو اعتبار قيمه يوم التلف لكان اللازم بيانه و بيانه يحصل دفع توهم العوام و لا- وجه للتعبير بخلاف الواقع و ان العبره بيوم المخالفه لدفع ذلك التوهم مع ما فيه من الإغراء بالجهل، و بالجمله فالعدول عن بيان الواقع الى خلافه بذكر يوم المخالفه تاره و يوم الاكتراء اخرى مع ان العبره بيوم التلف واقعا لم يظهر له وجه أصلا بل غير جائز قطعاً، و من جميع ذلك ظهر ان الروايه بمعزل عن تعيين قيمه أى يوم من الأيام المحتمله بل جل الغرض منها بيان أصل ضمان المنافع كضمان العين دفعا لشبهه أبى حنيفه التى تقدم توضيحها و الجواب عنها غير مره و بعد ان خلت القضية عن النص فى تعيين قيمه يوم الغصب أو يوم التلف فاللازم الرجوع الى مقتضى القاعدة و هو اعتبار قيمه يوم التلف لانه يوم انتقال الحق من العين إلى القيمه و اشتغال الذمه بها كما ذهب إليه أكثر فقهاءنا و دعوى ان الذمه قد اشتغلت بالقيمه يوم الغصب نظرا الى ان معنى ضمان العهده كما تقدم مرارا هو وجوب رد العين مع وجودها و تداركها بالبدل مع فقدها

مدفوعه بأن اشتغال الذمه (أولاً) كان فرضياً و تقديرياً (و ثانياً) كان على نحو الإبهام و الإجمال و تنجزه و تعيينه يكون يوم التلف فالمدار عليه، و من هنا ظهر الحكم فيما لو كان الاختلاف من حيث المكان كما لو كان للعين قيمه فى بلد الغصب و اخرى فى بلد التلف و ثالثه فى بلد المطالبه أو التسليم فالظاهر تعيين قيمه بلد التلف لأنها هى التى استقرت و تنجزت فى الذمه و بها يحصل التدارك للعين شرعاً و عرفاً و لذا اتفقوا ظاهراً على عدم العبره بزياده قيمه العين بعد التلف الا من القائل بأعلى القيم من زمان الغصب الى وقت الدفع و هو شاذ و لم يعلم وجهه و أقصى ما يقال فى توجيهه ان العين كانت مضمونه فى جميع الأزمنه فإذا ارتفعت قيمتها فى زمان صار تداركها لا يحصل الا بدفع تلك القيمه فكما انها لو تلفت تعينت هى فكذا إذا حال أحد بينهما و بين المالك إذ بقاؤها مع عدم تمكنه منها مساو لتلفها حكماً نعم لو ردها فقد حصل التدارك بنفس العين و لو نقصت قيمتها لان ارتفاع القيمه السوقيه أمر اعتبارى لا- يضمن بنفسه لعدم كونه مالاً و ان كان مقوماً لماليه المال و به تتمايز الأموال قله و كثره (و بيان) آخر ان للعين مع تزايد القيمه مراتب من الماليه أزيلت يد المالك عنها فان رد نفس العين سقط الحق و لم يضمن الزيادة لأنها اعتبار يتبع العين و الا ضمن العين بعليا مراتبها هذا كله لو علمت القيم يوم الغصب و يوم التلف اما لو شك فى قيمتها يوم التلف و انها كانت عشره أو خمسه فالمرجع الى الأصل العملى و هو أصاله اشتغال ذمه الغاصب و لا يحصل اليقين ببراءه ذمته من حق المالك

الا- بدفع الأ-كثر و استدل بهذا أيضا لوجوب دفع أعلى القيم من زمن الغصب الى وقت التلف أو الى وقت الدفع و لكنه فى الجميع واضح الضعف و ليس المورد من موارد الاشتغال بل من موارد أصل البراءه لأن التكليف بالأ-كثر غير معلوم و القدر المتيقن هو الأقل و ينفى المشكوك بالأصل كما فى سائر موارد الشك بين الأقل و الأ-كثر، نعم لو كان التكليف مرددا بين متبايعين أو مجملا- تعين الرجوع الى الاشتغال ثم ان هذا كله انما هو فى تفاوت قيمه السوقيه الناشئه من تفاوت الرغبات اما الارتفاع لزياده العين فلا-خلاف فى ضمان أعلى القيم و تكون الزيادة فى قيمه بإزاء زياده العين و ضمانها كضمان الجزء الفائت نعم يجرى الخلاف فى ضمان هذه الزيادة و انه باعتبار قيمتها يوم الغصب أو يوم التلف أو غير ذلك (هذا تمام الكلام) فى القيمى و جميع ما ذكر فيه يجرى فى المثلى إذا تعذر المثل و انتقل الحق إلى قيمته أى قيمه المثل سوى ان يوم التعذر هنا يقوم مقام يوم التلف هناك لانه هو اليوم الذى ينتقل الحق فيه من العين إلى قيمه فيعتبر قيمه المثل يوم تعذره لا- قيمه يوم التلف (الحاله الثالثه) من حالات العين المغصوبه تعذر الوصول إليها و عدم إمكان ردها الى المالك مع وجودها و عدم تلفها و هلاكها كما لو أبق العبد من الغاصب أو شردت الدابه أو وقع المال المغصوب فى البحر أو ضاع أو سرق و أمثال ذلك و قد اتفقوا هنا على وجوب التدارك بدفع البدل مثلا- فى المثلى و قيمه فى القيمى و يسمونه (بدل الحيلوله) و لكنهم وقعوا فى محذور عويص ارتكبوا أشد الارتباك فى التخلص منه

و هو انهم اتفقوا ان ما يدفعه الغاصب من البديل يملكه المغصوب منه و يتصرف فيه جميع التصرفات المتوقفه على الملكيه من بيع و رهن و وقف و غيرها ثم اتفقوا على الظاهر ان المغصوب الذى يتعسر أو يتعذر الوصول اليه كما لو كان ضائعا مجهول المحل مثلا- هو باق على ملك مالكة المغصوب منه و لهذا لو ظهر بعد ذلك يرجع له لا للغاصب الضامن و يؤيده انه لم يجر معامله توجب الانتقال فلزم من هذين الأمرين محذور اجتماع البديل و المبدل فى ملك شخص واحد اى اجتماع العوض و المعوض بل كون العوض بلا معوض و هو محال عقلا باطل شرعا، و حاول بعضهم التفصى عن الاشكال بالتزام عدم دخول البديل فى ملك المغصوب منه بل مفاد هذه المبادله إباحه جميع التصرفات حتى الموقوفه على الملكيه فيكون المقام نظير المعاطاه على القول بالإباحه لا الملكيه و يكون بيعا لازما بتلف أحد العوضيين فكذلك ما نحن فيه و لكنك خير بان هذا لا يجدى فى رفع الإشكال لأنهم فى المعاطاه على القول بالإباحه التزموا بحصول الملكيه آنا ما قبل التصرف الموقوف على الملك كالوقف و البيع فلو التزمنا هنا بذلك عاد الاشكال تماما حيث يلزم ان يكون المغصوب منه قد ملك البديل مع بقاء المبدل على ملكه و لذا لو ظهر رجوع اليه لا- الى الغاصب ففى المعاطاه يلتزمون عند التصرف بالمعاوضه على حقيقتها بخلافه هنا و من هنا أيضا ينشأ إشكال آخر و هو انه لو رجع المبدل المغصوب و أمكن رده الى مالكة فهل يرجع ما أخذه من البديل علينا أو بدلا الى الغاصب مطلقا أو لا يرجع مطلقا فيجمع بين العوض و المعوض أو يرجع

إذا كان موجودا و لا يغرمه إذا كان تالفا وجوه و أقوال لا يخلو كل واحد من الاشكال و المسأله من معضلات الفن و أقصى ما يمكن ان يقال من التحقيق و الوجه الدقيق لحلها هو ان للعين المملوكه بنظر العقلاء اعتبارا من حيث ذاتها مجردة عن كل شىء و عن كل وصف، و اعتبارا ثانيا من حيث أوصافها و منافعها المحققه لماليتها و لا شك ان الملكيه تدور مدار الذات لا الصفات يعنى ان الملكيه تتحقق و ان لم تكن للعين ماله كما هو واضح فى حبه الحنطه فإنها ملكك لك و لا يجوز لأحد ان يأخذها بدون إذنك و يكون غاصبا لو انتزعها منك بغير رضاك و لكنها ليست بمال و لا يبذل بإزائها مال فالمال شىء و الملكيه شىء آخر فإذا غصبك عينا لها ماله و حال بينك و بين الانتفاع بها فقد غصبك الذات و الصفات اى المنافع فيجب عليه عقلا و شرعا التدارك و الغرامه بعد تعذر رد الذات و لا يحصل التدارك الا بدفع بدلها مثلا أو قيمه و لا يتحقق التدارك التام و الغرامه الا بان يكون لك جميع أنواع التصرفات بالبدل حتى الموقوفه على الملك على النحو الذى كان لك فى مالك و لكن هذا لا يقتضى التبادل فى الملكيه بل كل مال من البدل و المبدل باق على ملك صاحبه و انما دفع لك البدل بدلا عن حيلولته بينك و بين الانتفاع بمالك و لذا سموه (بدل الحيلوله) و بعبارة اجلى ان ماله البدل لك اما عينه و ذاته فهى لصاحبها الضامن كما ان المبدل المفقود ذاته لك اما ماليتها فقد ذهبت عليك و تداركها الغاصب بدفع البدل فلو ظهر البدل المفقود رجع الى مالكه المغصوب منه لانه ملكه اما بدله فان كان موجودا عنده أرجعه

إلى الغاصب لأنه ملكه و قد ارتفعت الحيلولة الموجبه لتسلط المغصوب منه عليه و اما لو كان تالفا تلفا حقيقيا أو حكما كما لو وقفه أو أعتقه فلا- رجوع عليه لا- بغرامه و لا غيرها لان الشارع أسقط ضمانه بسوء اختيار الغاصب حيث ارتكب الغصب و هذا معنى ذهابه من مال الغاصب كما لو تلفت العين المغصوبه تلفا حقيقيا أ ليس يغرمها الغاصب و تذهب من ماله؟ فكذلك هنا و يكون إتلاف المغصوب منه للبدل ليس لأنه مالك له حتى يلزم الجمع بين العوض و المعوض بل هو ملك الغاصب و لكنه مأذون شرعا بإتلافه حقيقه أو حكما بوقف و نحوه مثل الاذن بأكل مال الغير فى مخصصه و نحوها سواء ان هذا بضمان و ما نحن فيه بغير ضمان لأنه غاصب اما لو باعها فالأقرب ان البيع يقع مترزلا و مراعى فان رجع المغصوب انفسخ بيع المغصوب منه للبدل و رجع الى الغاصب و ان تلف المغصوب تلفا حقيقيا أو حصل اليأس من عوده صار البيع لازما كما انه لو كان بعد فى يد المغصوب منه صار ملكا ذاتا له و أشبه المعاطاه من هذه الجبهه و ان كنا لا نلتزم بالملكه آنا ما فى هذا المقام كما فى المعاطاه بل نقول لو وقف أو أعتق أو باع انه باع و وقف ملك الغير عن نفسه بإذن الشارع و يأخذ العوض بدلا عن ماله الذى حال الغصب بينه و بين التصرف فيه فينبه و بين المعاطاه فرق ظاهر و بهذا ترتفع جميع المحاذير و تندفع كافة الإشكالات و لا يلزم سوى تخصيص قاعده لا بيع إلا فى ملك و أخواتها و هو غير عزيز النظر فى القواعد الشرعيه و المسائل الفقهيه و بهذا كله ظهر ان أصح الأقوال هو القول

الثالث و هو القول بالتفصيل كما ظهر أيضا انه مع إمكان الرد و زوال التعذر يجب على الغاصب ردها و يسترد ما دفعه من الغرامه ان كانت موجوده و الا- ردها بغير استرداد شىء فلو لم يرددها و تلفت ضمنها ثانيا و هكذا و للمالك المغصوب منه انتزاعها من الغاصب و إذا رد البدل لا يرد منفعه المنفصله بل و لا يغرم قيمه ما استوفاه من منفعه الماضيه نعم الزيادة المتصله تتبع العين اما منافع العين المغصوبه فهى للمالك فى جميع الأحوال و يغرم الغاصب قيمه ما استوفاه كما عرفت مرارا خلافا لأبى حنيفه ثم ليس للغاصب حبس العين المغصوبه حتى يسترد غرامته إذا كانت موجوده و ان كان القول بان له حبسها وفاقا لجماعه من الاعلام غير بعيد هذا موجز الكلام فى بدل الحيلولة و بقيت فروع و تحقيقات اخرى لا يتسع لها المجال المذكوره فى كتب أصحابنا المبسوطه و فيما ذكرناه كفايه ان شاء الله.

ماده (٨٩٢) إذا سلم الغاصب عين المغصوب فى مكان الغصب الى صاحبه برىء الغاصب من الضمان.

تحتاج هذه ماده إلى قيود أخرى فإن التسليم فى مكان الغصب إنما يكفى إذا لم يكن مخوفا و لم يكن فيه محذور، اما مع الخوف أو الضرر فلا- يكفى فى رفع الضمان إلا- إذا رضى المغصوب منه كما كان يلزم تقييد صاحبه بما إذا كان بالغاً عاقلاً رشيداً و مع فقد واحد من هذه الصفات فالضمان باق و فى حكم تسليمه التسليم الى وكيله أو وليه أو وارثه مع موت المالك و لو سلم العين الى أحد الورثه بدون اذن الباقيين ضمن

لهم و فى حكم تسليمه أيضا اذن المالك ببقائها عند الغاصب وديعه أو عاريه أو إجاره أو إباحه ففى جميع ذلك يزول الضمان عن الغاصب و يجرى عليه حكم تلك العناوين و كذا لو وكله على بيعه أو إجارته فتلف قبل ذلك، و الحاصل يزول عنوان الغصب الموجب للضمان بكل ما دل على رضا المالك ببقاء العين المغصوبه فى يد الغاصب و يتحقق به عنوان الرد عرفا فلو قال للغاصب أنت وكيل على بيعه و تلف فى يد الغاصب قبل البيع فلا ضمان خلافا لبعض شراح المجله و كل هذا واضح انما المهم ما يتحقق به عنوان الرد و التسليم و هو كسائر المفاهيم له أفراد قطعيه الدخول فيه كما ان هناك افرادا قطعيه الخروج و هناك افراد مشكوك بأنه يتحقق عنوان الرد بها حتى يزول الضمان أم لا، منها ما ذكره فى ماده (٨٩٣) إذا وضع الغاصب عين المغصوب و ان لم يوجد رد فى الحقيقه و منها ما لو دفعه له بعنوان الهديه أو الضيافه أو نحوها من العناوين المجانيه و انها ليست ماله المغصوب فلو غصبه طعاما و قدمه للمالك فأكله و هو لا يعلم بأنه طعامه لم يتحقق الرد و يكون ضامنا الى كثير من هذه الفروع،، و خلاصه التحقيق ما تقدم فى أمثال هذا الباب من ان الرد و التسليم و الأخذ و القبض كلها مفاهيم عرفيه فالمرجع فى تعيين مصاديقها الى العرف و ما يشكك العرف فيه أو لم يعرف حاله عندهم فالمرجع إلى الأصول الموضوعيه فان لم يكن فالحكميه نعم لا ريب فى ان الرد لا يتحقق بالتخليه أو رفع الغاصب يده عن العين المغصوبه و نحو ذلك من المعانى السلبيه بل لا بدّ فى تحققه من معنى إيجابى فكما ان الغاصب لا يتحقق بمحض رفع

يد المالك عن حاله و لذا قالوا لو منع المالك عن إمساك دابته لم يتحقق الغصب فالرد الذى هو نقيض الغصب و رافعه لا يتحقق بصرف رفع الغاصب يده عن العين المغصوبه و كما لا بد فى تحقق الغصب من الاستيلاء على مال الغير فكذلك لا يحصل الرد حتى يحقق استيلاء المالك على ماله المغصوب فلو أرسل الغاصب الدابه و نزع يده منها لم يحصل رد ما لم يضع لجامها فى يد المالك أو يلقيه بين يديه بل لو وضعها فى مربطها أو أدخلها فى بيت المالك، أو وضع الثوب فى صندوق المالك و نحو ذلك كل ذلك لا يكون ردا و لا أقل من الشك فيستصحب حكم الضمان لو تلف و مما ذكرنا ظهر الخلل فى ماده (٨٩٣) إذا وضع الغاصب عين المغصوب امام صاحبه بصورة يقدر على أخذه فيكون قد رد المغصوب و ان لم يوجد قبض فى الحقيقه و جعلوا هذا ردا حكيما و مع القبض ردا حقيقيا و ان الفرق بينهما ما ذكرته المجله بقولها:

اما لو تلف المغصوب و وضع الغاصب قيمته قدام صاحبه بتلك الصورة فلا يبرأ ما لم يوجد قبض فى الحقيقه.

و علل هذا بعض الشراح بان دفع القيمة مبادله و هى لا تكون الا برضى الطرفين بخلاف ما لو دفع العين فإنها عين حقه،، و أنت خير بضعف هذا التعليل بل فساده فإن المبادله لو كانت اختياريه لاحتاجت إلى رضى الطرفين اما لو كانت قهريه بحكم الشارع و مصادقه العرف فلا حاجة الى الرضا، و توضيحه ان الشارع لما جعل المثل أو القيمة بدلا عن العين التالفه لزم ان يترتب على البديل جميع آثار المبدل فكما ان الغاصب لو دفع العين

خرج من عهده الضمان قهرا على المالك رضى أو لم يرض فكذاك لو دفع البديل الذى جعله الشرع و العرف بمنزله العين (و بيان) آخر ان الوضع قدام المالك ان كان من مصاديق الرد عرفا فهو يكفى فى قيمه كما يكفى فى العين و ان لم يكن منها فلا يكفى فى المقامين فالتفصيل لا وجه له أصلا و هذا هو الوجه فى ماده «٨٩٤» لو سلم الغاصب فان دفعه فى محل مخوف لا يتحقق معه الاستيلاء التام فلا يتحقق الرد المسقط للضمان نعم لو قبضه و رضى فقد أسقط حقه و هذا مطرد فى جميع الحقوق التى فى الذمم و الأعيان من الدين و السلف و الكفاله و غيرها.

ماده (٨٩٥) إذا اعطى الغاصب،، الرجوع الى الحاكم على الظاهر

لا- حاجه له الا إذا لم يمكنه ان يضعه بين يديه أو يلقيه عليه فى محل الأمن فهناك اما ان يدفعه الى الحاكم فيبرأ أو يطلب منه إحضاره فيلزمه بأخذه.

ماده (٨٩٦) إذا كان المغصوب منه صبيا و رد الغاصب إليه

فإن كان مميزا و أهلا لحفظ المال يصح الرد و إلا فلا الرد إلى ولى الصغير الغير البالغ مطلقا اولى و أحوط و لا يصح الدفع الا للبالغ الرشيد اما النائم فإن غصب منه حال نومه كما لو أخذ خفه أو رداءه أو انتزع من إصبغه خاتمه فقد أجاز أبو يوسف رده إليه فى ذلك النوم فلو رده فى نومه الثانى بعد انتباهه لم يخرج من الضمان و اشترط الشيبانى وحده المجلس لا وحده النوم و الأصح أنه بوضع يده على مال غيره

صار ضامنا و لا يسقط الا بالقدر المتيقن من الرد و هو رده فى يقظته.

ماده (٨٩٧) إذا كان المغصوب فأكفه فتغيرت عند الغاصب

إشارة

كان ييست فصاحبه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عينا و ان شاء ضمنه، تغير المغصوب عند الغاصب له ثلاث حالات.

(الاولى)

ان تتغير الذات و الحقيقه النوعيه و له صورتان (أولاهما) أن تتغير الذات بالانقلاب كانه انقلاب الخمر خلا- و الحيوان ملحا أو الخشب فحما (ثانيهما) تغيره بالنشو و النمو كصيروره الحب زرعا و النطفه حيوانا.

(الثانيه)

ان لا- تتغير الذات بل تتغير العوارض و الصفات و له (صورتان) أيضا فإن تغير الوصف اما ان يكون مع بقاء الاسم كصيروره الثوب الأبيض أسود و الأصفر أحمر و هكذا أو يتبدل الاسم أيضا كصيروره القمح دقيقا و الدقيق خبزا و منه صيروره قطعه القماش بالقطع و الخياطه قميصا أو قباء.

(الثالثه)

ان يتغير الامتراج مع غيره فان استهلكك فى المزيج فهو تلف و الا- فاما ان يمكن تمييزه و عزله أولا و على الثانى فاما ان يمتزج بالمساوى أو الأعلى و الأدنى.

أما تغير الذات بالانقلاب فان عده العرف تلفا فلا اشكال و يجرى عليه ما سبق من احكام التلف و الا فالمالك مخير بين أخذه أو أخذ المثل

أو القيمه و يبقى المال للغاصب.

و اما تغيرها بالنشو و النمو كما لو غصب حبا فزرعه.

فالزرع دائما لصاحب البذر و كذلك الحيوان لصاحب النطفه و لصاحب الأرض و العامل الأجره اما إذا كان العامل هو الغاصب فلا- اجره له و كذلك لو زرعها فى أرضه نعم للمالك ان يترك الزرع للغاصب و يطالبه بالمثل أو القيمه من جهه التغيير و اما تغيير العوارض و الصفات ففيه صور كثيره يجمعها ثلاثه عناوين فإنها اما زياده أو نقيصه أو فصل و وصل و الزياده اما زياده عين كما لو خاط الغاصب الثوب بخيوطه و صبغه بصبغه حيث يكون الصبغ جسما لا عرضا و اما زياده وصف محض كما لو علم العبد الكتابه أو ساوى الأرض أو أقام السيف المعوج و هكذا، اما زياده العين فقد اتفقوا ظاهرا على ان الواجب على الغاصب انتزاعها فان عابت أو تلفت فلا غرامه له لانه هو المسبب على نفسه و ان عابت العين المغصوبه و جب عليه التدارك لمالكها و للمالك ان يأخذها و يدفع قيمه العين الزائده من خيوط أو صبغ أو غيرهما و لكن للغاصب ان يمتنع و ينتزعها إذا شاء هذا مع إمكان الانتزاع اما مع عدمه كما فى الصبغ و نحوه من كتابه و رسم و نظائرها فالمالك مخير بين أخذها و دفع قيمه الزياده للغاصب و بين أخذ المثل أو القيمه و بين بيع العين و يأخذ كل من الغاصب و المغصوب منه حقه بالنسبه، و يمكن ان يقال ان الصبغ ان كان عينا و لها جرم فإن أمكن نزعها تعين و الا فلا حق للغاصب لأنها من قبيل الأوصاف نعم لو أنقصت فعليه أرش النقص فليتأمل، اما

زياده الوصف المحض كتعليم الكتابه أو تمرين الدابه أو تسويه الأرض فلا يضمه المغصوب منه و ان زادت به القيمه أضعافا لأن الأوصاف عندهم لا تقابل بالأثمان و ان زادت بها الأثمان و لكنهم قالوا لو زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب فلا شىء عليه و لا- له الا- ان تكون عينا فان تم الاتفاق على هذا فهو و الا فلا يخلو من نظر، و اما النقيصه فإن كانت عينا فهي من نقص الاجزاء و المتفق على ضمانها قولاً واحداً و ان كانت وصفاً محضاً كما لو اعوج السيف عند الغاصب و نسي العبد الكتابه و أمثال ذلك فظاهرهم الاتفاق على انها مضمونه بالأرش كالأجزاء مع انهم فى زيادتها قالوا بعدم الضمان لأنها لا تقابل بالاعواض و العله مطرده و وجه الفرق يحتاج الى مزيد تأمل،، و مما ذكر يعلم حال الفصل و الوصل كما لو قطع أو حاك الغزل فان نقصت القيمه ضمن الغاصب النقيصه و ان ساوت أو زادت فلا شىء له و لا عليه و اما التغيير بالامتزاج فإن أمكن التمييز فلا اشكال و الا فلا يخلو اما ان يمتزج بالمساوى أو بالأعلى أو بالأدنى فإن كان المساوى فالقسمه و يأخذ كل واحد حقه أو يبقى على الشركه عينا لا قيمه و كذا قالوا فى امتزاجه بالأعلى لأن الزيادة الحاصله صفه حصلت بفعل الغاصب عدواناً فلا يسقط حق المالك مع بقاء عين ماله كما لو صاغ النقره و علف الدابه فسمت و فيه نظر لا- يخفى و القول بالانتقال الى المثل أو القيمه أقرب الى الصواب لانه جميع بين الحقين كما لو مزجه بالأدنى و لم يمكن التمييز هذا تمام الكلام فى أنواع التغيير و حكم كل نوع منها و منه يظهر الخلل الواسع فى مواد المجله كما نشير إليه فى كل

ماده حسب ما يأتى ففى هذه المادة (٨٩٧) الحكم بالخيار غير متجه بل ليس له الا عين ماله فان نقصت قيمته باليبس أخذ الأرش و الا فله العين بلا ضميمة و لا فرق بين ان يكون اليبس بفعل الغاصب أو بفعل غيره أو بسبب سماوى كما لو جفف العنب فصار زيبيا أو جف لحراره الهواء و من الغريب قول بعض الشراح انه لو جفف الغاصب العنب ملكه و ينقطع منه ملك المغصوب منه) فإنه حكم جزافى لا وجه له كما لا وجه للخيار فى ماده (٨٩٨) إذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزياده شىء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير ان شاء أعطى قيمه الزيادة و استرد المغصوب عينا و ان شاء ضمنه مثلا لو كان المغصوب ثوبا و كان قد صبغه الغاصب فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمن الثوب و ان شاء أعطى قيمه الصبغ و استرد الثوب عينا،، بل الأصح التفصيل فان كانت الزيادة عينا و أمكن نزعها كالخيوط تعين الى ان يتراضيا فيدفع المالك قيمه الزيادة و يأخذ العين و ان لم يمكن فان نقصت قيمه ضمن الغاصب النقيصه و إلا أخذ المالك العين و لا شىء للغاصب و لا عليه و لا فرق فى ذلك بين الصبغ و غيره من أنواع الزيادة.

ماده (٨٩٩) إذا غير الغاصب المغصوب بحيث يتبدل اسمه يكون ضامنا و يكون له المال المغصوب.

عرفت ان تبدل الاسم لا اثر له و انما المدار على انقلاب الذات أو تبدل الصفات فمن غصب حنطه و طحنها فان الدقيق و ان اختلف مع الحنطه بالاسم و لكن الحقيقه واحده و أكثر الخواص فيهما متساويه و كذا

لو غصبه عنبا فصار زيبيا أو رطبا فصار تمرا أو دبسا و المرجع فى أمثال ذلك الى زياده قيمه و نقصها فان نقصت رد العين مع الأرش و ان زادت أو ساوت أخذها بلا- شىء كل ذلك لان عينه موجوده و انما تغيرت العوارض و الصفات و تغير الاسم لا يوجب تغير الحقيقه و لعل من هذا القبيل ما لو غصب شاه و ذبحها، و فروع هذا الأصل كثيره لا تحصى و لكن تمييزها عن غيرها يحتاج الى لطف قريحه و على ما ذكرنا فلا وجه لقول المجله: مثلا لو كان قد غصب الآخر،، و كذا لا صحه لقولها و من غصب حنطه غيره و زرعها فى أرضه يكون ضامنا للحنطه و المحصول له بل الحق ان الزرع لصاحب الحنطه و له اجره الأرض على تأمل فى استحقاقه أجره الأرض و العمل بل هو من قبيل ما لو علف الدابه فسمت و استحقاق الأجره فى المقامين يحتاج الى مزيد تأمل أما رجوع الزرع الى صاحب الحنطه فمما لا ينبغى الإشكال فيه للقاعده المسلمه على الظاهر شرعا و عرفا فى ان الزرع لصاحب البذر و توهم ان زرع الحنطه إتلاف للحنطه توهم فاسد جدا بل الحنطه قد نمت و اتسعت لا أنها عدمت و وجد الزرع من شىء آخر و بالجمله ليس المقام مقام إيجاد و إعدام اى إعدام حقيقه و إيجاد حقيقه أخرى بل تلك الحقيقه ارتقت و صعدت فى صراط الحركه حب و زرع ثم زرع و حب و هكذا فتدبره جيدا و ان كان واضحا نعم من الصحيح المحكم قولها.

ماده «٩٠٠» إذا تناقص سعر المغصوب و قيمته بعد الغصب فليس لصاحبه ان لا يقبله الى آخرها.

فان الغاصب إذا رد العين لصاحبها و لم ينقص جزء من اجزائها و لا- تغير وصف من أوصافها سوى ان قيمتها السوقيه نزلت لم يكن عليه ضمان نقصان القيمة السوقيه لأنه رد عين ماله إليه بحاله و زياده السوق أمر اعتيادي ليس بشىء مضمون و هذا على الظاهر متفق عليه بين الفريقين و تفاوت الرغبات شئون خارجيه و جهات اعتباريه تحدث و نزول فى نفوس البشر بمشيئه الله جل شأنه و تصرفه فى الأ-كوان، نعم لو كان نقص القيمة بسبب استعمال الغاصب لزمه الضمان قطعا لانه يعود الى نقص جزء أو وصف فى العين و لو وصفا اعتباريا ككونه جديدا أو غير مستعمل كما ذكره فى المجله فضلا عما ذكرته بقولها مثلا إذا ضعف الحيوان.

ثم لا وجه للتفصيل فى قضيه شق الثوب بين ربع قيمه المغصوب و بين ما لو كان فاحشا الذى نوهت عنه بقولها كذلك إذا شق الثوب.

و قد عرفت ان عين ماله موجود لم ينعدم و القاعده العامه انه كما كان عين المال موجودا فالحكم رده بعينه غايته انه إذا تغير وصفه تغيرا يوجب نقص قيمته تدارك الغاصب النقص و الا فلا شىء عليه و ما ذكرته المجله من التفاصيل حكم جزافى عار عن الدليل.

ماده «٩٠١» الحال الذى هو مساو للغصب فى إزاله التصرف حكما يعد من قبيل الغصب

كما ان المستودع إذا أنكر الوديعة يكون فى حكم الغاصب و بعد الإنكار لو تلفت يكون ضامنا،،

قد عرفت ان الغصب لا أثر له أصلا في باب الضمانات و انما يدور الضمان و عدمه مدار وضع اليد اى استيلاء على مال الغير بدون اذنه سواء كان غصبا أو غيره و هذا أحد موارد اليد فان اليد فى الوديعه و ان كانت غير ضمانيه للأمانه و لكن بالإنكار خرجت عن الائتمان فجاء الضمان سواء تحقق عنوان الغصب هنا أم لا إذ ليس مدار الضمان عليه كما عرفت.

ماده «٩٠٢» لو خرج ملك أحد من يده بانهدام جبل بما عليه الى آخره.

من الواضح ان هذا النوع و نظائره خارج عن باب الغصب و لا دخل له به أصلا، بل سقوط الأعلى على الأسفل ان كان بقصد من صاحبه فهو إتلاف و ضامن للأسفل لا غير و ان لم يكن بقصد بل ألقته العواصف فهو غير ضامن أصلا بل قضاء من الله تعالى أوجه ضرر الطرفين فلا يضمن أحدهما للآخر فما أدرى اين مورد الضمان فى هذا الفرع بل مقتضى القاعده ان السقوط إذا كان بغير قصد تبقى الأرض العليا ملكا للأول و لا يغرم الأسفل له شيئا كما لا يغرم الأعلى له شيئا نعم فى مثال اللؤلؤ و الدجاجه يتعارض الضرران و مقتضى قاعده ازاله الأشد بالأخف و الجمع بين الحقين ان يغرم صاحب اللؤلؤ لصاحب الدجاجه اما مع التساوى فاما القرعه أو ترجيح الحاكم بمراعاة الجهات الخارجيه من فقر و غيره و هذا إذا لم يمكن بيعهما و قسمه المال بينهما بالنسبه و لو بذبح الدجاجه و بيعها بعد إخراج اللؤلؤه و الا تعين كما هو واضح

ماده «٩٠٣» زوائد المغصوب لصاحبه.

هذا مما لا اشكال فيه عند فقهاء الإماميه أجمع بل يضمن حتى المنافع الاعتباريه التي لا عين لها كسكنى الدار و لبس الثوب اما المنافع الغير مستوفاه كما لو غصب الدار و لم يسكنها أحد ففيها خلاف و أقوال كثيره كضمان منافع الحر و الحق عندنا فيها التفصيل فان صدق التفويت ضمن و الا فلا ثم لا فرق عند أصحابنا فى المنافع بين المغصوب مع العين أو المتولد منها فى يد الغاصب كما لا- فرق فى ضمانها على الغاصب بين ما استهلكه أو تلف بغير تعد و لا تفريط و يظهر من المجله انه لا يضمن المنافع المنفصله إلا إذا استهلكها اما لو تلفت تلفا سماويا فلا ضمان و مقتضى قاعده اليد و ان النماء يتبع الأصل هو الضمان مطلقا فالتفصيل لا وجه له و هو تفصيل بلا دليل كما ان قاعده (الخروج بالضمان) على مذهب الحنفى من ان ضمان العين و المنافع لا يجتمعان يقتضى عدم الفرق فى رفع الضمان بين ضمان المنافع المنفصله و المتصله العينيه و الاعتباريه مع التلف أو الإتلاف و لازم هذا لو غصب الدابه فاولدت فباع الفلو أو استهلكه لا ضمان عليه و هو غريب و إباحه لأموال الناس بغير سبب صحيح و لا- أظنهم يلتزمون به فى المنفصله و ان صرحوا به فى المنافع التي لا عين لها كسكنى الدار و لبس الثوب و ركوب الدابه، بقى الكلام فى المنافع المتصله كسمن الدابه و نحوه لو أتلّفها الغاصب أو تلفت عنده فقد نقلوا عن أبى يوسف و الشيبانى و عن أبى حنيفه عدم الضمان و القول الأول أقوى و ان ظهر من بعض أصحابنا عدم الضمان بناء على ان الأوصاف لا تقابل بالأعواض

و هو على إطلاقه محل نظر أما قضيه النحل و العسل فالقاعده الكليه المطرده فى باب الطيور الأهليه بل و سائر الحيوانات ان صاحب الدار و البستان و نحوها إذا بنى و كرا أو عشا للطيور تأوى إليه فقد دخلت فى حيازته و صارت هى و بيضها و فراخها ملكا له و إذا بنت هى عشا لها من القش و نحوه فى بعض زوايا داره و أشجار بستانه فصيرورتها فى حيازته و ملكا له بمجرد ذلك محل نظر بل الظاهر بقاؤها على الإباحه يملكها كل من صادها و من ذلك الحمام و النحل و غيرها، فقول المجله و كذلك لو اغتصب الى الآخر يبتنى على ما إذا بنى روضه تأوى إليها لا- مطلقا و كذلك ما فى ماده «٩٠٤» عسل النحل الى الآخر،، مقيد بما ذكرنا و الإطلاق غير متجه فتدبر.

الفصل الثانى فى (بيان المسائل المتعلقة بغصب العقار)

ماده «٩٠٥» المغصوب ان كان عقارا يلزم الغاصب رده،،،

هذا الحكم لا- يختص بالعقار بل كل عين مغصوبه يلزم ردها و فى التعبير بنقصان قيمه تسامح بل الاولى ان يقال لو نقصت قيمه لنقصان

العين اما نقصان قيمه السوقيه مع بقاء العين على حالها فقد عرفت ان الأشهر بل لعل الاتفاق على عدم ضمانها.

ماده «٩٠٦» ان كان المغصوب أرضا و أشاد الغاصب عليها بناء أو غرس أشجارا،،

هذه أيضا عامه في كل مغصوب أحدث الغاصب زياده فيه و بالجمله فإن العقار لا يختلف عن غيره من الأعيان من حيث الحكم نعم يختلف عنها في بعض جهات الموضوع فإن الأرض مثلا- لا- يمكن ان يعرضها التلف الحقيقي أصلا بل يعرضها التلف الحكمي كما لو غمرتها المياه أو انقطع عنها الماء فلا يمكن الانتفاع بها أو صارت سباخا لا تصلح للزراع و أمثال ذلك و هذا لا يفرد عن غيره من الأعيان التالفه حكما بل الحكم في الجميع واحد و هو الرجوع عند التلف الحكمي إلى المثل أو قيمه و الغالب في الأراضي أنها قيمه كالحيطان،، فالعقار كغيره يجرى فيه الغصب و تلحقه احكامه و لكن حكى بعض الشراح عن الشيخين و أحسبه يعنى أبا حنيفه و أبا يوسف عدم جريان الغصب فيه و صار عندهم من القواعد المقرره- ان العقار لا يغصب لانه لا ينقل و لا يحول من مكانه فلا تزال اليد فيه كالأعيان التي تؤخذ من صاحبها بفعل يحدثه الفاعل في العين اما العقارات فتؤخذ من صاحبها بفعل يحدثه الفاعل في الملك الى ان قال: لذلك إذا أبعده رجل آخر من داره أو منعه من دخولها و تلفت لا يضمن و كان (المجله) جرت على ذلك بقولها: و إذا طرأ على قيمه ذلك العقار نقصان بصنع الغاصب و فعله يضمن قيمته، فان التقييد بفعل الغاصب إشاره الى ان

الضمان ضمان إتلاف لا- ضمان يد و غضب فلو تلفت تلفا سماويا لم يضمن و لا أظن أن وهن هذا الكلام يخفى على ذى مسكه، و ليت شعري من الذى اشترط فى حقيقه الغاصب النقل و التحويل و هل الغصب الا الاستيلاء كما قلنا أو أخذ مال الغير و ضبطه بدون اذنه كما ذكرته المجله فى صدر كتاب الغصب و أى أخذ أقوى من الاستيلاء على ارض الغير و منع المالك من التصرف فيها، و بالجمله فهذا القول اعنى عدم ضمان العقار بالتلف ثقل لا عصاره له و شبح لا روح فيه و خالفهم فى ذلك الشافعى و الشيبانى و صارا الى ما هو الحق عندنا من التحقيق و الغريب ان القائلين بأن العقار لا يغصب اى لا يضمن استثنوا من ذلك موارد منها عقار الوقف و عقار اليتيم و العقار المستعد للاستغلال و كل هذه الأمور المستثنى و المستثنى منه أحكام كيفيه ما انزل الله بها من سلطان و لا تستند الى دليل فان كان العقار لا يتحقق فيه الغصب بطبيعته و لا يتعلق به ضمان اليد فما معنى استثناء هذه الأمور و لما ذا يجب الضمان فيها دون غيرها فانظر و أعجب،،، ثم انهم ذكروا فى ثمره الخلاف فى الضمان و عدمه أمرين زوائد المغصوب فإنها مضمونه عند الشافعى و غير مضمونه عند الحنفى،، و ما لو باع الغاصب الدار ثم أقر بأنها غضب و لم يتمكن المغصوب منه المقر له من اقامه البينه على انها له لا يضمن الغاصب المقر شيئا و لا يؤخذ بإقراره.

و هذا لو تم فليس هو من جهه ان العقار لا يغصب و لكن من جهه ان الإقرار بعد البيع يشبه ان يكون إقرارا فى حق الغير أو فى مال الغير

فيلغو و يحتاج إلى البيئه.

(اما قول المجله) و ان كان القلع مضرا ضررا فاحشا فللمغصوب منه ان يعطى قيمه مستحق القلع و يضبطه، ففيه ان فاحش الضرر ليس له هنا اثر فان المغصوب منعه يجوز له دفع قيمه الغرس أو البناء سواء كان فى قلعها ضرر أم لا و سواء كان الضرر فاحشا أو غير فاحش و لكن برضا الغاصب فان تراضيا فهو و الا فلا حق لأحدهما أن يجبر الآخر على أخذ القيمة عن ماله فتدبره، و حيث اتضح ان سبب الضمان فى الغصب هو قاعده اليد و هى لا تناط بعلم و لا جهل و انما أثر العلم هو الحرمة التكميفيه لا غير- إذا فلا وجه لقول المجله هنا: و لكن لو كانت- الأشجار و البناء أزيد من قيمه الأرض إلى الآخر .. فان زعم السبب الشرعى و تخيل ان الأرض له أو لمورثه لا يغير الحكم الواقعى،،، و الأحكام الوصفيه ثابتة فى عامه الأحوال فلو قطع إنسان بأن هذا الثوب ملكه فلبسه حتى أبلاه ثم ظهر انه لغيره ضمنه كما لو كان عالما و لو بنى فى عرصه الغير أو غرس غرسا يلزم عليه قلعه و تسليم العرصه لصاحبها خاليه كما كانت سواء كان الغرس أزيد من قيمه الأرض أو أقل الا ان يتراضيا اما التزام البانى غاصبا كان أو مشتبه اى عالما كان أو جاهلا- لصاحب الأرض بأخذ القيمة فهو حكم جزافى و مخالف لعامه الأصول و القواعد أيضا و لا مجال هنا لقاعده الضرر لانه هو الذى أضر نفسه و لو بجهله بل لو استوجب القلع نقصا فى قيمه الأرض لزمه التدارك لصاحب الأرض كما نبهت المجله عليه فى ماده (٩٠٧) لو غصب أحد عرصه آخر ..

اما قولها و كذلك لو زرع أحد مستقلا العرصه فحق التعبير لفظا و معنى ان تقول لو زرع الشريك الأرض المشتركه بدون اذن شريكه فالزرع للزارع و يضمن لشريكه أجره الأرض مع قيمه نقصانها لو نقصت، و لا يختلف الحال بين كون الشريك حاضرا أو غائبا و سواء أخذ حصته من الأرض بالقسمه أو بقيت مشاعه و جميع تلك القيود مستدرکه- ماده (٩٠٨) إذا كرب أحد،، تقدم ان كل عمل يعمله الغاصب في العين المغصوبه فإن نقصت به قيمه العين ضمن النقيصه و الا فلا له و لا عليه سواء زادت قيمه أم لا ماده [٩٠٩] واضحه.

الفصل الثالث في (بيان حكم غاصب الغاصب)

ماده (٩١٠) غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب.

هذا باب توارد الأيادي على العين الواحده و من المتفق عليه كما لعله سبق ان المالك مخير في الرجوع على أيهم شاء و لكن لو رجع على من تلفت العين في يده لم يكن له رجوع على غيره ممن وقعت العين في

يده اما لو رجع على غيره منهم كان له الرجوع على الذى تلفت عنده لان قرار الضمان عليه، و من احكام توارد الأيادى انه ليس لمن أخذ العين من الغاصب ان يردّها عليه و لو ردها عليه فعل حراما و لم يبرأ من الضمان بل للمالك ان يرجع عليه و يطالبه بها غايته ان له حق الرجوع على الغاصب الذى دفع له العين و لو تلفت كان للمالك الرجوع عليه و على غيره مخيرا بينهم و قرار الضمان على من كان التلف عنده و من هنا ظهر عدم صحه ماده (٩١١) إذا رد غاصب الغاصب المال المغصوب الى الغاصب الأول يبرأ وحده و إذا رده الى المغصوب منه يبرأ هو و الأول.

فإنه إذا ردها الى الغاصب الأول لا يبرأ هو و لا الغاصب الأول بل يلزمه ردها الى المالك أو وكيله و الا فإلى حاكم الشرع بعد تعذر ذلك

الباب الثانى فى (بيان الإلتاف)

إشاره

و يحتوى على أربعة فصول)

الفصل الأول فى (مباشره الإلتاف)

ماده (٩١٢) إذا ألتف أحد مال غيره الذى هو فى يده أو فى يد أمينه قصداً أو من غير قصد يضمن.

عرفت فيما سبق ان أسباب الضمان اعنى كون مال شخص فى عهده آخر- كثيره (أولها) و أقواها وضع اليد على مال الغير اى الاستيلاء عليه بغير اذن الشارع و لا المالك و الغصب أحد فروع اليد (و الثانى) من أسباب الضمان الإلتاف اى إلتاف شخص مال غيره بغير اذنه و هذا القيد كان يلزم على المجله ذكره اما قيد (الذى فى يده أو فى يد أمينه) فهو مستدرک بل يلزم حذفه فإن إلتاف مال الغير

سواء كان فى يده اى يد الغير أو فى يد أمينه أو لم يكن فى يد أحدهما أو لا يد عليه لأحد كالأضايح أو فى يد الغاصب كل ذلك مضمون على المتلف إلا- إذا أتلف بإذن المالك و من هنا يتضح لك ان النسبه بين اليد الموجه للضمان و الإتلاف الموجب له عموم من وجه يجتمعان فى الغاصب إذا أتلف و تنفك اليد عن الإتلاف فى التلف السماوى و ينفك عنها فيما لو أتلف مال الغير و هو فى يده أو فى يد آخر غصباً أو غير غصب فالمتلف ضامن و عليه قرار الضمان و ان كان المال فى يد الغاصب.

ثم ان الإتلاف عند الفقهاء نوعان مباشره و تسبب فالأول كأكل الطعام و الثانى كحفر البئر و لكن يظهر بأدنى تأمل ان جميع أنواع الإتلاف تسبب غايته ان السبب تاره قريب فيسمى مباشره كالمثال الأول، و بعيد فيسمى تسبب كالثانى و على كل حال فالجميع موجب للضمان و الملاك صحه إسناد الإتلاف إليه عرفاً و لذا قالوا ان المباشر أقوى من السبب إلا فى مواضع فان السبب يكون أقوى و ذلك لضعف اسناد الفعل الى المباشر و قوه إسناده إلى السبب فالأمر يدور مدار صحه الاسناد و قوته و من الأصول المقرره فى الإتلاف عدم الفرق بين القصد و عدم القصد و العلم و الجهل و البلوغ و عدم البلوغ و العقل و الجنون كما هو شأن عامه الأحكام الوضعيه كل ذلك لعموم الدليل و هو (من أتلف مال غيره فهو له ضامن) سواء كانت قاعده فقهيه أو حديثاً نبويًا نعم يعتبر عدم الإكراه فلو كان مكرهاً لم يكن

عليه ضمان بل الضمان على المكره بالكسر لأن السبب هنا أقوى من المباشر و مثله الصبي الغير المميز لو أمره الكبير فان الصغير حينئذ كالأله لا ضمان عليه و السبب أقوى و عليه الضمان،، و مما يتفرع على الضمان مع عدم القصد و العمد ما ذكرته المجله (٩١٣) إذا زلق أحد و سقط على مال آخر و أتلفه يضمن و ماده «٩١٤» إذا أتلف مال غيره،، و من قبيل العمد- ماده «٩١٥» أما قولها: و لو تشبث بها و انشقت بجر صاحبها ضمن نصف القيمة.

يمكن منعه ضروره ان السبب هنا أقوى من المباشر و فى الحقيقه ان تمام السبب هو التشبث و لولاه لما حصل الجر الموجب للشق و كذلك بل أوضح منه ما لو جلس أحد على أذيال ثياب و نهض صاحبها، فان عدم علم صاحبها بجلوس الآخر يسقط نسبه الفعل اليه و يصحح نسبه الفعل تماما الى الجالس على الثياب أما الذى نهض و هو لا يعلم فهو فى هذا المقام كالأله الصماء و هو من أظهر فروع قاعده السبب أقوى من المباشر فما وجه سقوط نصف القيمة عنه و التلف مستند اليه تماما.

ماده «٩١٦» إذا أتلف صبي مال غيره.

واضح كوضوح ماده «٩١٧» لو اطرأ أحد على مال غيره كالحانوت و الخان.

ماده (٩١٨) إذا هدم أحد عقار غيره بدون حق فصاحبه مخير ان شاء ترك،،

يمكن الخدشه فيها فان ذلك الهدم ان كان بحيث يعد فى نظر العرف تلفا و إتلافا للحانوت أو الخان فاللازم المثل

أو قيمه و ان كان نقصا تعين أخذ الأرش و لا وجه للتخيير نعم لا إشكال فى صحه قول المجله: و لكن إذا نبأ الغاصب كالأول فيبراً من الضمان

ماده (٩١٩) لو هدم أحد دارا بلا إذن لأجل وقوع حريق فى المحله

و انقطع هناك الحريق فان كان الهادم هدمها بأمر اولى الأمر لا يلزم الضمان و الا لزم الضمان، هذا من موارد قاعده وجوب دفع الأشد بالأخف التى مر ذكرها فى القواعد العامه فى الجزء الأول فإن هدم الدار التى نشأ فيها الحريق خوف السرايه إلى دور اخرى واجب كفايى على كل من شاهد النار و بالأخص على أهل الدار التى فيها الحريق فان لم يفعلوا فعلى الدور الأخرى و إذا هدمها أولئك لدفع الضرر عنهم لانه ضرر أعظم من ضرر صاحب الدار- لا ضمان عليهم لأن إتلافها للدار كان بإذن شرعى، و يمكن المناقشه بأن القدر المتيقن انهم مأذونون بالهدم اما ان الاذن بغير ضمان فغير معلوم فلعله من قبيل أكل مال الغير عند المخمسه فإن الجائع الذى يخاف على نفسه التلف مأذون بالأكل و لكن مع دفع قيمه إلى المالك فلما ذا لا يكون الحال هنا من هذا القبيل بل قاعده احترام مال المسلم تقتضى ذلك اللهم الا- ان يقال انه هنا هو فى معرض التلف فلا حرمه له أو ان المتلف هنا محسن (وَمَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) و المسأله محتاجه إلى تأمل فليتأمل.

ماده (٩٢٠) لو قطع أحد الاثمار التى فى روضه غيره.

فيها من الكلام نظير ما مر فى ماده «٩١٨»، ماده «٩٢١» واضحه

الفصل الثانى فى (بيان الإلتاف تسييا)

ماده «٩٢٢» و هذا أيضا واضح و ان نسب الى بعض فقهاء الجمهور انه لا يضمن بمجرد فتح الباب

إلا- إذا صاح بالدابه لتخرج أو صقر للطائر كى يطير و هو متجه إذا كان من شأنها و عاداتها ان لا تخرج الا بذلك و انها يفتح الباب لا تخرج و لو اجتمع السببان يضمن باقواهما فلو فتح الباب رجل و حل قيد الدابه آخر فشردت يضمن فاتح الباب لأن بحل القيد مع بقاء الباب مغلقا لا تستطيع الدابه الفرار كذا قيل و هذا يختلف أيضا فقد يتفق ان حل القيد أقوى فى تحقيق فرارها كما لو كان طائرا و فتح القفص أو كانت دابه قويه فتكسر الباب بعد حل القيد فليس هنا قاعده كليه بل المرجع الى الخصوصيات المقاميه بنظر العرف و حكم الحاكم.

ماده «٩٢٣» لو جفلت دابه أحد.

قد يظن ان مستند هذا كون القصد و العمديه شرطا فى الضمان بالسبب فلو حصل التلف بغير قصد من المسبب لم يلزم الضمان فلو حلفت الدابه بمرور شخص من غير قصد لم يضمن و لو قصد بمروره ان تجفل

أو صاح بها فاجفلها ضمن، و هذا اعنى اعتبار القصد غير مطرد ففى كثير من الموارد يحكمون بضمان السبب و ان لم يكن هناك قصد كما فى ماده (٩٢٤) يشترط التعدى فى كون التسبب موجبا للضمان على ما ذكر آنفا يعنى ضمان المسبب فى الضرر مشروط بعمله فعلا مفضيا الى ذلك الضرر بغير حق مثلا لو حفر أحد فى الطريق العام بئرا بلا إذن اولى الأمر و سقطت فيه دابه لآخر و تلفت يضمن و اما لو سقطت الدابه فى بئر كان قد حفره فى ملكه و تلفت لا يضمن.

فان وقوع الدابه لم يكن مقصود الحافر فى الصوره الأولى قطعا و مع ذلك يحكمون بضمانه و أوضح منه ما سيأتى فى ماده (٩٢٦) من وقوع الحمل من ظهر الحمل على مال الغير فيتلفه فقد حكمت المجله بالضمان و هو غير قاصد قطعا و غير مباشر ضروره فالمدار ما ذكرناه من مراجعه الحاكم فى القضايا الشخصية فيرجع فيها الى العرف و الذوق و الوجدان و يستنبط حكمها من الأدله و هذه الموارد من الأمور الصعبة جدا و من مزلق الافهام لا الأقدام، و من هنا صار منصب القضاء و الحكم من أهم المناصب و القاضى على شفا- أيما إلى جنه أيما إلى نار، و من قضى فقد ذبح بغير سكين- بالبناء للفاعل أو المفعول- نسأله تعالى السداد و ان يمدنا بلطف منه و توفيق، نعم لا إشكال فى ان العمل الذى يترتب عليه تلف مال الغير إذا كان مشروعا و لا تعدى فيه و لم يقصد به الإيتلاف لا يكون موجبا للضمان فلو هدم إنسان جدار داره فانهدم جدار الجار لا يضمن لانه فعل مشروع لم يقصد به الإيتلاف، و كذا إذا أوقد شخص فى سطح داره

نارا و لكن بقدر المعتاد فاتفق أن أطارت الريح شراره الى الحار فأحرقت شيئا منه لا يضمن نعم لو كان زائدا على المتعارف فهو ضامن و ان لم يقصده و هذا مما يدل على عدم اعتبار القصد فى الضمان و بهذا الملاك قضيه ضمان الحمال فإنه فعل مشروع و لم يقصد به الإلتلاف قطعا و مع ذلك فقد حكموا عليه بالضمان كما سيأتى.

ماده «٩٢٥» لو فعل أحد فعلا يكون سببا،،

و هذا واضح فإن الأصل فى المباشر ان يكون أقوى من السبب و اليه يسند الفعل و عليه يكون الضمان و لذا لو أمر إنسان غيره بقتل شخص فقتله فالديه أو القصاص على القاتل لا على الأمر و ان كان لم يقتله الا امثالا لذلك الأمر، نعم يتفق كثيرا ان كون السبب أقوى من المباشر و لكن الأصل و الأكثر هو العكس.

الفصل الثالث (فيما يحدث فى الطريق العام)

اشاره

الطريق العام هو الجاده التى يسكنها الناس جميعا من غير اختصاص سواء كانت فى الصحارى و المفاوز أو فى المدن و القرى أو فى الغياض و الغابات أو فى الجبال و المغارات فتخصيص بعضهم لها بطرق المدن

و القرى لا وجه له.

ماده «٩٢٦» لكل أحد حق المرور من الطريق لكن بشرط السلامه

يعنى مقيد بشرط ان لا يضر غيره بالحالات التى يمكن التحرز منها، بناء عليه إذا سقط الذى على الحمال و أتلف مال أحد يكون ضامنا و كذا إذا أحرقت ثياب أحد مار فى الطريق الشراره التى طارت من دكان الحداد حين ضربه يضمن الحداد ثياب المار، فى هذه الماده مواقع للبحث و النظر اما «أولا» فإن حرمة إضرار الغير بالحالات التى يمكن التحرز منها حكم عام فى الطريق العام و فى غيره فلا محل لإقحامه هنا «و ثانيا» على فرض اختصاصه هنا فهو حكم تكليفى محض لا اثر له فى الضمان و عدمه كما لا اثر له فى حق المرور و عدمه يعنى ليس حق المرور مشروطا بالسلامه بحيث لو أضر لم يكن له حق المرور بل حق المرور ثابت لكل أحد على كل حال و لكن يحرم عليه ان يضر غيره و اما «ثالثا» و هو أشدها نقدا، و أسدها ردا، عدم صحه التفريع المزبور بمعنى ان حرمة الإضرار للغير لا يتفرع عليه قضيه ضمان الحمال فان ضمانه يتفرع و يبتنى على كونه مباشرا للتلف أو مسببا لا ان مروره مشروط بالسلامه و عدمها، و اما «رابعا» فقد عرفت ان هذا يوشك ان يكون تهافتا فى أحكام المجله فقد مر فى ماده «٩٢٣» ما يدل على اعتبار القصد و العمد فى ضمان التسبب حتى صرح بعض بان المسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمدا و حينئذ فأى وجه لضمان الحمال هنا مع وضوح كونه غير متعمد و لا قاصد كما سبق بيانه و كذا إذا أحرقت شراره دكان الحداد فان اللازم عدم ضمانه بل عدم الضمان هنا أوضح فان الحداد جالس

فى دكانه و فى ملكه و مشغول بمهنته و طيران الشرر من لوازم صنعته فالواجب على المار ان يتحرز لا على الحداد ان يكتنز.

ماده «٩٢٧» فذلكه التحقيق فى هذا المقام ان ظاهر الفقهاء و لعله من الفريقين كما تشعر به هذه ماده بناؤهم ان التصرف المشروع

اما لكونه تصرفا فى ملكه أو لأنه مأذون من الشارع أو المالك إذا أوجب ضررا فأتلف مال غيره لا يكون ضامنا و لذا جعلوا البيع و الشراء أو وضع شىء بإذن ولى الأمر فى الطريق العام إذا أوجب الضرر و الخسار لا يضمن و بدون الاذن يضمن،، و قد مرت الإشاره أو التصريح منا بان ملاك الضمان و عدمه ليس مشروعيه التصرف و عدمها و انما المدار فيه على صحه إسناد الضرر و التلف إليه مباشره أو تسببيا أو عدمه الا ترى ان من أجاج فى سطح داره نارا فان كان بمقدار الحاجه و على المتعارف كما هم ذكروا لم يضمن إذا أحرقت شيئا فى دار جاره و ان كان زائدا على المتعارف كان ضامنا مع ان كلا منهما جائز شرعا لصاحب الدار و الناس مسلطون على أموالهم و لكن وجه الفرق بينهما انه فى الأول لا يعد عند العرف متلفا اى لا يسند التلف إليه مباشره و لا- تسببيا بخلاف الثانى فإنه يعد لتجاوزه عن قدر الحاجه هو المسبب للتلف و ان لم يكن قاصدا و لك ان تناقش فى ذلك فتقول بعدم الفرق بينهما و تحكم بالضمان فيهما أو عدم الضمان و لكن لو قلنا بالفرق فليس هو الا ما ذكر، لا قضيه الجواز و عدمه فتدبره فى الأمثله و النظائر جيدا فإنه باب واسع كثير الفروع اما ما ذكرته المجله بقولها: بناء عليه لو وضع أحد فى الطريق

العام حجاره.

فهى مسأله اخرى يتعرض لها فقهاؤنا فى باب المشتركات العامه من كتاب «احياء الموات» وهى جواز وضع شىء فى الطرق العامه و الموضوع نوعان نوع ثابت كالاجنحه و الرواشن و النوافذ و الأبواب و نحوها و قد أجازها أرباب المذاهب و أصحابنا بجميع أنواعه حتى الرواشن المستوعبه عرض الطريق المسماه باللغه الدارجة «سواييط» و ليس للطرف المقابل المنع و لكن الجميع مشروط بعدم الإضرار أو المزاحمه للماره فكأنه عندهم على الإباحه الأصلية فأجازوا كل تصرف لا يضر بالمرور و الاستطراق الذى هو حق الجميع، هذا فى الطرق النافذه أما المرفوعه فلها احكام أخرى مذكوره فى محلها و اما غير الثابته بجميع أنواعها أيضا من حجاره أو تراب أو غيره فقد أجازوه أيضا بذلك الشرط على تفاصيل مذكوره فى محلها أيضا و على الجواز فاللازم بناء على ان التصرف الجائز لا يوجب الضمان عدم الضمان هنا و دعوى انه مشروط بعدم الإضرار بالماره مدفوعه بأن المراد بعدم الإضرار نوعا لا- اتفاقا فليتدبر، و بان الإضرار كما عرفت حرام تكليفى و حكم مستقل بنفسه لا- دخل له بجواز التصرف و عدمه فان كل إنسان له حق المرور فى الطرق العامه و يجب عليه ان لا يضر الناس فى الطرق و فى غيرها.

«و الخلاصه» ان مشروعيه التصرف لا- ترفع ضمان الضرر الحاصل من التصرف إذا استند الضرر اليه عرفا ضروره ان الاذن بالتصرف ليس معناه الاذن بالإضرار نعم ان لم يسند الضرر اليه فلا ضمان و على هذا

يبتنى ما ذكرته «المجله».

فى ماده (٩٢٨) لو سقط حائط و أورث غيره ضررا لا يلزم الضمان

و لكن مائلا إلى الانهدام الى آخرها،، فان وجه الضمان فى الأول دون الثانى هو صحه إسناد الضرر اليه من جهه تماهله بعد التنبيه و عدم صحه الإسناد اليه مع الغفله و عدم التنبيه فليتدبر.

و يكفى فى التنبيه و التقدم حصوله من كل أحد سواء من الجار الذى خشى الضرر أو من غيره و لا وجه لقول «المجله» و لكن يشترط ان المنبه من أصحاب التقدم و التنبيه فان المدار ان يحصل له العلم و الإنذار كى تنقطع الحججه و المعذره بالجهل و هو واضح.

الفصل الرابع فى (جنابه الحيوان)

اشاره

من المعلوم ان الحيوان من حيث ذاته لا- ضمان عليه و لا- يتعلق به اى حكم من الاحكام فان كان هناك ضمان أو حكم فعلى الإنسان الذى يناط به الحيوان بأحد الملابس بان يكون مالكا له أو قائدا أو سائقا أو راكبا

و ان لم يكن مالكا و كل ذلك مبنى على الأصل الذى ذكرناه من قضيه صحه النسبه و الاسناد كما أشارت إليه المجله.

ماده «٩٢٩» الضرر الذى أحدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه،،،

و لعل اليه نظر النبوى المشهور «جرح العجماء جبار» فالحيوان إذا كان صاحبه معه و أحدث ضررا كان صاحبه ضامنا و نعى بالصاحب الأعم من مالكة أو مستأجره أو مستعيره أو غير ذلك بل و حتى غاصبه فان صاحبه إذا كان معه و أهمل رعايته و لم يكبح جماحه استند الضرر اليه فلزمه الضمان كما نصت عليه «المجله» بقولها و لو استهلك حيوان مال أحد إلى الآخر.

و كان المراد باستهلاك الدابه ما لو أكلت طعام الغير و نحو ذلك و هذا أحد مصاديق الكلى و لا خصوصيه له فلو أضرت بمال الغير و لم يمنعها صاحبها و هو معها ضمن سواء استهلكت المال أم لا و ينبغى ان يحمل ماده (٩٣٠) لا يضمن صاحب الدابه التى أضرت بيديها أو ذيلها أو رجلها حال كونها فى ملكه راكبا كان أو لم يكن.

على ما إذا لم يكن عالما أو لم يكن قادرا و الا فلا وجه له لما فى ماده «٩٣١» إذا أدخل أحد دابته فى ملك غير باذنه لا يضمن جنايتها لما عرفت قريبا من ان الاذن بالتصرف ليس اذنا بالضرر فإذا دخل بدابته و أضرت بصاحب الدار و استند الضرر إلى إهماله ضمن سواء دخل بإذن أم بغير اذن بل لو كانت الدابه فى ملكه و أضرت بالغير من جهه إهماله ضمن بل و كذا لو انفلتت دابته و أضرت فإن كان بإهماله

و تقصيره ضمن و ان لم يكن انفلاتها بتقصيره فلا ضمان هكذا ينبغي بل يجب تحقيق المسائل و تحليلها و من هذا ينكشف أيضا

ماده «٩٣٢» لكل أحد حق المرور في الطريق العام مع حيوانه بناء عليه،،

فان كل أحد و ان كان له حق المرور و لكن ليس حق الإضرار و الخسار فيجب عليه التحرز حسب الإمكان بان لا يسوقها بعنف يوجب انتشار الطين و الغبار، فان تسامح في ذلك فلوثت ثياب العابرين كان ضامنا كما يضمن الضرر و الخسار الذي يقع من مصادمتها أو لطمه يدها في جميع الصور المذكوره أولا- و آخر لا فرق بين بعض و بعض فتدبره جيدا، نعم ما هو خارج عن قدرته أو عن علمه يعذر فيه.

ماده «٩٣٣» بل هما اقدر على التحفظ من الراكب

فهما اولى من الراكب بالضمان لو تسامحا في التحرز.

ماده «٩٣٤» ليس لأحد حق توقيف دابه أو ربطها في الطريق العام.

هذا على إطلاقه ممنوع بل له ان يوقفها أو يربطها إذا كان الطريق واسعا كما في شوارع أكثر المدن في هذه الأعصار «و بالمجمله» انما لا يجوز له ان يوقفها أو يربطها في الطريق إذا كان فيه مزاحمه للعابرين اما إذا أمن من المزاحمه فلا مانع شرعا بل و عرفا فلو تعرضها أحد و أخذته و أتلفت عليه شيئا فلا ضمان على صاحبها لانه هو الجاني على نفسه.

ماده «٩٣٥» من سبب دابته في الطريق العام يضمن الضرر الذي أحدثته.

و وجهه واضح لانه يكون هو السبب بتفريطه فى حفظها، و لا- يبعد ان يلحق به من سيب ولده أو عبده و لا- سيما إذا كانا مجنونين أو ضعيفى العقل لا يؤمن شرهما، و بهذا الملاك يضمن الراكب كما فى ماده (٩٣٦) لو داس الحيوان الذى كان راكبه أحد على شىء بيده أو رجله الى آخرها.

و ماده «٩٣٧» لو كانت الدابه جموحا و لم يقدر الراكب على ضبطها و أضرت لا يلزم الضمان،

إذا كان الأمر فى مثلهن خارج عن قدرته و اختياره اما مع استطاعه حبسها و إهماله فهو ضامن.

ماده (٩٣٨) و هى واضحة كوضوح ما بعدها.

ص: ١٥٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الكتاب التاسع في (الحجر و الإكراه و الشفعه

اشاره

و يشتمل على مقدمه و ثلاثه أبواب)

المقدمه فى (الاصطلاحات الفقهيه المتعلقه بالحجر)

الحجر:

لغه المنع و بهذا الاعتبار أطلق على العقل فى قوله تعالى (هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِإِذَى حَجْرٍ) و أمثالها لأنه يعقل و يمنع عن ارتكاب الرذيله و شرعا هو منع الإنسان عن التصرف لوصف فيه فيما له التصرف فيه لو لا ذلك الوصف و ذكر فقهاؤنا رضوان الله عليهم ان أسبابه «سته» الصغر و الجنون و السفه و الرق و مرض الموت و الفلس و ذكروا لكل منها حدودا و قيودا و أحكاما و المجله أرادت ذلك المعنى فى تعريفه و قصرت عبارتها عنه فى ماده (٩٤١) الحجر هو منع شخص مخصوص عن تصرفه القولى، و من الواضح ان المحجور ممنوع عن التصرف القولى و الفعلى معا

فكما لا يجوز صيغته البيع منه و لا اثر لها كذلك لا يجوز ان يدفع المبيع أو ان يعطى شيئاً من أمواله معاوضه أو مجاناً فالتقييد بالتصرف القولى لا وجه له كما لا فائده لقولها و يقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور،

و مثلها ماده «٩٤٣»

الإذن:

هو فك الحجر و إسقاط المنع.

ثم شرعت المجله فى تعريف بعض أسباب الحجر كالصغير و المجنون و السفیه و لو انها أو كانت تعيين مصاديق هذه المفاهيم الى العرف لكان أصح و أوضح،

أما تعريف الإكراه فى ماده «٩٤٨»

الإكراه:

اشاره

هو إجبار أحد على ان يعمل عملاً- بغير حق من دون رضاه بالإخافه، فقييد بغير حق مستدرک إذ الإكراه معنى وحدانى و هو حمل الغير على عمل بغير رضاه سواء كان بحق أو بغير حق و حق التعبير ان يقال:

و يقال لمن اجبر مكره و المجنون مكره بفتح الراء و كذلك العمل مكره عليه لينتظم النسق و تنسجم الفقرات.

و فى ماده (٩٤٩) الإكراه على قسمين

(القسم الأول) هو الإكراه الملجئ الذى يكون بالضرب الشديد المؤدى الى إتلاف النفس (و الثانى) غير الملجئ الذى يوجب الغم و الألم فقط بالضرب و الحبس،،، خلل و اضطراب أبعده عن الصواب فإن الإكراه الملجئ هو الحمل على الفعل بغير قصد من الفاعل كما لو أوجر الماء فى حلق الصائم أو أركب إنسان غيره بان رفعه فوضعه على الدابه و هكذا و القسم الثانى هو الذى يصدر الفعل بإرادته الفاعل و لكن انبعاث الإراده و القصد وقعا دفعا للضرر و خوفا من التهديد و الوعيد بالضرب الشديد أو غيره بإتلاف نفس أو قطع

عضوا و أخذ مال أو هتك عرض أو حبس و نحو ذلك، و مما يوجب الغم و الألم هنا ذكر الغم و الألم الذى لا ربط لهما بالمقام أصلا فتدبره عافاك الله فالملجئ يسلب الإرادة و الرضى و غير الملجئ يسلب الرضى و طيب النفس دون الإرادة و لكن الظاهر تساويهما فى أغلب الاحكام و قد يختلف نادرا ففى مثل الصوم لو أوجر فى حلقه لا قضاء عليه و لا كفاره و لكن لو أكره بالإكراه الغير الملجئ كان عليه القضاء دون الكفاره اما فى مثل الطلاق و البيع و سائر المعاملات فالظاهر عدم الصحة بالإكراه مطلقا، هكذا ينبغى تحقيق البحث و مثل هذا فى الضعف و الخور و الوهن و الخلل.

ماده «٩٥٠»

الشفعة:

هى تملك الملك المشتري بمقدار الثمن الذى اشتراه به المشتري.

و لا حازه لهذا التعقيب فان أصح تعريف للشفعة ان يقال انها حق أخذ الشقص المبيع من المشتري بالثمن من الذى اشتراه به و الفرق بين التعريفين مثل الصبح واضح- فان التملك اثر ذلك الحق لا نفسه و الشريك له حق الشفعة و ان لم يملك فتدبره، ثم ان درج الشفعة فى مدرج الحجر و الإكراه موضع لسؤال المناسبه لوضوح التباين بينهما و بينهما فإن الشفعة حق و الحجر و الإكراه منع من التصرف فى الحقوق و لعل المناسبه هى ان الشفيع يأخذ الشقص من المشتري كرها رضى أم أبى فناسب بهذا باب الإكراه و الحجر و الا فالشفعة حقيقه من شراشر البيع و شئونه و لذا لا تجرى فى غير البيع من عقود المعاوضات و غيرها كالصلح

و غيره كما سيأتى.

ثم ان من ماده (٩٥١) - إلى ماده (٩٥٥) - و ماده (٩٥٦) «كلها واضحه غنيه عن البيان» اما الشرب الخاص فقد عرفه هنا بأنه حق شرب ماء الجارى المخصوص بالأشخاص المعدوده،، و عرفه فى اخريات الكتاب بأنه هو الانهر التى تتفرق مياهاها و تقسم بين الشركاء و فى كلاء- التعريفين نقص ظاهر و الأصح فى تعريفه انه الماء المملوك لشخص أو أشخاص مخصوصين فى مقابل الشرب العام و هو المباح لعامه الناس الذى لا يملكه أحد بعينه.

الباب الأول**[الفصل الأول]****ماده (٩٥٧) الصغير و المجنون و المعتوه محجورون.**

الحجر نوعان نوع ذاتى يعنى بحسب أصل الشرع و جعل الشارع بلا واسطه، و نوع عرضى لا يتحقق إلا بواسطه حكم الحاكم و هؤلاء الثلاثة محجور عليهم بالحجر الذاتى لنقصهم الذاتى و اى نقص أعظم من نقص العقل عافاك الله «و من النوع الثانى» السفیه كما فى ماده (٩٥٨) للحاكم ان يحجر على السفیه و منه أيضا المفلس كما فى ماده (٩٥٩) للحاكم ان يحجر على المديون بطلب الغرماء و سيأتى تفاصيل كل من النوعين اما- ماده (٩٦٠) المحجورون الذين ذكروا فى المواد السابقه و لم يعتبر تصرفهم القولى لكن يضمنون الى الآخر،، فهو حكم عام لكل محجور عليه لان الضمان حكم وضعى لا تكليفى حتى يختص بالبالغ العاقل بل كل من أتلف مال غيره فهو له ضامن حتى الصبى الغير المميز غايته ان المخاطب يدفع الغرامه و ليه فيغرم من مال الصبى ان كان له مال و الا فلا غرامه و سقط الحق لعدم موضوعه.

ماده (٩٦١) إذا حجر السفیه و المديون من طرف الحاكم يلزم بيان سببه للناس،

الإعلان عن الحجر عليه كى لا يعامله الناس لو احتاج الى الحكم حسن أو لازم و لكن بيان السبب غير لازم بل

غير حسن أيضا،

ماده «٩٦٢» لا يشترط حضور من أريد حجره من طرف الحاكم و يصح حجره غيابا،

لعل هذا عند أرباب المذاهب اما عندنا فلا يتوقف أصلا على حكم الحاكم بل كل شخص يعرف السفیه من غيره و إذا عرفه يلزمه ان لا- يعامله و لو عامله كانت معاملته باطله سواء كان قد حكم الحاكم أم لا بل لا حاجة الى حكمه أصلا و انما يلزم الحكم فى خصوص المفلس كما سيأتى توضيح هذه المباحث و تحريرها

ماده «٩٦٣» لا يحجر على الفاسق بمجرد سبب فسقه ما لم يبذر،،،

قد يبلغ الفسق الى السفه بل إلى أعلى مراتب السفه فان شارب الخمر فاسق و سفیه و اما إذا كان مدمنا فهو مجنون بل فى أعلى مراتب السفه و الجنون و من الجدير ان لا- يعامل شارب الخمر و لا- يصاهر كما فى كثير من الاخبار النبويه و هكذا كثير من الكبائر مثل الربا و القمار و الزنا و أخويه عفاك الله ايها المسلم من هذه الخبائث التى هى سوس الهيئه الاجتماعيه التى تنخر فى عظامها حتى تبلى و تتلاشى و الله ولى العصمه و التوفيق.

اما ماده (٩٦٤) يحجر على بعض الأشخاص الذين تكون مضرتهم للعموم كالطبيب الجاهل

- و ماده «٩٦٥» فكلاهما خارجان عن الحجر الشرعى الاصطلاحى بل هما من الحجر اللغوى أو السياسى.

الفصل الثانى فى (المسائل المتعلقة بالصغير و المجنون و المعتوه)

ماده (٩٦٦) لا تصح تصرفات الصغير غير المميز بالقوليه،،،

عبارات الصبى الصغير المميز كالمجنون لا اثر لها أصلا لأنه لا يعرف قصد الإنشاء بها بخلاف الصبى المميز الذى يتمكن من قصد الإنشاء و لا اعرف للتقييد بالقوليه وجها مع ان جميع تصرفات الغير المميز لا اثر لها.

ماده (٩٦٧) يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان فى حقه نفع محض

و ان لم يأذن به الولى و لم يجزه كقبول الهديه و الهبه.

هذا من الاستحسان الحسن عقلا بل و عرفا اما شرعا فمقتضى الأحاديث الكثيره المشتمله على مثل قوله عليه السّلام رفع القلم عن الصبى حتى يبلغ و عن المجنون حتى يفيق، عدم اعتبار جميع تصرفاته له أم عليه أم لا- له و لا- عليه الا- ما ورد به الدليل الخاص مثل وصيه من بلغ عشرين إذا كانت بالمعروف أو مطلقا و لكن يمكن تخريج وجه لما ذكرته المجله من مجموع الأدله الشرعيه و الاعتبار العقليه و لكن الأحسن و الأحوط اعتبار اجازة الولى و لا شك ان الولى يجيز ما فيه المصلحه للصغير و هو اعرف بالنافع له من الضار نعم و كل ما جاز للولى أن يتصرف فيه من أموال الصغير جاز له ان يأذن للصغير بمباشرته اما

لوبياع الصغير ثم أجاز نفسه بعد بلوغه فصحته غير معلومه الا على وجه بعيد فى باب الفضولى: و على تلك القاعده بينى.

ماده (٩٦٨) للولى أن يسلم الصغير المميز مقداراً.

و مستنده قوله تعالى (فَإِنْ أَنْسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) فَإِن التعمير بآنستم إشاره إلى كفايه العلامات و الأمارات فى الحكم بالرشد و لذا يجب ان يمتحن الصغير متى تظهر عليه أمارات الرشذ فتدفع إليه أمواله و بالضروره أن معاملاتته بعد بلوغه فى خلال امتحان رشده تكون مراعاة بالمصلحه فما كان منها على منهاج العقلاء و أهل السداد تكون ماضيه صحيحه و ما لم يكن منها على ذلك المنهاج تكون باطله و لا يجرى اجازته الولى فى صحتها و تلخص من كل ما ذكر ان اعمال الصبى الغير المميز قولاً و فعلاً لغو صرف مع الإجازة و الاذن و بدونهما اما المميز قبل البلوغ فاعماله كذلك قولاً و فعلاً مع الاذن أو الإجازة نافذه ماضيه مطلقاً ما لم يتبين الضرر فيها على الصبى اما بعد البلوغ قبل تبين الرشذ فالصحيح منها ما ثبتت فيه المصلحه و موافقه العرف و العاده و ما لم يتبين فيه باطل حتى مع الاذن و الإجازة فافهم ذلك و اعرف وجهه بالتأمل.

ماده (٩٦٩) العقود المكرره التى تدل على انه قصد منها الربح

و هى إذن بالأخذ و الإعطاء مثلاً الى آخرها، صحه تصرف الصبى المميز الموقوفه على اذن الولى تتبع مقدار الاذن عموماً أو خصوصاً فقوله بع و اشتر اذن عام فى أنواع البيع و الشراء و امره بإجراء عقد واحد اذن خاص، و لا نعرف فرقاً ذا أثر عملى بين الاذن و بين التوكيل

و الاستخدام: و هل التوكيل و الاستخدام الا- نحو من الاذن و كذلك الأمر بالبيع و الشراء أو غيرهما أيضا ليست حقيقه إلا الاذن، العبارات شتى و الطرق كثيره و الغايه و الحقيقه واحده و من هنا تعرف الوهن فى ماده (٩٧٠) لا يتقيد و لا يتخصص.

لا- نعرف وجهها لعدم صلاحية اذن الولى للتقييد أو التخصيص بمكان أو زمان و سيما بعد ان عرفت ان الوكاله و الاذن و ان اختلفا مفهوما و لكنهما متحدان أثرا و حكما و كل و كاله اذن و لا عكس و لا ريب بالاتفاق ان الوكاله تصلح لكل قيد فالإذن كذلك لان حكم الأمثال واحد و لا نص فى الين يجوز فى هذا و يمنع فى ذاك.

نعم قد يعلل ذلك بان الإذن إسقاط و الاسقاط لا يصلح للتقييد و هو وهم فى وهم و سبك خطأ فى خطأ فلا الاذن إسقاط و لا الاسقاط لا- يقبل التخصيص بل يقبله (بيان ذلك) ان الولاية نوعان نوع قهرى إجبارى، و آخر اختيارى جعلى، فالأول كولاية الأب و الجد و الحاكم الشرعى فإنها لا تقبل الاسقاط و الثانى كولاية منسوب الحاكم الشرعى فإن له ان يسقط و لايه نفسه و يستقيل بخلاف الأول فإنه لو أسقط و لايته لا تسقط مضافا الى ان الاذن ليس إسقاطا للولاية إذ ليس إذن الأب أو الجد للصبي المميز بان يبيع أو يشتري إسقاط لولايتهما بل هو عين اعمال الولاية، و إعطاء الرخصه كإعطاء المالك الرخصه لآخر فى التصرف بماله فليس معنى ذلك انه أسقط ملكيته و ولايته على ماله بإعطاء الرخصه فى التصرف لغيره فكذلك إعطاء الولى الرخصه ليس معناه إسقاط الولاية

هذا [أولاً]: و أما [ثانياً] فلو سلمنا فرضاً ان الولاية إسقاط و لكن لا مانع من تقييد الإسقاط بزمان أو مكان فإن للدائن أن يطالب مدينه بحقه فى كل مكان و كل زمان اما لو قال له أسقطت عنك حق المطالبة يوم الجمعة أو فى شهر رمضان أو فى مكة المشرفة أو المدينه المنوره لزم ذلك و لم يكن له حق المطالبة فى تلك الأزمنه أو الأمكنه و هو تقييد مقيد فلا يكون لغوا فتدبره جيداً و أعرفه أصلحك الله.

ماده (٩٧١) كما يكون الإذن صراحة يكون دلالة

فلو رأى الولي، الصغير يبيع و يشتري و لم يمنعه و سكت يكون قد اذنه دلالة تقدم غير مره ان السكوت بذاته لا يدل على شىء و لا- اثر له و انما المدار على القرائن التى تقرر به، و كان هذا غنيا عن البيان لوضوحه و تقدمه كوضوح ماده «٩٧٢» للولى أن يحجر على الصغير بعد ما اذنه،، الاعلام و التعميم و سيله و لا يتوقف عليها الحكم و هو أمر استحسانى لا ضرورى فلو اذن له ثم منعه بعد ذلك صحت معاملاته الواقعة بعد الاذن و بطل الواقع منها بعد الرجوع سواء علم الولي بذلك و اعلم أم لا فتدبره.

و حيث ان المهم فى باب الحجر الذاتى تعيين الأولياء، تعرضت المجله لبيانهم فى ماده «٩٧٤» ولى الصغير فى هذا الباب أولاً أبوه ثانياً الوصى إلى الآخر،، و هذا كله مع انه تطويل بلا فائده غير واف بجميع أنواع الأولياء و الضابطه الجامعه مع اختصارها هى ان أولياء الصبى أبوه و جده فى رتبه واحده و من سبق تصرفه كان هو النافذ و بطل

الثانى و لو اقترنا مع التنافى بطلا و من بعدهما منصوبهما أو منصوب أحدهما و لا ولايه لأحد غير هؤلاء من قريب أو بعيد الا الحاكم الشرعى أو منصوبه مع فقد أولئك أو عدم أهليتهم بقصور أو خيانه و لعل الى هذا أشارت ماده «٩٧٥» للحاكم ان يأذن للصغير المميز عند امتناع الولي،، و قد يؤدى هذا الى الخلاف بين الولي و الحاكم فالولي يمنع لانه لا يرى المصلحه و الحاكم يأذن لانه يراه صالحا فيكون المتبع رأى الحاكم على تأمل و ان جزم به أصحاب المجله.

ماده (٩٧٦) إذا توفى الولي الذى جعل الصبي مأذونا فيبطل اذنه

فان الاذن و الإباحه يبطلان بموت الآذن و المبيح كما تبطل الوكالة بموت الموكل لأن الجميع اذن و من خصوصيات الإذن اللانزمه له لذاته زواله بزوال الآذن حاكما كان أو غيره فالتفكيك بين الحاكم و غيره كما فى المجله لا وجه له أصلا نعم لو نصب الحاكم وليا على قصير أو جعل متوليا على وقف و مات الحاكم فإن الولاية لا تبطل بموته و الفرق بين الاذن و الولاية ظاهر بأدنى تأمل،، ثم انك عرفت من فحوى كلماتنا المتتابعه فى هذا المجال ان أصل الولاية على الصغير انما هى لأبيه و جده و بعد فقدهما أو عدم أهليتهما تعود للحاكم و عليه فلو اذن الحاكم للصغير مع وجود أبيه أو جده و وجود المسوغ الشرعى لهذا الاذن ثم مات الحاكم فلا- ريب ان الولاية للأب و الجد على خالها لا تزول و لم تنزل انما عطلها فى المورد الخاص معارضه الحاكم و قد زالت بموته فتعود ولايتهما كما كانت على القاعده المعروفه إذا زال المانع عاد الممنوع و عليه فلا وجه لما فى

ماده (٩٧٧) للحاكم ان يحجر الصغير الذى اذنه و ليس لأبيه إلى الآخر.

ماده (٩٧٨) المعتوه فى حكم الصبى المميز.

بل الأكثر فى المعتوهين انهم كالصبى الغير المميز و ليس لهذا ضابطه كليه و المعتوهون مختلفون و إرجاع التعيين الى العرف أو الى حاكم الشرع اولى نعم لا إشكال بأن المجنون المطبق بحكم غير المميز كما فى ماده (٩٧٩) كما لا إشكال فى ماده «٩٨٠»- اما ماده «٩٨١» فقد تقدم فى ماده «٩٦٨» ما يغنى عنها و عن ماده [٩٨٢] إذا بلغ الصبى غير الرشيد لم تدفع إليه أمواله ما لم يتحقق رشده.

و لانزم عدم جواز الدفع ضمانه لو تلف المال فى يد الصبى الذى لم يبلغ الرشده كما فى ماده «٩٨٣»- و ماده «٩٨٤» و حق المادتين ان يجمعوا فى ماده واحده فيقال: ولى الصغير لو دفع له المال قبل ثبوت رشده أو قبل بلوغه فان كان المال موجودا انتزعه منه للحجر عليه و ان كان تالفا كان ضامنا و حيث كان من المعلوم اعتبار البلوغ و الرشده فى زوال الحجر عن الصبى و الرشده يعرف بالاختبار و الامتحان فى معاملاته كما مر (اما البلوغ) فيعرف بعلامات، بعضها طبيعیه ذاتيه و بعضها جعليه شرعيه أما الطبيعیه فهى الاحتلام فى الذكر بل و الأثنى ان تحقق فهو علامه لها أيضا و كذا الإنبات اى نبات الشعر على العانه و لم تذكره المجله، و الحيض فى الإناث و الحبل و هى علامه مسبوقة غالبا بالحيض كما ان الحيض مسبوق بالإنبات غالبا، و اما الشرعيه فهى

إكمال الخمسه عشر فى الذكور، و التسع فى الإناث و كلها علامات لشىء واحد و هو النضج و الكمال و بلوغ حد الرجوليه التى أثرها التوالد و التناسل و صلاحية الرجل فعلا للإجبال و الأثنى إن تحبل و تلك كواشف عن تلك الحقيقه و المرتبه و لكن لو كمل الذكر خمسہ عشر حكم عليه بالبلوغ شرعا بلغ تلك المرتبه أم لا و كذا الأثنى بالتسع نعم لو علم بلوغ مرتبه الرجوليه فى من بلغ سنه الاثنى عشر أو أقل أو أكثر دون الخمسه عشر يحكم عليه بالبلوغ و يترتب عليه آثار البالغ إذا فهى علامه حيث لا علامه قبلها اما مع العلم و الظن المعتبر فله حكمه و مع الشاك فالخمسہ عشر و التسع و الى هذا أشارت ماده «٩٨٥» و ماده «٩٨٦» و لكن مما ذكرنا يظهر لك انه لا محصل لقوله فى هذه ماده و إذا أكمل الرجل اثنتى عشره و لم يبلغ إلخ.

فإن بلوغ التسع و إكمالها هو البلوغ شرعا فأى معنى لقولهم أكملت تسعا و لم تبلغ نعم المراهق هو المقارب لسن البلوغ كالثمان للصبيه و الاثنى عشر للصبى أو أول الخمسه عشر.

ماده (٩٨٧) من أدرك سن البلوغ و لم تظهر فيه آثار البلوغ يعد بالغا حكما،،،

هذا هو البلوغ الشرعى و هو البلوغ بالسن المخصوص تعبدا و تجرى عليه احكام البالغ.

ماده «٩٨٨» الصبى الذى لم يدرك سن البلوغ إذا ادعاه لا تقبل دعواه،،،

اعترافات الصبى الذى لم يثبت بلوغه كلها لاغيه و هذا منها فالدعوى لا تثبت نفسها بل تثبت باماراتها.

ماده (٩٨٩) إذا أقر المراهق أو المراهق في حضور الحاكم ببلوغه فإن كذبه ظاهر الحال إلخ.

قد عرفت ان دعوى البلوغ لا تثبت بمجرد الاعتراف بل لا بد من اعتبار الأمارات و بمجرد ادعائه انه بالغ لا يترتب عليه اثر له أو عليه فان حصلت احدى الأمارات المتقدمه الشرعيه أو الطبيعیه فالعمل عليها أقر أو أنكر و ان لم تحصل هي و لا حصل العلم من أمارات أخرى بل حصل الظن أو الشك فلا عبره بهما بل المرجع الى استصحاب عدم البلوغ و إقراره مع الشك لا اثر له أصلا مراهقا كان أو غير مراهق و الخلاصه ان القرائن ان كانت منصوصه أو مخصوصه و هي ما ذكرناه فالعمل عليها حتى مع الشك يتعين و ان لم يكن فلا عبره بها و لو أفادت الظن بل المعول على الاستصحاب فتدبره، و لله المنه.

الفصل الثالث في (السفيه و المحجور)

ماده «٩٩٠» السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز الى الآخر.

هذا هو القسم الرابع من أقسام المحجور عليهم و يقع الكلام في

تشخيص موضوعه (أولاً) ثم بيان احكامه (ثانياً) «اما الأول» فإن السفه ضد الرشده و السفه يقابل الرشيد و حيث ان الرشده هو ملكه نفسانيه تمنع من إفساد المال و صرفه فى غير الوجوه المطابقه لأفعال العقلاء فالسفيه بخلافه- مثلاً من يبيع ماله بأقل من ثمن المثل و يشتري بأكثر من ثمن المثل فهو سفه و من اتفق أكثر أمواله فى الخمر غالباً و الملاهى أو شطراً من أمواله فيها فهو سفه و من يبيع ما يحتاجه فيصرفه فيما لا يحتاجه مما يسمونه بالكماليات فهو سفه و هكذا أملاكه و تعيين مصاديقه موكول الى عرف العقلاء و هو يختلف باختلاف أنواع الأشخاص و الأزمنه و الأمكنه و الظروف حتى ان من ينفق أكثر أمواله فى الخيرات و المبرات زائداً على ما يليق بشأنه فضلاً عما إذا كان مجحفاً بعياله قد يعد عند العقلاء سفياً (اما الثانى) فمعاملاته الماليه باطله مطلقاً حتى ما يوافق فيها طريقه العقلاء و الأصل فى ذلك قوله تعالى (وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) بناء على ما هو الظاهر من ان المراد لا- تعطوا أموالكم معاوضه عن أموالهم و ان كان بقيه الآيه قد تشعر بخلاف ذلك و لكن الاخبار فيه كثيره و هذا النهى وضعى يقتضى فساد المعامله و لازم ذلك ان من ابتاع من السفه مالا و دفع له الثمن فأتلفه لا ضمان عليه و يسترجع الولى المبيع سواء كان عالماً بسفاهه أم لا و كذا لو باعه شيئاً فلا تصح معاملاته التعاوضيه فضلاً عن معاملاته المجانيه كالهبه و العاريه و نحوهما نعم ليس هو مسلوب العبارة كغير المميز بل هو كالمميز فيصح ان يوكل على عقد لغيره كما يصح ان يعقد لنفسه يبعاً أو نكاحاً أو غيرهما و لكن يبقى

موقوفا على اجازة الولى و لا يسلم اليه مال أصلا لا الذى له و لا الذى لغيره و لو سلم اليه المال فتلف فان كان المال للغير فلا ضمان على السفية و ان كان له فالدافع ضامن و الفرق بينه و بين الصبى المميز ان ولى هذا أولا أبوه أو جده اما ولى السفية فهو الحاكم الشرعى حتى مع وجودهما أو وجود وصيهما.

ماده «٩٩١» تصرفات السفية التى تتعلق بالمعاملات القولية الواقعة بعد الحجر لا تصح،،،

يظهر من هذا ان الحجر على السفية موقوف على حكم الحاكم حيث تقول «المجله» لكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس، و أنت خبير بان السفه أمر ذاتى و نقص فى العقل و التفكير فهو كالصغير و المجنون فكما ان الحجر فيهما و فى المعتوه لا- يتوقف على حكم الحاكم لاستناده إلى أمر ذاتى فكذلك السفية و من هنا اتفقت الإماميه ظاهرا على ان الحجر عليه غير موقوف على الحكم بل كل معامله ماليه تقع مع السفية فهى باطله سواء علم وقتها بأنه سفية أم لا نعم لو اجازة الولى لوقوعها موافقه لمعاملات العقلاء نفذت كما نبهت عليه (المجله) فى ماده (٩٩٣) إذا باع السفية المحجور .. ثم ان من احكام السفية لزوم إنفاق الولى عليه و هو الحاكم بالقدر المناسب لحاله و شأنه و كذا على عياله الواجبى النفقه عليه كما فى ماده «٩٩٢» و من أحكامه أيضا ما فى ماده «٩٩٤» لا يصح إقرار السفية و ان الحقوق الثابته عليه شرعا يؤديها الولى من أمواله كما فى ماده «٩٩٥» و انه إذا استقرض و صرفه على نفسه بالمعروف يلزم الحاكم أداء ذلك الدين و الا فلا

لأن الدائن قد أضع ماله على نفسه و لكن القدر المعلوم انه حيث يكون الدائن عالما بسفهه و الا فلو أقرضه على أصل السلامه لم يبعد عدم سقوط حقه فليتأمل.

ماده (٩٩٧) إذا اكتسب السفه المحجور صلاحا

على قاعده إذا زال المانع عاد الممنوع و كان السفه هو المانع من صحه التصرفات فإذا زال عادت الصحه كما في سائر العقلاء.

الفصل الرابع في (المديون المحجور)

ماده (٩٩٨) لو ظهر عند الحاكم مماطله المديون في أداء دينه حال كونه مقتدرا الى آخرها،، إذا ماطل المديون غرماءه في أداء دينه و هو قادر و ملئ و شكاه الغرماء الى الحاكم أنذره أولا فإن أصر على المماطله حبسه فإن بقي مصرا فان كان عنده نقود أخذها الحاكم و دفع منها حق الغرماء و ان لم يكن عنده نقود باع الحاكم من أمواله المنقوله أو غير المنقوله حسب نظره بقيمتها السوقيه و دفعها الى الغرماء و هذا لا ربط له بالمفلس أصلا و ليس المفلس

شرعا الا هو من قصرت أمواله عن ديونه فطلب الغرماء ان يحجر على أمواله و يمنعه من التصرف بها خوف التلف فتعود الخساره عليهم و هو الذى أشارت إليه ماده «٩٩٩» المديون المفلس الذى دينه.

و تحرير هذا البحث بأسلوب واسع و واضح- ان الفلاس لا- يكون سببا للحجر عندنا معشر الإماميه إلا بشروط (الأول) ثبوت الديون عند الحاكم (الثانى) قصور أمواله عنها اما لو زادت أو ساوت فلا حجر خلافا لما فى المجله فى المساوى «الثالث» ان تكون ديونه حاله فلو كانت مؤجله أجمع أو الحال منها لا يزيد على أمواله فلا حجر حتى لو كانت عند حلولها تزيد عن أمواله (الرابع) التماس الغرماء من الحاكم الحجر عليه و ليس للحاكم التبرع حتى لو التمسه المفلس بنفسه اما لو التمسه بعضهم فان كان دينه بخصوصه يزيد على أمواله صح الحجر و الا- فلا- ثم ان أمواله التى تقاس الى ديونه و هى كل ما زاد على دار سكناه و ملابسها و أثاث بيته و خادمتها و دوابه و كتبه كل ذلك على حسب شأنه و ما يليق بنسبه أقرانه فإن زادت يؤخذ الزائد و ان نقصت أكملت و بحسب أيضا من أمواله ديونه و ان كانت مؤجله ان كانت على مؤسرين دون المعسرين أو المتمردين أو الغاصبين و إذا تحققت هذه الشروط و حجر الحاكم عليه ترتبت على ذلك أحكام «الأول» بطلان تصرفاته أجمع فى جميع أمواله الموجوده حال الحجر مده بقائه سواء تعلقت بدين أو عين أو منفعه و سواء كانت بعوض مطلقا كالبيع أو الإجازة بخيار فى بيع سابق فإنه نافذ سواء وافق غبطه الغرماء أم لا فان حق الغرماء قد تعلق بماله على نحو كيفية

ملكه له من لزوم أو تزلزل فلا- ينقلب الجائر بالحجر لازما و لذا لا يمنع الغير من اجراء خياره لو كان فى بعض أمواله كما انه لو خرج مال المفلس عنه بهبه و نحوها قبل الفلوس لم يكن للغرماء إلزامه بالرجوع فيه و ان كان له ذلك نعم لا- ينفذ إبراءه و إسقاطه بماله من ديون أو حقوق ماله اما التصرفات الغير الماليه كوصيته أو تدبيره للذين لا ينفذان إلا فى ثلث الفاضل عن الدين و كالتكاح و الطلاق و الإقرار بالنسب و ان أوجب النفقه و لكنه فى الذمه كما لو افترض أو اشترى نسيئه أو باع سليما فضلا عما إذا كان موجبا لتحصيل المال مجانا كالاحتطاب و الاحتشاش و الاتهاب فهل تدخل فى الحجر أم لا، و جهان أقواهما العدم اما أمواله المتجدده بعد الحجر من أمواله المحجوره فهى تابعه لها و الحجر لا يسقط عبارته فيجعلها لأغيه كعباره الغير المميز بل له ان يتوكل عن الغير بل له ان يجرى العقود على أمواله المحجوره فتنفذ بإجازة الغرماء أو الحاكم كما نصت عليه ماده «٩٩٣» إذا باع السفيه،، و لو فضل عن الديون فان كان لارتفاع السوق فالحجر صحيح و يرد إليه الزائد و ان كان لخطأ فى التقدير حين الحجر كشف عن بطلانه و تمضى تصرفاته الواقعه أثناء الحجر [الثانى]، ان إقراراته بعد الحجر و ديونه المتجدده تنفذ عليه و تبقى فى ذمته و لا يضرّبون مع الغرماء المتقدمين فى المال المحجور حتى لو أقر بسبق الدين الا ان يصدقه الغرماء أو يثبت عند الحاكم كما فى ماده «٩٩٤» لا- يصح إقرار السفيه «الثالث» ان ديونه المؤجله لا تحل بالحجر و لا بموت الدائن نعم تحل بموت المديون

مطلقا محجورا و غير محجور، و تقسيم أمواله بعد الحجر على ديونه الحاله و لا- يدخر للمؤجله شىء و ما يحل قبل الشروع بالقسمه ضرب صاحبه مع الغرماء و لو حل بعد قسمه البعض شارك فى الباقي مع باقى الغرماء و لو ظهر دين حال بعد القسمه نقضت و شارك و لو كان الحلول بالصلح على تعجيله بإسقاط بعضه فالأقوى مشاركته على تأمل «الرابع» ينفق عليه و على عياله الواجبى النفقه من ماله المحجور الى يوم القسمه كما فى ماده «١٠٠٠» و لو مات قبلها فتجهيزه الواجب من أمواله و كذا لو مات من يجب تجهيزه عليه «الخامس» إذا وجد بعض غرماء المفلس عين ماله فهو أحق بها و لو لم يكن غيرها و لا يشاركه الغرماء فيها اما غرماء الميت لو قصرت أمواله عن ديونهم فهم شرع سواء حتى صاحب العين فتقسم التركة بنسبه ديونهم حتى لو مات محجورا عليه بالفلس لان المال ينتقل إلى الورثه و فيه حق الغرماء و لذا لو دفع الورثه الدين صارت التركة ملكا طلقا لهم، اما لو وقت التركة بالديون فصاحب العين أحق بها ان كانت العين باقيه بحالها اما لو تغيرت بزياده منفصله أخذها بدون الزياده، و لو كانت متصله فإن كانت بفعل المفلس كما لو غرس أو صبغ أو خلط كان شريكا بالنسبه و ان لم تكن بفعله كالسمن و الطول و نحوه فهل يأخذها كذلك أو يسقط الأخذ أصلا أو يأخذها و يكون شريكا بالنسبه و يشاركه المفلس بالنسبه و لعله أقوى الوجوه اما لو تغيرت بالنقص أخذها ان شاء و ضرب مع الغرماء بقيمه النقص، و لو خلطها بالمساوى أو الأدون و لم يمكن التمييز تخير

بين الشركه و بين الضرب مع الغرماء،، بقيمتها كما لو خلطها بالأعلى و لو تغيرت الحقيقه بأن صار الحب زرعاً و البيض فرخاً كان بحكم التالف فليس له الا الضرب مع الغرماء كما تقدم، و يقدم حق الشفيع على البائع لو أفلس المشتري و يضرب البائع مع الغرماء بقيمه الشقص و كذا يقدم المرتهن عليهم فيأخذها بدينه ان ساوت و يرد الزيادة ان زادت و يضرب معهم بالنقيصه ان نقصت و كذا حق المجنى عليه و لكن لو قصر ثمن العبد الجانى فليس للمجنى عليه أكثر من قيمته أو رقبته و لو أفلس بثمر أم الولد أخذها البائع أو اختص بثمرها (السادس) لو تجددت له أموال بعد القسمه فللحاكم ان يحجر عليها إذا التمس الغرماء ذلك تلافياً لبقية ديونهم ان كان المتجدد يقصر عنها و الا فلا الا ان يكونوا قد أسقطوا و أبرءوا «السابع» قد عرفت ان ولاية الصغير و المجنون للأب أو الجد منه أو لمنصوبهما فان لم يكونا فللحاكم أو منصوبه و كذا من بلغ غير رشيد اما من بلغ رشيداً ثم عرضه السفه و صار مفلساً فللحاكم لا غير،، هذه أهم مباحث الحجر و السفيه و المفلس و منه تعرف كم أهملت المجله من الفروع المهمه، و الأحكام المحكمه، فى هذا الباب، و لله المنه و الحمد.

الباب الثانى فى (بيان المسائل التى تتعلق بالإكراه)

إشاره

العمل المكروه عليه فاعله لا- اثر له شرعا قولاً- كان أو فعلاً- و الأصل فيه قبل الإجماع قوله تعالى «إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ» بل هو نوع من أنواع الضروره فيشملة كل أدله المضطر مثل قوله تعالى «فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ» و فى الحديث النبوى المعروف (بحديث الرفع) رفع عن أمتى الخطأ و النسيان و ما لا يعلمون و ما اضطروا اليه و ما استكروها إلخ، (و النبوى المشهور) ما من محرم الا و قد أحله الله لمن اضطر اليه، و لكن انما تسقط الآثار وضعيه و تكليفه بالإكراه إذا استجمع شروطاً.

(الأول) ان يكون المكروه بالكسر قادرا على فعل ما يتوعد به من ضرب أو حبس و نحوهما و عليه تنص ماده (١٠٠٣) يشترط ان يكون المجبر.

(الثانى) ان يظن المكروه بالفتح أو يقطع بأنه إذا لم يأت بالمكروه عليه أوقع بالمكروه، بالكسر، به ما يتهدده فيه من قتل أو ضرب

أو نحوهما كما فى ماده «١٠٠٤» يشترط خوف المكره- «الثالث» ان يكون المكره بالفتح عاجزا عن مقاومته و رد شره عنه بنفسه أو الاستعانه من حاكم أو غيره و قد أهملت المجله هذا الشرط «الرابع» و هو ان يكون ما يتوعد به مما لا يتحملة المكره أو لا يلىق بشأنه و هذا يختلف باختلاف الأشخاص و مراتبهم كما يختلف باختلاف الأزمنه و الأمكنه و سائر الاعتبارات فرب شخص لا يلىق به كلمه فيها رائحه الإهانه فقد يفعل الفعل دفعا لهذه الكلمه فيكون مكرها و رب شخص لا يضر بشأنه الصفع و الضرب و الحبس و الغل فيفعل الفعل خوف ذلك فلا يعد مكرها، و ربما يشترط بعضهم ان يكون عاجزا عن التوريه فلو كان عارفا بها و لم يقصدها كان مختارا لا مكرها و هو غير معلوم و كيف كان إذا تحققت الشرائط المتقدمه ارتفع الحكم التكليفى المرتب على ذات القول أو الفعل لو لا الإكراه كما يرتفع الأثر الوضعى فلو سب نبيا أو وليا مكرها فلا إثم، كما لو باع أو وهب كذلك فلا اثر لبيعه و لا هبته، و لو شرب خمرا مكرها فلا إثم كما لو غضب مال غيره و أتلفه مكرها فلا ضمان و هكذا سواء فعل ذلك بحضور المكره المتوعد أو بغيابه فان الحضور و الغياب ليس له أى أثر بعد تحقق تلك الشروط فلا وجه لما فى ماده «١٠٠٥» ان فعل المكره المكره عليه فى حضور المجبر يكون الإكراه معتبرا و اما إذا فعله فى غيابه فلا- يعتبر لانه يكون قد فعله طوعا الى آخرها،، فإنه لو أكره أحد آخر على بيع داره و لو بكتاب أو رسول تحقق الإكراه و أى اثر للحضور إذا كان الخوف

حاصلا حتى مع الغياب.

ثم هل يصح عقد المكره بإجارتته بعد الإكراه- خلاف، و الأقرب الصحة كما فى ماده (١٠٠٦) و ذلك لعمومات (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و نحوها و لفحوى أدله الفضولى فتدبره،، و لو باع المالك مكرها و تصرف المشتري كان ضامنا كالغاصب بجميع ما يجرى عليه من احكام الضمان المتقدمه.

ماده (١٠٠٧) كما ان الإكراه الملجئ يكون معتبرا إلخ.

قد عرفت ان لا فرق بين الملجئ و غير الملجئ بالمعنى المذكور لان المدار على الخوف سواء كان من قتل أو حبس أو غيرهما نعم يفترقان بمعنى آخر تقدم بيانه.

الباب الثالث فى (بيان الشفعه)

اشاره

و ينقسم إلى أربعة فصول)

الفصل الأول فى (بيان مراتب الشفعه)

ماده (١٠٠٨) أسباب الشفعه ثلاثه

(الأول) ان يكون مشاركا قد عرفت قريبا ان أقرب عبارته تكشف عن حقيقه الشفعه التى هى من خصائص الشريعة الإسلاميه و عظم عنايتها بنظم الهيئه الاجتماعيه و الصالح العام و حكمتها العاليه ان لا يبتلى المالك لملك مشاع بشريك جديد لا يعرف شيئا من أخلاقه و حسن سيرته فقد يكون شركته وبالا عليه و تنغيصا لعيشه فى داره أو عقاره مده عمره فجعل له حق أخذ ما باعه شريكه من المشتري بالثمن، إذا فأحسن تعبير عنها انها حق تملك الشريك الشقص من المشتري بالثمن، و لهذا الحق أسباب كما له شروط

اما أسبابه فكما أشارت إليه هذه المادة- الشركه على الإشاعه اما فى نفس العين أو فى حق الشرب الخاص أم فى الطريق الخاص كالأمثله المذكوره فى المتن و هذان سببان لحق الشفعه عند الإماميه أيضا كما عند عامه أرباب المذاهب فهو إجماع المسلمين، «اما السبب الثالث» و هو كونه جارا ملاصقا الى يمينه أو يساره أو خلفه لا المقابل فقد اختلفت أرباب المذاهب فيها، فالشافعى و مالك على عدم الشفعه فيها و عليه كافه الإماميه لقوله عليه السّلام [إذا وقعت الحدود فلا شفعه بينهم] و الحنفى و أصحابه على ثبوتها لما يروى عنهم (جار الدار أحق بدار الجار) و هو الذى اختاره المجله، و لبعض الفقهاء تفصيل فالجار المشارك فى الطريق الخاص من أحد الجانبين له الشفعه و غيره كالجار من خلف أو المقابل لا شفعه له و هذه الأسباب مرتبه فلو اختص كل واحد بواحد منها ففى ماده «١٠٠٩» حق الشفعه أولا- للمشارك فى نفس البيع كاشتراك شخصين فى عقار شائعا (الثانى) ان يكون خليطا إلخ.

و ماده (١٠١٠) إذا لم يكن مشاركا فى نفس المبيع أو كان و ترك ..

و حاصله ان المشارك فى العين مقدم فان لم يكن أو كان و ترك فللثانى و هكذا، اما ماده (١٠١١)- و ماده (١٠١٢) فالشفعه فى الموردین انما تثبت حيث تكون الأرض مشتركه اما مع عدم الشركه فى الأرض فلا شفعه فإن البناء كالغروس لا شفعه فيها الا تبعا للأرض كما تقدم.

ماده (١٠١٣) إذا تعدد الشفعاء يعتبر عدد الرؤوس.

هذا هو المتفق عليه ظاهرا عند أرباب المذاهب و لعله المشهور عندنا و وجهه ان سبب الشفعه هو الشركه و هو فى الجميع واحد، و وحده السبب تقتضى وحده المسبب و هو كما ترى فيه للخدشه مجال و لو قيل بان كل واحد يأخذ بمقدار حصته لكان أقرب الى العدل.

و اما ماده (١٠١٤) و ما بعدها الى آخر الفصل.

فالأحكام المندرجه فيها مبنيه على استحسنات و اعتبارات لا بأس بها بناء على أصول القوم اما عندنا فلا موقع لها أصلا إذ لا شفعه مع تعدد الشركاء مضافا الى ان تلك الوجوه لا تصلح ان تكون دليلا.

الفصل الثانى فى (بيان شرائط الشفعه)

(الأول) ماده (١٠١٧) يشترط ان يكون المشفوع به ملكا عقاريا ..

الظاهر اتفاق أرباب المذاهب على هذا الشرط فلا تثبت الشفعه فى المقولات مطلقا و لا فى الأبنيه و المغروسات لا تبعا للأرض اما عند الإماميه فالأخبار الوارده فى هذا مختلفه أشد الاختلاف ففى كثير حصرها بالعقارات و فى بعضها التعدى إلى الحيوان و فى جمله منها التعدى إلى خصوص العبد و لكن

□
 قد استقر المذهب من زمن المحقق و العلامة رضوان الله عليهما حتى كاد ينعقد الإجماع عندنا أخيرا على عدم ثبوتها في المنقولات مطلقا الا ما يتبع الأرض و عليه فيصح ان يقال ان إجماع المسلمين اليوم على عدم الشفعه في المنقولات الا ما يتبع الأرض فلو كانت الغروس ملكا لاثنين و الأرض لثالث فلا شفعه اما لو كانت مع الغروس لاثنين فباع أحدهما الأرض أو الغروس معها فللشريك ان يشفع كما تشعر به ماده (١٠١٩) و نصت عليه ماده (١٠٢٠)

«الثاني» (١٠١٨) يشترط ان يكون المشفوع به ملكا أيضا

□
 - أى لا- وقفا و قد اختلف أصحابنا رضوان الله عليهم أشد الخلاف في ثبوت الشفعه في العين المشتركة بين الوقف و الملك الطلق فيما لو وقع البيع على الملك الطلق أو وقع على الوقف لو حصل المسوغ لبيع الوقف فبين قائل بثبوتها مطلقا مع وحده الموقوف عليه و تعدده في صورتين و بين قائل بعدمها مطلقا كذلك و بين مفصل فتبث مع الوحده و تنتفى مع التعدد، أو في الصورة الأولى دون العكس أو بالعكس، و تمسك كل قائل لدعواه بوجه لا- يخلو كل واحد منها من خدشه (و خلاصه التحقيق) من ذلك المخض ان أصل الشفعه لما كانت عباره عن تملك الشفيح الحصه من المشتري قهرا عليه و هذا حكم على خلاف الأصل و العمومات التي تنص على ان الناس مسطون على أموالهم و ليس لإنسان أن يملك مال غيره قهرا عليه، إذا فلا بد من الاقتصار في هذا الحكم المخالف للأصل على مورد اليقين و المتيقن ما إذا كان الشريكان يملكان ملكا

طلقا اما فى الوقف شفيعا أو مشفوعا به فمشكوك و الأصل عدم ثبوت الحق فلا- شفعه فى مقام الوقف مطلقا و ما ذكرته «المجله» و جيه متقن.

(الثالث) ماده (١٠٢١) الشفه لا تثبت الا بعقد البيع ..

أشاره

يعنى يشترط ان يكون انتقال الشقص بالبيع اما لو كان بغيره من عقود المعاوضات أو غيرها كالهبه و نحوها فلا شفعه حتى فى الهبه المعوضه لما عرفت فى كتاب الهبه ان المعوض ليس للعين الموهوبه حتى تكون كالبيع بل هو عوض لنفس الهبه فالتعاوض بين الهبتين لا- بين الموهوبين و هذه من دقائق فقه الإماميه فتدبره، و منه ظهر الخدشه فى ماده (١٠٢٢) الهبه بشرط العوض فى حكم البيع .. نعم يتفرع على اشتراط الانتقال بالبيع و خروج غيره.

ماده (١٠٢٣) لا تجرى الشفه فى العقار الذى ملك لآخر بلا بدل

كتملك أحد عقارا بلا عوض ..

(الرابع) ماده (١٠٢٤) يشترط ان يكون للشفيح رضا،،،

و لم تحسن (المجله) التعبير عن هذا الشرط فجاء مختل اللفظ و المعنى- فان الرضا بالبيع لا يسقط الشفه بل يولدها و لو لا البيع لم تكن شفعه و انما يسقطها إسقاطه لها أو تماهله عن الأخذ بها بناء على ما سيأتى من الفوزيه و قد حصل مثل هذا الوهم لبعض أساتيدنا فقال فى حواشيه على التبصره لو اذن فى البيع معرضا فالأقوى البطلان اى بطلان الشفه و كذا فيما لو بارك أو شهد إذا ظهر منه الاعراض انتهى، و كنا قد علقنا عليها ما نصه

الشفيع يأخذ من المشتري لا من البائع فأذنه كاعراضه لعله وصله الى غرضه، و مثله لو بارك أو شهد فالشفيعه فى الجميع ثابتة فتدبره جيدا و كذا لا- يلزم سقوط الشفعه لو كان وكيلا- للبائع فى البيع بل كل ذلك محقق لموضوعها لا مسقط لها نعم لو استأجر من المشتري سقطت، و وجهه واضح و كذا لو اعرض عن المشتري بعد علمه بشرائه و لم يبادر إلى الأخذ سقطت شفيعته لفوات الفوريه لا للاعراض فتدبره.

الخامس (ماده ١٠٢٥) يشترط ان يكون البدل ما لا معلوم المقدار

بناء عليه لا تجرى الشفعه فى العقار الذى ملك بالبدل الذى هو غير مال كبديل اجره الحمام الى آخرها،، اعتبار معلوميه البدل اى الثمن ليس شرطا فى أصل ثبوت الشفعه و انما هو شرط فى إعمالها أى الأخذ بها احترازا عما لو جهل الثمن لغيبه البائع أو المشتري أو موتهما بحيث لم يعلم بمقدار الثمن فإنه لا- يمكن الأخذ بها فسقوطها فى مثل ذلك من جهة تعذر العمل بها لا بمعنى انه إذا لم يعلم مقدار الثمن حين البيع أو حين قوله شفيعت تكون باطله بل له ان يقول شفيعت بالثمن الذى اشترت به مهما كان، و توهم لزوم الغرر مدفوع بأنه ربما يكون عالما إجمالا بان الثمن عادلا و انه لا يزيد على ثمن المثل الا قليلا، و على كل حال فهذا الشرط قد ذكره فقهاؤنا أيضا و لكن يلزم ان يحمل على المعنى الذى ذكرنا لا على ما يتراءى من المجله و غيرها من انه شرط فى عداد سائر الشروط لأصل ثبوت حق الشفعه مثل كونه عقارا و ان الانتقال بالبيع و نحوها (هذا أولا) (و ثانيا) فلو سلم ان

المعلومية شرط كسائر الشروط و لكن الذى يصح ان يتفرع عليه انه لو شفع و هو جاهل بمقدار الثمن لم تؤثر شفيعته لا عدم جريانها فيما إذا كان البدل غير مال كالدراهم التى ملكت بدل اجره الحمام «و ثالثاً» لا أدري لما ذا صارت اجره الحمام ليست بمال و اجره الحمام لا- يخلو اما ان تكون نقودا و هى مال بلا- اشكال و اما ان تكون عروضاً كدراهم مثلاً و هى مال أيضاً بلا ريب و بدلها و هو منافع الحمام أيضاً مال لان معيار المال عند العرف هو ما يبذل المال بإزائه أى ما يبذل أحد النقدين بدلا عنه و من المقطوع به ان منافع الحمام يبذل الدراهم و الدنانير بإزائها فهى مال فالمنافع مال و أعضائها من نقود و عروض أيضاً مال حتى الدار فلما ذا لا تجرى الشفيعه لو كان فيها شقص للغير فباعها و كذلك الدار لو ملكت شقصها المرأه مهراً ثم باعته فلشريكها ان يشفع نعم لو ملكته مهراً لم يكن للشريك شفيعه لأنها لم تملكه بالبيع و هو من أهم شرائط الشفيعه كما عرفت، فهذا الشرط مضافاً الى انه لا محصل له ساقط بالكلية كسقوط

(الشرط السادس). ماده «١٠٢٦» يشترط ان يزول ملك البائع عن البيع بناء عليه،،

فإنه فضله مستدرك إذ البيع الفاسد ليس بيعاً حتى على القول بالأعم فإنه ليس الفاسد بمراد فى هذه الموارد التى يدور الحكم فيها على الانتقال لا على اجراء العقد فقط و الفاسد عندنا غير مؤثر كالباطل على ما سبق فى محله اما البيع الخيارى فلا يمنع من الأخذ بالشفيعه بل للشفيع يأخذ و للبائع ان يعمل خياره إذا شاء و لو كان الخيار للمشتري انتقل مع الشقص الى

الشفيع ان شاء عمله و ان شاء ترك إذا فلا فائده بهذا الشرط و هو مستدرک استدراك.

ماده (١٠٢٧) لا تجرى الشفعه فى تقسيم العقار.

فقد مر انها لا تثبت الا بالبيع، و القسمه ليست يباعا فذكره مستدرک.

الى هنا انتهت شروط الشفعه فى «المجله» و تبقى شروط اخرى لم تذكرها و لعل إجماع الإماميه أخيرا على اعتبارها فى ثبوت أصل هذا الحق (الأول)، ان لا- يزيد الشركاء على اثنين و فى المتقدمين من يذهب الى ثبوتها حتى مع التعدد و لكن انعقد إجماع المتأخرين ظاهرا على اعتبار الاثنين لا غير «الثانى» ان يكون الشفيع مسلما لو كان المشتري مسلما، فلا شفعه لكافر على مسلم و للمسلم الشفعه عليه، (الثالث) قدرته على الثمن أو بدله حالا ان كان البيع حالا، اما لو كان مؤجلا فاما يدفعه حالا و الا يلزم بكفيل- بالإيفاء عند حلول الأجل، ثم انه لا يشترط فى الشفيع اى من له حق الشفعه البلوغ و لا الرشد فيثبت للصبي مطلقا و للمجنون و للسفيه و يأخذ لهم الولى مع المصلحه و لو أهمل كان لكل واحد منهم ان يشفع بعد زوال العذر خلافا لما فى المجله (١٠٢٥) يطلب حق شفعه المحجورين وليهم و ان لم يطلب الولى حق شفعه الصغير فلا تبقى له صلاحيه طلب حق الشفعه بعد البلوغ فان هذا على إطلاقه غير صحيح نعم لو ان الولى أهمل اعماله من جهه عدم المصلحه فى ذلك الوقت اتجه سقوطها بعد البلوغ اما لو كان تقصيرا من الولى فلا سقوط لانه حق مالى ثابت فان لم يعمله الولى

استوفاه صاحب الحق بعد كماله و ارتفاع المانع

الفصل الثالث يلزم في الشفعة ثلاث مطالبات.

ليس في كتب أصحابنا شيء من هذه التعاريج و التخاريج و انما الذي عندهم ان الشريك متى علم ببيع الشريك حصته لزمه ان يعرف الثمن ثم اما ان يأخذ به أو يترك سواء كان في مجلس البيع أو غيره مع حضور المشتري أو عدم حضوره غايته انه مع غيبته حذرا من الإنكار يشهد شاهدين ليكونا بينه له على الأخذ بالشفعة فورا و قد اتفقوا على ان الغالب له الشفعة و لو بعد السنين المتطاولة و لا تسقط شفيعته بترك الاشهاد و ان تمكن منه فضلا عما لو عجز عنه و كذا المريض و المحبوس و نحوهما كما اتفقوا أيضا على انه لو ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثة أيام فان لم يحضره بطلت شفيعته لكن (في حسنه) على بن مهزيار غير هذا التفصيل قال: سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفيعه أرض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها أ ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة قال ان كان معه في المصر ينتظر به الى ثلاثة أيام فإن أتاه بالمال و الا فيبيع و بطلت شفيعته في الأرض و ان طلب الأجل الى ان يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار

ما يسافر الرجل الى تلك البلد و ينصرف و زياده ثلاثه أيام فإن وفاه و الا فلا شفعه له انتهى.

و ينبغي ان يكون المراد بصاحب الأرض هو المشتري لا البائع حتى يتجه استحقاق الشفعه للرجل الذى ذهب لإحضار المال فإن الشفعه لا تثبت الا بعد البيع و لو كان المراد بها البائع أى الذى يريد ان يبيع لم يكن المقام موضع شفعه و كيف كان فلا بد من العمل بهذا الخبر الشريف الموافق للعرف و الاعتبار و على كل حال فقضايا الاشهاد و التقرير و الموائبه قضايا احتياطييه و استعداد للكفاح فى ما لو وقعت الخصومه و لا- دخل بها فى أصل حق الشفعه فإنها تثبت بمجرد بيع الشريك و للشفيع ان يشفع بأى صوره يشاء و لكن على الفور سواء أشهد أم لا- قرار أم لا- و لا- حاجه الى مراجعه الحاكم الا- عند الخصومه كما فى سائر الخصومات و لا يضر فى استحقاق الشفعه تأخيرها التقرير أو الإشهاد أو مراجعه الحاكم ضروره ان حكم الحاكم طريق للإثبات لا سبب فى الثبوت فليتدبر.

و عليه فلا يهيم التعرض لهذه المواد المذكوره فى هذا الفصل.

الفصل الرابع فى (بيان حكم الشفعه)

ماده «١٠٣٦» يكون الشفيع مالكا للمشفوع.

تحرير هذا البحث على طرز جديد، و أسلوب مبتكر، هو انك بعد مراجعه ما مر عليك من مباحث الشفعه تستطيع ان تتصور لتكوين حق الشفعه و ولادته و نشوه و ارتقائه ثلاث مراحل (المرحله الأولى) أسباب تكونه فى طور القوه و الاستعداد و عمده تلك الأسباب الشركه فى العقار بنحو الإشاعه «المرحله الثانيه» وجوده بنحو الفعلية و التحقق و ذلك يحصل بالبيع على الأجنبى فإذا باع الشريك حصته على الأجنبى تحقق له حق الشفعه فعلا، (المرحله الثالثه) استثمار ذلك الحق و استعماله و هو ان يأخذ بالشفعه فإذا دفع الثمن إلى المشتري ملك الحصه قهرا عليه و وجب ان يتخلى عنها، «فالأولى» قوه و «الثانيه» فعلية و وسيله «و الثانيه» غايه و ان شئت قلت الاولى «غرس» و الثانيه «شجره» و الثالثه «ثمره» فإنه بعد تحقق المرحلتين ان دفع الثمن فقد ملك و أخذ الفائده و الا سقط ذلك الحق الذى تكون له بتلك الأسباب و لعل الى بعض هذا تشير المجله بقولها: يكون الشفيع مالكا

للمشفوع بتسليمه الثمن و لكن قوله «بالتراضى» لا محل له إذ ليس له الامتناع و لا تتوقف ملكيه الشفيح على رضاه و غايته انه إذا امتنع عن قبض الثمن و عن رفع اليد عن المشفوع به يراجع الشفيح الحاكم كما يراجع فى سائر موارد الممتنعين عن أداء الحق، و رفع أيديهم عن مال غيرهم لا لخصوصيه فى الشفعه و لا من أجل ان التملك موقوف على مراجعه الحاكم كما يظهر من عباره المجله فتدبره: ثم ان هذا التملك القهرى على المشتري- الاختيارى للشفيح ليس ببيعا و شراء آخر و لا صلحا و لا عقدا من العقود بل هو معامله أخرى من المعاوضات جعلها الشارع بهذا النحو و بتلك الكيفيه و لكنها بمنزله الشراء فى قضيه دفع الثمن و أخذ المثل و هذا المقدار لا يكفى فى ترتب جميع آثار البيع فيشكل فى ماده (١٠٣٧) تملك العقار بمنزله الشراء ابتداء بناء عليه الاحكام التى تثبت بالشراء ابتداء كالرد بخيار الرؤيه و خيار العيب تثبت فى العقار المأخوذ بالشفعه أيضا، و تحرير هذا البحث بصوره و افيه ان النظر فى قضيه الخيارات فى باب الشفعه يقع فى ثلاث جهات ما أشارت [المجله] الا الى النزر الضئيل منها «الاولى» فى الخيارات بين البائع و المشتري و انه هل تثبت الشفعه بمجرد العقد أو لا تثبت الا بعد انقضاء زمن الخيار فنقول ان الخيار اما ان يكون للبائع فقط أو للمشتري كذلك أو لهما فان كان للبائع فقد قال بعض أصحابنا انه لا شفعه حتى ينتهى الخيار لان الانتقال و ان حصل و لكنه مترزل فلا- شفعه إلا- بعد استقراره و كذا لو كان الخيار للبائع فقط اما لو كان الخيار للمشتري فقط فقد استقر من جهه

البائع و لزم فتأتى الشفعه و هو كما ترى فيه للخدشه مجال واسع و التحقيق ان الشفعه تدور مدار العقد المؤثر للانتقال و تزلزله لا يمنع منها بأى وجه كان نعم على القول بان الخيار يمنع من أصل الانتقال بالعقد و لا يحصل اثر البيع الا بانقضاء زمن الخيار يتم ما ذكر.

[الثانيه] انه لو كان للمشتري خيار و أخذ الشريك بالشفعه هل يسقط خياره لعدم الفائده له من اعمال الخيار إذ ليس قصده الا استرداد الثمن و لا أقل من تخلصه بالفسخ من عهده التدارك للشفيع فان الشفيع يأخذ من المشتري لا من البائع و عليه تدارك المبيع لا على البائع و هذا هو الأقوى.

[الثالثه] بعد ان كان مما لا ينبغي الإشكال فى ان الخيارات العامه كخيار العيب و الغبن و الرؤيه و الشرط و أمثالها مما يعم دليلها جميع المعاوضات بيعا أو غيره تجرى فى الشفعه ضروره انها و ان لم تكن بيعا و لكنها لا تخرج عن حظيره المعاوضات فكما يثبت للمعاوضات يثبت للشفعه إنما الكلام فى الخيارات الخاصه بالمبيع كخيار المجلس مثلا هل يجرى فى الشفعه و حيث علمنا ان الشفعه ليست بيعا قطعاً و ان خيار المجلس يختص بالمبيع نتج من هاتين المقدمتين عدم الريب فى عدم جريان خيار المجلس و خيار التأخير و نحوهما فيها و بهذا ظهر انه لو ظهر فى المبيع المشفوع به عيب بعد الأخذ فإن كان الشفيع و المشتري قد كانا عالمين به فلا خيار و ان كانا جاهلين فالخيار للشفيع فان رده على المشتري كان له الخيار أيضا و لو كان المشتري عالما به دون الشفيع كان للثانى الخيار فقط ثم بعد ان عرفت ان الشفعه حق و انها حق مالى تعرف يقينا انها

تورث بموت من له الحق و يشملها عموم (ما ترك الميت من حق فهو لوارثه) فلو مات الشفيع قبل ان يأخذ سواء بعد علمه أو قبله حيث لا ينافى الفوريه العرفيه كان لوارثه أن يأخذ بها لأنها حق مالى و كل حق مالى يورث أما أرباب المذاهب فقد اختلفوا فالمنقول عن الحنفى انه لا يورث و عليه جرت (المجله) ماده (١٠٣٨) لو مات الشفيع قبل ان يكون مالكا للمشفوع لم ينتقل حق الشفعه إلى ورثته،، و وافقهم جماعه من عظماء فقهاءنا المتقدمين استنادا إلى روايه طلحه بن زيد و هى ضعيفه السند مهجوره عند الأكثر و قد استقر المذاهب أخيرا على ان الشفعه تورث كسائر الحقوق الماليه و وافقنا عليه مالك و الشافعى،،

ماده [١٠٣٩] لو بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع - يسقط حق شفعته،

بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع انما يصح حيث لم يدفع الشفيع الثمن اما مع دفع الثمن فقد عرفت انه يملكه و ينتقل من ملكيه المشتري و لا حق له فى البيع أصلا إلا فضولا عن الشفيع

ماده «١٠٤٠» لو بيع ملك عقارى آخر متصل بالملك المشفوع لا يكون شفيعا لهذا العقار الثانى،،

قد عرفت ان الجوار لا اثر له فى ثبوت الشفعه حتى بعد تملك الشفيع فضلا عما قبله،،

ماده «١٠٤١» الشفيع اما ان يأخذ الجميع أو يترك الجميع و ليس له التبعض

و لعل هذا من المتفق عليه عند جميع المذاهب حتى الإماميه

ماده (١٠٤٢) ليس لبعض الشفعاء ان يهبوا حصتهم لبعض و ان فعل أسقط حق شفعته،،

هذا المنع لا- وجه له و الناس مسلطون على أموالهم يهبون و يبيعون لمن شاءوا نعم إذا نقل الشريك حصته الى شريكه أو الأجنبي زال عنه حق الشفعه لزوال الموضوع و هو الشركه و هذا جد واضح، إنما الاشكال و المعضل فيما لو باع أو وهب بعد بيع شريكه و قبل الأخذ حيث لا ينافى الفوريه يعنى باع أحد الشريكين حصته قبل ان يعلم بان شريكه قد باع قبله فهل له ان يأخذ بالشفعه مع انه قد باع حصته أم لا «وجهان» للأول الاستصحاب و للثانى زوال الموضوع بل زوال عله الحكم فان الغرض من الشفعه ان لا- يدخل على الشريك شريك أجنبي قد لا- يتلايم معه و لا- يحسن معاشرته و هذا الوجه قوى و ان كان الاستصحاب أيضا لا يخلو من قوه و المسأله كما قلنا مشكله.

ماده «١٠٤٣» ان أسقط أحد الشركاء حقه قبل حكم الحاكم فللشفيع الآخر ان يأخذ تمام العقار»،

لا- نعرف لهذا الفرق وجهها بل الشفيع إذا أسقط حقه قبل الحكم أو بعده فقد سقط حقه و صارت الشفعه للباقيين على القول بثبوتها مع التعدد.

ماده «١٠٤٤» لو زاد المشتري على البناء المشفوع.

هذا نظير من اشترى عينا للبائع خيار فيها و أحدث المشتري فيها بناء أو صبغا أو غير ذلك فان تصرفه مشروع و إذا فسخ البائع بخياره لزمه التدارك و دفع قيمه ما أحدثه المشتري و ليس له ان يجبره على القلع بعد ان كان تصرفه مشروعا و للمشتري ان يمتنع عن رده الى البائع قبل أخذ حقه و هكذا الكلام بعينه فى الشفيع مع المشتري كما نصت عليه

«المجله» فالشفيع بالخيار ان شاء ترك و ان شاء تملك المشفوع بإعطاء ثمنه و قيمه الأبنيه و الأشجار.

إلى هنا انتهت مواد المجله فى كتاب الشفعه

و قد بقى بحثان مهمان تعرض لهما الفقهاء

إشاره

منا و من القوم و لم تعرض لهما «المجله» أصلا و لو على سبيل الإيجاز

(الأول) الحيل الشرعيه الموجهه لسقوط الشفعه

و حيث اننا لا نحب الحيل مهما كانت و الناس بحمد الله قد أصبحوا أحيل من ان يحتاجوا الى من يعلمهم الحيله فلا حاجه الى ان نسقى السيف سما و نضع ضغثا على اباله إذا فترك هذا البحث اولى، و يكفى لمن يريد التخلص من شفعه الشريك ان يستبدل البيع بالصلح أو الهبه المعوضه بناء على ما هو الحق من انها ليست بيعا و ان العوض لذات الهبه لا للعين و البيع مبادله مال بمال و هنا مبادله عمل بعمل و المال تبع غير مقصود بالأصالة.

(البحث الثانى) مسائل النزاع و الخلاف

إشاره

الذى اعتادت (المجله) ان لا تذكر منه شيئا فى كل كتاب مع أهميته اما فقهاؤنا رضوان الله عليهم فقد التزموا على الغالب فى متون مؤلفاتهم و مختصراتها فضلا عن الموسوعات و المطولات ان يذكروا آخر كل كتاب من البيع و الإجاره و سائر العقود- عدده مسائل من أنواع الخلاف و التنازع بين المتعاقدين كتمرين للفقهاء على القضاء و الحكم و قد ذكروا فى آخر كتاب الشفعه جملة وافية من مسائل التنازع المتصوره فيها بعضها واضح و بعضها فى غايه الإشكال

فمن تلك المشكلات- ما لو ادعى المشتري زياده الثمن فقال مثلا اشتريته بمائه و أنكر المشتري فقال بخمسين فظاهرهم الاتفاق على ان البائع معزول فى هذه القضية فلا يقبل قوله أصلا سواء شهد للمشتري أو للشفيع لأنه فى المقام متهم من جهة التدارك أو غيرها و هو و ان كان على إطلاقه محل نظر واضح و لكن لنفرض الكلام فيما لو لم تكن شهادته للبائع اما لموته أو غيبته أو نحو ذلك فان كانت لأحدهما بينه فهى المتبعه و ان لم تكن فقد تعقدت القضية و اعضلت و لذلك اضطرت كلمات الأصحاب أشد الاضطراب و قام الخلاف على ساق فى هذه و فى نظيرتها و هى ما إذا اختلف المشتري و البائع فى الثمن الذى جرى عليه العقد زياده و نقيصه، و سر الإعضال فى القضية ان من المعروف و الواضح المكشوف ان طالب الزيادة فى كل مقام هو المدعى و ان منكرها هو المنكر و على هذا الملاك فالمشتري المدعى لزياده الثمن هو المدعى و الشفيع هو المنكر فيكون القول قوله بيمينه، و نظرا الى ان المشتري لا دعوى له على الشفيع أصلا و المدعى هو الذى لو ترك ترك و هذه صفة الشفيع هنا فإنه هو الذى يطالب و يريد انتزاع العين من مالكة المشتري قهرا عليه و الأصل عدم تسلطه على مال الغير بقوله و بالمقدار الذى يدعيه فبهذا الملاك صار الشفيع مدعىا لا منكرا و يلزم ان يكون القول قول المشتري لا قوله، فتعارضت الجهات و تدافعت الأصول و قامت الحيره فى ان لأيهما الترجيح؟ و على ايها يكون العمل؟ فمال كل فقيه إلى جهة و أخذ كل واحد بترجيح ناحيه و تضاربت الأفكار و كثر الرد و الإيراد

حتى ان بعض فقهاءنا المتأخرين كتب فيها ما يقرب من عشر صفحات من كتابنا هذا؟ والمسأله هنا خاليه من النص نعم فى قضيه تنازع المشتري و البائع وردت روايه بتقديم قول البائع و قد عمل بها جماعه من الأساطين على ضعف سندها و أراد جماعه ان يطردوها حتى إلى مسألتنا هذه اعنى تنازع الشفيح و المشتري و لعله أشبه بالقياس و هو تعديه حكم موضوع الى موضوع آخر،،؟ و الذى نراه بعد هذا كله ان القول قول المشتري يمينه لا قول الشفيح فإنه هو المدعى و ان أنكر الزيادة و لكنه يدعى استحقاق العين بذلك المقدار و الأصل عدمه مضافا الى انه هو المطالب و هو الذى لو ترك ترك و المشتري لا يدعى عليه شيئا و لا- يطالبه بشىء و ليت الشفيح تركه و مضى لسبيله، و كل هذا واضح و انما أوقع الارتباك قضيه دعوى الزيادة من المشتري فأوهم انه مدع مع أن قضيه الزيادة ليست بميزان مطرد نعم الغالب ان مدعى الزيادة يكون مدعيا و منكرها هو المنكر و لكن لا يتمشى ذلك فى كل مورد فإن قضيه البائع و المشتري هناك و قضيه الشفيح و المشتري هنا لها خصوصيه أخرى قلبت القضيه و غيرت مجارى الأصول فتدبرها جيدا و به المستعان.

و على هذا يبتنى ترجيح احدى البيتين على الأخرى لو قدماها معا فان قلنا بان القول قول الشفيح و قلنا بتقديم بينه الداخل قدمت بينته و الا فينبه المشتري و العكس بالعكس و التحقيق موكول الى محله.

(و منها) ما لو أقر أحد الشريكين بأنه قد باع حصته من أجنبي و أنكر الأجنبي الابتاع

قيل تثبت الشفعه نظرا إلى الإقرار و قيل لا تثبت

لأنها موقوفه على ثبوت الابتياح و تحقق الانتقال و لم يثبت، و التحقيق انه يلزم ان يعلق ثبوت الشفعه على ثبوت البيع فان حكم على الأجنبي بينه و نحوها انه قد ابتاع تثبت الشفعه و الا فلا و الإقرار وحده هنا لا يكفي،،

(و منها) ما لو اختلف الشريكان فى التقدم و التأخر

و فيها صور كثيره فادعى ان شريكه قد اشترى بعده فله حق الشفعه عليه فأنكر ذلك حلف المنكر ان ليس لخصمه حق شفعه عليه و لا يلزمه اليمين انه قد اشترى قبله اما لو ادعى كل منهما انه قد اشترى قبل الآخر لتكون له الشفعه فالقضيه من باب التداعى يتحالفان ان لم تكن بينه فتثبت الشركه و تسقط الشفعه و كذا إذا جاء كل واحد بينه اما لو انفرد أحدهما بها فالشفعه.

(و منها) ما لو اعترف البائع و المشتري ان الثمن المعين غصب و البيع فاسد و أنكر الشفيع و لا بينه

فاللازم رد العين حسب اعترافهما الى المالك و الشفيع يأخذ الشقص بالشفعه و يدفع مثل الثمن أو قيمته إلى المشتري فيدفعه إلى البائع يأخذه مقاصه عن شقصه و اعترافهما لا اثر له فى حق الشفيع لأنه إقرار فى حق الغير فان ادعى عليه العلم يحلف انه لا يعلم بكونه غصبا، اما لو اعترف البائع و الشفيع دون المشتري أو الشفيع و المشتري دون البائع فلا شفعه و يستخرج باقى حكم هذه الصور بالتأمل من الفقيه الماهر و قد ذكر فقهاؤنا قدست أسرارهم هنا فروعاً كثيره، و فروضا نادره، تدل على غزاره علم، و نابيه فضل و فقاهاه عاليه لا احسبها توجد

عند امه من الأمم و من أراد تصديق ذلك فليراجع الموسوعات من كتب الإماميه ان كان من أهل الفن ليعرف اننا لم نذكر لهم الا بعض ما يستحقون، و جزى الله جميع علماء المسلمين و عامه فقهاءهم خير جزاء المحسنين و نفعنا بعلومهم و جمعنا و إياهم فى الرفيع الأعلى مع النبيين و الشهداء و الصديقين و حسن أولئك رفقاً، و نختم هنا كتاب الشفعه راغبين اليه تعالى فى أن يشفع فينا أوليائه الذين لا يشفعون الا لمن ارتضى و آخر دعواهم ان الحمد لله رب العالمين.

ص: ١٩٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الكتاب العاشر (في أنواع الشركات)

إشاره

و يشتمل على مقدمه و ثمانية أبواب)

المقدمه فى (بيان بعض الاصطلاحات الفقيهه المتعلقه بأنواع الشركات)

اشاره

ماده (١٠٤٥)

الشركه:

فى الأصل هى اختصاص ما فوق الواحد بشىء و امتيازهم به لكن تستعمل أيضا عرفا و اصطلاحات فى عقد الشركه الذى هو سبب لهذا الاختصاص فتقسم الشركه بناء على هذا الى قسمين.

تحرير هذا البحث كما ينبغى بل كما يجب- ان الشركه بحسب وضعها اللغوى و استعمالها العرفى- هى مطلق اجتماع اشخاص فى شىء بوجهه جامعه سواء فى العين أو الدين أو المنفعه أو الانتفاع أو الحق فمن أباح طعاما

لجماعه فهم شركاء فيه و ان كانوا لا يملكون عينه و لا منفعتة بل يملكون الانتفاع به و كذا من أباح لشخصين أو أكثر المطالعه فى كتابه و من هنا يعلم ان الشركه فى المباحات العامه انما هى بهذا المعنى اى بالمعنى اللغوى العرفى لا الاصطلاحى أعنى اصطلاح الفقهاء فإنه قد تخصص عندهم بمعنى اختلفت تعبيراتهم عنه و حيث ان الشركه تتحقق عندهم فى العين و الدين و الحقوق و المنافع فأرادوا تعبيراً يعم كل هذه النواحي فعرفها مشهور فقهاؤنا بأنها اجتماع حقوق الملاك فى الشئ ء الواحد على سبيل الإشاعه و أرادوا بالشئ ء الواحد الشخصى لا النوعى أو الجنسى و اخرجوا بالقييد الأخير ما لو اشتركوا فى بستان مثلاً أو دار و لكن لا- على الإشاعه بل على ان لأحدهما الجانب الشرقى و للآخر الغربى و أمثال ذلك و مع انه أقرب التعاريف إلى الحقيقه قد أطلوا النقض و الإبرام و الطرد و العكس مما لا حاجه و لا فائده فيه، و لعل أسلم منه و أقرب الى الحقيقه ان يقال- الشركه استحقاق أكثر من واحد لشيء ء واحد على الإشاعه ثم ان لهذا الاستحقاق أسباباً و له بعد تحققه احكام اما أسبابه فهى نوعان «قهرية» و «اختيارية» و القهرية أيضاً نوعان نوع يجعل الشارع و آخر بأسباب اتفقيه أخرى فمن الأول- الميراث ضروره ان جميع الورثه يشتركون فى ملكيه التركه كما يشترك بعضهم فى مقدار منها «فهم شركاء فى الثلث» «و من الثانى» فاختلاط المالين قهراً بحيث لا- يمكن تمييز أحدهما عن الآخر عادة و من هذا القبيل الوصيه بالثلث لجماعه أو وقف ملك على جماعه «أما الاختيارية» فلها أسباب كثيره

(أحدها) مزج المالين بحيث لا يتميزان سواء كان بفعلهما أو فعل أجنبي (ثانيها) العقد بان يشتريا أو يستأجرا دارا على الإشاعه فيدفع كل منهما قيمه نصيبه من ماله فيشتركان في ملكيه الدار و ملكيه منافعها (ثالثها) الحيازه كما لو اشتركا في حيازه سمك أو أخشاب أو حطب أو صيد (رابعها) احياء موات كما لو اشتركا في إحياء أرض موات فإنهما يشتركان في ملكيتها على حسب عملهما أو اتفاهما- هذه أهم أسباب الشركه بمعنى اجتماع الحقوق في الشىء الواحد أو كما قلنا- استحقاق أكثر من واحد لشيء واحد، و لكن المهم ان تعرف ان هذه الأنواع من الشركه ليست هي المراد من الشركه التي أفرد لها الفقهاء كتابا ذكروه ضمن أبواب العقود و المعاملات «المراد بها عقد خاص يقصد منه الاسترباح و الاكتساب من الشخصين أو أكثر بمالهما بعد المزج و انما ذكروا تلك الأسباب من باب المقدمه و الاستطراد حيث ان الشركه بهذا المعنى تتوقف على المزج و هو يحصل تاره بالاختيار و اخرى بأسباب أخرى كما عرفت و من هنا يتضح لك الخلل البارز فيما ذكرته «المجله» في هذه ماده حيث جعلت العقد من أسباب الشركه بمعنى الاختصاص مع ان عقد الشركه الذي يبحث الفقهاء عنه في كتاب الشركه المندرج في أبواب المعاملات يتوقف على الشركه بمعنى اجتماع المالين و امتزاجهما و ليس عقد الشركه سببا للاختصاص أو الامتراج أصلا نعم قد يكون العقد سببا للاختصاص أو الامتراج كما عرفت فيما لو اشتريا دارا على الإشاعه و لكن ذاك عقد بيع أو إجاره لا عقد الشركه الذي يقصد به الاسترباح و التكسب الذي

لا يحصل ولا يتحقق الا بعد امتزاج المالين قهرا أو اختيارا فعقد الشركه يتوقف على الاختصاص و الامتزاج و هما سبب له لا هو سبب لهما كما تقول «المجله» فتدبره، و عقد الشركه للاسترباح هو القسم الثانى المذكور هنا و الذى سيأتى تفصيله فى الباب السادس، و قد تداخل الموضوع و اختلط البحث على أرباب «المجله» كما اختلط على جماعه من غيرهم فاحتفظ بهذا، ثم ان محل اجتماع الحقوق كما قلنا أو الاختصاص كما تقول المجله لا يخلو اما ان يكون عينا أو دينا أو منفعه أو حقا- اما الانتفاع فقد عرفت انه خارج عن الشركه الاصطلاحيه و مثله الشركه فى المباحات العامه فإنها من قبيل الحكم لا الحق و من قبيل انه ملك ان يملك و انه مالك فعلا، و ذكر بعض الشراح ان تقسيم الشركه إلى عين و دين من قبيل تقسيم الشىء إلى نفسه و الى غيره فان الدين لا- ملك و لا- منفعه بل هو وصف شرعى ثم دفع هذا الإشكال بأنه و ان لم يكن مالا فعلا و لكنه مال بالمال انتهى، و أنت خبير بسقوط هذا الاشكال من أصله فإن الدين مال فعلا باعتبار العقلاء، و لذا يباع و يشتري كغيره من الأعيان الخارجيه و الشركه فيه واضحه و أوضحها مثلا ما لو مات و له دين على شخص فإن الورثه يشتركون فيه بأجمعهم و كذلك الشركه فى المنافع و الحقوق، و من الأخير إرث حق الخيار أو جعل الخيار لاثنين أو أكثر مشتركين لا على نحو الاستقلال.

و من جميع ما ذكرنا اتضحت ماده «١٠٤٥» و هى الأولى من

كتاب الشركه اما ما بعدها من المواد إلى ماده «١٠٦٠» فينبغى أو يجب حذفها تماما من المجله- إذ أى عربى أو متعرب لا يعرف ان معنى الحائط هو الجدار. و الماره عباره عن المارين أو القناه أو المسناه أو ان رأس المال هو السرمایه و هو ترجمه العربى بالفارسى و هلم سحبا إلخ.

الباب الأول فى (بيان شركة الملك

اشاره

و يشتمل على ثلاثة فصول)

«الفصل الأول» فى (تعريف شركة الملك و تقسيمها)

ماده «١٠٦٠» شركة الملك هى كون الشىء مشتركاً بين اثنين فأكثر هذا تفصيل ما تقدم من الإجمال لبيان أسباب الاشتراك فى المال الواحد و الشىء يشمل كل ما يمكن تحقق الشركة فيه من العين و الدين و الحق و المنفعة سواء وقعت بأسبابها القهرية أو الاختيارية ثم إذا تحققت الشركة بأحد تلك الأسباب ترتبت عليها احكام بعضها من حيث تصرف الشركاء أو بعضهم و بعضها من حيثيات اخرى- و من الثانى ان

التلف بعد الشركه كلاً- أو بعضاً يكون على جميع الشركاء بنسبه حصصهم إذا لم يكن المتلف أحدهم فلو تلف النصف و الشركاء اثنان كان من كل واحد ربع و هكذا و عليه يبتنى ماده (١٠٦١) فلو كان لرجل دينار و لآخر من جنسه ديناران فاختلف دينار الرجل بهما بحيث لا- يقبل التمييز ثم ضاع اثنان منها يكون الباقي مشتركاً بينهما مثله ثلاثه لصاحب الدينارين و ثلثه لصاحب الدينار،، و لكن لعلك عرفت مما مر عليك في الأجزاء السابقه ان هذه القضييه لا تبتنى على قاعده الشركه لأن المالكين لم يمتزجا امتزاجاً حقيقياً بل و في بعض الصور قد لا يكون مزج أصلاً كما في مسأله الودعي الذي استودعه رجل درهما و آخر درهمين فتلف درهم لا يعلم انه من صاحب الدرهم أو من صاحب الدرهمين و توزيعه عليهما بالنسبه هو مقتضى قاعده العدل سواء كانت هناك شركه أم لا و اعلم ان شركه المزج تكون تاره (ظاهريه) و هى التى يتطرق فيها احتمال التمييز كما في قضييه الدراهم و أمثالها (و حقيقيه) و هى التى يستحيل فيها التمييز عاده أو واقعا كما تراج المائعات من جنس واحد و كما تراج الدقيق و نحوه و فى الأولى تكون القسمة ظاهريه مراعاة بقاء الاشتباه فإذا زال أمكن زوال الحكم و بطلان القسمة و فى الثانيه يكون دائماً لا مجال لبطلانه، و بقيه المواد قد سبق بيانها و هى واضحه، و قد شرعت «المجله» فى بيان القسم الثانى من أحكام الشركه أعنى ما يتعلق بتصرف الشركاء الذى يتكفل به.

(الفصل الثانى) [فى] (بيان كيفية التصرف فى الأعيان المشتركة)**إشارة**

سواء كانت من العقارات أو الحيوانات أو الأئعمه أو الحبوبات أو غيرها.

ماده (١٠٦٩) كيف ما يتصرف صاحب الملك المستقل فى ملكه يتصرف أيضا فى الملك المشترك أصحابه بالاتفاق كذلك.

لا- يخفى ما فى العبارة من التعقيد و التشويه و المراد ان الشركاء يتصرفون بالاتفاق كما يتصرف المالك فى ملكه المستقل فمجموعهم كواحد و واحدهم كالأجنىبى ليس له التصرف بدون إئذنههم و عليه يتفرع ماده (١٠٧٠) يسوغ لأصحاب الدار المشتركة أن يسكنوا فيها جميعا لكن إذا أدخل أحدهم أجنىبا فلآخر منعه، على ان هذا الاستدراك مستدرک فان للآخر المنع مطلقا و مثلها ماده (١٠٧١) التى مفادها جواز تصرف الشريك بإئذن شريكه الذى علم مما سبق و الاستدراك بقوله:

لكن لا يجوز ان يتصرف تصرفا مضرا بالشريك مستدرک أيضا فإن الضرر حرام مطلقا و لا حاجة الى بيانه هنا (١٠٧٢) ليس لأحد الشريكين ان يجبر الآخر بقوله اشتر حصتى أو بعنى حصتك غير ان المحل المشترك

ان كان قابل القسمة و الشريك ليس بغائب يقسم و ان كان غير قابل القسمة فلهما التهاؤ كما يأتى تفصيله فى الباب الثانى،، و لكن إذا كان الشريك غائبا لا تبطل القسمة مع طلب أحد الشركاء بل يرفع امره الى حاكم الشرع فينذره أو ينذر وكيله فان لم يحضر أحدهما سقط حق حضوره و تولى الحاكم القسمة لأنه ولى الغائب و الممتنع و كذا لو لم يمكن مراجعته الغائب كمجهول المحل أو الحياه فإن مثل هذه الأمور العامه من وظائف الحاكم و لا يجوز فى حفظ النظام تعطيلها و لو لا نصب الحاكم لمثل هذه الحوادث لاختل النظام و تعطل كثير من الاحكام و ساءت حاله الإسلام.

ماده (١٠٧٣) الأموال المشتركه شركه الملك تقسم حاصلاتها بين أصحابها على قدر حصصهم

فإذا شرط أحد الشريكين فى الحيوان المشترك شيئاً زائداً على حصته من لبن ذلك الحيوان أو نتاجه فلا يصح لا ريب ان منافع الملك هى لأرباب الملك على حسب حصصهم و لكن ذكر الشرط لا محل له هنا أصلاً ضروره ان الكلام فى الشركه بمعنى اجتماع الحقوق لا الشركه العقدية التى ستأتى فى الباب السادس و هى التى تقبل الشرط و عدمه اما هذه فلا مجال فيها للشروط أصلاً فتدبره جيداً.

ماده (١٠٧٤) الأولاد فى الملكيه تتبع الام مثلاً إذا كان لواحد حصان فعلا على فرس آخر

فالفلو الحاصل لصاحب الفرس كذلك إذا كان لواحد حمام ذكر و لآخر أنثى فالفراخ الحاصله منهما لصاحب الأنثى

هذا الحكم ليس له كثير علاقته بمباحث الشركه إلا بمقدار التنبيه على ان النتائج الحاصل من فحل شخص و أنثى آخر لا يكون مشتركا بينهما بل يختص به مالك الأم لأنه يعد عرفا نماء ملكه كالثمره فإنه يتبع الشجره لا فحل اللقاح و لا يختص هذا بالحيوان بل يجرى حتى فى الإنسان المملوك فإنه يكون لمالك امه لا لمالك أبيه و لا لهما معا الا مع الشرط كما هو محرر فى محله.

ماده (١٠٧٥) كل واحد فى شركه الملك (بل و فى غيرها) أجنبى فى حصه الآخر.

ليس واحد وكيلا عن الآخر- إلخ.

هذه الماده على طولها من غير طائل و مع ما فيها من تعقيد العبارة و سوء البيان قد اشتملت على حكم جزافى يخالف قاعده الشركه و قد عرفت ان كل واحد من الشركاء نسبه وحده الى المال المشترك نسبه الأجنبى إليه سواء بسواء فلا يجوز له اى تصرف بدون اذن الباقين فلو تصرف و تلف المال بيده يكون ضامنا و لو مع عدم التعدى و التفريط لأنها يد عاديه إذ كل جزء يفرض فهو له و لشركائه فيكون المقام من قبيل اجتماع الملاك على الشىء الواحد لا الملاك على أشياء و كل واحد من أصحاب الدار المشتركه لا يعتبر صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال بل صاحب ملك ناقص و ملكيته ضيقه يزاحمه فيها جماعه آخرون و هم شركاؤه فلا حق له فى دخول و خروج فضلا عن اعاره و اجاره بدون إذنه فلو سكن الدار بغير رخصه منهم و انهدمت ضمن حصصهم و ان لم يكن بتعد منه أو تفريط كل ذلك قضاء لمعنى الشركه و لوازمها الطبيعیه

مؤيده بالقواعد الشرعيه، و كان القوم توهموا ان حقيقه الشركه كون كل شريك يملك جزء فى الدار غير الجزء الذى يملكه الآخر و هو معنى لا محصل له و ان كان ربما يدور على لسان بعض المتفقهه، و يتفرع على ما ذكرنا انه لو سكن الدار بدون اذن شريكه لزمته الأجره لحصه شريكه سواء أشغل الدار كلها أو بعضها فان البعض الذى اشغله هو له و لشريكه إذ لا قسمه فى البين فتلزمه اجره ما اشغله بالنسبه و الا لتساوى المشاع و المقسوم فالحكم بعدم الضمان و عدم الأجره حكم جزافى غريب و أغرب منه ماده (١٠٧٦) إذا زرع أحد الشركاء فى الأراضى المشتركه لا صلاحيه للآخر فى طلب حصته من الحاصلات على عاده البلد مثل ثلث أو ربع لكن إذا نقصت الأرض بزراعته فله ان يضمن الشريك الزارع قيمه نقصان حصته.

بل الصحيح حسب الأصول و القواعد ان له اجره المثل لإعاده البلد إلا إذا ساوت اجره المثل بل الأصح ان الشريك مخير فى هذه الصوره بين قلع الزرع و بين إبقائه بالأجره إلى حين حصاده مضافا الى أجره المده السابقه و هكذا الغرس و البناء و لو نقصت الأرض كان له مع ذلك أرش النقيصه و عليه يبتنى ان أحد الشريكين بدون اذن الآخر سواء قبض الأجره أم لا فهو فضولى و الشريك مخير بين الإجاره و الرد و ترجع الأجره لصاحبها و لو تلفت كان على المؤجر ضمانها على تفاصيل ذكرت فى باب الفضولى و من هنا ظهر الخلل فى ماده (١٠٧٧) أحد الشريكين إذا آجر لآخر المال المشترك و قبض الأجره يعطى الآخر

حصته منها.

لا- بل الآخر مخير بين الإجازة فيأخذ حصته منها و بين الرد فلا اجازة و لا اجره، و أشد ضعفا و وهنا ماده (١٠٧٨) يسوغ للحاضر ان ينتفع بقدر حصته من الملك المشترك في حال غيبه الشريك الآخر إذا وجد رضاه دلالة على الوجه الآتي بيانه.

ماده (١٠٧٩) انتفاع الحاضر بالملك المشترك بوجه لا يضر الغائب يعد رضا من الغائب.

كلا- بل إذا قامت اماره قطعيه على رضاه جاز الانتفاع بمقدار سعه الاذن و ضيقه و مع عدمها لا يجوز أصلا أضر أم لم يضر.

ماده «١٠٨٠» لا يوجد من الغائب رضا دلالة على الانتفاع بالملك المشترك بالمختلف باستعمال المستعمل

فلا يجوز لبس الألبسه المشتركه في غياب أحد الشريكين و كذا البرذون- اما في الأشياء التي لا تختلف باختلاف المستعمل مثل حرث و تحميل فله استعماله بقدر حصته كما لو غاب أحد الشريكين في الخادم المشترك فللحاضر استخدامه في نوبته.

هذه الماده كما ترى مثل أغلب مواد هذا الفصل مختله التراكيب مشوهه الأساليب كأنها رطانه أعجميه لا عباره عربيه، و مباني هذه المواد بعضها استحسان و بعضها جزاف لا- يساعد عليه عرف و لا- قياس و الا- فأى فرق بين الألبسه المشتركه و ركوب البرذون المشترك فلا يجوز و بين التحميل و الحرث و استخدام الخادم المشترك فيجوز و ان كان المراد قضيه المهايأه فهى لا تتحقق الا مع التراضى أو الخصومه كما سيأتى و على فرضها

فلتكن فى المقامين و لتطرد فى جميع الأمثلة المذكوره فما وجه التفصيل بغير دليل.

و مثلها ماده (١٠٨١) السكنى فى الدار لا تختلف،،،

فان سكنى كل واحد منهما سته أشهر- ان كان مهأياه فهى موقوفه على التراضى أو الخصومه و هو خلاف ظاهر الفرض و هو غياب أحد الشريكين و ان لم يكن مهأياه و تراضى فكل منهما فعل حراما بتصرفه بدون رضا شريكه و عليه الأجره قليله كانت العائله أو كثيره غائبا كان أحدهما أو حاضر أنعم فى غيبه أحد الشركاء و عدم وكيل له و عدم التمكن من استيذانه أو امتناعه من الاذن يراجع حاكم الشرع لصحه تصرف الباقيين حسب ما يراه.

اما- ماده (١٠٨٢) لا يجوز للحاضر ان يسكن فى حصه الغائب المشتركه إذا كانت الحصص مفرزه،،،

فهى خروج عن موضوع الشركه إذ لا شركه بعد الافراز فذكرها هنا فضله مستدرك، و كذا ماده «١٠٨٣» المهأياه إنما تجرى و تعتبر بعد الخصومه فإذا سكن، الى آخرها، فهى أيضا مختله بألفاظها و معانيها، و تراكيبها و مبانيها، أما (أولا) فالمهأياه كما تجرى فى صوره الخصومه تجرى فى صوره التراضى (ثانيا) لا وجه للحكم بأنه لا يسوغ له ان يطالبه بالأجره عن المده «ثالثا» لا وجه للتفصيل بين صوره الحضور و الغيبه غايته انه مع الغيبه المنقطعه التى يتعذر أو يتعسر مراجعه الشريك فيها يراجع حاكم الشرع كما سبق، و حيث عرفت ان

أكثر مواد هذا الفصل مختله، و تراكيبها كمبانيها منحلّه، فالأولى إعطاء الضابطه الكليه و الفذلكه التى يعلم منها حال سائر الفروع و الفروض فنقول انك قد عرفت انه ليس لأحد الشركاء ان يتصرف بالمال المشترك بدون اذن الآخرين بأى تصرف كان فان تصرف بغير اذن منه أو من وكيله أو من حاكم الشرع فان كان التصرف فعلا من الافعال فهو حرام و لزمته الأجره و الضمان لو تلفت العين الا- على قول من يقول بأن الأجر و الضمان لا- يجتمعان و لكن يظهر من المجله فى ماده المتقدمه «١٠٧٥» لزوم الضمان فيما لو أعار البرذون أو أجره و تلف مع لزوم الأجره للشريك لو حمله بدون اذن و إذا زرع أحد الشركاء الأرض المشتركه بدون اذن الباقيين كان الزرع له على ما سبق مكررا من ان الزرع لصاحب البذر و عليه الأجره لأرباب الأرض فيدفع للشركاء اجره حصصهم منها و ما ذكروه فى ماده «١٠٨٥» فهو على طول بيانه و قصور تعبيره يرجع الى مهاياه قهريه بين الغائب و الحاضر أو النصف و النصف الآخر من غير تراض و لا خصومه، نعم لو رجع الى الحاكم مع تعذر استيذان الشريك و أجاز له ذلك صحح و لا ضمان عليه حينئذ مع فرض التلف نعم أجره حصه الشريك لا بد منها،، هذا كله إذا كان التصرف فعلا من الافعال كسكنى الدار أو لبس الثوب و نحوها، اما لو كان قولاً كما لو باع أو آجر الجميع أو حصه الشريك وحدها فهو فضولى موقوف على الإجازة و لا يجوز ان يسلم العين و لو سلمها ضمن و صار تصرفاً فعلياً مع التصرف القولى كما انه لو استلم

التمن كان امانه بيده لدافعه يجرى عليه حكم الأمانات المالكية، هذا كل ما ينبغى أو يجب ان يقال فى هذا الموضوع و عليك بتطبيق كل فرع على هذا الأصل، و منه يتضح حال بقيه المواد المذكوره فى هذا الفصل و ما فيها من صحه و فساد، نعم ماده (١٠٨٩) بعض الورثه إذا بذر الحبوب المشتركه بإذن الباقيين الكبار أو وصى الصغار فى الأراضى الموروثه تصير جمله الحاصلات مشتركه بينهم و لو بذر أحدهم حبوب نفسه بالحاصلات له خاصه لكن يكون ضامنا لبقية الورثه حصه نقصان الأرض على زراعته.

و ان كانت تطابق ما ذكرنا من ان الزرع لأرباب البذر و لكن الضمان ليس لنقصان الأرض فقط بل يضمّن أجره الأرض أيضا و ماده «١٠٩٠» إذا أخذ أحد الورثه مبلغا من التركه و اتجر به قبل القسمة و خسر يكون الخسران عليه كما إذا ربح لا يسوغ لبقية الورثه طلب حصته منه - واضحة الضعف فان هذا الحكم لا يختص بأحد الورثه بل كل من اتجر بمال غيره فان خسر فالخسران عليه قطعا ان لم يكن مأذونا لأنه بحكم الغاصب إذ هو و ان ربح فهو نوع من الفضولى فإن أجاز الشريك كان له ربح حصته و الا كان له رأس ماله و قد مر قريبا فى ماده «١٠٧٣» ان الحاصلات تقسم بين أصحابها على قدر حصصهم.

(تمه) إطلاق الشركه يتصرف إلى الإشاعه

أى الإشاعه الكسريه من

الكسور التسعه النصف و الثلث و الربع الى آخرها. و قد تستعمل الشركه فى أنواع أخرى «منها» الشركه على نحو الكلى فى المعين كصاع من صبره و أرطال معينه من ثمره هذا النخل «و منها» شركه مستحقى الزكاه و الخمس فى النصاب «و منها» شركه الموقوف عليهم فى غله الوقف «و منها» شركه المسلمين فى الأراضى الخراجيه، و لكل واحد من هذه الأنواع احكام تخصصها المذكوره فى محالها.

«الفصل الثالث» فى (بيان الديون المشتركه)

اشاره

الشركه فى الدين مثل الشركه فى العين فى أكثر الاحكام و الأسباب فلا يكون الدين مشتركاً الا بسبب يوجب الشركه و قد تقدم بيان الأسباب الموجبه للاشتراك فى العين فمن استدان عينا مشتركه صار الدين الذى فى ذمته مشتركاً بين أربابها كما ان الميت لو مات و فى تركته أعيان يشتركون الورثه فى ملكك تلك الأعيان كل على حسب نصيبه من الإرث كذلك لو كان له ديون فإنها تكون مشتركه بينهم على حسب حصصهم، و هذا هو السبب الغالب لحصول الشركه فى العين و الدين اما مثل المزج و الحيازه و الاتهاب فلا يجرى شىء منها

فى الدين إلا الهبه ان صححنا هبه الدين و لكن إذا وقعت الشركه فى العين ثم استقرضها آخر أو ابتاعها فى الذمه صار الدين مشتركاً و كما ان العين المشتركه لا يجوز لأحد الشركاء التصرف فيها بدون اذن الباقيين كذلك الدين المشترك فلو قبض أحدهم الدين كلاً أو بعضاً بغير إذنه كان فضولياً و مضموناً عليه و يتخير الشريك الآخر بين أخذ حصته منه أو الرجوع بها على المدين و لا- يختص أحدهم بما يقبضه بل هو مشترك بينهم على الحصص حتى ان الشركاء لو أجازوا لواحد ان يقبض حصته فقط فقبضها شاركه الباقيون فيها لان الدين لا يقسم كما سيأتى ان شاء الله، فالمقبوض من الدين للجميع و التالف منه على الجميع، نعم لو وقع الصلح بينهم على ان تكون حصته من دين فلان بحصته من الدين الآخر فيختص كل واحد منهم بدين شخص كان مديناً للجميع فيعود مديناً لواحد صح ذلك و صار مثل بيع الدين على أجنبى، و جل ما ذكروا فى هذا الفصل من المواد و كلها تندرج فى هذه الجملة التى ذكرناها، و ظهر من جميع ذلك ان كل واحد من الشركاء فى المال المشترك حر مطلق العنان فى ملكيته من جهه و مقيد مربوط بغيره من جهه أخرى، مثلاً إذا أراد ان يتصرف بحصته المشاعه على إشاعتها من دون ان يمس العين بتصرف كان حراً فى ذلك و لا- يتوقف على مراجعه شريكه أو استيذانه فلو باعها أو اشترى بها أو وقفها صح بقول مطلق لكن لا يدفع العين إلى المشتري و لا يسلطه على حصته إلا بإذن الشريك فالبيع غير موقوف و لكن التسليم و الإقباض موقوف

و هكذا، ثم لا بأس بإبداء بعض الملاحظات على بعض مواد هذا الفصل.

ماده «١١٠٠» و ان كان الدين مشتركاً فكل واحد من الدائنين له طلب حصته من المديون

و في غيبه أحد الدائنين عند مراجعه الدائن الآخر الحاكم يأمر الحاكم بأداء حصته.

المتعين جعل هذه المادة مع التي بعدها ماده واحده دفعا لإيهام التدافع فيقال: إذا كان الدين مشتركاً فكل واحد من الشركاء ان يطالب المديون بحصته فان دفعها أو دفع منها لم يجز ان يختص بما قبض بل المقبوض له و لشريكه و الباقي لهما أيضا و ان امتنع المديون لغيبه الشريك الآخر راجع الدائن الحاضر الحاكم فان قبضها بامر اختصاص بها لأن أمر الحاكم يقوم مقام القسمة و الافراز «و ان كان الدين لا يقسم» كما سيأتى و هذا يغنى عن ماده «١١٠٢» فإنها تكرر أو توضيح لا حاجة إليه.

ماده (١١٠٣) أحد الشريكين إذا اشترى بحصته متاعاً من المديون و لم يقبض منه شيئاً فلا يكون الدائن الآخر شريكاً في ذلك المتاع

لكن له ان يضمه حصته من ثمن ذلك المتاع و ان اتفقا على ان يكون المتاع مشتركاً كان كذلك.

عرفت قريبا ان لكل واحد من الشركاء ان يبيع حصته أو يشتري بها أو يصالح عليها و تكون تصرفاته من هذا القبيل نافذه لازمه من دون حاجة الى إذن شركائه نعم ليس له ان يدفع العين و يسلط المشتري عليها إلا بإذنهم، و عليه فالمتاع الذى اشتراه يكون مختصاً به

و لا حق للشريك فيه و ليس له الرجوع على الشريك كما نصت عليه المجله بقولها (فلا يكون الدائن الآخر شريكا فى المتاع) و لكن لا مجال لقولها متصلا به: و لكن له ان يضمه حصته من ثمن ذلك المتاع،، بل هو أشبه بالتهافت، نعم يصح هذا فيما لو قبض الحصة ثم اشترى بها لما عرفت من ان المقبوض مشترك لا يختص به القابض فلو اشترى به متاعا كان فضوليا بالنسبه إلى حصه شريكه ان شاء أجاز القبض و الشراء و كان شريكا فى المتاع كما هو شريك فى باقى الدين و الا فله الرجوع على شريكه بحصته من الثمن أو على المديون بها، هكذا ينبغى تحرير المباحث و تنقيح المسائل و منه تعرف الخلل أيضا فى ماده «١١٠٤» إذا صالح أحد الشريكين فى الدين المشترك المديون على حقه منه على أثواب بز و قبضها فهو مخير ان شاء اعطى شريكه مقدار ما أصاب حصته من الأثواب و ان شاء أعطاه حصته من الحق الذى تركه.

فان التخير للشريك الآخر بين الإجازة و بين الرد لا للشريك الذى صالح على أثواب البز كما نصت عليه ماده (١١٠٥) و هذا أيضا فى صورته القبض اما مع عدم القبض و وقوع الصلح أو البيع بما فى ذمه المديون من حصه الشريك فكل هذا ساقط و لا حق للشريك الآخر فيما إذا أخذه شريكه بوجه من الوجوه كما سيأتى أيضا توضيحه فتدبره و لا يشبه عليك الأمر، و بهذا يتبين لك ان الحق فى ماده (١١٠٥) هو التفصيل فان الشريك إذا قبض تمام الدين المشترك أو بعضه ثم اشترى به متاعا فالشريك الآخر الدائن مخير كما فى المجله ان شاء

أجاز معاملته شريكه و يأخذ حصته منه كما سبق و ان شاء رد و يطلب حصته من المديون، اما لو اشترى بخصته من الدين قبل قبضه لا كلا و لا بعضا فلا حق للدائن الآخر على شريكه بل يرجع على المديون بخصته، اما قول المجله: و ان هلك الدين عند المديون يرجع الدائن على القابض - فلا اعرف لهلاك الدين و هو كلى فى الذمه - معنى محصلا - نعم لو أفلس المديون أو تعذر تحصيل الدين منه لم يختلف الحكم يعنى ان اشترى بخصته فى الذمه لم يكن للشريك حق و ان قبض و اشترى كان له الرجوع عليه اى على شريكه و عدم إجازته أولا - لا يمنع من رجوعه أخيرا نعم يشكل لو كان قد سبق منه الرد فان الرجوع لا يبقى له محل و لا موضع للإجازة فليتدبر.

ماده (١١٠٦) أحد الدائنين إذا قبض حصته من الدين المشترك الذى قد عرفت انه لا يختص به

بل هى له و لشريكه على النسبه و حينئذ لو تلفت فى يده بغير تعد فان كان القبض بإذن الشريك فالتلف عليهما و الباقي لهما و إن كان بدون اذن أو مع التعدى كان التلف عليه فقط و الباقي عند المديون يكون لشريكه و هذا هو البيان الصحيح هنا لا ما ذكرته المجله فان ذكر الضمان لا محل له أصلا و قيد بدون تعد منه - لغو - إذ لا ضمان عليه مطلقا مع التعدى و بدون، نعم يختلف الحكم مع الاذن و عدم التعدى فيشتركان فى التالف كما يشتركان فى الباقي اما مع عدم الاذن فيختص التلف مطلقا بالقابض و الباقي للشريك الآخر فافهم جيدا و اعرف الفرق بين هذا و بين ما ذكرته «المجله»:

ماده «١١٠٧» إذا استأجر أحد الشركاء المديون بمقابل حصته من الدين المشترك فلآخر ان يضمن شريكه مقدار ما أصاب حصته من الأجره.

كلا- لاحق للشريك الآخر هنا و لا ضمان و لا رجوع نعم لو قبض الدين و استأجر فلآخر الإجازة أو الرد و لكل واحده حكمها و بهذا الملاك يظهر الخلل فى ماده «١١٠٨» أحد الشريكين الدائنين إذا أخذ رهنا عن حصته و تلف فى يده فلشريكه ان يضمنه مقدار ما أصاب حصته الى الآخر.

فان أحد الدائنين إذا أخذ على حصته الكليه رهنا فهو مختص به كما لو اشترى بها شيئا حسب ما عرفت من بياناتنا السابقه فلو تلف الرهن تلفا ضمانيا سقطت حصته المقابله للرهن فقط و يبقى الباقي الذى فى ذمه المديون للدائن الآخر فقط كما لو أبرأه أحدهما أو وهبه المنصوص عليه فى ماده «١١١٠» إذا وهب أحد الدائنين المديون حصته ..

و لا يكون ضامنا حصه شريكه.

و كذا لو أخذ كفيلا- على حصته فإنه كالرهن و الهبه و الاسقاط يختص بها نعم لو احواله بحصته اشتركا لأن الحوالة نوع من الأداء فما فى ماده «١١٠٩» من طردهما على نسق واحد غير سديد فتدبره.

و كذا لا فرق بين الصورتين فى ماده «١١١١» إذا أتلف أحد الدائنين مال المديون و تقاصا بحصته ضمانا- الى آخرها ففى كلا

الصورتين يصير الدائن مشغول الذمه بقيمه ما أتلغه فيقع التقاص و التهاثر و يبقى الباقي فى ذمه المديون للشريك و هو الدائن الآخر و التفصيل بينهما لا وجه له أصلا فتدبره.

ماده «١١٢» ليس لأحد الدائنين ان يؤجل الدين و لكن له ان يؤجل خصوص حصته فقط و لا يتوقف على اذن الآخر،،

و الاشتباه و الخلط الواقع فى هذه الفروع المندرجه فى هذه المواد من المجله كله ناشئ من الغفله عن الضابطه التى ذكرناها صدر كتاب الشركه و هى ان كل تصرف يتعلق بالحصه من حيث هى و على كليتها فى الذمه أو فى العين فهو صحيح نافذ لا يتوقف على اذن الشركاء الباقين اما لو وقع على العين الخارجيه أو الحصه المقبوضه من كلى الدين فهو موقوف على اذن الجميع فاغتتمه و تدبره.

(لاحقه) «١١٣» إذا باع واحد ما لا الى اثنين يطالب كل واحد بحصته على حده

ما لم يكن أحد المشتركين كفيلا- للآخر لا يطالب بدينه هذا واضح كوضوح العكس و هو ما لو باع اثنان مالهما لواحد فان اللازم ان يدفع لكل واحد حقه و لا يجوز لأحدهما المطالبه بكل المال الا ان يكون وكيلا عن الآخر.

الباب الثانى فى (بيان القسمة)

اشاره

و يشتمل على تسعه فصول)

الفصل الأول فى (تعريف القسمة و تقسيمها)

ماده (١١١٤) القسمة هى تعيين الحصه الشائعه بعضها عن بعض كالذراع و الوزن و الكيل.

لما كانت القسمة هى ضد الإشاعه و رفعها و الأشياء تعرف بأضدادها و كانت الإشاعه عباره عن اجتماع الحقوق فالقسمة إذا إفرازها و تفريقها، اما تعريفها كما فى «المجله» بتعيين الحصه الشائعه ففیه من التسامح ما لا يخفى، و على كل فان التعبيرات هنا بأجمعها لا تخلو من قصور و ينكشف هذا الغموض بما ذكرناه من ان حقيقه الإشاعه هى اجتماع

الملاك على ملكيه شىء واحد فهو نحو ضعيف من الملكيه، و عليه فالقسمه هى تبديل ملكيه ضعيفه لكل واحد من الشركاء فى العين بملكيه قويه لكل واحد فى بعضها، هذه هى الحقيقه الصميمه و بما شئت فعبر عنها.

ثم ان المقياس لا يختص بالذراع أو الوزن أو الكيل بل يحصل بالعد أو المشاهده أو غير ذلك حسب الأوضاع و الأطوار الزمنيه.

ماده «١١٥» القسمه تكون على وجهين اما جمع الحصص الشائعه فى كل فرد ..

الى آخرها هذا التقسيم للقسمه غير واف و لا مستبين (و تحرير البحث) ان القسمه من حيث المال المقسوم و المقسوم عليهم أو باعتبارات اخرى تنقسم إلى أقسام. فمن الحثيه الأولى، نقول ان المال المقسوم اما ان يكون عينا واحده أو أعيانا متعدده من جنس واحد أو أجناس مختلفه و على كل التقادير فاما ان يمكن قسمته على الحصص قسمه متساويه أم لا و على الثانى اما ان تتعذر القسمه مطلقا أو تمكن مع الرد فان كان متعددا و أمكن القسمه على نسبه الحصص فهى التى تسميها المجله قسمه الجمع كثلثين شاه مشتركه فإن كانت لثلاثين أو خمسه عشر أو عشره فهى صحيحه و ان كانت لثلاثه عشر أو تسعه فهى كسريه، و ان كان المقسوم واحدا و أمكن قسمته أجزاء بحسب الحصص أيضا فهى قسمه التفريق اى تفريق الواحد الى أجزاء، و هو ظاهر فى أكثر المثليات من المكيل و الموزون أو كلها كما سيأتى، و ان لم يمكن تقسيمه

أجزاء متساويه بنسبه الحصص فإن أمكن قسمته متفاوتا مع الرد و الجبران فهى القسمة الرديه و الا فلا قسمه بل ترفع القضييه مع التشاح الى الحاكم فيلزمهما اما بيع حصه أحدهما على الآخر أو على أجنبى و يقسم الثمن و هذا لعله هو الذى يطلق عليه اليوم (ازاله الشيوخ) و اما من حيث المقسوم عليهم فاما ان يتفقا على القسمة أو يتشاحا فان اتفقا فهى قسمه تراضى اختياريه و ان تشاحا و رجعا الى الحاكم فالزم بها فهى جبريه و هى التى تعبر عنها المجله بقسمه القضاء و السابقه بقسمه الرضا كما فى ماده (١١٢٠) و (١١٢١) و (١١٢٢) و ان تشاحا بعد القسمة على الحصص فالقرعه، هذا مجمل ما ينبغى ان يقال فى جمهوره أقسام القسمة و منه يتضح ماده (١١١٦) و القسمة من جهه أفرز و من جهه مبادله و هذا التنويع يبتنى على ما هو المشهور عند الفقهاء هى ان كل جزء يفرض فجزؤه لأحد الشريكين و الآخر للآخر اما على ما اخترناه من ان معناها اجتماع مالكين على الشىء الواحد فهى مبادله بين الملكيتين.

فقط و لا إفراز فى البين فتدبره جيدا.

ماده (١١١٧) جهه الإفراز فى المثليات راجحه

بناء عليه كل واحد من الشريكين فى المثليات له أخذ حصته فى غيبه الآخر بدون اذنه كلا- لا يجوز عندنا تصرف أحد الشريكين بدون اذن الآخر مطلقا غائبا كان الآخر أو حاضرا قسمه كان التصرف أو غيرها فاما هو أو الحاكم و بدون أحدهما لا يجوز القسمة و لا غيرها،، و لو تلفت حصه الغائب قبل التسليم تكون الحصه التى قبضها شريكه مشتركه بينهما

بل و التالفه مضمونه يعنى يضمن للغائب حصته منها:

ماده (١١١٨) جهه المبادلہ فى القيميات راجعه الى آخرها

يعنى بالمثليات ما تتساوى أجزاءه بالقيمه على النسبه مثلا- حقه القمح بأربعه دراهم فالوقيه بدرهم اما القيميات فلا تتساوى اجزاؤها بالقيمه فإن مثقال الألماس مثلا بمائه دينار و لكن بعه بعشره لا بخمسه و عشرين و يريدون ان المثليات اى المتساويه يأخذ الشريك منها نصيبه و لو بدون اذن الآخرين و اما غير المتساويه اى القيميات فلا يجوز و قد عرفت عدم الجواز فى الجميع

ماده «١١١٩» المكيلات و الموزونات و العدديات المتقاربه كالجوز و البيض كلها مثليات الى آخرها.

هذه الضوابط للمثليات و القيميات غير مطرده و ليس كل المكيلات و الموزونات مثليات و لا كل الذرعيات قيميات فان أنواع الحلى و المصاغ كلها موزونه مع أنها قيميه و الحبال و الامراس ذرعيه مع ان أكثرها مثليه فالأولى الرجوع فى كل مورد بخصوصه الى العرف و نظر الحاكم و اجتهاده الخاص فى الموضوع.

الفصل الثاني في (بيان شرائط القسمة)

ماده (١١٢٣) كون المقسوم عينا شرط فلا يصح تقسيم الدين المشترك الى الآخر.

تقسيم الدين له صورتان إحداهما ما ذكر في هذه المادة من اتفاق الورثة على ان يكون دين مورثهم على الأشخاص المتعددين موزعا عليهم كل واحد لواحد منهم «الثانيه» ان يقتسموا الدين الواحد فيكون القسط الأول لواحد و الثاني لآخر وهكذا، و تقسيم الدين بهاتين الصورتين باطل. و ما يقبضه أحدهم كالا- أو بعضا يكون مشتركا بين الجميع المقبوض هم و الهالك عليهم و الاخبار المعتمده عندنا بهذا متوفره

ماده (١١٢٤) لا تصح القسمة إلا بإفراز الحصص و تمييزها

فلو قال أحد أصحاب الصبره المشتركه من الحنطه خذ أنت ذلك الطرف و هذا الطرف لى لا يكون قسمة.

حق هذا ان يقال ان شرط صحه القسمة معلوميه الحصص فلو كانت مجهوله بطلت، و تختلف الجهاله و المعلوميه باختلاف الأجناس فمعلوميه المكيل و الموزون بكيله و وزنه و معلوميه الأرضين بمساحتها و ذرعها

و هكذا و قد تكفى المشاهده فى جملة أشياء كما تكفى فى البيع.

و جمهوره شروط صحه القسمة أمور «١» الملكيه أى ملكيه كل واحد من الشركاء فلو ظهر كون المقسوم كلا أو بعضا مستحقا للغير بطلت فى جملة من الصور كما سيأتى قريبا و كذا لو ظهر وقفا فان الوقف لا يقسم نعم يقسم و يفرز عن الملك المطلق لو كان مشتركا معه «٢» المعلوميه فى الحصص فلو كانت مجهوله أو بعضها بطلت «٣» تعديل الحصص يعنى التساوى و عدم الغبن فلو تبين الغبن فيها على بعض الشركاء بطلت «٤» الرضا من الشركاء أو حكم الحاكم أو الوصى أو الولى «٥» الطلب فى قسمه القضاء من بعض الشركاء «٦» قابليه المال المشترك للقسمة بحيث لا تفوت المنفعة المهمه من كل واحد من الحصص بذاته بعد القسمة «٧» كون المقسوم عينا خارجيه لا دينا و لا حقا.

هذه خلاصه ما أشارت إليه «المجله» من الشروط فى هذا الفصل

اما (ماده: ١١٢٥) شرط المقسوم كونه ملك الشركاء حين القسمة فإذا ظهر مستحق للمقسوم الى آخرها.

فخلاصه ما تتضمنه بيان الصور لظهور المستحق و هى محتاجه جدا الى التحرير فإنها من شكاسه التعبير بمكان، و إليك البيان،
 (١) ان يظهر المقسوم مستحقا للغير بتمامه و البطلان هنا لا يحتاج الى تبيان (٢) ان يظهر مستحق لجزء منه مشاع منصف أو ثلث و تبطل هنا أيضا لأن كل حصه من المقسوم فيه حصه للغير فيكون تفريق حقه فى

الحصص ضررا عليه اللهم إلا- إذا رضى بذلك فتبقى القسمة بحالها و يكون شريكا لكل واحد منهم (٣) إذا ظهر مستحق لخصوص حصه معينه من الحصص المقسومه فتبطل القسمة طبعاً و تعاد في الباقي للشركاء من رأس (٤) ان يظهر مستحق لمقدار معين في حصه معينه من الحصص أو الجزء مشاع فيها و هنا لا تبطل القسمة بل يتخير صاحب الحصه المستحق فيها بين إمضاء القسمة و الرجوع على الشركاء بنقصان ما أخذ المستحق منه و بين فسخ القسمة و إعادتها من رأس (٥) ان يظهر مستحق لجزء مشاع في حصه واحد معين و لا تبطل هنا أيضا بل يكون لصاحب الحصه التي فيها الجزء المشاع خيار بين فسخ القسمة و إعادتها و بين البقاء على الشركه مع المستحق الجديد و أخذ النقصان من الشركاء.

«٦» ان يظهر مستحق لجزء معين من كلتا الحصتين أو الحصص مع تساوى حقه في كل حصه و هنا تبقى القسمة بحالها و يأخذ المستحق حقه من الجميع (٧) ظهور المستحق لجزء معين في الحصتين أو الحصص مع عدم التساوى و الحكم هنا أيضا عدم البطالان و يتخير أرباب الحصص بين فسخها و إعادتها من رأس و بين إبقائها و يرجع صاحب الحصه الناقصه على شريكه ذى الحصه الزائده.

و من مجموع ما ذكر تتضح جميع مواد هذا الفصل فتدبرها.

«الفصل الثالث» في (بيان قسمه الجميع)

إشاره

عرفت ان مرادهم بقسمه الجمع قسمه الأعيان المتعدده على الشركاء المتعددين سواء كانت من جنس واحد كعشرين شاه أو من أجناس متعدده كشيايه و جمال فان كانت متحده جرت فيها قسمه التراضى بلا اشكال بل و قسمه القضاء من الحاكم كما فى ماده «١١٣٢»- و كان ينبغى ان يضم إليها أيضا ماده «١١٣٣» فيقال الأعيان المتحده الجنس تجرى فيها قسمه القضاء كما تجرى قسمه الرضا لعدم التفاوت بين افراد المثليات المتحده الجنس كعدم الضرر بأحد الشركاء و يكون كل واحد قد استوفى تمام حقه،، و لا حاجه الى ذلك التطويل و الإكثار من الأمثله.

ماده (١١٣٤) القيميات المتحده الجنس - الى قولها مثلا خمسمائه شاه مشتركه بين اثنين إذا قسمت نصفين فكانما أخذ كل واحد منهما عين حقه.

الخدشه فى هذا واضحه فإن القيميات غالبا تختلف آحاد الجنس الواحد منها أشد الاختلاف و قلما تتساوى افرادها، خذ مثلا الخمسمائه

شاه التي ذكرتها المجله فإنك قد لا تجد فيها شاتين متساويتين من حيث السمن أو الهزال و اللون و الصوف و غير ذلك فلا بد في قسمتها من التعديل و لا يصح قسمتها جزافا عددا لكل واحد مائتين و خمسين من دون توازن بين الجيد و الردى و السمين و الهزيل، و يمكن ان يقال ان القاعده الكليه أو الغالبه ان القسمة في المثليات المتحده الجنس قسمه جمع لا تحتاج الى تعديل و أظهره في الموزون و المكيل و ما عداها من القيميات أو المثليات المختلفه تحتاج الى تعديل و هذا لازم في كل قسمه رضائيه أو قضائيه فان التعديل في القسمة ضرورى الا ان يسقط أحدهم حقه لشركائه أو لبعضهم فتدبره جيدا و لا يشتهه عليك الأمر كما اشتهه عليهم و مما ذكرنا تتضح بقيه مواد هذا الفصل.

الفصل الرابع ماده (١١٣٩) تفريق العين المشتركة و تبعضها ..

ملاك صحة القسمة هنا أعنى في الدار و العقار و كافه الأموال الغير المنقوله عدم حصول الضرر على أحد الشركاء بالقسمة و المراد بالضرر هنا عدم إمكان الانتفاع بالحصه انتفاعا معتدا به عند العرف و ان كان في غير الجبهه الأولى مثلا لو كانت الدار لا تنقسم الى دارين و لكن يمكن ان تكون دكانين في سوق دائر أو شارع عام فالأقرب صحة الإيجاب على

القسمه، و عدم الضرر كما عرفت معتبر في كل قسمه غايته ان المتماثلات المتعدده لا يحصل في قسمتها ضرر غالبا بخلاف القيميات مثل الدار و العقار فإنها مظنه الضرر في الغالب و لذا يلزم فيها الرد للحيران و التعديل في الأكثر و من هنا يستبين لك الخلل في ماده (١١٤٠) فإن القسمه إذا كانت تضر بعض الشركاء و تنفع بعضهم لا- يمكن للحاكم ان يجبرهم على القسمه بصوره مطلقه كما يظهر من هذه ماده بل لا بدّ من تدارك ضرر الشريك بالرد و الجيران، و الا كان من القسم الذي لا يمكن قسمته كما في ماده (١١٤١) إلى آخر هذا الفصل و كلها واضحه.

الفصل الخامس في (بيان كيفية القسمه)

ماده (١١٤٧) المال المشترك ان كان من المكيلات فبالكيل أو من الموزونات فبالوزن .. يصير تقسيمه، مواد هذا الفصل بأجمعها قد ظهرت من الفصول السابقه و انما ذكرتها المجله لمزيد البيان و التوضيح و ما فيها مسلم و صحيح سوى ان الأرض المشغوله بالأشجار و النخيل تلاحظ في مجموعها القيمه فإنها من القيميات و لا

تمسح الأرض مستقلة و تدرع و يقوم ما عليها من الأشجار بل يلحظ المجموع شيئاً واحداً.

الفصل السادس في (بيان الخيارات)

من المعلوم ان القسمة بعد وقوعها جامعاً للشرائط المتقدمة تكون لازمه ليس لواحد منهم فسخها الا ان يكون هناك سبب يستدعي جواز الفسخ و في الحقيقه ان الخيار في القسمة ليس كالخيار في البيع يعنى ان لكل من المتبايعين فسخ البيع و ان كان قد وقع صحيحاً جامعاً للشرائط و الخيار في القسمة عبارته عن ظهور خلل فيها يكشف عن وقوعها فاسده فإن تراضوا بها فمعناه إسقاط حق و الا فللكل منهم طلب نقصها و إعادتها صحيحه و لذا فتسميتها خيار فيه نوع من التسامح و لا يجرى فيها سوى الخيارات العامه كخيار الغبن و الرؤيه و العيب مما يكون مدركه في الغالب و جوب دفع الضرر أو مظنه الضرر كالجهاله الناشئه من عدم الرؤيه اما شرط الخيار فيها الى أيام محدوده فلا يبعد صحته بعموم (المؤمنون عند شروطهم) ان قلنا بعموم الشرط و لم نقيده بالعقود و عليه فيصح شرط الخيار في المثليات و في غيرها كما يجرى خيار الرؤيه فيها فلا وجه

لما فى ماده (١١٥٥) خيار الشرط و الرؤيه لا يكون فى قسمه المثليات المتحده الجنس الى آخرها،، لما عرفت من ان عدم رؤيه الحنطه قبل القسمه توجب جهاله المقسوم و الجهاله تبطل القسمه كما عرفت لا فرق فى ذلك بين المثلى و غيره فكما لا يجوز بيع الحنطه المجهوله كذلك لا يجوز قسمتها.

الفصل السابع (فى بيان فسخ الإقاله)

سبق قريبا ان القسمه إذا وقعت جامعها للشروط تكون لازمه ليس لأحد الشركاء نقضها و لكن إذا اتفقوا على النقض كان لهم ذلك لأنها حق لهم فقولهم «ماده ١١٥٧» بعد تمام القسمه لا يسوغ الرجوع يعنى لأحدهم لا لجميعهم و كذا فى ماده «١١٥٨» فى أثناء القسمه إذا خرجت قرعه الأكثر و بقى واحد فأراد أحد أصحاب الحصص الرجوع ينظر ان كانت قسمه رضا فله الرجوع و ان كانت قسمه قضا فلا رجوع.

فإنهم إذا اتفقوا على الرجوع بعد القسمه أو فى أثناءها كان لهم ذلك كما صرحت به ماده «١١٥٩».

اما إذا تبين الغبن الفاحش كما فى ماده (١١٦٠) فكما لهم فسخها

لهم إبقاؤها و تدارك ضرر المغبون و لا يتعين الفسخ كما يظهر من عباره المجله و كذا فى قضيه ظهور الدين كما فى ماده «١١٦١».

الفصل الثامن (فى بيان أحكام القسمة)

ماده (١١٦٢) كل واحد من أصحاب الحصص يملك حصته مستقلا بعد القسمة لا علاقة لواحد فى حصه الآخر بعد و كل واحد يتصرف فى حصته كيف شاء على الوجه الآتى.

يعنى حيث لا يكون لأحدهما حق فى حصه الآخر من حق مرور أو أعلى و أسفل أو غير ذلك و هذا أمر طبيعى للقسمة و ذكره مزيد توضيح نعم ما ذكره فى ماده (١١٦٣) من دخول الأشجار فى قسمة الأراضى مع عدم ذكرها محل نظر أو منع الا ان تكون هناك قرينه حال أو مقال على اراده دخولها فى الحصه و لا فرق فى هذا بين الأشجار و بين الزرع و الفاكهه و كون هذه معرضا للزوال و الانتقال بخلاف الأشجار و الآصال لا يجدى إلا إذا كان هذا المعنى ملحوظا للمتقاسمين و مع الإطلاق و عدم الذكر و عدم القرينه المعينه الرافعه للخصومه تكون القسمة فاسده فهذه ماده و التى بعدها غير سديده و ذكر التعبير العام حين القسمة لا يجدى إلا إذا رفع الإبهام و منه يعلم حال

حق الطريق و المسيل و سائر الجهات و المتعلقات و بقيه مواد هذا الفصل صحيحه سالمه من الاشكال.

الفصل التاسع «في بيان المهايأه»

ماده «١١٧٤» المهايأه عباره عن قسمه المنافع.

حقيقه المهايأه اتفاق الشريكين أو الشركاء على توزيع المنفعه بينهم على حسب حصصهم فى العين و هى معامله جائزه لكل واحد فسخها متى شاء و ليست هى قسمه حقيقه فإنها لا تصح إلا فى العين لا فى الدين و لا فى المنافع و حيث انها اتفاق و تراض فتصح فى المثليات كبعض الثياب و الافرشه مما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه و فى القيميات كالدور و الدواب و نحوها فلا وجه لما فى ماده (١١٧٥) المهايأه لا تجرى فى المثليات بل فى القيميات ليكون الانتفاع بها ممكنا حال بقاء عينها.

ماده (١١٧٦) المهايأه نوعان الى آخره.

يظهر منها ان المهايأه فى المكان فى قبال المهايأه فى الزمان مع ان المهايأه فى المكان يلزم ضبطها بالزمان رفعا للجهاله و لكن بناء على ما ذكرنا من انها معامله جائزه لكل منهم فسخها متى شاء فالجهاله زمانا لا تضر فلو قال أحدهما للآخر اسكن هذه الدار مده و انا اسكن فى تلك مده جاز و ان

لم يعينا المده نعم تعيين الموضوع من دار أو دابه أو غيرها لا- بد منه طبعاً و منه يظهر ما فى هذه المواد من خلل اعنى ماده (١١٧٨)- و ماده (١١٧٩) فان المهايأه بقسميها لا- يلزم فيها تعيين الزمان نعم لا- بد من تعيين المكان اما البدء فلو تشاحا فيه استخراج بالقرعه و كذا لو تشاحا فى المكان كما لو أراد كل منهما الدار المخصوصه أو الغرفه المعينه و لكن الأصح ان المهايأه لا تأتى مع التشاح أصلاً بل قوامها و ملاكها الاتفاق و التراضى فإذا تشاحا فى جهه من جهاتها و شأن من شؤونها امتنعت و ليس للحاكم ان يجبر عليها و لا- معنى أصلاً للجبر على المهايأه و لا دليل عليه و انما يصح الجبر على قسمه العين فقط عند التشاح و فى ظروف مخصوصه و بهذا ظهر المنع و الخدشه فى ماده «١١٨١» و لا- فرق فى ذلك بين متفقه المنفعه و مختلفتها فتدبره.

و من هنا يظهر الوهن فى ماده (١١٨٢) أيضاً فان الحق ان أحدهما إذا امتنع عن المهايأه و طلبها الآخر لا يجبر عليها الممتنع لأنها قائمه بالرضا و الاتفاق نعم يجبر على القسمه إذا كان المحل قابلاً اما فى المحل الغير القابل مع التشاح فيجبرهما الحاكم اما على المبايعه أو البيع على ثالث و لا- حق له فى جبرهما على المهايأه فلا وجه لما فى ماده (١١٨٣) إذا طلب المهايأه أحد الشريكين فيما لا يقبل القسمه و امتنع الآخر يجبر على المهايأه، و لو كانت المهايأه لازمه و يصح الجبر عليها من الحاكم لم يكن وجه لما فى ماده (١١٨٤) كل ما ينتفع العامه بأجرته من العقارات المشتركه كالسفينه و الطاحون- الى قولها: لكن إذا زادت غلتها

أى أجرتها فى نوبه أحدهم تقسم تلك الزيادة بين أصحاب الحصص،، فإن زياده المنفعه حيثئذ تكون من نصيبه قضاء للزوم المهايأه فرجوعها إلى أصحاب الحصص دليل على ان الشركه حتى فى المنافع باقيه على حالها و ليس إلا الإباحه اما- ماده «١١٨٥» من جواز ان يوجرها لغيره فالأصح انه انما يصح إيجارها إذا رضى الشركاء بذلك و الا فهو ممنوع و لا يجوز له ذلك.

ماده «١١٨٦» بعد ان حصلت المهايأه على استيفاء المنافع بدء الى آخرها،،

حاصل هذه الماده المستطيله ان المهايأه إذا حصلت على استيفاء المنافع و كانت غله أحد الشركاء فى نوبته أكثر فليس للباقيين مشاركته بالزياده اما إذا كانت على الاستغلال من أول الأمر و كانت غله احدى الدارين مثلا أكثر لم يشاركه الآخر فى الزيادة.

و الظاهر ان هذا الحكم تحكم صرف و لا يكاد يظهر وجه صحيح للفرق بين الصورتين و الحق المشاركه فيهما مع الإطلاق اما مع الشرط فهو المتبع ان قلنا بلزوم مثل هذه الشروط الابتدائيه أى التى لا تقع ضمن العقود اللازمه نعم للشركاء ان يسقطوا حقهم من الزيادة و هذا أمر آخر لا دخل له بالمهايأه فتدبره جيدا.

ماده (١١٨٧) لا تجوز المهايأه على الأعيان فلا تصح المهايأه على ثمره الأشجار المشتركه و لا على لبن الحيوانات و صوفها إلخ،،

بعد ما عرفت ان حقيقه المهايأه الاتفاق و الرضا من الشركاء

على توزيع المنافع و إباحه كل منهم للآخر منفعه حصته على التبادل- يتضح لك انه لا مانع من المهايأه فى الأمثله المذكوره اجمع و هى و ان كانت أعيانا و لكنها فى نظر العرف منافع فإن منفعه الشجره ثمرتها و منفعه الشاه صوفها و لبنها و حليبها و هكذا، و لذا جازت إجاره الشاه و الشجره باعتبار تلك المنافع و كذا تجوز العاريه فيها مع ان الإجاره و العاريه لا يتعلقان بالأعيان إلا باعتبار منافعها كما مر موضحا فى كتاب الإجاره و العاريه- إذا لا مانع من المهايأه فى الشجره المشتركه بأن يكون سنه لهذا و سنه للآخر و هكذا الزرع و البقره و الشاه غايته انها لو لم تثمر فى السنه الثانيه يرجع على الشريك فيما استفاه لما عرفت من انها جائزه و إباحه مقيده بإباحه ما يقابلها من المنفعه فهى تشبه المعاوضه بل هى فى الحقيقه معاوضه ارتكازيه فإذا لم يسلم العوض لأحدهما عادت الشركه إلى حالها و لم يكن هناك تملك حتى يقال انه قد ملكه حصته من المنفعه فلا وجه للرجوع عليه بل هى إباحه بإباحه و لكنها مقيده مشروطه ضمنا فتدبره جيدا فإنه ثمين.

ماده (١١٨٨) و ان جاز فسخ المهايأه الحاصله بالتراضى لأحد الشريكين

لكن إذا آجر أحدهما فى نوبته لآخر فلا يجوز لشريكه فسخ المهايأه ما لم تنقص مده التواجر.

عرفت ان الشريك ليس له الإجاره فى المهايأه المطلقه بل هى منصرفه إلى الانتفاع مباشره نعم لو أجاز له صريحا ان يؤجر صح و الفرض ان المهايأه معامله جائزه فهل له بعد الإجاره ان يرجع جريا

على حكم المهايأه أم ليس له ذلك لان الإجاره عقد لازم و قد وقعت باذنه وجهان و أوجه منهما الجمع بين الأمرين فيقال ان له فسخ المهايأه و تبقى الإجاره للأجنبي على حالها لأنها وقعت برضا الشريكين و تكون الأجره فى المده الباقيه لهما معا.

ماده (١١٨٩) و ان لم يجز لواحد من الشركاء ان يفسخ المهايأه الجاريه بحكم الحاكم فلكلهم فسخها بالتراضى.

عرفت ان المهايأه لا مجال لدخول الحاكم و حكمه فيها و لكل واحد منهم فسخها متى شاء فضلا عن اتفاقهم، و منه يعلم الخلل فى ماده (١١٩٠) و ماده (١١٩١) فإن لكل واحد من الشركاء فسخ المهايأه سواء أراد بيع حصته أو أراد ان يعيد المال المشترك الى حاله القديم بلا سبب و الحاكم معزول هنا بتاتا، كما انها يموت أحد الشركاء تبطل قطعا و (القصارى) ان أصحاب [المجله] يرون أن المهايأه كالقسمه لازمه أو كعقد لازم كما يشعر به تعريفهم لها بأنها قسمه المنافع و لكنها دعوى لا تستند على دليل و ليست هى من القسمه فى شىء و ان أشبهتها فى بعض الشىء فخذها حقيقه ناصعه و لا تتوهم كما توهموا و لله المنه و منه التوفيق.

الباب الثالث فى (بيان المسائل المتعلقة بالحيطان و الجيران

اشاره

و يشتمل على) (أربعة فصول)

الفصل الأول فى (بيان بعض قواعد فى أحكام الاملاك)

ماده (١١٩٢) كل واحد يتصرف فى ملكه كيف شاء

لكن إذا تعلق به حق الغير يمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال- الى قولها فليس لأحدهما أن يفعل شيئاً مضراً إلا بإذن الآخر و لا ان يهدمه بنفسه.

كل ما فى هذه ماده صحيح و إذا انهدم الفوقانى يشتركان فى عمارته لان منفعتة تعود لهما و إذا عمراه يكون ملكا لهما.

ماده (١١٩٣) واضحه و قد تقدم حاصلها فى مباحث الشركه ماده (١١٩٤) كل من ملك محلا صار مالكا ما فوقه و ما تحته

أيضا- الى آخرها، يعنى ان من يملك عقارا بوجه مطلق يكون له من تخوم الأرض إلى عنان السماء و له ان يتصرف فى أعلاه و أسفله كيف شاء من حفر بئر فى باطن الأرض أو بناء مناره إلى السماء نعم لا يجوز ان يمتد تصرفه الى فضاء جاره كما فى ماده «١١٩٥» من أحدث فى داره بيتا فليس له ان يبرز رفرفه على هواء دار جاره.

ماده «١١٩٦» من امتدت أغصان شجر بستانه الى دار جاره فللجار ان يكلفه بتفريغ هوائه بالربط أو القطع

لكن إذا ادعى الجار ان ظل الشجره مضر بمزروعات بستانه لا تقطع الشجره،، ان كان المراد ان الجار الذى امتدت أغصان الشجره إلى بستانه يدعى ان ظلها مضر بمزروعاته و اثبت ذلك فالقطع هنا اولى من الصوره الأولى التى أوجبت المجله الربط أو القطع فيها كما هو واضح و ان كان المراد ان صاحب الشجره الممتده إلى الجار يدعى ان قطعها يضر بمزروعاته فالحكم بأنها لا تقطع لا وجه له لان دفع ضرره لا يسوغ له التصرف فى ملك الغير بغير حق فهذا الحكم جزافى على كلا التقديرين.

الفصل الثاني في (بيان حق المعاملات الجواريه)

ماده «١١٩٨» كل أحد له حق التعلی على حائط ملكه و بناء ما يريد و ليس لجاره منعه، «الضابطه العامه» في تصرف الإنسان بملكه- ان كل أحد له ان يتصرف كيف شاء يملكه بشرطين ان لا يكون ملكه متعلق حق للغير، و ان لا يكون موجبا لضرر الغير و عدا ذلك فجميع تصرفاته مباحه له، و تقييد الضرر بالفاحش لا وجه له بل قاعده نفى الضرر الحاكمه على قاعده السلطنه تقتضى منع كل ضرر و إضرار بالغير غايته ان بعض افراد الضرر لقلته و حقارته لا يعتد به عند العرف و يعد كلا ضرر و تشخيص مصاديق الضرر و تمييز المعتد به من غيره و الفاحش من غيره موكول الى العرف و أهل الخبره و لكل حادثه حكمها، و لكل بلد تقاليدها، و لكل زمان أطواره، و ليس لذلك قاعده كليه مطرده بل يختلف الضرر باختلاف المكان و الزمان و الأشخاص و البلدان و ما ذكرته «المجله» في ماده «١٢٠٠» من أمثله الضرر الذى يجب رفعه مبنى على

الغالب و الا- فقد لا يعد في بعض القرى أو البلدان مثل تلك الأمور ضررا كما ان ما ذكر في ماده «١٢٠١» من ان منع دخول الشمس و سد الهواء ليس ضررا و ليس فاحشا غير مطرد بل الغالب انه ضرر فاحش بل أفحش لان سد الهواء و منع الشمس يوجب الأمراض المهلكه و الحياه التعيسه كسد الضياء، و ما ذكره في ماده (١٢٠٢) رؤيه المحل الذى هو مقر النساء، كصحن الدار و المطبخ و البئر يعد ضررا فاحشا الى آخره- لا يعد ضررا فضلا عن كونه فاحشا عند كثير من الأمم التى لا تعرف الحجاب و لا- تلتزم ببعض التقاليد و الآداب و لا- تتحاشى من تطلع جارها على دارها و هكذا،، و الغرض ان المجله نظرت الى حال الشرقيين بل الى حال البعض منهم و تقاليدهم و عاداتهم و الا فالقضية غير كليه و إناطتها بنظر الحاكم و أهل الخبره فى كل بلد أو قريه حسب أوضاعهم و خلائقهم و أخلاقهم أصح و أوضح أما- ماده «١٢٠٧» و ما بعدها الى «١٢١٠» فجميعها يبتنى على قاعده «القديم على قدمه» فإذا أحدث رجل دار أو لجاره شبائيك قديمه فليس له سدها لان القديم على قدمه و هكذا فى أمثاله مما يطول تعدادده، و اما- ماده «١٢١٠» و ماده «١٢١١» فهما مبنيان على قضيه الشركه و حيث ان الحائط مشترك فليس لأحدهما أن يتصرف فيه بدون اذن الآخر فرفع الجذوع إلى الأعلى لا يجوز فإن الأعلى ليس له نعم له ان يخفضها إلى الأسفل لان الأسفل له.

«الفصل الثالث» فى (الطريق)

اقحام هذا الفصل و الذى بعده فى هذا الباب اعنى باب قواعد أحكام الأملاك لا وجه له فان الطريق ليس من الاملاك لا العامه و لا- الخاصه بل الطرق من المباحات العامه و منفعتها الخاصه و هى المرور حق لكل البشر و لكنه حق الانتفاع لا المنفعه كما سبق بيانه فوجب رفع الأشياء المضره بالمارين هى من احكام الطرق لا- من أحكام الاملاك نعم احكام الطريق الخاص قد تدخل فى هذا الباب باعتبار كونها ملكا أو تشبه الملك، و قد حكمت المجله فى ماده «١٢٢٣» انه لا يسوغ لأصحاب الطريق الخاص ان يبيعوه و لو اتفقوا و لا يسوغ ان يقسموه بينهم و لا يسدوا فمه، و لكن الظاهر من بعض فقهاءنا انه حق لهم فلو تبايعوه بينهم أو اقتسموه كان لهم ذلك و هو أقرب الى الاعتبار و لا- ينافيه ان فيه حق المرور لكل واحد فان هذا الحق لهم ما دام الطريق مفتوحا اما إذا زال فلا حق لهم و تسمى هذه الطرق عندنا بالطرق «المرفوعه» و لعلها لارتفاعها عن الطريق العام أو لغير ذلك

الفصل الرابع فى (بيان حق المرور و المجرى و المسيل)

مواد هذا الفصل كلها تبتنى على ثلاث قواعد (١) قاعده (الضرر يزال) (٢) (القديم على قدمه إذا كان مشروعاً) (٣) (المبيح له الرجوع عن إباحته متى شاء) فلو اذن صاحب العرصه بالمرور فيها لشخص له الرجوع عن اذنه متى شاء مهما طال المده فإن قاعده القديم على قدمه انما تعتبر فى الأمور المشروعه المجهوله السبب عند جيلنا اما لو علمناه فالحكم للسبب لا للقدم مثلاً لو وجدنا داراً يجرى عليها ميزاب من دار الغير و هو قديم فنحكم بلزوم بقائه من جهه قدمه اما لو علمنا أو ظهرت ورقه أو بينه بان صاحب الدار أباح للجار وضع الميزاب على داره و قد رجع عن إباحته فلا ريب ان قاعده القديم تسقط و العمل على قاعده الإباحه و الرجوع فيحكم الحاكم برفع الميزاب و هذا نظير قضيه (اليد) التى هى من أقوى الأمارات على الملكيه و لكنها انما يعتمد عليها حيث تكون مجهوله السبب اما لو علم سببها فالعمل على السبب مثلاً لو وجدنا داراً بيد شخص تلقاها من أبيه و جده و ادعاها آخر نحكم بأنها لصاحب

اليد حتى تقوم الحجة على انها ليست له اما لو ظهر من اماره أو بينه انه قد استأجرها جده من أجداد المدعى أو أباحها له فان اليد تبطل و يطالب بالبينة على انها قد انتقلت بناقل شرعي و الحاصل ان الأمارات و القواعد جدها أو كلها انما تكون معتبره حيث تكون مجهوله السبب و هذه فائده ثمينه فاحتفظ بها، و لله الفضل و المنه و منه نستمد التوفيق

الباب الرابع فى (بيان شركة الإباحه)

إشاره

و يشتمل على سبعة فصول)

الفصل الأول فى (بيان الأشياء المباحه و غير المباحه)

ماده (١٢٣٤) الماء و الكلاء و النار مباحه و الناس فى هذه الأشياء الثلاثه شركاء.

قد عرفت فيما سبق ان الشركه هنا لغويه لا بمعناها المصطلح بل الاشتراك هنا بمعنى عموم الحكم لعامه البشر فباحه الانتفاع و التملك لشيء من هذه المواد الحيويه عام لجميع الأنام كعموم سائر الاحكام و الأصل فى هذا- الحديث النبوى المشهور:-
الناس شرع سواء فى ثلاثه أشياء الماء و الكلاء و النار.

و المباحات العامه أكثر من ذلك كالصيد و الأحطاب و ثمار الأشجار فى الغابات و غير ذلك كما سيأتى.

و لا- ريب ان المراد اشتراكهم فيه قبل حيازه أحد لشيء منه فالماء الذى نقله إنسان من الفرات و شبهه مملوك له انما المباح العام هو ماء الفرات فى مجاريه و مجارى السيول و القنوات العاديه فليس لأحد منع غيره من الاستقاء منها و الحيازه اما الذى يحوزه إنسان فى نهر صغير فى أرضه أو داره أو بستانه فقد ملكه و لا يجوز الأخذ منه بغير اذنه و مثله الكلام فى الكلاء و هو النبات فى الأراضى الواسعه و الغابات بل و أشجارها و ثمارها أو أشجار الجبال و الأوديه قبل حيازه أحد لشيء منها و كذلك النار فلو أوقد إنسان نارا فى فلاة من الأرض فليس له ان يمنع غيره من الاستضاءه بها أو التدفئه بالقرب منها أو الاقتباس من جذوتها نعم ليس له ان يحمل جمره منها أو فحمه خشب منها لأنها مملوكه لموقدها فلا يجوز أخذها إلا بإذنه كما انه لو أوقد نارا فى داره ليس لأحد ان يدخل الدار للتدفئه أو الاستضاءه بدون اذنه بخلاف ما لو كانت فى صحراء مباحه كما فى ماده «١٢٤١» الآتيه، و من ماده «١٢٣٥» إلى ماده «١٢٤١» كما ان الكلاء النبات فى الأراضى التى لا صاحب لها مباح كذلك الكلاء النبات فى ملك شخص بلا تعاطى سببه أيضا مباح الى آخرها.

هذا التقسيم سقيم و تحكم بلا دليل حتى من قياس و نحوه فاز النبات فى ملك إنسان و لو من غير سببه يدخل فى ملكه قهرا كما نبتت عين ماء فى أرضه أو فى داره أو ظهر معدن فيها و نحو ذلك مما لا إشكال فى صيرورته ملكا له سواء تعاطى إيجاد السبب أم لا فلواذ

لشخص بالدخول الى داره أو عقاره فدخل لم يجز له ان يتصرف بشىء من ذلك النبات أو الماء الا بإذن خاص من المالك كالأشجار النابتة من نفسها فى ملك إنسان حسب ما نصت عليه ماده «١٢٤٤» الأشجار النابتة بلا غرس فى ملك أحد هى ملكه ليس لأحد ان يحتطب منها الا بإذنه فإن يفعل يكن ضامنا.

و هذا صحيح لأمريه فيه انما العجب هو التفرقه بين النبات فهو مباح و بين الشجر فغير مباح مع اتحاد الملاك فى المسألتين فليتدبر

ماده «١٢٤٧» الصيد مباح.

يعنى انه من المباحات العامه إذا لم يكن قد صاده أحد قبل ذلك اما لو صاده و كان من عادته العود فلا إشكال فى حرمه صيده اما لو لم يكن من عادته العود فمحل اشكال و يجوز حمل الصيد على المصدر كما يجوز حمله على اسم العين و سيأتى بيان احكام كل واحد منهما فى الفصل السابع

الفصل الثانى

ماده «١٢٤٨» أسباب التملك ثلاثه (الأول) النقل من مالك الى مالك آخر كالبيع ..

قدمنا لك فى بعض الأبحاث السابقه ان أسباب الملك نوعان قهريه و اختياريه و تحت كل نوع من هذين أصناف و أظهر أسباب

التملك القهرى- الإرث- و الجنایات و الاروش و النذور و ما الى ذلك، و أظهر أسباب التملك الاختيارى الاكتساب و البيع و الشراء و الصيد و الحيازه و احياء الموات و ما الى ذلك و لا حاجه فى أمثال الصيد و الحيازه الى وضع اليد لا حقيقه و لا حكما بل المدار على صدق الاستيلاء عرفا و منه التحجير الذى يثبت به حق اختصاص فى المباح إلى أمد معين اما لو نصب شبكه فوقع الصيد فيها فقد ملكه بالاستيلاء حقيقه و لا يجوز لغيره ان يتصرف به بدون إذن الحائز الأول و لو أتلفه كان ضامنا كما فى ماده «١٢٤٩» كل من أحرز شيئا مباحا كان مالكا له مستقلا الى آخرها.

ماده (١٢٥٠) كون الإحراز مقرونا بالقصد لازم.

هذا البحث مبتور هنا، و حقه، ان يقال ان التملك الاحياء مشروط بشروط «١» انتفاء يد الغير فلو كان على الأرض يد معتبره شرعا لم يصح للغير إحيائها «٢» عدم ملك سابق لمسلم أو معاهد فلو كانت مملوكه لأحدهما و لم يتحقق الاعراض أو السبب المزيل لم يجز إحيائها بناء على عدم بطلان الملكيه بالموتان «٣» ان لا يكون حريما لعامر «٤» ان لا يكون مشعرا للعباده كمنى و المشعر و عرفه و نحوها «٥» ان لا يكون متعلقا به حق الغير فلا يكون مما أقطعه الإمام أو السلطان لأحد المسلمين أو غيرهم فإنه يكون اولى به و لا- محجرا اى قد شرع أحد فى إحيائه بوضع علامه من مرز أو حفر نهر أو نحو ذلك «٦» ان يكون الإحياء أو الحيازه بقصد التملك فلو فعل أحد الأسباب

بدون قصده أو بقصد غيره لم يملك و الظاهر الاتفاق على هذه الشروط و لا ينافى شرطيه قصد التملك ما ذكرناه من ان الحشيش النابت فى أرض شخص أو داره ملك له و ان لم يعمل سببه فإن ملكيه هذه الأشياء بالتبعيه لا بالحيازه و الاحياء و هو ظاهر و هناك شرطان آخران لم يتحقق الاتفاق عليهما و ان ذهب الى اعتبارهما جماعه و هما اشتراط اذن الامام عند حضوره أو نائبه عند غيبته «و الثانى» تحقق الاحياء و تماميته فلا ملكيه إلا بعد صدق كونه قد أحيها عرفا، و لا بأس بهذين الشرطين و ان كان الدليل عليهما غير ظاهر، و سيأتى ذكر بعض هذه الشروط فى الفصل الخامس - اما ماده «١٢٥١» يشترط فى إحراز الماء انقطاع جريه فالبئر التى ينز ما فيها من الماء لا يكون ماء محرزا فلو أخذ شخص من الماء المجتمع فى هكذا بئر تنز بدون إباحه صاحبه و استهلكه لا يلزمه الضمان إلخ - لم اعرف وجهه فإن البئر إذا كانت مملوكة لشخص فمأؤها ملك له لا يجوز لغيره ان يأخذ منه بدون اذنه انقطع جرى الماء أو لم ينقطع و هكذا الحوض اما إذا لم تكن مملوكة لشخص فهى من المباحات يجوز لكل أحد الأخذ من مائها انقطع جريها أيضا أم لا، و دعوى ان الماء الذى لا ينقطع جريه يستمد قوته من المياه الجاريه تحت الأرض و هى غير مملوكة، فسادهما غنى عن البيان.

الفصل الثالث فى (بيان أحكام الأشياء العموميه المباحه)

جميع مواد هذا الفصل واضحه لا مناقشه فيها و قد تقدم بعضها و هى من لوازم الإباحه العامه.

الفصل الرابع فى (بيان حق الشرب و الشفعه)

و جميع مواد أيضا واضحه جليله المدرك، نعم فى ماده «١٢٦٨» يسوغ لمن كان ضمن ملكه ماء متتابع الورود سواء كان حوضا أو نهرا ان يمنع طالبه من الدخول فى ملكه لكن إذا لم يوجد فى قربه ماء مباح غيره للشرب يجبر صاحب الملك على إخراج الماء لذلك الطالب أو إعطائه الرخصه بالدخول لأجل أخذ الماء و ان لم يخرج له الماء فله حق الدخول و أخذ الماء.

فإنه - لا يخلو من اشكال فإن إجبار المالك على إخراج الماء

أو الدخول قهرا عليه الى داره كل ذلك مناف للقواعد العامه كقاعده السلطنه و نحوها و لكن يمكن لولى الأمر أو نائبه العام أو الخاص ان يجبر المالك كذلك نظرا للصالح العام و حفظ النظام و استبقاء حياه النفوس و ان كان مخالفا للقواعد العامه الا انه لو اقتحمنا هذه العقبه الكؤد و قلنا بجوازه و تخريج دخوله فلا بد من دفع قيمه و يكون كقضيه الأكل فى المخصصه فليتدبر.

الفصل الخامس فى (إحياء الموات)

ماده (١٢٧٠) الأراضى الموات هى التى ليست ملكا لأحد و لا هى مرعى و لا محتطب إلخ.

ذكرنا قريبا شروط التملك بالاحياء و منه يتضح لك حدود الأراض المواتان التى يجوز إحيائها حتى تصير ملكا لمحبيها و أقرب تعريف للأرض الميتة انها هى التى لا تصلح للزراع بحالتها الحاضره بل تحتاج الى علاج غير الحرث و السقى إما لكونها مغموره بالماء كالأهوار و الأجم أو لبعده الماء عنها فتحتاج الى شق نهر أو آله موصله و أمثال ذلك و مع هذا فإن رجاء ذلك الى العرف أقرب الى الصواب، اما اشتراط بعدها

عن أقصى العمران كما فى هذه المادة فغير لازم نعم ان كان ذلك الموات من مرافق البلد و محل حاجتها و لو فى بعض السنه فضلا عما لو كان مرعى أو محتطبا و محتصدا فلا إشكال فى عدم جواز إحيائه لأنه حريم للعامر و كذا لو كان حريما لبئر البلد و أمثال ذلك كما سبق ذكره و نصت عليه ماده «١٢٧١» الأراضى القريبه إلى العمران إلخ»، اما لو خلت من كل ذلك جاز إحيائها و ان كانت متصله بالبلد أو العمران فتدبره.

ماده «١٢٧٢» إذا أحيا شخص أرضا مواتا بالاذن السلطاني صار مالكا لها إلخ»،

يظهر من هذه المادة ان أصحاب المجله يعتبرون اذن السلطان شرطا فى التملك بالاحياء و قد تقدم ان بعض فقهاءنا يعتبر هذا الشرط أيضا و لكنه خلاف إطلاق الحديث المشهور (من أحيا أرضا فهى له) نعم بناء على ان الموات من الأنفال التى هى لله و لرسوله كما يدل عليه الحديث المشهور (موتان الأرض لله و لرسوله فمن أحيا أرضا ميتة فهى له) يكون اذن الامام أو نائبه شرطا و لا- ينافيه الإطلاق انها للمحيى فإن المراد منه ان المحيى بشروطه يكون مالكا إذ لا ريب ان ليس كل من أحيا يملك و على كل فاستيدان الإمام أو نائبه الخاص أو العام ان لم يكن أقوى فلا ريب انه الأحوط.

ماده (إذا أحيا شخص أرضا مواتا و بعده جاء آخرون أيضا و أحيوا الأراضى التى فى أطرافها الأربعة) إلخ.

بل ليس للآخرين ان يحيوا طريق المحيى الأول لأنه من مرافقه و لوازمه فيملكه بالتبع و لا يجوز لغيره التعرض له.

ماده «١٢٧٧» وضع الأحجار أو الشوك - ليس بإحياء و لكنه تحجير.

الفرق بين الاحياء و التحجير واضح مفهوما و حكما فان التحجير هو الشروع فى مقدمات الإحياء أو وضع علامات حيازه الأرض و ان لم يكن لها دخل بالاحياء اما الاحياء فهو صلاحية الأرض فعلا للزرع اى لإلقاء البذر فيها و سقيه و حكم الاحياء حصول الملكيه به اما التحجير فتحصل به الأولويه و لكنه حق يورث يصح المصالحه عليه و أخذ المال بالمعاوضه عليه نعم يمهل حاكم الشرع أو السلطان حسب ما يراه و لا يتقيد بسنه أو ثلاث بل بما يراه الحاكم حسب اختلاف الظروف و الأحوال فان لم يكمل إحياءها فى تلك المده يسقط حقه و ينتزعها منه و يدفعها لغيره و بهذا يتضح ما فى المواد الباقية فى هذا الفصل من ماده «١٢٧٨» إلى ماده «١٢٨٠».

الفصل السادس (فى بيان حريم الآبار المحفوره و المياه المجراه و الأشجار المغروسه) (بالأذن السلطانى فى الأراضى الموات)

ماده «١٢٨١» حريم البئر يعنى حقوقها من جهاتها من كل طرف أربعون

المراد ان من حفر بئرا فى أرض موات فإنه يملك من كل جهه من جهاتها الأربع أربعين ذراعا تسمى حريما للبئر كما ان حريم العين المستخرجه خمسمائه ذراعا، أما الذى ذكره فقهاؤنا فى هذا المقام فهو ان حريم الطريق شارعا أو غيره إلى الأملاك أو غيرها خمسة و قال الأ-كثر سبعة فلا يجوز الأقل و يجوز الأكثر بل قد يجب عند الحاجه، و حريم العين الف ذراع فى الأرض الرخوه و خمسمائه فى الصلبيه بمعنى انه لا-يجوز لغيره ان يستخرج عينا فى هذه المساحه فإن أحيائها كانت له و إلا جاز لغيره إحيائها و لازمه جواز استخراج بئر أخرى للآخر، و حريم بئر الناضح اى البعير الذى يسقى الزرع ستون ذراعا و بئر المعطن أى البئر التى اتسق الإبل منها و تشرب من مائها أربعون ذراعا و حريم الحائط و الدار مطرح الآنه من تراب و رماد و كناسه و نحوها و كل هذه المقادير بين ما ورد روايه به و بين ما اقتضاه الاعتبار و العرف و لذا أهمل بعض الفقهاء اعتبارها و ارجع التقدير الى حد الضرر فلكل واحد من تلك العناوين من الأرض حولها ما تقتضيه حاجته عرفا و ما يستلزم تطرق الضرر عليه فى الأقل منه و ليس هنا تعبد شرعى بمقدار معين بل الأحاديث الوارده فى هذه المواضع ناظره إلى العرف فى تلك الأعصار فالأصح إناطه ذلك الى نظر أولياء الأمور الصالحين المصلحين حسب ما تقتضيه المصالح العامه و الخاصه و هى تختلف باختلاف الأزمان و البلدان و الظروف و الأحوال مع التجريد عن الأغراض و الإخلاص لله تعالى و للأمم فى النيه و العمل و الله ولى التوفيق و هو العالم بالسرائر.

ماده (١٢٨٨) إذا حفر شخص بئرا في خارج حريم بئر فذهب ماء البئر الأولى الى الثانية فلا شىء عليه.

هذا إذا لم يعد بنظر العرف تسببا لمنع الماء عن الأولى و إلا فهو مشكل و كذا فى قضيه الدكان.

الفصل السابع فى (بيان المسائل العائده إلى أحكام الصيد)

ماده «١٢٩٢» الصيد جائز،،،

المشهور عند فقهاءنا ان صيد اللهو حرام و سفره سفر معصيه يوجب الإتمام و انما يحل الصيد إذا كان للكسب و التجاره أو للقوت و هو من المباحات العامه التى تملك بالحيازه و لا يكون الا للحيوان الممتنع و هو لا يخلو اما ان يكون فى الهواء أو فى الماء أو على الأرض و لكل واحد من هذه المواضع آلات تخصصها و آلات تشترك فيها و قد ذكرت (المجله) فى هذه الماده بعضا من المختصه و المشتركه فالآلات الجارحه كالرمح و السهم و البندقه تشترك فى صيد ما فى الهواء و ما فى الأرض و يختص الكلب و الجوارح بصيد ما على الأرض و تشترك الشبكه بصيد ما فى

الأرض و ما فى الماء، ثم ان المجله لم تستوف شروط حليه الصيد و هى أهم ما فى المقام فنقول ان الآله إذا أصابت الصيد فإن بقى حيا و أدرك حياته و كان مأكول اللحم لم يحل أكله إلا بتذكيته الشرعيه و ان مات و استند موته الى تلك الآله حل اكله و لكن بشروط «١» ان يكون الحيوان حلال الأكل كالبقرة الوحشى و الحمر الوحشيه و الوغل و الغزال لا كالثعالب و الأرناب و نحوها من الوحوش و ان حل استعمال جلودها بالتذكيه «٢» التسميه عند إرسال الكلب أو إطلاق السهم أو البندقه فلو لم يسم عمدا حرم الصيد إذا لم يدرك ذكاته و لو نسيها حل «٣» القصد الى الصيد فلو رمى لاهيا فأصاب حيوانا لم يحل «٤» ان يكون المرسل مسلما فلو كان كافرا لم يحل «٥» ان يقتل السهم و ما بحكمه من الآلات يحده لا بثقله يعنى ان يكون محددا و لو من غير نصل فيخرق الجلد و اللحم و يقتل الصيد (٦) ان ان لا يغيب عنه و حياته مستقره فلو غاب ثم مات و لو بعد ساعه و لم يعلم ان الموت استند الى الكلب أو السهم لم يحل (٧) ان يستند الموت الى الكلب أو الآله فلو اصابه السهم و تردى من شاهق أو وقع فى نهر فمات غرقا لم يحل (٨) ان لا يكون الحيوان مملوكا فلو ظهرت عليه آثار الملكيه كجرس فى رجله أو طوق فى عنقه لم يحل صيده و لا اكله، و مما ذكرنا يظهر ما فى مواد هذا الفصل من المجله مثل ماده (١٢٩٣) الصيد هو الحيوان المستوحش من الإنسان،، فإن المدار ليس على استيحاش الحيوان بل المدار على كونه ممتنعا بذاته لقدرته على الطيران

بجناحه أو العدو برجله فالحمام الذى يأوى إلى البيوت و يسكن فيها مع أهلها مستأنس غير مستوحش و مع ذلك يجوز صيده.

و مثل ماده (١٢٩٤) كما ان الحيوانات الأهليه لا تصاد كذلك الحيوان البرى المستأنس بالإنسان لا يصاد- بناء على ذلك الحمام المعلوم انه غير برى بدلاله أمثاله أو الصقر الذى برجله الجرس أو الغزال الذى فى عنقه الطوق إذا أمسكها أحد تكون من قبيل اللقطه فيلزمه الإعلان بها كى تعطى لصاحبها.

فإنها مختلفه منحله- ضروره أن الحمام و الصقر و الغزال الحامله لتلك العلام و الاوسمه انما لم يصح صيدها لأنها مملوكه للغير لا من جهه أنها مستأنسه بالإنسان ألا ترى أن الحمام المستأنس فى بيوت الناس يصح صيده إذا لم يكن عليه علامه ملك سابق فالاستيناس و التوحش لا- ربط له بقضيه الصيد أصلا إنما المهم ان لا يكون مملوكا و ان يكون ممتنعا كما فى ماده (١٢٩٥) شرط الصيد كونه ممتنعا عن الإنسان إلخ، و هذا اى الامتناع هو المدار فى ملكيه الصيد فمن رمى حيوانا و اصابه بحيث لا يقدر على الفرار و زال منه قدره الامتناع ملكه و الا لغيره ان يصيده و يملكه كما فى ماده (١٢٩٧) الصيد لمن أمسكه ..

ماده (١٣٠٠) فى ساقبه شخص و جدوله سمك لا يمسك من غير صيد فلآخر ان يمسكه.

كلا- فقد عرفت ان كل مال فى ملك الإنسان غير مملوك

لأحد فهو ملك له بالتبعيه سواء اعمل السبب فى وجوده أم لا فلا يحل لأحد ان يملك شيئاً هو فى بثرى أو نهري أو أرضى أو جدولى و هكذا أمثال ذا.

(١٣٠١) شخص هياً محلاً فى حافه الماء لأجل صيد السمك الى آخرها،،

لا تخلو من اشكال فإن حفر الحفيره كنصب الحظيره بقصد صيد السمك موجب لملكيه كل ما يدخل فيها لصاحب الحفيره أو الحظيره سواء كان الماء كثيراً أو قليلاً محتاجاً الى الصيد أو لا

(١٣٠٢) إذا دخل صيد دار إنسان فأغلق بابه لأجل أخذه يصير مالكا لكن لا يكون مالكا بلا إحراز.

إغلاق الباب و الإحراز لا يكفى حتى يقبضه أو يدخله فى قفص فلو أغلق الباب ثم فر الطير قبل إمساكه كان مباحاً و للغير ان يصيده بخلاف ما لو أمسكه فقد ملكه و لو فر لم يجز لغيره صيده و لو صاده أرجعه إلى الأول.

ماده «١٣٠٣» إذا وضع شخص شيئاً ما كالشرك و الشبكة لأجل الصيد فوقع فيه صيد يكون لذلك الشخص

لكن إذا نشر شبكه لأجل جفافها و وقع فيها صيد فلا يكون له.

و ذلك للقصد فى الأول و عدمه فى الثانى و كذلك فى المثال الثانى

ماده (١٣٠٤) إذا اتخذ حيوان وحشى فى بستان عشا الى آخرها.

تقدم الكلام فى نظائرها فلا تغفل.

الباب الخامس فى (بيان النفقات المشتركه)

اشاره

و يشتمل على فصلين)

الفصل الأول فى (بيان عمارات الأموال المشتركه و سائر مصارفها)

جميع مواد هذا الفصل ضروريه واضحه لا كلام فيها نعم ماده (١٣١٢) إذا طلب شخص عماره الملك المشترك القابل للقسمه و كان شريكه ممتنعا و عمره بدون اذنه يكون متبرعا يعنى لا يسوغ له الرجوع على شريكه بحصته و ان كان ذلك الشخص قد راجع الحاكم عند امتناع شريكه فبناء على ماده (٢٥) لا يجبر على العماره لكن يجبر على القسمه.

ماده «٢٥» هى الضرر لا يزال بمثله- و لا ربط لها بالمقام فإن عماره الشريك للدار المشتركه مثلا ليس من الضرر أصلا بل هو إصلاح

و نفع فقد دفع الضرر عن نفسه و عن شريكه و لكن لا يضرر شريكه بل ينفعه و بالجمله فإذا عمر بإذن الحاكم استحق الرجوع على شريكه بلا اشكال و لو عمر بدون اذنه و دون اذن الحاكم فلا رجوع و هذه قاعده مطرده فى هذا الباب و منه يظهر الوهن فيما ذكره فى ماده (١٣١٣)- و ان عمر من غير اذن الحاكم فلا ينظر الى مقدار ما صرف و لكن له ان يستوفى المقدار الذى أصاب حصه شريكه من قيمه البناء-، فان المتصرف بدون اذن المالك و الشارع متبرع لا-حق له الا- فى أحوال استثنائية و ضرورات فرضيه فليتدبر، و القاعده المطروده فى باب الشركه ما سبقت الإشارة إليه غير مره من ان الشريكين ان اتفقا على إجاره أو عماره أو سكنى أو غير ذلك فهو و الا- فالمرجع الى حاكم ليحكم بالحق فيما بينهم و يحل عقده الخصومه فإن تصرف أحدهما بدون اذن الشريك و اذن الحاكم فتصرفه باطل لا يستحق عوضا عليه و لا اجرا و لا اجره و هذا مطرد فى ملك كل مشترك من دار و عقار و حيوان و غيرهما فليتدبر

الفصل الثانى فى (حق كرى النهر و المجارى و إصلاحها)

ماده «١٣٢١» كرى النهر الذى هو غير مملوك إصلاحه على بيت المال

فان لم يكن وسعه فى بيت المال يجبر الناس على كرية.

إنما يجبر الناس على كرية إذا كان نفعه يعود إليهم اما لو لم يكن لهم فيه منفعة فلا وجه لجبرهم.

ماده (١٣٢٥) النهر العام مملوكا أو غير مملوكا ان كان فى حافه ارض لأحد و ليس من غيرها طريق فللعامة المرور من تلك الأرض

لأجل الاحتياجات كشرب الماء و إصلاح النهر و ليس لصاحبها المنع.

هذا من باب تقديم الصالح العام على المصلحه الخاصه الذى يمكن ان يخصص قاعده (الناس مسلطون على أموالهم) (و لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه) و المسأله معقده تحتاج الى مزيد تأمل و استقصاء و باقى مواد هذا الفصل واضحه.

الباب السادس فى (بيان تعريف شركة العقد و تقسيمها)**[الفصلان الأولان]**

ماده (١٣٢٩) شركة العقد عبارته عن عقد شركة بين اثنين فأكثر على كون رأس المال و الربح مشتركاً بينهما.

قد ذكرنا ان هذه هى المقصوده بالأصالة من الشركة التى ذكرها الفقهاء فى باب المعاملات و العقود و حيث انها موقوفه على امتزاج المالىن بحيث لا يتميزان ذكروا من باب المقدمه أنواع الشركات الموجبه لامتزاج المالىن أو صيروره المال الواحد لاثنتين أو أكثر حتى تتحقق الشركة فيه و من هنا تعرف ان قوام الشركة العقدية بالمالىن الممتزجين و عليهما يدور محور الشركة و على نسبتها يكون الربح و الخسران لكل واحد من الشريكين سواء تساويا فى العمل أو اختلفا فإنما يتساويان فى الربح حيث يتساويان به و يختلفان فيه على مقدار اختلافهما فيه و كذا الخسران، هذا مع إطلاق العقد اما مع الشرط فهو المتبع سواء كان الشرط فى ضمن عقد الشركة أو فى ضمن عقد آخر

جائز أو لازم و ان كان هنا فى بعض الصور بحث و نظر، لا مجال لتفصيله و لكن حيث ان الشركه المقصود منها الاسترباح و الاكتساب عقد و العقد لا يتحقق إلا بالإيجاب و القبول نصت ماده (١٣٣٠) ركن شركه العقد الإيجاب و القبول لفظاً أو معنى.

يعنى لا- يعتبر فيها لفظ مخصوص و صيغه خاصه بل يكفى كل ما دل على ذلك و لكن الصيغه المذكوره فى هذه ماده غير وافيه بالمعنى المقصود بل اللازم ان يمزجا المالين ان كانا خارجين اما لو كان مشتركاً بان ورثاً مالا أو كان لهما على ذمه مديون فلا حاجه إليه فيقول أحدهما للآخر شاركتك على العمل بهذا المال و الاسترباح به فيقول الآخر قبلت و يلزمهما العمل معا فان كان بينهما شرط ذكره فى العقد و الا فالمقدار على نسبه المالين زياده و نقيصه مناصفه أو مثالثه أو غير ذلك و تجرى على النسبه التامه إلا مع الشرط فيتبع ماده «١٣٣١» شركه العقد تنقسم الى قسمين فإذا عقد الشريكان عقد الشركه بينهما على المساواه التامه إلخ.

عرفت ان عقد الشركه إذا وقع على نحو الإطلاق اقتضى المساواه حسب المالين فان تساويا فى المقدار كان لكل منهما النصف تساويا فى العمل أم لا و ان اختلف المقدار فلكل واحد من الربح و الخسران على حسب ماله تساوى العمل أم اختلف و لا حاجه الى شرط ذلك فى العقد نعم لو اتفقا على التفاوت لم يلزم الا بالشرط فى عقد لازم اما فى عقد الشركه المتفق على جوازه فالأصح الصحه أيضا و حاله حال الشروط

فى العقود الجائزه ثم ان هذا النحو من الشركه هو (العنان) عندنا- و لعل وجه التسميه أن عنان المالىن بيد الشريكين على حد سواء و يظهر من هذه ماده ان غير الإماميه يسمونها شركه «المفاوضه» أما شركه العنان عندهم فهى التى لم يشترط فيها المساواه حينئذ فوجه التسميه غير واضح.

(و الخلاصه) انه لا تصح عند الإماميه إلا الشركه على المالىن الممتزجين حسب ما عرفت و يسمونها شركه (العنان) و كل شركه على غير المالىن فهى باطله عندهم فلا تصح شركه (المفاوضه) و يعنون بها ان يتعاقد اثنان أو أكثر على ان يكون بينهما على سواء أو التفاضل كلما يربحان من غنيمه أو تجاره أو حيازه أو ميراث أو غير ذلك من موارد الانتفاع و الفائدة كما ان عليهما كلما يغرمان من خساره فى تجاره أو جنايه أو غيرها، و كذا لا تصح شركه (الأبدان) بان يتعاقدا على الاشتراك فيما يحصل من أعمالهم اتفق العمل أو اختلف و لا شركه (الوجوه) بان يتعاقد وجهان لا مال لهما على ان يتاعا فى الذمه إلى أجل ثم يبيعان و يؤديان الأثمان و تدريجا و يقتسمان الفاضل نعم لو اشترياه مشتركا بدمتهما أو وكل أحدهما الآخر فى الشراء صح و كان الربح لهما كما ان أحدهما لو صالح الآخر نصف منفعه إلى أجل معين بنصف منافع الآخر صح لان الصلح يحتمل من الجهاله ما لا يحتمله غيره من العقود، و من جميع ما ذكرنا هنا يتضح بعض الكلام فى ماده (١٣٣٢) الشركه سواء كانت مفاوضه أو عنانا أما شركه

عقد الشركه يتقوم و يدور على المالم و توزع الربح بينهما بنسبتهما فلو جعلاً لأحدهما مقداراً معيناً صار الربح مختصاً بأحدهما و هو مناف لجوهر عقد الشركه.

الفصل الثالث فى (بيان الشرائط المخصوصه فى شركه الأموال)

ماده (١٣٣٨) كون رأس المال من قبيل النقود شرط

يعنى يشترط فى شركه الأموال أى شركه العنان كون المال الممتزج منهما الذى تعاقدوا على الاسترباح به من النقود المسكوكه من ذهب أو فضه أو غيرهما.

و لازلزم هذا انه لو جعلاً رأس المال عروضاً كحفظه و نحوها لم يصح عقد الشركه مع ان فى ماده (١٣٤٢) ما يظهر منه خلاف هذا كما سيأتى.

أما عندنا معشر الإماميه فيجوز عقد الشركه على كل مال نعم يشترط ان يكون عينا لا ديناً و ان يكون معلوماً لا مجهولاً و قد تضمنت ماده «١٣٤١» الأول و لم تذكر الثانى، و فى ماده «١٣٤٢»

لا- يصح عقد الشركه على الأموال التي ليست من النقود كالعروض و العقار- شبه التهافت فإنها بعد ان منعت من الشركه فى العروض أولا- إجازتها أخيرا فى الحنطه إذا خلط أحدهما حنطه بحنطه الآخر فقالت: يجوز لهما ان يتخذا هذا المال المخلوط رأس مال و يعقدا عليه الشركه- و هذا الأخير هو الأصح.

ماده (١٣٤٣) إذا كان لواحد برذون و لآخر؟؟ ممر؟؟

فاشتركا على ان يؤجراه الى الآخر،، بطلان الشركه هنا لعدم امتزاج المالين اما لو باع أحدهما نصف حيوانه بنصف حيوان الآخر ضحت الشركه، و منه يعلم وجه عدم الصحه فى المال المذكور بماده (١٣٤٤) إذا كان لواحد دابه و لآخر أمتعه و تشارك على تحميل الأمتعه على الدابه و بيعها، الى الآخر.

نعم يصح هذا و الذى قبله و جميع ما هو على منوالهما لو أوقعا بعقد الصلح.

الفصل الرابع فى (بعض ضوابط تتعلق بشركه العقد)

ماده (١٣٤٥) العمل يكون متقوما بالتقويم

يعنى ان

العمل بتعيين قيمته يقوم و من الجائز ان يكون عمل شخص أكثر قيمه بالنسبه إلى عمل شخص آخر.
شرط الزيادة فى الربح لمن له عمل زائد أو أنفع مما لا اشكال فيه بل لا يبعد جوازه حتى مع عدم الزيادة.

ماده (١٣٤٦) ضمان العمل نوع من العمل إلخ.

هذا ليس من عقد الشركه أصلا و لا تصح الشركه بهذا النحو نعم يصح الصلح عليه و يلزم، و كذا ماده «١٣٤٧» كما ان استحقاق الربح يكون تاره بالمال و تاره بالعمل كذلك بحكم ماده «٨٥» يكون بالضمان إلخ.

فإن هذا لا يصح شركه و يصح صلحا.

ماده (١٣٤٨) إذا لم يوجد أحد الأمور الثلاثة السالفه الذكر المال و العمل و الضمان فلا استحقاق للربح

فلو قال شخص لآخر اتجر أنت بمالك على ان الربح مشترك بيننا لا يوجب الشركه و ليس له أخذ حصته من الربح الحاصل فإنه أكل مال بالباطل.

«١٣٤٩» استحقاق الربح انما هو بالنظر الى الشرط المذكور فى عقد الشركه و ليس هو بالنظر الى العمل الواقع – إلخ.

هذه الماده قاصره البيان مختلفه الأركان، و تحريرها ان الشريكين ان اشترط العمل منهما متساويا أو متفاضلا لزم الشرط و لو أخل أحدهما بالعمل ينقص من حصته بنسبته تساوى المالان أو تفاضلا كما انه لو شرط العمل على واحد صح و يكون أشبه بالمضاربه فإن جعل له من الربح

مقدارا لزم سواء شرط له أكثر مما يستحقه من الربح بنسبه ماله أم لا، و ان لم يعينا له شيئا فقد يقال ان مقتضى الإطلاق المجانيه و هو محل نظر فإن أصاله حرمه عمل المسلم تقتضى ان يكون له اجره المثل أو من الربح بنسبه ماله الا ان يصرح بالمجانيه، هذا إذا ذكر العمل اما إذا أطلقا فالعمل لازم على كل واحد نسبه ماله و لو أخل نقص بالنسبه و مما ذكرنا ظهر الخلل فيما ورد بهذه ماده من ان الشريك لو لم يعمل يعد كأنه عمل و لو عمل أحدهما و لم يعمل الآخر يعذر أو بغير عذر يقسم الربح بينهما و ان كان العمل مشروطا عليهما، فإنه حكم جزافى و أكل مال بالباطل و لا سيما مع اشتراط العمل عليهما فتدبره.

ماده (١٣٥٠) الشريكان كل واحد منهما أمين الآخر.

هذا إذا سلم أحدهما المال للآخر أو تسالما على وضعه بيد أحدهما اما لو اتفقا على وضعه فى يد ثالث فلا ائتمان و هو واضح.

ماده (١٣٥١) رأس المال فى شركه الأموال ..

حاصلها ان رأس المال إذا كان من الشريكين متساويا أو متفاضلا فهى الشركه و ان كان من واحد و العمل من آخر و الربح بينهما فهى مضاربه و ان كان للعامل فقط فهو قرض و إذا كان لصاحب رأس المال فهو فى يد العامل بضاعه فإن ظهر منه تصريحا أو تلويحا التبرع و المجانيه فلا شىء له و الا فله اجره المثل و الربح و الخسران كله على صاحب رأس المال.

ثم ان عقد الشركه عقد جائز لكل منهما فسخه متى شاء كما انه يفسخ بموت أحدهما أو جنونه كما هو شأن العقود الجائزه و لو تعدد

الشركاء فالفسخ يختص بالمجنون و تبقى على حالها فى الآخريـن كما فى ماده «١٣٥٢»- و ماده «١٣٥٤» مبنيـه على ما تقدم من ان الدين لا يقسم فالمقبوض منه لجميع الشركاء و الباقي لهم اجمع فالحاصل لهم و التالف عليهم.

الفصل الخامس فى (بيان شركة المفاوضه)

ماده (١٣٥٦) المفاوضان أحدهما كفيل الآخر كما بين فى الفصل الثانى إلى آخرها،

سبقت الإشاره منا الى ان نفس عقد الشركه بأى نوع من أنواعها لا تقتضى كفاله و لا و كاله إلا بتصريح مستقل و عقد آخر و ليس من مقومات الشركه و لا من لوازمها الطبيعیه ان يكون أحدهما كفيلا أو و كيلا للآخر.

ماده (١٣٥٧) المأكولات و الألبسه و سائر الحوائج الضروريه التى يأخذها أحد المفاوضين لنفسه و اهله و عياله خاصه له لا حق لشريكه فيها

لكن يجوز للبائع مطالبه شريكه بثمان هذه الأشياء بحسب الكفاله أيضا.

الكفاله على تقدير تحققها بين الشريكين فإنما ينصرف إطلاقها الى ما يتعلق بشؤون التكسب و الاسترباح لا بالشؤون الخاصه نعم لو صرحا بذلك جاز للبائع مطالبه كل منهما.

ماده «١٣٥٨» المفاوضات فى شركة الأموال كما ان كونهما متساويين بمقدار رأس مالهما و حصتهما من الربح شرط كذلك عدم وجود فضله عن رأس مال أحدهما، إلى آخرها،،

سوء التعبير و تعقيد البيان بالغ أقصاه فى هذه المادة و لا يكاد يتحصل منها معنى جديد، و غاية ما يمكن استخراجه من هذه الأقفال و الأغلال اعتبار تساوى المالين و ان لا يكون لأحدهما فضله تصلح لتكون رأس مال فى الشركة كالتقود أو ما فى حكمها من المنقولات كالحنطة و نحوها و لو كان له فضله لا- تصلح للشركة كالعقار و الدين لم يضر بالمفاوضه و تحقق المساواه و هو كما ترى تافه و مستدرک.

ماده (١٣٥٩) الشريكان فى شركة الاعمال إذا عقدا - إلخ.

بلوغ شركة الأعمال الى هذا الحد البعيد بحيث يمضى إقرار أحدهما على الآخر مع إنكاره بعيد جدا، و بقيه مواد هذا الفصل واضحه على مبانيهم اما عندنا فكلها ساقطه، و لا تضر الزيادة و النقصان برأس المال فى شركة العنان، التى هى الشركة الصحيحه عندنا لا غير، و هى التى تكفل ببيان أحكامها و سائر شؤونها.

الفصل السادس (في حق شركة العنان

اشاره

و هو يشتمل على ثلاثة مباحث)

(المبحث الأول) (في بيان المسائل العائده إلى شركة الأموال)

ماده «١٣٦٥» لا يشترط في الشريكين بشركة العنان كون رأس مالهما متساويا،،

هذه المادة تشتمل على الأمرين (الأول) عدم لزوم تساوى المالين في شركة العنان بخلاف شركة المفاوضه و هذا قد تكرر فيما سبق فلا فائده في بيانه (الثانى) انه لا يلزم الشريك ان يدخل جميع نقوده و أمواله في الشركة بل يجوز ان يعقدها على مقدار منها، و هذا أيضا واضح لا حاجة لبيانه إذ من ذا الذى يحتمل ان الشركة لا تنعقد إلا بإدخال الشريك جميع أمواله و نقوده فيها.

ماده (١٣٦٦) كما يجوز كون عقد الشركة على عموم التجارات كذلك يجوز عقدها على تجاره خاصه كتجاره الذخيره مثلا.

الشركة كسائر العقود تدور مدار ما يلتزم به الطرفان من الشروط و القيود تعميما و تخصيصا فان قيدها لزم القيد و ان أطلقا جاز كلما شمله الإطلاق فلو اشترطا الاتجار بالطعام أو الحبوب لزم الاقتصار عليهما و الا جاز بهما و غيرهما كما ان تقسيم الربح بينهما حسب ما تقدم يدور مدار الشرط زياده و نقصان فان شرطا لأحدهما زياده لزم في الشركة

الصحيحه و ان لم يشترطاً أو كانت الشركه فاسده فالمدار فى الربح و الخسران على نسبة المالىن كما دلت عليه ماده «١٣٦٧»- و ماده «١٣٦٨»- و «١٣٦٩»،- اما ماده «١٣٧٠» إذا شرط شريكان تقسيم الربح بينهما على مقدار رأس المال إلخ.

فقد عرفت انه لا حاجه الى الشرط بل هو مقتضى طبيعه الشركه و إطلاقها و انما الذى يحتاج الى الشرط هو الزياده و النقيصه عن حصه كل منهما من رأس ماله أو تساويهما فى العمل أو عدمه و أشباه هذا من الكيفيات التى لا يقضيها إطلاق الشركه فتدبره جيداً، كما نصت عليه ماده (١٣٧١) إذا تساوى الشريكان فى رأس المال و شرطاً من الربح حصه زائده لأحدهما مثلاً كثنى الربح و كان عمل الاثنين مشروطاً بالشركه صحيحه و الشرط معتبر، انظر ماده (١٣٤٥) اما إذا شرط عمل أحدهما وحده فينظر ان كان العمل مشروطاً على الشريك الذى حصته من الربح زائده فكذلك الشركه صحيحه و الشرط معتبر و يصير ذلك الشريك مستحقاً ربح رأس ماله بماله و الزياده بعمله، لكن حيث كان رأس مال شريكه بيده كانت الشركه شبه المضاربه و ان كان العمل مشروطاً على الشريك الذى حصته من الربح قليله فهو غير جائز فيقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال لأنه إذا قسم الربح على الوجه الذى شرطاه فلا يكون شىء مقابلاً من مال أو عمل أو ضمان للزياده التى يأخذها الشريك الذى لم يعمل و استحقاق الربح انما هو لواحد من هذه الأمور الثلاثه، انظر ماده (١٣٤٧) و (١٣٤٨).

نقلنا هذه المادة بطولها لما يترأى فيها من براهه التحقيق و استيعاب القسمة و قوه التنويع و التعليل و لكن لا يلبث هذا الرونق على محل النقد حتى يستبين زيغه أو يتضح زيغه، فان العمل إذا كان مشروطا على الشريك القليل الحصه من الربح لا يكون الآخر قد أخذ زياده بلا شىء مقابل من مال أو عمل بل أخذها بالشرط لرأس ماله كالشخص الذى يكون منه كل رأس المال و العمل كله على العامل المضارب و يشترط صاحب رأس المال زياده فى الربح على النصف الذى حقه عند الإطلاق فإنه يأخذ الزيادة بالشرط فى قبال رأس ماله كما يأخذ الآخر الأقل فى مقابل عمله و ماده (١٣٤٨) لا- ربط لها بما نحن فيه أصلا فإن موردها ما إذا لم يكن مال و لا- عمل أصلا كما يتضح ذلك من مثالها و هو قوله اتجر بمالك على ان الربح مشترك بيننا فيستحق حصته فى الربح من غير مال و لا عمل و يكون أكل مال بالباطل بخلاف ما نحن فيه فان الشريك الذى اشترط لنفسه الزيادة بغير عمل قد استحقها بإزاء رأس ماله الذى دفعه لشريكه غايته انه كان يستحق بالإطلاق على نسبه ماله من الربح و لكن بالشرط يستحق الزيادة و لكن بإزاء ماله لا بلا إزاء شىء و عموم المؤمنون عند شروطهم شامل له، و ما ذكرته المجله و ان كان له وراء و طلاء و لكنه عند التحقيق غثاء و من هنا يظهر ضعفه ما فى ماده (١٣٧٢) التى هى كتكرير للماده المتقدمه و كانت هى مع طولها تغنى عن هذه المادة فيجب عند التحرير حذفها.

اما- ما فى ماده (١٣٧٣)- و (١٣٧٤) من جواز بيع مال الشركه نقدا و نسيئه قليلا أو كثيرا فهو مع الإطلاق و عدم مظنه الضرر

اما لو اشترطنا البيع بالنقد أو بربح معين أو أطلقا و كان بيع النسيئه في معرض التواء لم يصح شىء من ذلك و هكذا ماده (١٣٧٥) فان الشريك لا يصح له ان يشتري للشركه إذا اشترط ان يكون البيع و الشراء للآخر اما مع الإطلاق فله ذلك.

ماده (١٣٧٦) إذا اشترى أحد الشريكين بدراهم نفسه شيئا ليس من جنس تجارتهما يكون له خاصه.

يعنى لو اشترطنا ان تكون تجارتهما بالأطعمه فقط فاشترى أحدهما ثيابا فلا إشكال في ان الثياب لا تدخل بالشركه بل تختص بالمشتري و لكن من الحكم الجزافى قول المجله في هذه الماده- لكن مع كون رأس مال الشركه في يد أحدهما إذا اشترى مالا من جنس تجارتهما و لو بمال نفسه يصير للشركه.

فإن هذه مخالف لقاعده تبعيه العقود للقصود و لقواعد الشركه فإن الذى يدخل في الشركه ما يشتري بمال الشركه لا ما يشتريه أحدهما بمال نفسه و لنفسه فيشترك معه فيه غيره قهرا عليه و خلافا لقصده و قد اشتراه بماله الخاص، أ فليس هذا من الجزاف

ماده (١٣٧٧) حقوق العقد انما تعود للعاقدين الخ

سلطه كل واحد من الشريكين على التصرفات في مال الشركه تصورها أرباب المجله بين إفراط و تفريط فقد تقدم في آخر ماده (١٣٥٦) و كما ان ما باعه أحدهما يجوز رده على الآخر بالعيب كذلك ما اشتراه أحدهما يجوز ان يرده الآخر بالعيب ثم ترقى الأمر و تفاقم الخطب حتى قالوا

بعدها فى ماده «١٣٥٧» المأكولات و الألبسه و سائر الحوائج الضروريه يجوز للبائع مطالبه شريكه بثمان هذه الأشياء بحسب الكفاله أيضا.

فينا تراهم يجعلون الشريكين كمشخص واحد حتى ما اشتراه لحوائجه الضروريه يمكن ان يطالب به الشريك الآخر، و إذا بهم يفرقون بينهم أشد التفرقه و يجعلون كل واحد مابينا للآخر كما فى هذه ماده و التى بعدها (١٣٧٨) الرد بالعيب أيضا من حقوق العقد فما اشتراه أحد الشريكين فليس للآخر رده بالعيب و ما باعه أحدهما لا يرد بالعيب على الآخر.

فانظر الى هذا التهافت، هناك يجوز الرد بالعيب على الآخر و هنا لا يجوز، و من المعلوم الضرورى عدم الفرق فى هذه الآثار بين شركه المفاوضه و شركه العنان و ليس الفرق بينهما إلا فى قضيه لزوم التساوى فى رأس المال و الربح فى شركه المفاوضه عند القوم و عدم لزوم فى شركه العنان و لذا كان لكل واحد من الشريكين فى النوعين الإيداع و الإبضاع و الإيجار و المضاربه و غيرها كما فى ماده (١٣٧٩) كل واحد من الشريكين له إيداع و إبضاع مال الشركه - لكن ليس له ان يخلط مال الشركه بماله و لا ان يعقد شركه مع آخر بدون اذن شريكه فان فعل و ضاع مال الشركه ضمن حصه شريكه.

و (الضابطه) فى هذا- ان كل ما فيه منفعه أو مظنه منفعه مع الا- من عاده من الضرر بإطلاق العقد يقتضى جوازه لكل من الشريكين و كل مالا منفعه فيه موقوف على الاذن فضلا عما فيه مظنه الضرر

فلو اذن أحدهما للآخر اذنا عاما بجميع التصرفات لم يجز للمأذون أن يقرض من مال الشركة أو يهب أو ينتقل به من بلد الى بلد إلا بإذن صريح كما نصت عليه ماده (١٣٨٢) و ماده (١٣٨٣) من انه لو تصرف مثل تلك التصرفات التى لا يشملها العموم فضلا عن الإطلاق بل تحتاج إلى إذن صريح و حصل الضرر يكون ضامنا للخسار و هو واضح

ماده «١٣٨٤» إقرار أحد الشريكين شركة عنان بدين فى معاملاتها لا يسرى الى الآخر،،

هذه ماده أيضا محتاجه إلى التحرير و حسن التعبير و كأنها مبتنيه عندهم على ما تقدم من ان شركة العنان لا تتضمن الكفاله و تحتاج الى تصريح بالوكاله و عليه بإقرار أحدهما لا- يلزم الآخر بل يختص به و لكن لانزم هذا انه لو أقر أنه دين لزم من معاملتهما معا يلزم بالجميع لا بالنصف إلا إذا صدقه شريكه، و على كل فتحرير البحث- انه لا يجوز لأحد الشريكين فى شركة العنان التى لا يصح عندنا غيرها- التصرف فى المال المشترك إلا بإذن صاحبه فان كان الاذن لواحد منهما فقط لم يجز التصرف للشانى و ان اذن كل منهما للآخر صح لكل منهما التصرف بمقدار الاذن مطلقا أو مقيدا انفرادا أو اجتماعا فلو اذن كل منهما للآخر بالتصرف مطلقا و منفردا بإقراره بالعين أو الدين يمضى على الآخر إذا أقر أنه دين على الشركة أو العين قد باعها و قبض ثمنها للشركة و الا لم يمض إقراره الا على نفسه نعم لو أطلق أحدهما الاذن للآخر و لم يقيده بنحو مخصوص لزمه ان يقتصر على ما هو المتعارف عند التجار فى بلده و زمانه كما فى المضاربه على ما سيأتى و لو

تجاوز فخر ضمن.

المبحث الثاني (في بيان مسائل عائدته إلى شركة الأعمال)

هذا المبحث و الذي بعده لا وجه لدخولهما في هذا الفصل أصلا ضروره ان الفصل معقود لشركة العنان و هي شركة الأموال- فما وجه دخول شركة الاعمال و الوجوه فيه- ماده (١٣٨٥) شركة الاعمال عباره عن عقد شركة على تقبل الاعمال فالاجيران المشتركان يعقدان الشركة على تعهد و التزام العمل، الى آخرها قد يعبر عن هذه الشركة عندنا بشركة الأبدان و لها صورتان «الاولى» ما ذكرته المجله من تعهد الشريكين بعمل تكون أجرته لهما متساويين أو بالتفاضل «الثانية» ان يتعاقدا على ان يعمل كل واحد على حسابه مستقلا ثم يجمعان ما يرد لهما و يقسمانه بالتساوى أو التفاضل حسب الاتفاق و كلاهما عندنا باطلان و لكل واحد أجرته لنفسه نعم يمكن تصحيحه بالصلح كما سبق و كل هذه الفروض و الأمثلة المذكوره في المجله لا تصح عندنا بعقد الشركة و انما تصح بالصلح فقط- و كل مواد هذا الفصل صحيحه على مباني القوم و هي واضحه و عباراتها منسجه، نعم ماده (١٣٩٨) إذا عمل شخص في صنعه

هو و ابنه الذى فى عياله فكافه الكسب لذلك الشخص و ولده يعد معيناً له كما إذا أعان شخصاً ولده الذى فى عياله حال غرسه شجره فتلك الشجره للشخص و لا يكون ولده مشاركاً له.

قد عرفت غير مره ان عمل المسلم محترم فان ظهر من الولد انه يعمل لأبيه مجاناً أو كان هناك عرف عام أو خاص يقتضى بهذا الظهور فهو و الا فهو مشكل بل يجوز للولد مطالبه أبيه بأجره عمله أو مشاركته بالشجره الا ان يكون قد قصد فى نفسه المجانيه فلا حق له بالمطالبه و كونه فى عياله لا يقتضى سقوط حرمه إعماله الا ان يشترط عليه أبوه ذلك.

المبحث الثالث (فى بيان مسائل عائدته إلى شركه الوجوه)

ماده «١٣٩٩» كون حصه الشريكين على التساوى فى المال المشترى ليس بشرط إلخ.

عرفت ان شركه الوجوه الباطله عندنا الصحيحه عند القوم هى عباره عن العقدين الاتنين على ان يشتريا بالذمه و يبيعا و يقتسما الربح بعد ان يدفعاً أصل الثمن الى الغرماء الدائنين و عليه فهى تدور مدار الاتفاق بينهما و الشرط من حيث التساوى و التفاضل فى الربح و الخسار و من حيث من يتولى البيع و الشراء و المال الذى يشتري به و يباع و غير ذلك من شئون هذه المعامله و لكنها تتقوم بضمان الشريكين ثمن ما يشتريان من الأموال و بهذه الحثيه يستحق كل واحد منهما حصه فى الربح و لكن بنسبه ضمانه و حصته فى الشراء فلو كان الشراء لهما على المناصفه فالربح

بينهما كذلك و لا يصح ان يكون الشراء على المناصفه و الربح مثلثه كما فى ماده «١٤٠٢» و كذا يتوزع الخسران عليهما بتلك النسبه فلا يسوغ ان يكون الشراء بينهما مثلثه و الخسار و الربح بينهما مناصفه كما فى ماده «١٤٠٣» هذا خلاصه مواد هذا الفصل و لكن الأحكام المذكوره كلها استحسانيه و اعتباريه لا تستند على دليل راسخ و مقتضى القواعد العامه بعد عدم الدليل الخاص فى المقام انه يصح كل ما يتفقان عليه و يتراضيان به بالشرط و ما المانع ان يجعل الربح مناصفه و الربح أثلاثا أو يدخل أحدهما فى الربح و لا يتحمل شيئا من الخسران فليتدبر.

ثم انه قد بقيت أبحاث مهمه فى أحكام عقد الشركه لم توضحها مواد (المجله) يلزم التنبيه عليها

اشاره

للاحاطه بهذا الموضوع من جميع أطرافه

«الأول» ان عقد الشركه جائز كما عرفت

فيجوز لكل منهما الرجوع فيه و المطالبه بالقسمه عروضاً كان المال أو نقداً و ليس لأحدهما المطالبه بإقامه رأس المال بل يقتسمان الأعيان الموجوده إذا لم يتفقا على؟؟؟

و لو شرطاً فيه عدم الفسخ إلى مده معينه كان حكمه حكم الشروط فى العقود الجائزه و لا يبعد لزومها كما لو شرط ذلك فى عقد لازم و بعد الأمد لا يتصرف أحدهما بالمال المشترك إلا بإذن جديد من الآخر سواء قلنا باللزوم أو عدمه

(الثانى) ان هذا العقد كسائر العقود الجائزه يبطل بموت أحدهما أو موتهما

أو جنونه أو إغمائه أو فلسه أو سفهه فلا يجوز للآخر التصرف و لكن لا تزول الإشاعه إلا بالقسمه

«الثالث» الشريك المأذون بالتصرف أمين لا يضمن ما يتلف بيده إلا بالتعدى أو التفريط

و يقبل قوله بالتلف بسبب خفى أو ظاهر و فى عدم الخيانه و التفريط و فى قصد انه لنفسه أو للشركه بيمينه

«الرابع» إذا باع الشريكان المال المشترك بعقد واحد

على مشتر واحد أو متعدد و قبض أحدهما من ثمنه شيئاً فإن كان القابض وكيلاً عن شريكه فى القبض أو مطلقاً فهو لهما بلا اشكال و ان لم يكن وكيلاً فالثمن اما ان يكون عينا شخصيه أو كلياً ففى الأول ان قبض الثانى حصته منها أو أجاز قبض شريكه برئت ذمه الدافع و الا فحصته من العين مضمونه لو تلفت و له الرجوع ببدلها مخيراً بين الرجوع على الدافع أو القابض على قاعده توارد الأيادى، و ان كان الثمن كلياً و لم يكن القابض وكيلاً- حسب الفرض فان دفع الثمن اجمع كان قبض الشريك لحصه شريكه فضولياً فإن أجاز أو قبض فلا- اشكال و الا- فله الرجوع بها على القابض و ان كانت موجوده و على الدافع اما لو تلفت تعين رجوعه على الدافع المديون، و ان دفع حصه القابض فقط فان كان متمرداً ممتنعاً أو جاحداً للآخر تخير الشريك الآخر بين المشاركه فى المقبوض بناء على ان الدين المشترك لا يتعين بتعيين المديون و لا تصح القسمة فيه بل المقبوض لهما و التالف عليهما كما هو الأصح و بين الرجوع على الدافع، و ان لم يكن ممتنعاً بل عازم على الوفاء فهل له المشاركه فى المقبوض أو يختص بالقابض قولان المشهور على الأول و وجهه ما عرفت و خالفهم جماعه بناء على ان بتعيين الغريم يتعين حق كل منهما و الأول أقوى و تخيره غير بعيد- هذا كله عند حلول الحقين فلو كان أحدهما مؤجلاً لم يشارك صاحب الحق المعجل إذا

قبض بلا اشكال، و هذا التفصيل و البيان الوافى المستوعب يجرى فى كل مال مشترك كالدين الموروث و إتلاف المال المشاع و غيرهما و يمكن التخلص بمصالحه كل واحد منهما عن حقه فيختص بما يقبض أو بالإبراء أو الاستيهاب معوضا أو غير ذلك.

الباب السابع فى (حق المضاربه**اشاره**

و يشتمل على ثلاثه فصول)

الفصل الأول

ماده (١٤٠٤) المضاربه نوع شركه على ان رأس المال من طرف و السعى و العمل من الطرف الآخر. يقال لصاحب المال رب المال و للعامل مضارب،، هذا التعريف قاصر معنى و عبارته و الأقرب منه الى حقيقتها انها معامله بين اثنين يكون المال من أحدهما و العمل من الآخر على ان يتجر به و له حصه فى الربح و يتضح من هذا انها عقد إذا فلا بد فيها من إيجاب و قبول و لكن بما انها عقد جائز فلا يلزم فيها صيغه مخصوصه بل يكفى فيها كل ما دل عليها من العبارات كما نصت عليه ماده (١٤٠٥) ركن المضاربه الإيجاب و القبول- الى آخرها.

و الموجب هو رب المال و القابل هو العامل فإن أطلق الموجب و قال خذ هذه الدراهم و اتجر بها بحسب رأيك و كيف شئت فهى المطلقة و ان قيده بنحو مخصوص زمانا أو مكانا أو جنسا و هكذا لزم عليه ان لا يتعدى ذلك فلو تعدى و تلف المال أو بعضه ضمن كما فى ماده

(١٤٠٦) و (١٤٠٧) المضاربه المطلقه هى التى لا- تتقيد بزمان و لا- مكان الى آخرها، ثم ان المضاربه تتقوم بأربعة أركان «١» الصيغه أى الإيجاب و القبول و قد عرفت كفايه كل ما دل عليها و لا- يلزم فيها عباره مخصوصه «٢» المال الذى تقع فيه المضاربه،، و يعتبر ان يكون رأس المال من أحد النقدين فلا يصح بالفلوس و العروض و المال الذى فى الذمم نعم لو و كله على قبض دينه و قال له ضارب به و كان من أحد النقدين أو قال له خذ هذه الحنطه أو الثياب و بعها بأحد النقدين و ضارب به على النصف أو الثلث أو نحو ذلك صح كما فى ماده (١٤٠٩) و يظهر منها صحه المضاربه بالغروش و عندنا لا يصح، و ان يكون ملكا و قدره معلوما و لا- حق فيه للغير كرهن و نحوه و ان يعين حصه العامل من الربح كسرا شائعا نصفاً أو ربعاً و ان أطلق فالمناصفه كما فى ماده «١٤١١» يشترط فى المضاربه كشركه العقد الى آخرها «٣» رب المال و يشترط فيه مضافا الى الشروط العامه ان لا يكون محجورا عليه بفلس أو سفه و ان يكون قادرا على تسليم المال و ان يسلمه «٤» المضارب اى العامل و يشترط فيه مضافا الى تلك الشروط ان يكون قادرا على العامل و لا يكون سفيها اما الفليس فلا يقدر فيه فلو اختل أحد الشروط بطلت المضاربه و لم يستحق العامل الحصه لو عمل و انما يستحق اجره المثل كما فى ماده (١٤١٢) و هذا تمام مواد الفصل الثانى.

الفصل الثاني (في بيان أحكام المضاربه)

(ماده: ١٤١٣) المضارب أمين - رأس المال في يده في حكم الوديعه

و من جهه تصرفه في رأس المال هو و كل رب المال و إذا ربح يكون شريكا فيه، عرفت فيما سبق ان الشركه و المضاربه عقود مستقله أثرها صحه التصرف فهي و ان أفادت فائده الوكاله و لكن لا دخل للوكاله فيها و لا هي متضمنه لها كما انها تختلف عن الوديعه بأن الوديعه قبض متمحض لمصلحه المالك و المضاربه كالأجاره القبض فيها لمصلحه الطرفين و بهذا يختلف حكمها عن الوديعه في بعض الجهات.

ماده (١٤١٤) المضارب في المضاربه المطلقه بمجرد العقد يكون مأذونا في العمل الخ،،

المضاربه المطلقه الأمر فيها موكول الى المضارب و لكنها بطبيعته الحال عقلا و عرفا مقيد بان لا يعمل ما يوجب الضرر أو ما فيه مظنه الضرر و الخسران و ان لا يتجاوز المتعارف بين التجار و العرف فضلا عن اعتبار التحرز من الغبن الفاحش و غيره،، اما ما عدا ذلك من الشئون فهو مطلق العنان فيها من بيع و شراء بنقد أو نسيئه و الإيداع و الإيضاع و التوكيل و السفر و الحضر كلها جائزه له الا ان يكون شىء منها خارجا عن متعارف التجار أو فيه مظنه الضرر مظنه عقلايه فلو خالف و حصل الضرر كان ضامنا و كذا قضيه الرهن و الارتهان و الإيجار و الاستيجار

و غير ذلك حتى خلط مال بمال المضاربه ان لم يكن فيه مظنه ضرر و لم يكن خلاف المتعارف.

ماده (١٤١٨) المال الذي أخذه المضارب بالنسيئه زياده على رأس المال بإذن رب المال يكون مشتركا شركه وجوه.

إذا استدانه المضارب صار شركه وجوه و الربح بينهما حسب الاتفاق و إذا استدانه على ذمه رب المال فهو مضاربه.

ماده (١٤٢٣) إذا وقت رب المال المضاربه بوقت معين فيمضى ذلك الوقت تنفسخ المضاربه،،،

العقود الجائزه لا معنى لتوقيتها فلو جعل لها وقتا و أمدا معيننا جاز لكل منهما فسخها متى شاء حتى لو اشترطها في ضمن عقدها و لو قلنا بلزوم الشروط في ضمن العقود الجائزه فإن معنى لزومها وجوب العمل بالشرط ما دام العقد اما إذا فسخ أحدهما فلا عقد و لا شرط خلافا لما يظهر من بعض أساتيدنا، نعم لو شرط بقاء العقد الجائز و عدم فسخه إلى أمد معين في ضمن عقد لازم كبيع أو إجاره أو غيرهما لزم الشرط و العقد فتدبره جيدا.

ماده (١٤٢٤) إذا عزل رب المال المضارب يلزم اعلامه بعزله و تكون تصرفات المضارب المواقعه معتبره حتى يقف على العزل - إلخ.

المضاربه في هذه الجهه كالوكالة فكما ان الوكيل لا تبطل تصرفاته الا بعد بلوغ العزل اليه فكذلك المضارب اما جواز تبديل الأموال بالنقود بعد العزل كما في هذه ماده فمشكل بل القاعده تقتضى العدم

ماده (١٤٢٦) استحقاق رب المال للربح بماله فيكون جميع الربح له في المضاربه الفاسده - إلخ:

المضاربه إذا كانت صحيحه استحق العامل من الربح الحصة التي وقع العقد عليها و ان وقعت فاسده و ربح العامل فالربح جميعه لرب المال ثم ان كان العامل يعلم بالفساد و أقدم على العمل لإحراز الاذن و الرضا من رب المال استحق أقل الأمرين من اجره المثل و الحصة التي وقع عليها العقد الفاسد و كذا إذا عمل و هو جاهل بالفساد اما لو لم يحرز الاذن مع علمه بالفساد فهو متبرع و لا شىء له ربح أم لا و كذا لو عمل و لم يربح و كان مأذونا لأنه إنما أقدم على ان يكون له حصة فى الربح و الفرض انه لم يربح فلا شىء له، ماده (١٤٢٧) إذا تلف مقدار من مال المضاربه يحسب فى أول الأمر من الربح و لا يسرى الى رأس المال، و إذا تجاوز الربح و سرى الى رأس المال فلا يضمه المضارب سواء كانت المضاربه صحيحه أو فاسده،، العامل يستحق حصته من الربح بمجرد ظهوره و لكن لا يصح له أخذها إلى انتهاء المعامله لاحتمال ورود خسران بعد فيجبر من الربح فكل خسران يرد يجبر من الربح فان ورد خسران على رأس المال لعدم ربح يجبر منه فالخساره على المالك و لا شىء على العامل فى صوره الإطلاق و صحه عقد المضاربه اما مع الفساد فان كان مأذونا فلا غرامه عليه أصلا و ان لم يكن مأذونا و عالما بالفساد فهو ضامن للخساره كلها و لا يلحق رب المال شىء منها، فما فى هذه ماده من إطلاق عدم ضمان العامل فى غير محله، نظير ما لو خالف الاذن كما تقدم فى ماده (١٤٢١)

ماده (١٤٢٨) على كل حال يكون الضرر و الخسار عائدا على رب المال، و إذا شرط كونه مشتركا بينه و بين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط.

اما كون الضرر و الخسار عائدا على رب المال على كل حال- فقد عرفت ما فيه و انه على إطلاقه غير صحيح، و اما اشتراط كونه بينهما أو على المضارب فقط فالمشهور عندنا كما فى المجله انه باطل و تبطل به المضاربه لأنه شرط مناف لمقتضى العقد، و ناقش فيه السيد الأستاذ قدس سره بأنه مناف لمقتضى إطلاق العقد لا لذاته فلا مانع منه و إطلاق أدله الشروط يشملته و أنت خير بأن طبيعه عقد المضاربه حسب العرف و السيره الجاريه بين العاملين و أرباب الأموال تقتضى عدم تحميل العامل شيئا من الخساره إلا إذا فرط أو خالف الاذن و الشرط و الشارع امضى هذه المعامله على ما هى عليه عند العرف الا ما قام عليه الدليل و لعل هذا مدرك ما يدعى من الإجماع عندنا على عدم صحه هذا الشرط وفقا لما فى المجله ثم ان عقد المضاربه من العقود الجائزه بلا خلاف من الفريقين و عامه أرباب المذاهب فلو مات أحدهما أو جن مطبقا تنفسخ المضاربه كما فى ماده (١٤٢٩) إذا مات رب المال أو جن جنونا مطبقا تنفسخ المضاربه، لا يختص الانفساخ بموت رب المال بل تنفسخ أيضا بموت العامل و لا بالجنون المطبق بل بجنون أحدهما و لو أدواريا كما تنفسخ بفسخ أحدهما اختيارا أو بسفه أو فلس يوجب الحجر عليهما أو على أحدهما كما تنفسخ

بتلف رأس المال تلفاً سماوياً أما التلف الضمانى فيقوم البدل مقام الأصل و تبقى المضاربه على حالها.

ماده (١٤٣٠) إذا مات المضارب مجهلاً فالضمان فى تركته

يعنى لو مات و لم يبين حال رأس المال أو الربح و كان الحال مجهولاً فان ادعى الورثه الرد يقبل بيمينهم ان المال لىس عندهم و لا- علم لهم به أو انهم يعلمون برده الا- ان يقيم رب المال البيئه ان المال فى تركه المضارب و بالجمله الورثه يقومون مقام المضارب فكما انه أمين يقبل قوله فى الرد و عدم الخيانه و عدم التفريط فكذلك ورثته نعم لو كان المال فى تركته فليس للورثه التصرف فيه بل يكون امانه بيدهم يجب رده الى المالك بعد أخذ حصتهم منه،، و اعلم انه قد بقيت فى المضاربه أبحاث مهمه لم تذكرها المجله و قد ذكر فقهاؤنا بعضها فى مطولاتهم و مختصراتهم و لما كان ذكرها يوجب الإطاله و الحال الراهن العصب يضرنا الى الاختصار لذلك تركناها و ان عز علينا فوت تلك المحققات الثمينه.

الباب الثامن فى (بيان المزارعه و المساقاه

اشاره

و ينقسم الى فصلين)

الفصل الأول (فى بيان المزارعه)

اشاره

اعلم ان أفضل الأعمال التى يكتسب بها المال هو الزرع وقد ورد من الشارع المقدس فى الحث عليه و الترغيب فيه ما يفوق كل أسباب الكسب و وسائل العيش ففى بعض اخبار أهل البيت سلام الله عليهم:

الزراعون هم كنوز الله فى أرضه و ما فى الأعمال شىء أحب الى الله من الزراعه و ما بعث الله نبيا الا زارعا و سئل النبى «ص»
 أى الأعمال خير قال زرع زرعه صاحبه و أصلحه و ادى حقه يوم حصاده و فى بعض الاخبار الكيمياء الأكبر الزراعه، ازرعوا فلا
 و الله ما عمل الناس عملا- أحل و لا أطيّب منه، و انما جعل الزراعين كنوز الله لأنهم يستخرجون كنوز الأرض للناس، ثم ان
 المزارعه تشبه المضاربه من جهة حيث ان الأرض من شخص و العمل فيها من آخر فهى تقوم مقام المال، و تشبه الإجاره من
 جهة أخرى فإن العامل أجير على

العمل و الحصة من الزرع أجرته و صاحب الأرض مستأجر و ان كان العمل و البذر و العوامل من واحد و الأرض فقط من الآخر فالعامل هو مستأجر الأرض و صاحبها مؤجر و كذا الكلام فى المساقاه.

ماده «١٤٣١» المزارعه نوع شركه على كون الأراضى من طرف و العمل من طرف آخر يعنى ان الأراضى تزرع بينهما.

هذا التعريف كسائر تعاريفهم ضعيف فاتر، و أقرب ما يكون إلى حقيقه هذه المعامله ان يقال انها عقد بين مالك الأرض و آخر على ان يزرعها و يكون له حصه شائعه فى العائد منها، و حيث انها عقد فبالضروره يكون كما فى ماده «١٤٣٢» ركن المزارعه الإيجاب و القبول- و الظاهر انه لا- يلزم فيها عبارته خاصه و صيغته معينه بل يكفى فى انعقاده كل عبارته تدل عليها و ان كانت عقدا لازما، و يكفى الاستدعاء من الزارع و القبول من صاحب الأرض كما نصت عليه هذه ماده.

ماده «١٤٣٣» كون العاقدين عاقلين فى المزارعه شرط و كونهما بالغين غير شرط فيجوز للصبي المأذون عقد المزارعه.

يعنى إجراء الصيغه يشترط فيه العقل و التمييز فلو كان غير عاقل مجنوناً أو غير مميز فصيغته لغو لان كلا منهما مسلوب العبارة اما لو كان مميزاً غير بالغ فعبارته صحيحه و لكن لا تنفذ عقوده إلا بإذن الولي فإذا كان مأذوناً صحت و نفذت.

«١٤٣٤» يشترط تعيين ما يزرع.

المزارعه كالمضاربه مطلقه و مقيده فإن أطلق المالك أو عمم كان للزارع ان يزرع ما شاء و لكن لا يخرج عن المتعارف فلو كان زرع القطن غير متعارف أو مظنه ضرر و المتعارف كما فى العراق زرع الحنطه أو الشعير أو الرز لم يجر له العدول عنها فلو عدل ضمن، و ان قيد لزم ان لا يتجاوز موضع القيد فلو تجاوز و تضرر ضمن.

ماده «١٤٣٥» يشترط حين العقد تعيين حصه الفلاح جزء شائعا من الحاصلات كالنصف و الثلث الى آخرها.

هذا أهم شروط المزارعه يعنى تعيين حصه الزارع من الحاصل كسرا مشاعا نصفاً أو ثلثاً، فلو لم يعينها عند العقد أو عينا مقدارا من النقود أو العروض أو الطعام بوزن مخصوص منها أو من غيرها بطلت مزارعه و لا تصح اجاره بل له اجره المثل أو أقل الأمرين منها و من الحصه المتعارفه فى تلك الغله، و الأول أصح

ماده «١٤٣٦» يشترط كون الأراضى صالحه للزراعه و تسليمها الى الفلاح.

هذا الشرط ضرورى و المزارعه بدونه باطله، و بقى شرطان آخران (أحدهما) استحقاق المزارع للأرض يملك العين أو المنفعه أو حق اختصاص بتحجير أو ولايه أو وصايه أو وقف خاص أو استعاره اما إذا لم يكن له حق فيها أصلا كالموات و مال الغير و غير ذلك فلا يجوز مزارعتها (ثانيهما) تعيين الأرض و تشخيص حدودها بما يرفع الجهاله و الغرر فلو زارعه فى قطعه من أراضيه و لم يعينها أو فى

إحدى القطعتين و لو كانتا متساويتين لم تصح نعم لا يشترط التشخيص و لو قال زارعتك على جريب من هذه الأرض على نحو الكلى فى المعين و كانت متساويه الاجزاء أو على نحو الكلى فى الذمه و وصفها مما يرفع الجهاله و دفع المصداق- صحت.

ثم إذا استجمعت المزارعه شروطها لزممت و استحق الزارع الحصه المشاعه من العائد و إذا اختل شرط من الشروط فسدت و كان الزرع كله لصاحب البذر و للآخر أجره أرضه بتقويم أهل الخبره و للفلاح ان كان أجره المثل كما ان للعوامل من بقر و آلات أجرتها، و الى بعض هذا أشارت ماده «١٤٣٩» تكون كل الحاصلات فى المزارعه الفاسده لصاحب البذر الى آخرها،، ثم انه قد مرت الإشاره الى ان عقد المزارعه بعد صحته يقع لازما و تحرير ذلك انه إذا وقع على مده معينه من سنه أو سنتين أو شهرين أو ثلاث لزم و لكن بشرط ان يكون الأمد صالحا لبلوغ الزرع المعين فى العقد أو مطلقا فلو عين وقتا لا يمكن حصول اى زرع فيه أو الزرع التى تصلح تلك الأرض له بطلت المزارعه طبعاً و ان لم يعين فان كان هناك الذى شىء متعارف و زمان معروف انصرف العقد اليه و تعين و ان لم يكن ذلك فالأصح البطالان للجهاله و ان أمكن الصحه بحمله على زمان يمكن به نضوج الزرع من قمح و نحوه أو خضراوات و نحوها و إذا وقع لازما لم يكن لأحدهما فسخه بغير سبب مشروع من شرط خيار أو عجز أو اتفاق منهما معا بالإقاله و نحو ذلك، اما إذا مات صاحب الأرض فالزارع يبقى على عمله إلى النهايه و يقسم الحاصل بينه و بين الورثه

و لو مات الزارع قام وارثه مقامه إلى نهايه الأمد و لو كان عاجزا حتى عن الاستيجار انفسخت و استحق الوارث عن المده الماضيه من الزرع بالنسبه و لم تذكر المجله بقيه شروط المتعاقدين من الاختيار و الرشد و الحرهيه أما (الفلس) فيقدح فى الملك لا-العامل إذا لم يكن منه مال أو بذر و الا لم يصح و تجوز مزارعه الكافر، كما أنها أهملت ذكر أبحاث مهمه فيها فوائد جمه، حالت بيننا و بين تحقيقها الأحوال بل الأحوال و نحن نشير الى بعضها إشاره إيماء (منها) ان خراج الأرض مع إطلاق العقد على المالك الا- ان يشترطاه على العامل أو عليهما و ما يأخذه المأمورون ظلما زائدا على الخراج فان علم انه على الأرض فعلى المالك أو على الزرع فعلى العامل و ان لم يعلم يوزع.

(منها) كل ما فسدت المزارعه فالزرع لصاحب البذر و للعامل اجره المثل فان كان البذر من المالك فالزرع له و عليه اجره العامل و العوامل و ان كان للزارع فالزرع له و عليه أجره الأرض، و ان كان لهما فالزرع لهما و لكل منهما على الآخر اجره ما يخصه من الأرض و العمل، و ان كان لثالث فالزرع له و عليه أجره الأرض لملكها و اجره العمل للزارع و لا فرق بين علمهما بالفساد أو جهلهما أو اختلافهما و لا بين زياده الأجره على الحصه المشتركه أو نقصانها و يحتمل أقل الأمرين منها و من الحصه كما انه لو كان الفساد من جهه اشتراط عدم حصه للعامل فلا شىء له لإقدامه على المجانيه.

(منها) إذا صح العقد ثم فسخ بخيار أو تقابل فان كان قبل

العمل فلا اشكال و لو كان بعده قبل ظهور الزرع فالحكم ما سبق في صورته الفساد، و ان كان بعده قبل الإدراك أو بعده فهل يكون الزرع لصاحب البذر و للأرض أو العمل الأجره كصوره الفساد أو يكون بينهما على الشرط كما لو بقى العقد وجهان أصحهما الأول و للثاني وجه و هو الاستصحاب و على تقدير كونه كالفساد فان تراضيا على البقاء الى البلوغ بأجره أو بدونها فهو و الا فللمالك القسمة و إلزام العامل بأخذ حصته و لا يلزم المالك بالإبقاء و لو بأجره (منها) إذا عرض في الأثناء قبل ظهور الثمر أو قبل نضجه ما يفسد العقد لو حصل في الابتداء كانقطاع الماء أو استيلائه عليها أو نحو ذلك من الأعداء العامه كالثلوج المتراكمه و الموانع المزاحمه فهو كاشف عن فساد العقد من أصله و الصحة كانت ظاهريه و القول بالصحة و ثبوت الخيار لا وجه له.

و بقيت من هذا النظر أبحاث كثيره و ما ذكرناه من قبيل الأنموذج لها

الفصل الثاني في (في بيان المساقاه)

ماده (١٤٤١) المساقاه نوع شركه على ان يكون أشجار من طرف و تربيته من طرف آخر و يقسم ما يحصل من الثمر بينهما.

المساقاه كالمزارعه سوى ان المزارعه معامله على زرع الأرض

و المساقاه معامله على تربيته الأشجار و سقيها اما الشروط فتلك الشروط و الاحكام تلك الاحكام عقدا و صحه و فسادا و فسحا و حصه و جوازا و لزوما فالإعاده قليله الإفاده و كلما ذكرناه هناك يجرى هنا

نعم بقى فى المقام معامله ذات شأن دائره بين الملاكين، و عليها يدور عماره الأرضين و جعلها حدائق و بساتين

و هى عقد (المغارسه)

و لم تتعرض لها المجله، و هى شقيقه المزارعه كلاهما معامله على العمل فى الأرض و لكن تلك على زرعها و هذه على غرسها نخيلا و أشجارا و هى من الاعمال الاقتصاديه الحيويه بل الضروريه و لكن الغريب ان المشهور عند فقهاءنا بطلانها بل ربما يدعى الإجماع عليه للأصل بعد كونها على خلاف القاعده و استشكل فيه بعض المتأخرين لأن الأصل مقطوع بالعمومات مثل أوفوا بالعقود و المؤمنون عند شروطهم و الإجماع غير محقق و الأقوى الصحه و هى عباره عن عقد بين صاحب ارض و آخر على ان يغرسها إلى مده معينه و يكون له حصه فى تلك الغروس مشاعه ربعا أو ثلثا و نحوها سواء جعل له فى الأرض حصه أم لا و المتعارف فى بعض نواحي الفرات ان يكون ثلث لصاحب الأرض ملاكيه و ثلث للفلاح إزاء إتعابه البدنيه و ثلث للمصارف الماليه فإن قام شخص ثالث بها فالثلث له و ان قام بها الفلاح أو صاحب الأرض فله الثلثان و لو وقعت هذه معامله و قلنا بالصحه لزم العمل على ما اتفقا عليه و ان قلنا بالبطلان فالغرس لصاحبه فان كان من صاحب الأرض فعليه اجره عمل الغارس ان كان جاهلا

بالبطلان بل و ان كان عالما به على الأصح عندنا و ان كان الغرس للعامل فعليه أجره الأرض للمالك مع جهله به بل مطلقا و له الإبقاء بالأجره بل يتعين مع الجهل و له الأمر بقلع الغروس أو قلعه بنفسه مع العلم بالبطلان و ليس عليه أرش النقصان نعم لو قلعها في صوره الجهل كان عليه ذلك و قيل عليه التفاوت ما بين قيمته قائما و مقلوعا، و على الغارس طم الحفر و إصلاح الأرض ثم لو قلنا بعدم صحه هذه المعامله أمكن تصحيحها يجعلها بنحو الإجاره أو المصالحه أو الشركه بأن تكون الأصول مشتركه بينهما اما بشرائهما معا أو تمليك أحدهما للآخر نصفا منها مشاعا فيصالح صاحب الأرض الغارس على ان يشتغل بغرسها و سقيها الى زمان معين بنصف منفعه أرضه أو بنصف عينها أو يستأجره على عمل الغرس و السقى المعين بنصف الأرض أو نصف منفعتها و لو صدرت مغارسه و شك في صحتها و فسادها بنى على الصحه قد وافق ختامه بقلم مؤلفه الضعيف العاجز محمد الحسين آل كاشف الغطاء صباح الجمعة فى أواخر شهر صفر سنه احدى و ستين بعد الالف و الثلاثمائه هجرى

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 الإخصائين 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

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

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

